

**CONSULTATION DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE (« ADLC »)****PROJET DE COMMUNIQUE RELATIF A LA METHODE DE DETERMINATION DES SANCTIONS  
PECUNIAIRES**

---

L'Autorité de la concurrence a ouvert une consultation dans des délais très restreints sur son projet révisant le communiqué sur la détermination des sanctions pécuniaires datant de 2011.

Cette révision s'inscrit dans le cadre de la transposition de la directive ECN+. Cependant, bien au-delà de « certains ajustements inspirés par sa pratique décisionnelle » tels que présentés dans le communiqué de l'ADLC, elle fournit également à cette dernière l'opportunité de revoir en profondeur le cadre de ce texte particulièrement structurant pour les entreprises.

Sans contester le principe d'une révision du Communiqué de 2011, il est légitime de s'interroger sur l'urgence d'y procéder. A cet égard, la parution du précédent communiqué de 2011 avait été précédée de 18 mois de concertation et de réflexion de place.

Les enjeux tant juridiques qu'économiques attachés à cette révision plaident pour un échange approfondi avec la Place, alors que l'Autorité française dispose d'ores et déjà de la capacité de sanctionner lourdement les entreprises comme le montre son bilan tout récemment publié.

En effet, le niveau des sanctions susceptibles d'être prononcées est très substantiellement accru par plusieurs ajouts. Ainsi, le cumul d'un "*ticket d'entrée*" (§ 32) et de nouvelles règles de prise en compte de la durée de la pratique (§ 34) permettra à l'Autorité d'élever significativement le niveau des sanctions pécuniaires prononcées.

A cet égard, une telle révision nous semble devoir être accompagnée d'une étude d'impact permettant de mettre en exergue les conséquences des modifications apportées, tant pour les entreprises que pour les associations d'entreprises.

Les exigences constitutionnelles de proportionnalité et de légalité des sanctions ne paraissent pas pleinement respectées. La nature quasi-pénale des sanctions requiert une rédaction aussi précise que possible de ce texte, écartant en particulier toute application rétroactive.

Par ailleurs, alors que l'Autorité s'inspire sur certains points des lignes directrices de la Commission européenne de 2006 qui n'avaient pas été repris en 2011, il est utile de s'interroger sur le sens des modifications opérées. A cet égard, les entreprises de l'Afep souhaiteraient que soient prises en compte explicitement les circonstances atténuantes prévues par le normalisateur européen et qui n'apparaissent pas dans le présent projet.

Alors que les délais impartis pour l'examen de ce projet ne sont pas appropriés pour une révision aussi profonde du cadre relatif au prononcé des sanctions par l'ADLC, la réponse de l'Afep s'attache aux principaux points susceptibles d'affecter la sécurité juridique et la prévisibilité des décisions de l'Autorité, en suivant l'ordre du projet de communiqué.

Au-delà de ces premiers éléments de réponse, l'Afep souhaite que l'ADLC suspende la publication de ce communiqué pour entamer une véritable concertation de place sur les points mentionnés ci-dessous.

\*

**(i) Avoir une meilleure compréhension de la méthodologie proposée (§ 6 et 65)**

§ 6. L'ADLC peut, après une analyse globale des circonstances particulières de l'espèce, notamment au regard des caractéristiques des pratiques en cause, de l'activité des parties concernées et du contexte économique, ou pour des raisons d'intérêt général, décider de s'écarter de la méthode de détermination des sanctions.

Si le caractère de lignes directrices revêtu par ce communiqué fixe les critères à mettre en œuvre et prévoit les motifs des décisions à prendre, le pouvoir d'appréciation revenant à l'autorité administrative n'en reste pas moins grand. La conséquence pratique pour les entreprises concernées par ce texte se traduit par une forte insécurité juridique et une opposabilité très relative de ce texte.

Au vu des implications pour les entreprises concernées, les critères qu'entend appliquer l'ADLC devraient donc être plus clairs et objectifs pour permettre aux entreprises d'exercer leurs droits de la défense.

