



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

L' "imprévisibilité transparente" :
La politique de sanction de la
Commission en matière de cartels

Doctrines | *Concurrences* N° 4-2006 | pp. 46-55

HOGAN &
HARTSON

Michel DEBROUX

mdebroux@hhlaw.com

| Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles



Institut de droit
de la concurrence

THOMSON
TRANSACTIVE™

Michel DEBROUX*

mdebroux@hhlaw.com

Avocat à la Cour,
Avocat au barreau de Bruxelles

Abstract

Avec le succès des politiques de clémence, le renforcement des sanctions et une transparence accrue, la nature des recours portés devant les juridictions communautaires en matière de cartel a profondément changé. Cet article examine dans un premier temps la jurisprudence de la Cour et du Tribunal sur les lignes directrices de 1998 depuis 2002, pour s'interroger ensuite sur les critères de succès d'une politique de sanction, au regard notamment des notions de transparence, de prévisibilité et d'efficacité

Owing to the success of the Commission's « stick and carrot » policy that combines leniency and higher fines, the nature of arguments in appeal on cartel cases has changed dramatically. This article reviews five years of caselaw of the European courts on the fining guidelines of 1998, and questions whether an increased transparency is a guarantee of efficiency of an enforcement policy.

L' "imprévisibilité transparente" : La politique de sanction de la Commission en matière de cartels

1. Ces dix dernières années, la Commission européenne a progressivement mais profondément modifié ses méthodes de lutte à l'encontre des ententes anticoncurrentielles les plus graves, communément désignés sous le terme "cartels". À la relative bienveillance des années soixante-dix et du début des années quatre-vingts a succédé, vers la fin des années quatre-vingts, une tendance à la sévérité croissante. La Commission a alors ressenti le besoin de formaliser sa pratique en matière de sanctions et, en parallèle, de développer de nouvelles méthodes permettant à la fois de faciliter la détection des cartels et d'alléger la charge de l'enquête. De ce double mouvement est né le développement de deux outils complémentaires, à savoir un programme de clémence inspiré des États-unis et mis en œuvre à partir de 1996¹, et l'imposition d'amendes de plus en plus sévères, établies selon des lignes directrices adoptées en 1998 et récemment modifiées². Le programme de clémence a rapidement rencontré un succès considérable, amplifié avec les modifications mises en œuvre à partir de 2002, au point d'être aujourd'hui à l'origine de la plupart des décisions de la Commission. Ce succès doit également beaucoup à l'imposition par la Commission d'amendes de plus en plus élevées.

2. Naturellement, cette évolution s'est progressivement répercutée au niveau des recours formés contre ces décisions. L'on a ainsi assisté à une modification sensible de la nature des moyens invoqués devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes (TPI et CJCE). Cette évolution se comprend aisément, puisque par hypothèse, dès lors qu'une décision trouve sa source dans une demande de clémence, les entreprises sanctionnées n'ont plus guère le choix des moyens en cas de recours, qu'elles aient ou non été à l'origine de la demande de clémence : c'est évidemment le cas dans la première hypothèse, puisqu'elles hésiteront à courir le risque de se voir retirer le bénéfice de la clémence, mais c'est aussi vrai pour les entreprises qui n'ont pas cette contrainte, puisque l'abondance et la précision des preuves accumulées par la Commission grâce à ce programme rendent généralement plus difficiles les contestations portant sur l'existence ou la qualification des pratiques condamnées.

1 Communication de la Commission concernant la non imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *JOCE* n° C. 207 du 18 juillet 1996 (la "Communication Clémence de 1996"), remplacée par la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *JOCE* n° C. 45 du 19 février 2002, p. 3 (la "Communication Clémence de 2002"). Une nouvelle modification est prévue et actuellement soumise à consultation publique, suite à la publication du "Projet de communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes" (le "Projet de Communication Clémence de 2006", Comm. CE, MEMO/06/357 du 29 septembre 2006).

2 Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15, §2 du règlement n° 17 et de l'article 65, §5 du traité CECA, *JOCE* n° C. 9 du 14 janvier 1998 (les "Lignes Directrices de 1998"), remplacées cet été par de nouvelles "lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, §2 a) du règlement (CE) n° 1/2003", publiées au *JOUE* n° C. 210 du 1^{er} septembre 2006, p. 2 (les "Lignes Directrices de 2006").

* Voir aussi, supra, Tendances, "L'efficacité des sanctions contre les cartels : Une perspective économique", pp. 10-30 ; F. Lévêque, "Programme de clémence : Une efficacité multiforme", pp. 31-36, et ; H. de Broca, "Les nouvelles Lignes directrices de la Commission en matière d'amendes, pp. 37-45".

3. C'est ainsi que depuis environ cinq ans, les recours portent souvent davantage sur les éléments intervenant dans la fixation du montant de l'amende que sur la réalité ou la qualification des pratiques poursuivies. L'étude de ces moyens et de leur appréhension par le TPI et la CJCE constitue le premier objet du présent article.

4. Par choix, nous avons limité l'examen de la jurisprudence du TPI et de la CJCE aux seuls recours où étaient invoqués des moyens relatifs aux lignes directrices relatives aux sanctions. Ont ainsi été examinés une trentaine d'arrêts du Tribunal et de la CJCE depuis 2002. Sur la période couverte, la présente étude ne prétend pas à l'exhaustivité, ne serait-ce qu'en raison de son objet même. Toutefois, aucun des principaux arrêts rendus sur ces thèmes, ni par conséquent aucun des grandes décisions en matière de cartel, dont les noms sont désormais familiers, n'ont été ignorés : méthionine, lysine, électrodes de graphite, graphites spéciaux, gluconate de sodium, phosphate de zinc, tubes d'acier sans soudure, conduites pré-calorifugées, gaz industriels et médicaux, etc.

5. Bien que limités aux moyens relatifs au éléments pris en compte pour la détermination du montant des amendes, les thèmes examinés ici sont particulièrement abondants et nombre d'entre eux reviennent régulièrement, avec plus ou moins de succès : applicabilité et validité des lignes directrices, principe de non rétroactivité, de proportionnalité, de *ne bis in idem*, gravité des pratiques, détermination des chiffres d'affaires pertinents, catégorisation des entreprises membres de l'entente, impact concret des pratiques sur le marché, durée de l'entente, etc.

