

Depuis plusieurs années, la politique menée par la Commission européenne a conduit à une très forte augmentation des sanctions concernant les infractions aux règles de concurrence. Les entreprises de l'AFEP souhaitent faire part de leurs fortes préoccupations.

Les entreprises sont attachées au principe d'un contrôle des pratiques anticoncurrentielles garant des conditions de concurrence loyale et à celui d'une sanction des pratiques contraires aux règles. Cependant, les conditions de la mise en œuvre par la Commission européenne de ses différents rôles les conduisent à demander une modification de la politique actuelle.

L'approche retenue par la Commission conduit à pénaliser l'économie européenne, par un accroissement inquiétant du montant des amendes prononcées, allant au-delà des sanctions nécessaires lorsque des infractions sont constatées. Fondées sur des critères souvent flous, ces amendes ne reposent pas suffisamment sur des principes de proportionnalité et d'équité que l'on pourrait attendre dans de tels cas. La pratique de la Commission est insécurisante pour les entreprises et dépasse le but dissuasif recherché.

Les entreprises souhaitent des évolutions à moyen terme des lignes directrices de la politique de concurrence et des méthodes de la Commission qui mènent à cette situation. En matière de concurrence, la Commission a des compétences propres non contestables qui doivent cependant être exercées de façon raisonnée. Une évolution en ce domaine doit être fondée sur des engagements émanant collégialement de la future Commission européenne lors de sa mise en place à l'automne 2009.

### **Un constat inquiétant**

Le montant des sanctions pécuniaires liées à des pratiques anticoncurrentielles a crû sensiblement ces dernières années, en particulier pendant le mandat de la dernière Commission. En 2004, le montant total des amendes s'élevait à 390 millions €, pour atteindre plus de 3,3 milliards € en 2007 et s'établir à plus de 2,2 milliards € en 2008, soit une progression de 800 % entre 2004 et 2008 !<sup>1</sup>

Parmi les sanctions les plus lourdes récemment prononcées, le milliard d'euros a été frôlé en 2007 (992,3 millions) et sensiblement dépassé en 2008 et en 2009 (respectivement 1,383 et 1,1 milliard €).

Ces montants emportent de nombreuses conséquences.

- Parmi les effets les plus dommageables, **ils pénalisent les entreprises dans leur potentiel de croissance** vis à vis de sociétés de pays tiers qui ne subissent ni un encadrement réglementaire similaire, ni une même sévérité pécuniaire.

---

<sup>1</sup> Source : Commission européenne (<http://ec.europa.eu/competition>)

- La systématisation de leur augmentation soulève tout à la fois la question de leur opportunité et de leur réelle nature.
  - **Le caractère exemplaire et dissuasif consubstantiel à cet accroissement ne semble pas la réponse adaptée au phénomène dénoncé.** Fondé dans les textes sur le chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné, le calcul des amendes est en pratique de plus en plus souvent effectué par la Commission à partir d'une appréciation du chiffre d'affaires débordant de la définition de départ. C'est ainsi que ce calcul est régulièrement imputé à la société mère, même si celle-ci n'est en rien concernée par les pratiques condamnées. Selon la Commission<sup>2</sup> « *l'effet préventif de l'imposition d'amendes dépasse le cadre des affaires individuelles. Par sa politique d'imposition d'amendes, la Commission encourage une culture du respect du droit de la concurrence au niveau du groupe d'entreprises dans son ensemble.* » Par ailleurs, ce calcul ne tient pas compte du dommage réel à l'économie.
  - **La nature des montants atteints s'apparente à des amendes de caractère quasi-pénal** si l'on se réfère à l'appréciation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Cette dernière considère en effet que la nature pénale d'une sanction est fonction de sa sévérité et non de la qualification donnée par le droit national<sup>3</sup>.
- La procédure n'assure pas aux entreprises de garanties procédurales.
  - **L'imposition de peines lourdes supposerait des garanties procédurales** quant à la charge de la preuve et à l'administration de celle-ci. Or, à ce stade, celles-ci ne sont pas assurées dans les différentes étapes d'enquêtes et de prises de décision par la Commission européenne, portant ainsi préjudice aux entreprises dans leur défense.

Ainsi observe-t-on une **confusion des rôles d'enquête et de sanctions à la Commission**, augmentant les difficultés pour les entreprises à se défendre. De plus, l'organisation des auditions se déroule devant les instructeurs du dossier mais en l'absence des personnes qui décideront in fine. En outre, le TPI assure un contrôle limité souvent fondé sur la procédure plutôt que sur l'analyse économique menée par la Commission<sup>4</sup>.