Il est proposé que **l'ADLC motive les raisons la conduisant à s'écarter du cadre général du communiqué** en fournissant des indications claires pour ce cas de figure en termes de plafonds, etc.

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

Ce paragraphe adapte la méthode suivie pour déterminer les sanctions pécuniaires dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres. Le montant de base de la sanction pécuniaire résultera alors de l'application d'un coefficient déterminé en fonction de la gravité des faits, du chiffre d'affaires total réalisé en France.

Si cette disposition était déjà inscrite dans le communiqué de 2011, l'Autorité devrait **préciser le coefficient et les critères de choix de ce coefficient**. En effet, les critères retenus désormais ont profondément évolué (suppression du dommage à l'économie remplacé par la durée des pratiques) et induisent des sanctions, nécessaires, mais dont la portée économique requiert des développements complémentaires au nom des principes des droits de la défense, d'équité et de proportionnalité.

**(ii) Prendre en compte le principe du contradictoire (§ 16)**

§ 16. Les réponses aux observations des parties portant sur les éléments mentionnés au point 15 peuvent faire l'objet d'une appréciation des services d'instruction dans le rapport oral présenté en séance. Il appartient à l'entreprise ou à l'association d'entreprises concernée d'apporter tous les éléments pertinents relatifs à la sanction préalablement à la séance. L'ensemble de ces éléments et la détermination du montant de la sanction qui en découle relèvent de la délibération du collège, dont la décision motive les principales étapes du raisonnement suivi à cet effet.

Ce § 16 consacre la procédure simplifiée comme devenant la norme sur le fond comme sur l'enchaînement chronologique, ce qui soulève de sérieuses difficultés :

- *L'appréciation sur les réponses des parties apportée par les services d'instruction dans le rapport oral présenté en séance* : se déroulant devant le Collège en fin de procédure, ce rapport oral est destiné à lui présenter le dossier tel qu'envisagé avec les parties concernées. Le fait que des appréciations puissent être alors apportées induit que de nouveaux arguments peuvent être soumis au Collège sans possibilité pour l'entreprise de se défendre alors que le droit de la concurrence est un domaine très technique faisant appel à de nombreux paramètres juridiques et économiques. Il y a ainsi une rupture d'égalité dans le contradictoire et un risque d'arbitraire.
- *L'entreprise (ou l'association d'entreprises) doit apporter tous les éléments pertinents relatifs à la sanction préalablement à la séance* : le début du § 16 évoque la séance ; cette deuxième phrase stipule que tous les éléments relatifs à la sanction doivent être fournis avant la séance. Ce séquençage ne semble pas de nature à garantir le respect des droits de la défense.

Par la possibilité laissée aux services d'instruction d'apporter des modifications au dernier instant de la procédure de sanction, ce paragraphe remet en cause les droits de la défense. A ce titre, sa suppression est demandée.

**(iii) Préserver les libertés fondamentales en fournissant un cadre méthodologique plus précis (§ 22 et suivants)**

L'Autorité indique à de nombreuses reprises qu'elle s'inscrit dans une démarche répressive, assimilable à celle d'une juridiction quasi-pénale.

De ce fait, de nombreux paragraphes appellent des précisions dans la mesure où ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

En outre, la sanction infligée aux entreprises dépasse la sanction pécuniaire puisqu'elle s'accompagne souvent de nombreux effets supplémentaires tels que des enquêtes dans d'autres pays, l'atteinte à l'image dans le public (véhiculée de plus en plus *via* les réseaux sociaux), un impact sur le cours de bourse pour les sociétés cotées ou encore des réclamations clients.

Pour ces différentes raisons, les précisions demandées relèvent de la capacité légitime des entreprises à se défendre. Elles concernent notamment :

- *Le montant de base de la sanction pécuniaire (§ 22, 24 à 27) :*
  - La valeur des ventes retenue est celle de l'ensemble des catégories de produits ou de services **en relation directe ou indirecte** avec l'infraction (§. 22). Le fait d'inclure désormais les relations « **indirectes** avec l'infraction » contribue à entretenir flou et insécurité.