6. L'examen de ces thèmes peut toutefois rapidement s'avérer fastidieux. La litanie est longue, les arguments souvent redondants. En outre, l'adoption cet été de nouvelles lignes directrices en matière d'amendes par la Commission devrait sans doute avoir pour conséquence de tarir progressivement certains arguments et de priver d'intérêt leur examen. Ce devrait ainsi être le cas des moyens tirés de la répartition des contrevenants au sein de catégories aux fins de la détermination de la gravité des pratiques, puisque la Commission est aujourd'hui revenue à un critère tiré du chiffre d'affaires réalisé sur les marchés objets de l'entente. Pourtant, le caractère systématique de l'étude a fait émerger un thème transversal que nous avons choisi de traiter de façon distincte en deuxième partie de cet article, à savoir le thème de la transparence comme outil d'efficacité des sanctions en matière de répression des cartels. Le contraste est en effet frappant entre, d'une part, l'accumulation de critères précis et détaillés appliqués par la Commission en vue de déterminer l'amende, et l'importante marge d'appréciation qu'elle conserve dans l'application concrète de ces critères.

7. La politique de la Commission a en effet été largement validée par les juridictions communautaires, qui ont systématiquement reconnu à la Commission un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, à l'accumulation des critères énumérés dans les lignes directrices, supposés garantir la transparence, répond une succession de petites ou grandes zones

d'incertitudes potentielles, qui entretiennent l'imprévisibilité. Au final, la politique de sanction de la Commission se caractérise donc par une forme parfois déroutante d'"imprévisibilité transparente", qui a d'ailleurs été validée par le Tribunal, sinon en ces termes, du moins clairement dans cet esprit. Pour le Tribunal en effet, une forme d'imprévisibilité de la sanction constitue même un facteur d'efficacité. Quel parallèle peut-on tirer avec la pratique du Conseil de la Concurrence ? L'imprévisibilité transparente qui caractérise la politique de la Commission contraste nettement, du moins à première vue, avec l'imprévisibilité encore à ce jour fort peu transparente, propre à la pratique actuelle du Conseil de la concurrence en France. Ce contraste apparent résiste-t-il à un examen approfondi ? Laquelle de ces deux politiques est la plus efficace, au regard du double objectif de répression et de prévention qui caractérise toute politique de sanction ? Ce sont les questions que nous aborderons en seconde partie de cet article.

I. le contrôle opéré par le Tribunal et la Cour sur les lignes directrices de 1998

1. La légalité des lignes directrices

8. Avant l'adoption des lignes directrices de 1998, la politique de la Commission en matière de sanctions consistait pour l'essentiel à déterminer le montant de l'amende en fonction d'un pourcentage des ventes sur le marché concerné. Il en résultait souvent des amendes relativement modestes. La Commission a adopté ses nouvelles lignes directrices en janvier 1998 et les a appliquées immédiatement, y compris à des affaires dans lesquelles la procédure s'était entièrement déroulée sous l'empire de sa pratique précédente. Ainsi, dans l'affaire des *conduites pré-calorifugées*, premier cas où le TPI puis la CJCE ont eu à se prononcer sur la validité des lignes directrices, les requérantes ont souligné le caractère totalement nouveau de la pratique de la Commission. Cette nouveauté était d'autant plus contestable à leurs yeux que "*les lignes directrices (...) avaient été adoptées postérieurement tant aux infractions qu'aux auditions, dernière étape de la procédure administrative devant la Commission*" ; elles soulignaient également que "*la confiance qu'elles pouvaient tirer de la pratique décisionnelle antérieure de la Commission, en matière de calcul des amendes, était d'autant plus légitime que leur décision de coopérer avec la Commission était nécessairement fondée sur cette pratique [antérieure] et, en particulier, sur les bénéfices qu'elles pouvaient escompter tirer, au vu de celle-ci, de leur coopération*"³.

3 TPICE, 20 mars 2002, *Dansk Rørindustri e. a. c/ Commission*, aff. T-21/99, *Rec.* p. II-1681, en particulier les points 162 à 182 ; CJCE (grande chambre), 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e. a. c/ Commission*, aff. C-189/02 P, *Rec.* p. I-5425, en particulier les points 157-160.

9. Mais le Tribunal, et la Cour à sa suite, ont rejeté les moyens tirés des principes de non rétroactivité et de confiance légitime, au motif que “le changement que l’adoption des lignes directrices a pu entraîner par rapport à la pratique administrative existante de la Commission ne constitue pas une altération du cadre juridique déterminant le montant des amendes pouvant être infligées en raison d’infractions aux règles communautaires de concurrence, celui-ci étant uniquement défini par le règlement n° 17. Suivant la méthode énoncée dans les lignes directrices, le calcul du montant des amendes reste effectué en fonction des deux critères mentionnés dans l’article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, à savoir la gravité et la durée de l’infraction, tout en respectant la limite maximale par rapport au chiffre d’affaires de chaque entreprise, établie par la même disposition.”⁴ De la même façon, le Tribunal et la Cour ont nettement réaffirmé, en s’appuyant sur l’arrêt *Musique diffusion française* de 1983⁵, que “les opérateurs économiques ne sauraient placer une confiance légitime dans le maintien d’une pratique spécifique de la Commission dès lors que, dans le domaine de la fixation du montant des amendes, la Commission dispose d’un pouvoir d’appréciation lui permettant d’élever à tout moment le niveau général des amendes, dans les limites indiquées dans le règlement n° 17, si cela est nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique communautaire de la concurrence”⁶.

10. Ainsi, les moyens tirés du principe de non rétroactivité, de légalité et de confiance légitime ont échoué dans les circonstances mêmes où ils auraient sans doute été le plus susceptibles de prospérer, à savoir dans les cas d’application immédiate des nouvelles lignes directrices à des affaires en cours. La Commission a donc reçu de la part du Tribunal et de la Cour un appui précieux, qui ne s’est jamais démenti par la suite. C’est encore le cas dans l’affaire de la *lysine*, où Archer Daniels Midland (ADM) reprochait à la Commission d’avoir déterminé le montant de l’amende en fonction de lignes directrices adoptées après la fin de l’entente sanctionnée. Le Tribunal rappelle certes, comme il l’avait fait dans l’affaire des *conduites pré-calorifugées*, que “le principe de non-rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des États membres, consacré également par l’article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (CEDH), signée à Rome le 4 novembre 1950, et fait partie intégrante des principes généraux du droit dont le juge communautaire assure le respect”⁷, et que même si les décisions de la Commission infligeant des sanctions pour infraction au droit de la concurrence ne sont pas de nature pénale, “il n’en reste pas moins que la Commission est tenue de respecter les principes généraux du droit communautaire, et notamment celui de non-rétroactivité, dans toute procédure administrative susceptible d’aboutir à des sanctions en application des règles de concurrence du traité”⁸.