**La Commission européenne impose des sanctions de plus en plus déconnectées de la réalité du dommage causé à l'économie sans contrôle juridictionnel adéquat.**

<sup>2</sup> Rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2008, p.4 §9, daté du 23.07.2009 ;

<sup>3</sup> Voir CEDH, 8 juin 1976 , Engel/ Pays-Bas ;

<sup>4</sup> En effet, en vertu de l'article 31, première phrase, du règlement 1/2003, le juge communautaire est censé disposer d'un recours de pleine juridiction contre les décisions « *par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte* ». Mais la deuxième phrase du même article ne lui permet que de « *supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée* ». L'interprétation qui a été donnée jusqu'ici à ce texte est que la Cour de Justice (en réalité, le tribunal de première instance de la Communauté européenne -TPICE) ne dispose pas de la faculté de réformer la décision de la Commission en y substituant sa propre appréciation des faits et de leur qualification juridique. Elle ne peut que réformer l'amende ou annuler l'ensemble de la décision (pouvoir général qu'elle tire directement de l'article 230 du Traité CE) et la renvoyer à la Commission qui statue de nouveau. En outre, le juge communautaire a expressément reconnu que, dans son pouvoir d'examen des décisions de concurrence, il n'exerce qu'un « contrôle restreint », c'est-à-dire qu'il ne sanctionne que les « erreurs manifestes d'appréciation », laissant donc un très large pouvoir discrétionnaire à la Commission.

## Des évolutions nécessaires

Ces défauts dans les procédures communautaires imposent, à court terme, une prise de conscience de la part de la Commission et, à moyen terme, des modifications textuelles.

En conséquence, les entreprises proposent que :

- Lors de leur prochaine investiture devant le Parlement européen, tant le futur Président de la Commission européenne que le Commissaire en charge de la concurrence prennent **l'engagement de réviser la politique** menée jusqu'alors par la Commission en matière de sanctions, reconnaissant ainsi la nécessité d'en améliorer les pratiques.

De même, il est essentiel que les gouvernements nationaux fassent valoir l'importance d'une telle révision au nom de la **compétitivité de l'Europe**.

**A court terme, l'engagement d'une révision de la pratique de la politique de concurrence européenne est attendu de la part de la nouvelle Commission.**

- Sur ces bases et en concertation étroite avec les parties prenantes, la Commission devrait ensuite s'atteler à la révision des textes<sup>5</sup> concernés afin de promouvoir:
  - une plus grande **proportionnalité** dans la détermination de la sanction pécuniaire plutôt qu'un système forfaitaire<sup>6</sup> fondé en particulier sur l'imputation systématique à la société mère des pratiques anticoncurrentielles de ses filiales ; il semble essentiel de tenir compte du dommage réel sur le segment économique et le secteur géographique concernés, en prenant en considération la situation particulière de l'entreprise ;
  - une prise de position claire pour considérer **les programmes de conformité** élaborés par les entreprises comme une **circonstance atténuante** dans l'appréciation portée par la Commission européenne alors que, en l'état actuel des textes, nulle précision n'est apportée sur ce sujet laissant ainsi à la Commission un large pouvoir d'appréciation<sup>7</sup> source d'insécurité pour les entreprises ;
  - une **séparation fonctionnelle**<sup>8</sup> efficiente là où, à l'heure actuelle, la Commission cumule les fonctions d'enquêteur, de procureur et de juge empêchant que les principes fondamentaux de la procédure pénale existant dans tous les pays de l'Union puissent être respectés (droit à un procès équitable, présomption d'innocence, renversement de la charge de la preuve, etc).

---

<sup>5</sup> Règlement (CE) 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du Règlement (CE) n° 1/2003 (2006/C 210/02) ;

<sup>6</sup> Voir en Annexe 2 la méthode de calcul retenue dans les Lignes directrices et ses conséquences réelles ;

<sup>7</sup> Voir, en ce sens, l'étude commanditée par le Conseil de la Concurrence, datée de septembre 2008 « Etat des lieux et perspectives des programmes de conformité » (points 8-78 à 8-93) ;

<sup>8</sup> Voir en ce sens, l'arrêt de la CEDH Dubus SA c. France, 11 juin 2009.

- la mise en place de **recours de pleine juridiction** afin de juger, le cas échéant, la responsabilité de la Commission alors que, le plus souvent, le Tribunal de première instance (TPI) laisse à cette dernière un large pouvoir d'appréciation limitant conséquemment l'efficacité des recours intentés.

Pour remédier à ce constat, il serait nécessaire de :

- o modifier le règlement 1/2003 pour reconnaître expressément au juge communautaire la faculté de *réformer* toutes les décisions de la Commission en matière de concurrence, et pas seulement de les annuler et de les renvoyer à la Commission pour statuer de nouveau,
- o demander au juge communautaire de faire évoluer sa jurisprudence et de procéder à un *contrôle approfondi* (et pas seulement à un contrôle restreint) des décisions de la Commission en matière de concurrence.