L'ADLC devrait préciser la manière dont cette notion de relation *indirecte* est appréciée (impact sur le marché, conséquences pour les consommateurs d'un produit issu de services ayant créé l'infraction... ?)

- En vue de déterminer la valeur des ventes, l'Autorité utilisera **les « meilleures données » disponibles** (§ 24) fournie par la structure mise en cause. Dans ce même paragraphe, il est mentionné que ces données peuvent apparaître « **incomplètes ou insuffisamment fiables** » pour l'Autorité. Aucun critère (quantitatif ou qualitatif) n'est fourni pour justifier une telle imprévisibilité.

Compte tenu des conséquences majeures sur le calcul de la sanction (dont l'assiette passerait alors des ventes en cause au chiffre d'affaires total), il est demandé à l'Autorité d'apporter des précisions sur la manière dont s'apprécie la qualité des données utilisées et leur pertinence.

- Ces mêmes incertitudes et commentaires se retrouvent dans le cadre d'une association professionnelle (§ 26), pour laquelle « il **devrait être possible** de tenir compte » de la somme des ventes de biens et de services **en relation directe ou indirecte** avec l'infraction qui sont réalisées par les entreprises membres de l'association. La référence au considérant n° 48 de la directive ECN+ peut être critiquable au sein de lignes directrices d'application directe. La formule « il devrait être possible » devrait être clarifiée pour garantir la sécurité juridique des parties.
- L'Autorité peut adapter sa méthode de calcul, notamment lorsque l'infraction consiste à s'abstenir d'effectuer des ventes en France (§ 27), l'ADLC pouvant alors **tenir compte des ventes réalisées dans l'EEE**.

L'ADLC devrait préciser clairement et objectivement ses critères concernant les pays et ventes susceptibles d'être pris en compte.

– *L'appréciation de la gravité des faits en général (§29)*

Si le critère du "dommage à l'économie" (§ 32 de la version de 2011) a disparu, cette suppression devait néanmoins s'accompagner d'une reprise de certaines de ses spécificités objectives permettant de caractériser la gravité des faits.

Il est proposé de reprendre dans le § 29 la référence aux parts de marché cumulées des entreprises en cause, ainsi que l'incidence des pratiques sur l'économie - celles des opérateurs économiques en amont comme des consommateurs en aval ou celle relative aux effets conjoncturels ou structurels (ou l'absence de tels effets).

– *L'appréciation de la gravité des faits et l'impact environnemental (§ 29) :*

*« Pour apprécier la gravité des faits, l'Autorité peut notamment tenir compte des éléments suivants, en fonction de leur pertinence : la nature de l'infraction ou des infractions en cause et des faits retenus pour la ou les caractériser, ainsi que la nature du ou des paramètres de la concurrence concernés (prix, volume, coût, innovation, production, **impact environnemental etc.**). »*

Il est tout d'abord permis de se demander si la prise en considération par l'Autorité de l'impact environnemental pour apprécier la gravité des faits en tant que « nature du ou des paramètres de la concurrence concernée » est opportune. La mise à jour du « communiqué sanctions » ne doit pas préempter ce débat dans le cadre d'un texte de procédure alors que des travaux et réflexions sont en cours (notamment au niveau européen) sur la meilleure façon d'intégrer la protection de l'environnement en droit de la concurrence.

Il est, ensuite, nécessaire de rappeler qu'un « impact » ne signifie pas nécessairement dommage environnemental alors qu'il est ici considéré au titre de la gravité des faits, le chargeant ainsi d'une connotation négative. La notion d'impact ne suffit pas à créer une situation *contra legem*, encore faut-il démontrer le dommage.