4 TPICE, *Dansk Rørindustri e. a. c/ Commission*, précité, points 174-175, confirmé par CJCE, *Dansk Rørindustri*, précité, point 172.

5 CJCE, 7 juin 1983, *Musique diffusion française e. a. c/ Commission*, aff. jtes 100/80 à 103/80, *Rec. p.* 1825.

6 CJCE, *Dansk Rørindustri*, précité, point 191.

7 TPICE, 9 juillet 2003, *ADM c/ Commission* (“lysine”), aff. T-224/00, point 39, *Rec. p.* II-2597.

8 *Ibid.*, point 40.

11. Mais le Tribunal rejette ensuite le moyen, après un examen minutieux de la structure et du contenu des lignes directrices, en concluant que le calcul du montant des amendes, tel qu’il résulte de l’application des lignes directrices, reste effectué en fonction des deux critères qui s’imposent à la Commission et qui figurent dans l’article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17, à savoir la gravité et la durée des pratiques. À la requérante qui soutenait que les lignes directrices constituaient une rupture avec la pratique décisionnelle antérieure “bien établie” de la Commission et qu’il en résultait une violation du principe de confiance légitime, le TPI répond qu’il ne saurait être question de confiance légitime s’agissant d’une simple pratique décisionnelle antérieure, puisque celle-ci ne constitue pas le cadre juridique applicable, mais aussi et surtout parce que la Commission dispose à tout moment du pouvoir d’imposer des amendes plus élevées si elle l’estime nécessaire pour la mise en œuvre de la politique de concurrence. Soulignons que dans son arrêt du 18 mai 2006⁹ dans lequel elle confirme l’arrêt du Tribunal, la Cour va jusqu’à affirmer que l’aggravation – considérable – du montant des amendes qui a résulté de l’application par la Commission de ses nouvelles lignes directrices était “raisonnablement prévisible pour des entreprises telles que les requérantes à l’époque où les infractions concernées ont été commises”¹⁰. Si l’on peut certes comprendre l’affirmation de principe selon laquelle la Commission peut à tout moment modifier sa pratique, et parfois dans des proportions considérables, le caractère “raisonnablement prévisible” affirmé par la Cour nous semble ici procéder davantage de la pétition de principe que du constat objectif, surtout si l’on se réfère à l’époque où les infractions ont été commises. Dans l’affaire des *conduites pré-calorifugées* qui a donné lieu aux arrêts *Dansk Rørindustri* du TPI et de la Cour¹¹ tout comme dans l’affaire de la *lysine*, il s’agissait de pratiques ayant vu le jour au début des années 90. Quoi qu’il en soit, la grande liberté d’action de la Commission sur ce point est clairement affirmée, quelle que soit l’ampleur des modifications quantitatives qu’un changement de politique peut induire.

12. Pour être complets, mentionnons que des raisonnements similaires ont été développés dans les arrêts “*acide citrique*”¹², “*gluconate de sodium*”¹³ ou encore “*méthionine*”¹⁴.

9 CJCE, 18 mai 2006, *ADM c/ Commission* (“lysine”), aff. C-397/03 P, points 19 à 26.

10 CJCE, 18 mai 2006, précité, point 25.

11 Où l’on retrouve la même affirmation : cf. les points 231 et 232 de l’arrêt *Dansk Rørindustri* de la CJCE, précité.

12 TPICE, 27 septembre 2006, *ADM c/ Commission* (“acide citrique”), aff. T-59/02, points 41 à 54.

13 TPICE, 27 septembre 2006, *ADM c/ Commission* (“gluconate de sodium”), aff. T-329/01, points 44 à 49.

14 TPICE, 5 avril 2006, *Degussa AG c/ Commission* (“méthionine”), aff. T-279/02. On soulignera tout particulièrement les longs développements consacrés au principe de légalité (points 66 à 88). Sur le même principe de légalité, en termes quasiment identiques, voir TPICE, 27 septembre 2006, *Jungbunzlauer c/ Commission* (“acide citrique”), aff. T-43/02, points 71 à 96.

13. Les moyens tirés des principes de non rétroactivité, de sécurité juridique et de confiance légitime ayant échoué, un moyen tiré de l'égalité de traitement a souvent été avancé. En substance, la Commission aurait méconnu ce principe en raison des hasards du calendrier de l'instruction : des pratiques similaires mises en œuvre à des époques identiques auraient été sanctionnées différemment selon qu'elles avaient été découvertes et instruites plus ou moins vite. Cet argument, avancé par exemple par ADM dans l'affaire *lysine* ou dans l'affaire *gluconate de sodium* était à double tranchant, et la Commission l'a bien vu, qui rétorque que "*des entreprises qui sont parvenues à dissimuler plus longtemps leur entente et à n'être confondues que tardivement ne devraient pas pouvoir profiter de cette réussite en réclamant, en outre, l'application d'une amende analogue à celle infligée aux entreprises ayant commis des infractions concomitantes*"¹⁵.

14. Le Tribunal donne raison à la Commission, en relevant que "*le fait d'avoir appliqué la méthode énoncée dans les lignes directrices pour calculer le montant de l'amende d'ADM ne saurait être constitutif d'un traitement discriminatoire par rapport aux entreprises ayant commis des infractions aux règles communautaires de la concurrence durant la même période mais qui, pour des raisons tenant à la date de la découverte de l'infraction ou des raisons propres au déroulement de la procédure administrative les concernant, ont fait l'objet de condamnations à des dates antérieures à l'adoption et à la publication des lignes directrices*"¹⁶.

15. La très large marge de manœuvre reconnue ainsi à la Commission connaît toutefois quelques limites, tirées notamment du principe d'égalité de traitement, qui interdit à la Commission de "*traiter des situations comparables de manière différente, ou des situations différentes de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié*"¹⁷. C'est sur ce fondement, en particulier, que le Tribunal a parfois été conduit à constater que la Commission avait méconnu ce principe à l'occasion de la délimitation des 'catégories' d'auteurs d'infraction aux fins de la fixation du montant de base des amendes¹⁸. Mais la principale limite tient à la nature des lignes directrices elles-mêmes, document qui détermine "*de manière générale et abstraite, la méthodologie que la Commission s'est imposée aux fins de la fixation du montant des amendes infligées par ladite Décision et assurent, par conséquent, la sécurité juridique des entreprises*"¹⁹. Nous reviendrons dans la deuxième partie de cet article sur la portée de cette notion de "sécurité juridique" ainsi affirmée, l'important étant de noter ici que selon la Cour, "*en adoptant de telles règles de conduite et en annonçant par leur*

publication qu'elle les appliquera dorénavant aux cas concernés par celles-ci, l'institution en question s'autolimité dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et ne saurait se départir de ces règles sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime"²⁰.