**A plus longue échéance, une réforme des procédures est majeure pour les entreprises afin d'améliorer les droits de la défense (séparation fonctionnelle, recours de pleine juridiction) et d'assurer une meilleure proportionnalité dans la sanction (fondée sur l'entreprise responsable et non pas systématiquement sur la société mère).**

Ces propositions ont pour objectif majeur de promouvoir une application plus sûre sur le plan juridique et plus efficace sur le plan économique pour les entreprises européennes.

Elles reposent sur une prise de conscience essentielle de la part de la Commission européenne fondée sur l'idée qu'une politique de sanction plus raisonnée aurait le mérite d'être tout à la fois dissuasive et économiquement plus réaliste au regard des conditions concurrentielles mondiales qui ne doivent pas être sous-estimées.

## ANNEXE 1<sup>9</sup>

### LE CARACTÈRE INADÉQUAT DE LA PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION EUROPÉENNE

#### *Nature quasi-pénale des sanctions en matière de concurrence*

Si le Règlement 1/2003 ne reconnaît pas le caractère pénal des amendes imposées par la Commission, la Cour Européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg considère cependant que la nature pénale d'une sanction est fonction de sa sévérité et non de la qualification donnée par le droit national.

- Voir en ce sens le montant récemment atteint par les amendes.
- Conséquence : de telles peines devraient être subordonnées au respect des principes rigoureux de droit pénal (article 6 de la Convention Européenne de Protection et de Sauvegarde des Droits de l'Homme -CEDH)

#### *Confusion des rôles pour les prises des décisions*

Un constat : l'absence de séparation entre les personnes chargées d'enquêter sur une infraction présumée, celles chargées de proposer la sanction et celles amenées à décider sur le fonds.

- Or, la Commission remplit plusieurs fonctions: elle reçoit à la fois les plaintes, mène les enquêtes, condamne et détermine la peine.
- Difficulté pour se déjuger *a posteriori* en concluant à l'innocence de l'entreprise en question.

#### *Procédure de l'audition peu encadrée*

Un double constat :

- absence du titulaire du pouvoir décisionnel final ;
- rôle essentiellement formel des conseillers-auditeurs sans être chargés d'établir la vérité (à l'instar d'un juge),

Conséquences :

- les personnes de la Commission en charge du dossier s'en tiennent le plus souvent à leur position.
- dans la pratique, l'audition est souvent exploitée par les entreprises plaignantes pour accabler les entreprises soupçonnées coupables d'infractions, sans réel contrôle du conseiller auditeur.

#### *Portée nationale des décisions communautaires*

- lorsque certains faits font déjà l'objet d'une décision de la Commission, les cours et tribunaux nationaux sont légalement tenus de ne pas juger en sens inverse,
- Conséquence : des procédures en responsabilité civile ou des poursuites pénales peuvent être introduites, alors même que la décision originelle de la Commission peut ne pas reposer sur des garanties procédurales adéquates.

---

<sup>9</sup> Source : d'après les travaux discutés lors de la Fifth Annual Conference du Global Competition Law Centre (GCLC), juin 2009

## ANNEXE 2

### LES EFFETS NEGATIFS DES LIGNES DIRECTRICES DE 2006

*Trois innovations* ont contribué à l'augmentation du niveau moyen des amendes :

1. le montant de base de l'amende est désormais calculé à partir d'un **pourcentage de la valeur des ventes** des biens ou services en rapport avec l'infraction auquel est ajouté un multiple fonction du nombre d'années de l'infraction ;
2. un mécanisme de « **droit d'entrée** » **entre 15 et 25 %** de la valeur des ventes de l'entreprise en relation avec l'infraction, appliqué indépendamment de la durée de celle-ci,
3. le montant de base de l'amende d'un **récidiviste** peut être augmenté de 100% pour chaque infraction antérieure aux pratiques en cause.

#### *Traduction chiffrée :*

Supposons que l'entreprise A soit condamnée pour entente de fixation de prix avec ses concurrents. Il est établi que la durée de la participation de l'entreprise A dans l'entente est de 3 ans. L'entreprise A réalise un chiffre d'affaires annuel de 100 millions € dans le marché du produit concerné par l'entente dans l'Espace Economique Européen. Son chiffre d'affaires mondial annuel est, pour sa part, de 3 milliard €.