Par ailleurs, le fait que l'énonciation ne soit pas complète (« *etc* ») interroge sur la nature des autres paramètres concernés. Il en résulte en l'état une grande incertitude sur ce que l'Autorité serait à même de retenir et d'apprécier (paramètres sociaux ? éthiques ? autres ?...).

Il est, enfin, utile de rappeler les points suivants :

- Le principe de légalité des délits et des peines auquel il doit être fait référence requiert un cadre juridique clair dans lequel le pouvoir d'appréciation est circonscrit ;
- L'Autorité n'est pas une autorité de protection de l'environnement ; elle régule la concurrence sur les marchés, notion différente de l'impact environnemental ;
- La police administrative (en application du code de l'environnement en particulier) définit la norme en la matière et prévoit déjà des sanctions administratives ou pénales adéquates.

L'environnement est un pilier de la stratégie économique de demain aux niveaux nationaux comme européen. Il relève de stratégies politiques globales tout en devant répondre à des questions techniques complexes propres à cette matière (ex : la réduction des émissions de CO2 accroissant le cas échéant les prix peut-il bénéficier de l'article 101-3 TFUE qui prévoit une possibilité de justifier une entente qui apparaîtrait *prima facie* anticoncurrentielle ?).

En ce sens, le « Green Deal »<sup>1</sup> est une opportunité pour l'Europe d'affermir sa recherche et, à terme, son autonomie technologique et stratégique. Pour ce faire, le développement de coopérations entre entreprises devient une nécessité urgente dès lors que celles-ci respectent le cadre de l'article 101 TFUE et ne conduisent pas au développement de pratiques/produits nuisibles à l'environnement<sup>2</sup>.

Les déclinaisons nationales de ce cadre européen doivent tenir compte de cette opportunité économique et de l'urgence climatique.

Une récente étude réalisée auprès de 200 responsables ESG (environnement, social et gouvernance) de grandes entreprises<sup>3</sup> a révélé que 57 % d'entre elles ne s'étaient pas engagées dans des coopérations pro-environnementales au vu du risque antitrust trop élevé. De façon générale, les entreprises hésiteront à mettre en œuvre les coopérations dont l'auto-évaluation au regard de l'article 101 TFUE est complexe et les expose à un certain degré d'insécurité juridique. Tel est le cas des coopérations nécessitant une évaluation poussée au regard des critères d'exemption, que ce soit en raison d'une atteinte à la concurrence entre les entreprises et/ou d'un effet avéré au bien-être du consommateur, mais aussi de coopérations dont il est simplement difficile d'évaluer le possible impact anticoncurrentiel, en raison de l'incertitude qui entoure de nombreux paramètres à prendre en compte dans l'analyse de risque.

---

<sup>1</sup> Cf la récente consultation par la DG Concurrence de la Commission européenne sur le Green Deal.

<sup>2</sup> Voir en ce sens la sanction infligée par la Commission européenne au cartel des camions (juillet 2016) au titre, notamment, du calendrier relatif à l'introduction des technologies d'émission : la collusion ne visait pas à éviter ou à contourner le respect des nouvelles normes en matière d'émissions.

<sup>3</sup> Sondage Linklaters réalisé en mars 2020 en Allemagne, France, Grande-Bretagne, aux Etats-Unis et aux Pays-Bas.

La portée de cette appréciation de la gravité des faits au regard de l'impact environnemental va ainsi bien au-delà de la sanction juridique et appelle une vision plus large des faits en cause. Elle conditionne en partie l'évolution économique de demain.

Compte tenu des réflexions en cours<sup>4</sup> au niveau européen sur ce thème, il est proposé de supprimer toute référence à un « *impact environnemental, etc* » dans la rédaction du § 29.