16. C'est d'ailleurs probablement la raison pour laquelle, en adoptant ses nouvelles lignes directrices en 2006, la Commission a pris soin de préciser qu'elles ne s'appliqueraient qu'aux affaires pour lesquelles une communication des griefs a déjà été notifiée²¹. Une telle précision n'avait pas eu cours en 1998 et avait précisément suscité nombre de recours sur le fondement de la sécurité juridique, mais la situation alors était fondamentalement différente : les lignes directrices de 1998 arrivaient en terrain vierge, et le Tribunal comme la Cour en ont déduit qu'aucune confiance légitime ne pouvait s'attacher à la pratique antérieure, moins formalisée. Tel n'est plus le cas aujourd'hui, ce qui explique la prudence de la Commission.

17. Il faut donc constater que, sur la validité et l'applicabilité des lignes directrices, la politique de la Commission a pleinement été validée par les juridictions communautaires. Le corollaire de ce succès est que cette politique, désormais clairement formalisée et articulée, lie la Commission qui ne pourrait pas aujourd'hui s'en écarter sans risquer de voir prospérer les moyens que le Tribunal et la Cour ont jusqu'ici systématiquement rejetés. Encore faut-il relativiser cette "auto-limitation" : elle porte sur la méthode et non sur l'issue quantifiable de cette méthode. Pour peu que la Commission respecte scrupuleusement la démarche qu'elle s'est imposée, et ne traite sur le même pied les entreprises dont la situation est globalement comparable, il est assez peu probable qu'elle s'expose à la censure des juridictions communautaires, tant il est vrai que ces dernières lui ont reconnu un large pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre effective de chacune des étapes intervenant dans la fixation des sanctions (cf. *infra*).

2. Le principe *ne bis in idem*

18. De très nombreux recours ont invoqué ce moyen, sans jamais obtenir gain de cause. Dans la mesure où la plupart des ententes sanctionnées ont désormais une dimension internationale, et avec l'accroissement de la collaboration entre les autorités de concurrence au plan mondial, le cas d'une pluralité de sanctions s'est posé à plusieurs reprises. Ainsi, par exemple, les affaires *lysine*, *acide citrique*, *gluconate de sodium*, *électrodes graphite* et *graphites spéciaux* présentent toutes la caractéristique d'avoir fait l'objet d'enquêtes des deux côtés de l'Atlantique et d'avoir été sanctionnées à la fois aux États-Unis et dans l'Union européenne. Il n'est donc pas surprenant que l'argument tiré du principe *ne bis in idem* a

15 TPICE, 9 juillet 2003, *ADM c/ Commission* ("*lysine*"), précité, point 35.

16 TPICE, 27 septembre 2006, *ADM c/ Commission* ("*gluconate de sodium*"), précité, point 53. Voir aussi TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle e. a. c/ Commission*, aff. jtes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, points 118 et 119, *Rec.* p. II-2035.

17 TPICE, 5 avril 2006, *Degussa* ("*méthionine*"), précité, point 80.

18 Voir *infra*, section 3.1.

19 CJCE, 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e. a. c/ Commission*, précité, point 213.

20 *Ibid.*, point 211.

21 Lignes Directrices de 2006, point 38.

souvent été soumis à l'appréciation des juridictions communautaires. Saisi dans les affaires rappelées ci-dessus, le Tribunal a rappelé qu'en vertu d'une jurisprudence déjà ancienne²², le principe, également consacré par l'article 4 du protocole n° 7 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, constitue un principe général du droit communautaire dont le juge assure le respect. Il interdit de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger un même intérêt juridique. L'application de ce principe est soumise à trois conditions cumulatives, à savoir l'identité des faits, l'identité du contrevenant et l'identité d'intérêt juridique protégé²³. À ce principe général de stricte interprétation, qui interdit la double sanction (et même la double incrimination²⁴), il conviendrait d'ajouter une "exigence générale d'équité"²⁵ au nom de laquelle la Commission pourrait avoir à "tenir compte" des sanctions qui auraient déjà été supportées par la même entreprise pour le même fait, lorsqu'il s'agit d'infractions au droit national d'un État membre, donc commises sur le territoire communautaire. Il faut donc en réalité distinguer plusieurs hypothèses, selon que les autorités de poursuites sont toutes deux communautaires ou non (par exemple, la Commission et une autorité nationale, ou la Commission et le ministère de la justice américain), et, dans le cas où les autorités de poursuite sont toutes deux européennes, selon que le fondement des poursuites est exclusivement le droit communautaire ou s'il y a pluralité de droits en cause.

19. En matière de sanction de cartels internationaux, l'identité des faits et du contrevenant est souvent la règle. Mais c'est sur le fondement de la différence des ordres juridiques protégés qu'à ce jour, le principe *ne bis in idem* a toujours été écarté. Ainsi dans son récent arrêt *électrodes de graphite*, la Cour a rappelé que l'exercice des pouvoirs par les autorités de ces États chargées de la protection de la libre concurrence, dans le cadre de leur compétence territoriale, obéit à des exigences qui sont propres auxdits États²⁶. Mais tout autre serait la situation juridique d'une entreprise "exclusivement visée, en matière de concurrence, par l'application du droit communautaire et du droit d'un ou de plusieurs États membres, c'est-à-dire dans laquelle une entente se cantonne exclusivement au sein du champ d'application territorial de l'ordre juridique de la Communauté européenne"²⁷. Ainsi, même si la Cour n'a pas tranché la question de savoir si la Commission est tenue d'imputer une sanction infligée par les autorités d'un État tiers dans l'hypothèse où les faits retenus contre une entreprise par cette institution et par lesdites autorités seraient identiques, elle rappelle qu'elle a fait de l'identité des faits incriminés par

la Commission et les autorités d'un État tiers une condition préalable à cette interrogation. Le système de compétences parallèles entre les autorités nationales et la Commission européenne, clé de voûte du règlement n° 1/2003, implique donc que dans l'hypothèse d'une application concomitante des mêmes règles de concurrence communautaires, par la Commission et une autorité nationale, aux mêmes faits et à l'encontre des mêmes contrevenants, le principe *ne bis in idem* aurait en principe vocation à s'appliquer. En dehors de cette hypothèse, que ce même règlement n° 1/2003 s'est efforcé d'éviter en organisant les règles d'allocation de dossiers entre autorités, l'application du principe *ne bis in idem* n'a, à ce jour, pas été acceptée par les juridictions communautaires.