En vertu des lignes directrices de 2006, l'amende de l'entreprise A serait calculée comme suit :

- le montant préliminaire consiste en un pourcentage de la valeur annuelle des ventes de biens ou services réalisées par l'entreprise en relation directe ou indirecte avec l'infraction sur le marché géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE. Même si ce pourcentage peut théoriquement aller jusqu'à 30%, il est, en pratique, souvent fixé aux alentours de 20% :

*20 % du chiffre d'affaires annuel dans le marché concerné = 20 millions € ;*

- ce montant préliminaire est multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction :

*en l'espèce la participation est de 3 ans : 20 millions x 3 = 60 millions € ;*

- il y est ajouté une somme équivalente à 15 à 25% de la valeur annuelle des ventes. En pratique, le pourcentage est souvent identique à celui appliqué pour le calcul du montant préliminaire :

*20 % du chiffre d'affaires annuel dans le marché concerné = 20 millions € ;*

- ce total constitue le montant de base :

*60 millions + 20 millions = 80 millions € ;*

- ce montant de base peut être ajusté à la hausse ou à la baisse pour prendre en compte d'éventuelles circonstances atténuantes ou aggravantes, telles que la récidive ce qui conduit à doubler l'amende soit :

*80 millions x 2 = 160 millions*

- le montant final de l'amende ne peut dépasser 10 % du chiffre d'affaires mondial annuel de l'entreprise :

*montant maximal : 10 % de 3 milliard € = 300 millions €.*

**L'amende de l'entreprise A pourrait atteindre 300 millions €, soit 10 % de son chiffre d'affaires mondial annuel et 300% de son chiffre d'affaires local, sans tenir compte ni de l'impact sur les consommateurs, ni des marges bénéficiaires de l'entreprise.**

Il est à noter, en outre, que le **calcul du montant de l'amende sur le chiffre d'affaires du groupe comme son imputabilité tendent à devenir réguliers** ainsi que le précise la Commission européenne dans son rapport 2008 sur la politique de la concurrence.

Enfin, l'**application mécanique des facteurs aggravants** des lignes directrices (durée, récidive, dissuasion) conduit, à un risque de violation de plus en plus fréquente du principe de proportionnalité, alors même que la Commission dispose d'une discrétion absolue pour les appliquer. **A cet égard, le concept de récidive est d'autant plus choquant que la jurisprudence permet à la Commission de remonter parfois 20 ou 30 ans en arrière pour appliquer la notion de récidive, ignorant la réalité de l'entreprise, de son organisation, et de ses dirigeants.**

## ANNEXE 3

### ETAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES DES PROGRAMMES DE CONFORMITE<sup>10</sup>

#### Etat des textes

Elaborées par la Commission européenne en 1998, puis en 2006 pour déterminer le montant des amendes, les Lignes directrices n'évoquent pas la mise en oeuvre de programmes de conformité.

Ceux-ci ne sont pas plus évoqués dans les communications successives de la Commission relatives à l'immunité d'amendes ou à la réduction de leur montant dans le cadre de la « clémence ».

Leur prise en considération comme leur appréciation relèvent ainsi entièrement de la Commission qui peut y voir une circonstance atténuante ou aggravante au regard des pratiques anticoncurrentielles concernées.

#### Pratique décisionnelle de la Commission européenne

La Commission européenne prend en considération la mise en oeuvre de programme de conformité dans 25 décisions:

- *Sept* d'entre elles ont pris en compte de tels programmes en tant que circonstances *atténuantes*, pour des cas relatifs à des pratiques verticales ou des abus de position dominante,
- *une* décision a retenu à titre de circonstance *aggravante* la violation d'un programme de conformité, dont la mise en oeuvre avait été prise en compte dans la détermination de l'amende dans une affaire antérieure,
- *les autres* affaires, dans lesquelles l'existence ou la mise en oeuvre de programme de conformité *ont été écartées*, portaient sur des pratiques d'ententes horizontales de fixation de prix ou de répartition de marché.

Ses décisions les plus récentes paraissent tendre vers un *rejet de principe de la prise en compte des programmes de conformité comme circonstance atténuante* ou à tout le moins un refus de toute prise en compte automatique d'un programme de conformité à titre de circonstance atténuante, quand bien même il répondrait à certains critères.

#### Jurisprudence du Tribunal de première instance (TPI)

Le Tribunal de première instance rappelle régulièrement que si un programme de conformité peut constituer une circonstance atténuante, cette reconnaissance n'est pas automatique.

Cette approche est également maintenue lorsque le programme de conformité comporte un volet disciplinaire effectivement appliqué.

---

<sup>10</sup> Extrait de l'étude réalisée en septembre 2008 pour le Conseil de la Concurrence « ETAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES DES PROGRAMMES DE CONFORMITE »