– *L'appréciation de la durée de l'infraction (§ 35) et son applicabilité dans le temps*

Le § 35 modifie sensiblement le coefficient multiplicateur pour le calcul de la durée de la pratique anticoncurrentielle. Il en résulte une rupture brutale du mode de calcul du montant de la sanction. Son applicabilité dans le temps n'est en outre pas précisée.

a) La prise en compte de la durée dans le quantum de sanction

A partir de décisions récentes de l'ADLC, une simulation chiffrée ajoutant uniquement deux coefficients (durée et « ticket d'entrée ») souligne une très forte augmentation du montant des amendes. En appliquant le seul nouveau coefficient de la durée, le montant des sanctions peut déjà s'accroître de 100 %<sup>5</sup>.

Face à l'ampleur de cette modification, les commentaires suivants peuvent être apportés :

- Ni ECN+ ni l'ordonnance de transposition ne requièrent un nouveau mode de computation de la durée de l'infraction ;
- Si l'ADLC reprend les lignes directrices de la Commission de 2006, elle ne les actualise ni par les jurisprudences ultérieures, ni par la pratique décisionnelle de la Commission qui tend à fonder son calcul sur le nombre de jours de participation à l'infraction ;
- L'ADLC n'a pas retenu ce mode de computation dans son communiqué de 2011 pourtant postérieur à la publication des lignes directrices de la Commission ;
- Aucune étude d'impact sur la portée des dispositions nouvelles n'a été réalisée.

De fait, les dispositions de 2011 ne limitent en rien le caractère répressif des sanctions prononcées et la synthèse de l'activité de l'ADLC pour 2020 en a récemment confirmé toute l'efficacité.

La nécessité d'une telle modification de calcul n'est donc en rien démontrée et le caractère automatique de son application risque de remettre en cause le principe de proportionnalité de la sanction.

Il est demandé à l'Autorité de revenir à son mode de calcul prévu dans le communiqué de 2011.

b) L'applicabilité dans le temps du nouveau mode de calcul de la sanction

Au vu des modifications substantielles de la pratique décisionnelle de l'Autorité et des montants atteints par les sanctions, le champ d'application temporel du Communiqué doit être clairement défini.

---

<sup>4</sup> Cf la décision de la Commission européenne contre des émissions de gaz de moteurs automobiles du 8 juillet 2021.

<sup>5</sup> Source : APDC.

L'application du nouveau Communiqué à des pratiques antérieures à son entrée en vigueur aurait pour effet de sanctionner beaucoup plus lourdement les entreprises par rapport au montant initialement anticipé par elles (et provisionné à ce titre le cas échéant). Une application du nouveau Communiqué à des pratiques antérieures à son entrée en vigueur pourrait de plus remettre en cause leurs stratégies de défense dans certains dossiers en cours d'instruction.

Cette application rétroactive du communiqué serait contraire au principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, qui ne peut s'appliquer qu'aux faits commis à partir de sa date d'entrée en vigueur.

C'est pourquoi, il est demandé à l'Autorité de confirmer que ce communiqué s'appliquera aux seules pratiques commises postérieurement à la date de sa publication.

– *L'individualisation de la sanction (§ 43)*

Le § 43 permet à l'Autorité de majorer la sanction lorsque les gains illicites estimés réalisés grâce à l'infraction en cause sont supérieurs au montant de la sanction pécuniaire.

Cette disposition va au-delà d'une simple « mise à jour » du Communiqué de 2011 telle que présentée par l'Autorité.

Au vu de la directive ECN+ et de l'ordonnance du 26 mai 2021 procédant à sa transposition en droit interne, il semble que cette disposition ne soit prévue dans aucun de ces textes. Au regard du caractère de « lignes directrices » de ce texte (§ 12), il est permis de s'interroger sur la capacité de l'Autorité à créer ainsi du droit.

En tout état de cause, l'Autorité ne fixe aucun critère ni plafond pour cette « majoration » et se fonde sur une *estimation* des gains illicites.

Les incertitudes résultant du paragraphe 43 conduisent à demander que l'Autorité le retire ou à tout le moins apporte des précisions sur les critères d'estimation retenus et le cadre général envisagé pour procéder à cette éventuelle majoration.

\*\*\*