20. Quant au principe d'équité, parfois présenté comme un "corollaire"²⁸ au principe *ne bis in idem*, et qui imposerait à la Commission de "tenir compte" d'autres sanctions encourues pour les mêmes faits, son caractère contraignant est également rejeté. La Cour a d'abord précisé, dans son arrêt *lysine* du 18 mai 2006, que ce raisonnement ne saurait éventuellement prospérer qu'en cas de stricte identité des faits retenus à l'encontre du contrevenant qui invoque ce principe. Or la notion de stricte identité de faits, en matière de droit de la concurrence, peut soulever d'épineuses difficultés. Si le contexte général et les objectifs d'une entente sont généralement identiques quel que soit le territoire concerné, la mise en œuvre de l'entente et ses effets peuvent varier considérablement. Ainsi la Cour a considéré, dans son arrêt *lysine* précité, que lorsque "la sanction infligée dans l'État tiers ne vise que les applications ou les effets de l'entente sur le marché de cet État, et la sanction communautaire que les applications ou les effets de celle-ci sur le marché communautaire, l'identité des faits fait défaut"²⁹. Cette interprétation de la notion d'identité des faits, assez stricte, suffirait à écarter l'éventuelle application du principe d'équité dans la majorité des cas. Dans son arrêt *électrodes de graphite*, rendu le 28 juin 2006, quelques semaines après l'arrêt *lysine*, la Cour poursuit et complète son analyse, en concluant qu'il n'existe aucun principe ou règle susceptible d'obliger la Commission à tenir compte des poursuites et des sanctions dont a fait l'objet la requérante dans des États tiers³⁰, mais que "toute considération tirée de l'existence d'amendes infligées par les autorités d'un État tiers ne saurait entrer en ligne de compte que dans le cadre du pouvoir d'appréciation dont jouit la Commission en matière de fixation d'amendes pour les infractions au droit communautaire de la concurrence". En d'autres termes, la Commission peut donc tenir compte de sanctions tierces, au nom de l'équité, mais elle n'y est nullement tenue.

22 CJCE, 5 mai 1966, *Gutmann c/ Commission CEEA*, aff. 18/65 et 35/65, *Rec.* p. 149.

23 TPICE, 27 septembre 2006, *Roquette Frères SA c/ Commission*, aff. T-322/01, point 278.

24 TPICE, 9 juillet 2003, *ADM c/ Commission* ("lysine"), précité, point 86.

25 Terme utilisé par le Tribunal dans l'arrêt *Roquette* précité, point 279.

26 CJCE, 29 juin 2006, *SGL Carbon AG c/ Commission* ("électrodes de graphite"), aff. C-308/04 P, point 29.

27 *Ibid.*, point 30.

28 Voir p.ex. CJCE, 18 mai 2006, *ADM c/ Commission* ("lysine"), précité, point 46.

29 *Ibid.*, point 69.

30 CJCE, 29 juin 2006, *SGL Carbon* ("électrodes de graphite"), précité, point 33.

3. La gravité de l'infraction

21. Aux termes de l'article 15, §2 du règlement n° 17 (maintenant l'article 23, §3 du règlement n° 1/2003), les deux critères au regard desquels l'amende doit être fixée sont la gravité de l'infraction et sa durée. Ainsi que nous l'avons vu, la pratique antérieure de la Commission, avant l'adoption des premières lignes directrices en matière d'amendes, reposait pour l'essentiel sur un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par les contrevenants sur le ou les marché(s) concerné(s). Avec l'adoption des lignes directrices, cette logique a été remplacée par une approche "forfaitaire", où l'appréciation de la gravité d'une pratique reposait sur un grand nombre de facteurs.

22. La jurisprudence antérieure à l'adoption des lignes directrices reconnaissait déjà à la Commission une large marge d'appréciation dans la prise en compte de ces différents facteurs, ainsi que l'a rappelé le Tribunal dans son arrêt *Dansk Rørindustri* du 22 mars 2002 déjà cité : "la gravité des infractions doit être établie en fonction de nombreux éléments tels que, notamment, les circonstances particulières de l'affaire, son contexte et la portée dissuasive des amendes, et ce sans qu'ait été établie une liste contraignante ou exhaustive de critères devant obligatoirement être pris en compte (ordonnance de la Cour du 25 mars 1996, *SPO e.a./Commission*, C-137/95 P, Rec. p. I-1611, point 54; arrêt de la Cour du 17 juillet 1997, *Ferriere Nord/Commission*, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, point 33; voir également arrêt *Buchmann/Commission*, précité, point 163). En outre, il ressort d'une jurisprudence constante que la Commission dispose, dans le cadre du règlement n° 17, d'une marge d'appréciation dans la fixation du montant des amendes afin d'orienter le comportement des entreprises dans le sens du respect des règles de la concurrence (arrêts du Tribunal du 6 avril 1995, *Martinelli/Commission*, T-150/89, Rec. p. II-1165, point 59, du 11 décembre 1996, *Van Megen Sports/Commission*, T-49/95, Rec. p. II-1799, point 53, et du 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn/Commission*, T-229/94, Rec. p. II-1689, point 127)" (point 179). Dans le cadre spécifique des lignes directrices, cette marge d'appréciation a conduit le Tribunal, puis la Cour, à valider la démarche de la Commission en ce qui concerne, en particulier, la prise en compte du chiffre d'affaires pertinent ainsi que la pratique de répartition des entreprises contrevenantes au sein de catégories.

3.1. Le classement des participants en catégories

23. Dans le prolongement de la philosophie essentiellement "forfaitaire" qui guide les lignes directrices, la Commission a, dans plusieurs affaires, procédé au classement des participants en différentes catégories, aux fins de détermination du montant de base. Cette pratique a été fortement critiquée, précisément au motif qu'une telle approche peut aboutir à nier les spécificités de chaque entreprise et donc méconnaître le principe d'égalité de traitement. Le Tribunal a toutefois validé le principe de cette démarche de la Commission, tout en l'encadrant assez strictement et en sanctionnant parfois des décisions individuelles.

24. Sur le principe, selon le Tribunal, "une telle approche de la Commission, bien qu'elle revienne à ignorer les différences de taille entre entreprises d'une même catégorie, ne saurait, en principe, être censurée. En effet, la Commission n'est pas tenue, lors de la détermination du montant des amendes, d'assurer, au cas où des amendes sont infligées à plusieurs entreprises impliquées dans une même infraction, que les montants finaux des amendes traduisent toute différenciation entre les entreprises concernées quant à leur chiffre d'affaires global"³¹. Pour autant, la Commission reste tenue de s'assurer qu'une telle répartition respecte le principe d'égalité de traitement et, par conséquent, "lorsque la Commission répartit les entreprises concernées en catégories aux fins de la fixation du montant des amendes, la détermination des seuils pour chacune des catégories ainsi identifiées doit être cohérente et objectivement justifiée"³². Et le Tribunal d'opérer par ailleurs une distinction selon que cette classification a pour objet de déterminer la majoration du montant de base aux fins de dissuasion, et non de fixer ce montant de base en fonction de la gravité des pratiques. En effet, la démarche visant à majorer le montant de base pour le rendre dissuasif doit plus étroitement tenir compte des caractéristiques propres de chaque entreprise, en raison même de son objectif dissuasif³³.

25. C'est pour avoir méconnu cette exigence et n'avoir pas suffisamment pris en compte les différences de taille entre entreprises, que la Commission a parfois été censurée par le Tribunal. Ce fut le cas dans l'arrêt "méthionine" du 5 avril 2006, où le Tribunal a reproché à la Commission d'avoir appliqué un même taux de majoration du montant de base à Degussa et Aventis, alors que le chiffre d'affaires global du premier était inférieur d'environ 25% à celui du second.

3.2. Le chiffre d'affaire pris en compte

26. Dans sa pratique antérieure, la Commission déterminait la sanction essentiellement en fonction du chiffre d'affaires réalisé sur le ou les marchés objets de l'entente. Ce critère n'a pas disparu, loin de là, après l'adoption des lignes directrices, mais il n'a plus été qu'un des éléments, parmi d'autres, que la Commission a pu prendre en compte. Soulignons d'emblée que, par un mouvement de balancier qui a peut-être son origine dans les nombreuses critiques qui ont visé le caractère "forfaitaire" des lignes directrices de 1998, la Commission entend à présent déterminer à nouveau la gravité d'une infraction par référence au chiffre d'affaires réalisé sur les marchés objets de l'entente (Lignes Directrices de 2006, points 19 à 21³⁴).

31 TPICE, 29 avril 2004, *Tokai Carbon c/ Commission* ("électrodes de graphite"), aff. T-236/01, point 217, Rec. p. II-1181.

32 TPICE, 5 avril 2006, *Degussa c/ Commission* ("Méthionine"), point 325.

33 *Ibid.*, point 326.

34 La Commission indique que le pourcentage pris en compte pourra en principe aller jusqu'à 30%.

27. Là encore, le Tribunal a souligné la marge de manœuvre dont dispose la Commission : “ (...) ainsi qu’il a déjà été souligné, les lignes directrices ne prévoient pas explicitement que les amendes sont calculées en fonction de chiffres d’affaires spécifiques, mais seulement que sont pris en compte certains éléments (capacité économique effective des entreprises à causer un dommage, dimension des entreprises, poids spécifique et impact réel du comportement infractionnel de chaque entreprise, etc.) à propos desquels le chiffre d’affaires peut entrer en ligne de compte. Dans chaque cas d’espèce, il appartient donc à la Commission, sous le contrôle du Tribunal, de déterminer s’il y a lieu de se référer à l’un et/ou à l’autre des chiffres d’affaires pertinents ou à d’autres facteurs, tels que les parts de marché détenues”³⁵.

28. La Commission n’est pas davantage tenue d’indiquer la pondération arithmétique des critères qu’elle a retenu³⁶.

29. Enfin, s’agissant de l’année de référence, la Commission est en droit, lorsque le chiffre d’affaires de l’année précédant la décision ne reflète pas l’activité économique réelle de l’entreprise, de se référer au “dernier exercice complet” représentant l’exercice d’une activité économique. Ce fut le cas dans l’affaire *Phosphate de zinc*, où Britannia Alloys avait cédé ses activités dans le domaine du zinc en 1997 et avait par la suite cessé d’exercer toute activité économique. Dans sa décision, datée du 11 décembre 2001, la Commission avait retenu l’exercice clos en juin 1996, et le Tribunal valide cette approche au motif qu’il n’était pas disproportionné de déterminer le plafond de l’amende par rapport à la taille de la requérante avant la cession des opérations commerciales concernées³⁷.

3.3. L’impact concret sur le marché

30. Le critère de l’impact concret des pratiques sur le marché figure au point 1A des lignes directrices parmi les éléments que la Commission doit prendre en compte dans la détermination de la gravité de l’infraction, du moins lorsqu’il est mesurable. Question éminemment délicate et susceptible de toutes les interprétations, cette notion a fait l’objet d’un contentieux abondant. Le test imposé à la Commission ne lui impose certes pas de démontrer et surtout de quantifier l’impact concret d’une entente sur le marché. Ainsi que le Tribunal l’a précisé dans son arrêt *Roquette* du 27 septembre 2006, “l’impact concret d’une entente sur le marché concerné doit être considéré comme suffisamment démontré si la Commission est en mesure de fournir des indices concrets et crédibles indiquant, avec une probabilité raisonnable, que l’entente a eu un impact sur le marché”³⁸. La notion de

“probabilité raisonnable” permet bien sûr toutes les interprétations et, s’agissant d’un domaine où la marge d’appréciation de la Commission est importante, ne paraît pas lui imposer une charge de la preuve trop élevée. Mais le Tribunal examine très concrètement l’analyse de la Commission et, par exemple, dans son arrêt *méthionine* déjà cité, il a considéré que la Commission n’avait pas correctement tiré les conclusions d’une période de mésentente entre les membres d’une entente sur l’impact concret de celle-ci, qui s’en est trouvé réduit pendant plusieurs années. En conséquence, le Tribunal, a réduit la sanction qui avait été infligée à l’un des participants³⁹.

31. De même la Commission est-elle censurée par le Tribunal lorsqu’elle prend des libertés trop flagrantes avec la charge de la preuve. Ainsi dans l’arrêt *lysine* du 9 juillet 2003 précité, la Commission avait considéré, parmi les éléments supposés démontrer l’impact concret d’une entente sur le marché, qu’il était “inconcevable que les parties soient convenues à maintes reprises de se rencontrer dans diverses parties du monde pour fixer les prix [...] sur une si longue période sans qu’il y ait eu d’effet sur le marché de la lysine”. Cette pétition de principe est justement écartée par le Tribunal, au motif que “cette affirmation est dépourvue de force probante, étant fondée sur de pures conjectures et non sur des facteurs économiques objectifs”⁴⁰.

4. La durée de l’infraction

32. Si cette notion a également donné lieu à un contentieux abondant, il est plus malaisé de le décrire dans le cadre de cette analyse, dans la mesure où il s’agit la plupart du temps de la discussion d’éléments de faits propres à chaque cas d’espèce. Mentionnons toutefois que l’on rencontre fréquemment des moyens visant à démontrer qu’en raison d’un moins bon fonctionnement de l’entente (mésentes, tricheries), voire d’une suspension de son fonctionnement, celle-ci a pu être interrompue. L’enjeu est évidemment de taille, puisqu’une telle argumentation peut conduire, par le jeu de la prescription, à réduire significativement le montant final de la sanction. Le Tribunal est en règle générale assez peu sensible à ces moyens, et n’admet l’argumentation qu’en cas de désolidarisation ouverte et de retrait public de l’entente⁴¹. En revanche, l’argument peut entrer en ligne de compte dans l’appréciation des effets concrets de l’entente sur un marché, et l’on a vu que la Commission a été désavouée sur ce point par le Tribunal dans l’arrêt *méthionine* du 5 avril 2006.

35 TPICE, 9 juillet 2003, *ADM c/ Commission* (“lysine”), précité, point 210.

36 TPICE, 5 avril 2006, *Degussa c/ Commission* (“méthionine”), aff. T-270/02, point 196.

37 TPICE, 29 novembre 2005, *Britannia Alloys c/ Commission* (“Phosphate de zinc”), aff. T-33/02, point 43.

38 TPICE, 27 septembre 2006, *Roquette Frères SA c/ Commission* (“gluconate de sodium”), aff. T-322/01, point 75.

39 TPICE, 5 avril 2006, *Degussa c/ Commission* (“méthionine”), précité, point 241.

40 TPICE, 9 juillet 2003, *ADM c/ Commission* (“lysine”), précité, point 159.

41 TPICE, 29 novembre 2005, *Union Pigments c/ Commission* (“phosphate de zinc”), aff. T-62/02, point 39-42.

33. Au terme de cette analyse des principaux moyens fréquemment invoqués dans les recours contre les décisions de la Commission⁴², sur la question du montant de la sanction, il est indubitable que les juridictions communautaires ont, dans l'ensemble, validé la politique de sanction de la Commission, au moins dans ses principes et ses principales orientations. Certes, le Tribunal et la Cour contrôlent l'application concrète de ces principes et ont parfois désavoué la Commission pour s'en être écartée, mais ils ne les ont pas fondamentalement remis en cause. En ce sens, la Commission peut donc considérer que sa politique de transparence accrue a été assez largement validée. Il est alors intéressant de prendre un peu de hauteur et de s'interroger sur les mérites intrinsèques de cette politique de transparence. C'est l'objet de la seconde partie de notre étude, qui portera sur le lien entre transparence, prévisibilité, et efficacité, à la lumière de la politique de la Commission et de quelques parallèles que l'on peut tirer avec la pratique actuelle du Conseil de la concurrence en France.

II. Transparence, prévisibilité, efficacité

34. Nous avons constaté, au travers des affaires jugées ces dernières années par les juridictions communautaires, que ces dernières ont reconnu à la Commission un large pouvoir d'appréciation dans la détermination de la sanction. La Commission a fait le pari qu'une transparence accrue sur les sanctions toujours plus élevées encourues et une attractivité corrélative toujours plus forte du régime de clémence, permettraient de déstabiliser la plupart des cartels. Comme l'a encore souligné récemment le Commissaire en charge de la concurrence, la prévisibilité de la sanction est perçue par la Commission comme un corollaire de son caractère dissuasif⁴³.

35. L'indéniable succès quantitatif de cette politique de la carotte et du bâton⁴⁴ n'interdit pourtant pas de s'interroger sur cette équation qui semble associer, voire assimiler, transparence, prévisibilité et efficacité de la sanction⁴⁵.

⁴² L'analyse n'a pu rendre compte, par ailleurs, du contrôle exercé par les juridictions communautaires sur les circonstances aggravantes ou atténuantes. Nous renvoyons sur ce point à l'étude qui en est faite dans la Rev. Trim. Dr. Eur., 2006/3/ pp. 477-553.

⁴³ "We want to increase deterrence and ensure greater predictability", extrait du discours prononcé par Mme Neelie Kroes lors de la 10^{ème} conférence de Fiesole, Institut Universitaire Européen, le 13 octobre 2006, SPEECH/06/595.

⁴⁴ En 2005, la Commission a reçu 17 demandes d'immunité et 11 demandes de réduction du montant des amendes. L'immunité conditionnelle a été accordée dans six cas. (...) En ce qui concerne les décisions finales, la Commission en a rendu cinq, dans lesquelles elle a infligé des amendes à 37 entreprises d'un montant total de 683 millions d'euros (contre 21 entreprises et un montant total d'amendes de 390 millions d'euros en 2004). La Commission a émis des communications des griefs en ce qui concerne huit ententes. Trois des cinq décisions en la matière adoptées en 2005 étaient fondées sur la communication sur la clémence de 1996, mais ce rapport va bien entendu évoluer à l'avenir : la plupart des communications des griefs émises en 2005 résultaient de demandes déposées en application de la communication sur la clémence de 2002. (Comm. CE, Rapport annuel sur la politique de concurrence, 2005, p. 60).

36. L'expérience et l'examen des affaires de ces dernières années enseignent que la première branche du raisonnement, qui postule un lien au moins implicite entre transparence et prévisibilité, n'emporte pas la conviction. Paradoxalement en effet, la multiplicité des critères pris en compte dans la détermination d'une amende et l'importante marge de manœuvre reconnue à la Commission dans l'application de ceux-ci rendent particulièrement aléatoire toute tentative d'estimation chiffrée d'une sanction à venir. Il est certain que la transparence affichée et voulue par la Commission permet d'identifier tant bien que mal des ordres de grandeur ou des probabilités, mais l'on reste loin d'une véritable prévisibilité. La transparence aide partiellement à la prévisibilité, mais ne peut la garantir. Le Tribunal a résumé dans son récent arrêt *Jungbunzlauer (acide citrique)* cet équilibre entre imprévisibilité et transparence : "(...) il convient de préciser que, afin d'éviter une rigidité normative excessive et de permettre une adaptation de la règle de droit aux circonstances, un certain degré d'imprévisibilité quant à la sanction pouvant être imposée pour une infraction donnée doit être permis. Une amende comprenant une variation suffisamment circonscrite entre l'amende minimale et l'amende maximale pouvant être infligée pour une infraction donnée est ainsi susceptible de contribuer à l'efficacité de cette sanction, tant du point de vue de son application que de son pouvoir de dissuasion." (point 84, soulignement ajouté). Mais l'imprévisibilité doit malgré tout restée dans certaines limites, ainsi que le précise le Tribunal dans le même arrêt, quelques paragraphes plus loin : "(...) un opérateur avisé, en s'entourant au besoin d'un conseil juridique, peut, à suffisance de droit, prévoir la méthode et l'ordre de grandeur des amendes qu'il encourt pour un comportement donné. Le fait, non contesté par la Commission et le Conseil, que les entreprises ne sont pas en mesure, à l'avance, de connaître avec précision le niveau des amendes que la Commission retiendra dans chaque cas d'espèce n'est pas de nature à établir que l'article 15, paragraphe 2, du règlement n° 17 viole le principe de légalité (point 90)." En somme, ni trop, ni trop peu ...

37. En soi, la prévisibilité n'est donc ni un objectif de la Commission, ni une condition de validité de son action. La Commission comme le Tribunal en sont d'ailleurs conscients, le Tribunal ayant rappelé récemment que les Lignes Directrices de 1998 n'ont pas pour but d'assurer la prévisibilité des amendes, mais bien leur caractère transparent et objectif, comme l'indique leur préambule⁴⁶. Encore cette transparence et cette objectivité ne sont-elles elles-mêmes qu'ancillaires par rapport au but ultime visé par la Commission, qui est d'assurer l'efficacité de sa politique de

⁴⁵ Sur les objectifs d'efficacité de la sanction en matière de droit de la concurrence, on lira principalement, en français : Emmanuel Combe, Quelles sanctions dans la lutte contre les cartels ? Une perspective économique, *Revue internationale de droit économique*, 2006, pp. 11-46, et Philippe Nasse, L'objectif d'efficacité assigné aux sanctions, in Guy Canivet (dir.), *Modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. Droit et Économie, 2006, (conférence donnée en septembre 2004 dans le cadre du cycle "Droit communautaire de la concurrence 2004", Cour de cassation).

⁴⁶ TPICE, 15 mars 2006, *BSF*, aff. T-15/02, point 250.

sanction, c'est-à-dire son caractère dissuasif visant à orienter le comportement des entreprises dans le sens du respect du droit de la concurrence⁴⁷.

38. Donc, la transparence du processus ne garantit pas la prévisibilité du résultat, mais l'on vient de voir que tel n'était pas l'objectif. L'on est alors conduit à s'interroger sur l'existence d'un lien entre transparence et efficacité. Intuitivement, l'on pense se trouver là en terrain plus solide. Écartons pourtant tout d'abord les fausses évidences, au premier rang desquelles figure le succès quantitatif de la politique de sanction initiée par la Commission il y a une dizaine d'années, dont la transparence est l'un des piliers. Certes, la Commission peut mettre en avant une forte augmentation du nombre de saisines largement liée à l'efficacité du programme de clémence, supposée proportionnelle à la rigueur des sanctions, qui, elle-même, fait l'objet d'une communication des plus transparentes⁴⁸. Mais ce constat est insuffisant pour établir une causalité entre transparence et efficacité. Car l'augmentation du nombre des saisines ne mesure que l'accroissement de l'efficacité dans la détection des cartels existants, non le caractère dissuasif pour l'avenir. D'ailleurs, par construction, le caractère effectivement dissuasif d'une politique de concurrence est impossible à mesurer, puisqu'il ne pourrait se déduire que de la disparition ou au moins la réduction drastique du nombre d'ententes. Or, ces dernières étant par définition secrètes, leur disparition serait évidemment encore plus difficile à constater que l'est, aujourd'hui, leur existence. Dès lors, le lien entre l'efficacité de la sanction et la transparence du processus qui y conduit ne peut reposer que sur le postulat de la rationalité des acteurs économiques, postulat dont l'économie comportementale a pointé les limites⁴⁹. En matière de pratiques anticoncurrentielles, il n'est pas rare que cohabitent dans l'entreprise plusieurs rationalités distinctes, et que des politiques de conformité et de respect de droit de la concurrence, décidées par les instances dirigeantes en considération des risques d'amendes et dommages à l'image de l'entreprise, se heurtent à l'inertie de pratiques héritées du passé. La "rationalité" de l'acteur économique supposerait que celui-ci soit unique, cohérent et qu'il dispose d'un même niveau d'accès à l'information sur les conséquences d'actions anticoncurrentielles, ce qui est bien souvent loin d'être le cas en pratique. Ce type d'argument n'est évidemment jamais reçu par les autorités de la concurrence, et sans doute à bon droit. Mais il traduit pourtant une réalité indéniable, dont la prise en

compte pourrait utilement permettre de relativiser la tonalité "criminalisatrice" de nombreux communiqués de presse de la Commission en matière de cartels...

39. Puisque ni l'accroissement statistique du nombre de saisines, ni le postulat théorique de la rationalité des acteurs économiques ne suffisent à établir un lien totalement satisfaisant entre la transparence d'une politique de sanction et son efficacité, force est au moins d'admettre qu'un consensus assez large se dégage au niveau international en faveur d'une large transparence sur les sanctions, condition supposée de leur caractère dissuasif. Le troisième rapport de l'OCDE sur les ententes injustifiables présente ainsi quelques exemples de programmes de communication très complets, dont celui de la Division antitrust du Ministère américain de la justice⁵⁰.

40. À ce stade du raisonnement, nous pensons avoir établi que le lien entre transparence, prévisibilité et efficacité d'une politique de sanction repose davantage sur une forme de consensus implicitement – et assez largement – accepté, que sur un impératif juridique ou un constat comportemental empirique.

41. Ce consensus, pour implicite qu'il soit, constitue à ce jour la *doxa* dominante. Mais toute règle connaît ses exceptions ou, à tout le moins, des degrés d'intensité variable, comme en témoigne la pratique actuelle du Conseil de la concurrence en France. En dépit d'un mouvement amorcé il y a environ cinq ou six ans, la motivation des décisions du Conseil de la concurrence, s'agissant du *quantum* des sanctions, reste à ce jour extrêmement succincte, du moins au regard de l'abondance et du degré de précision des critères utilisés par la Commission. Il n'est pas prétendu ici que le Conseil ne motive pas, individuellement, ses sanctions : les différents éléments pris en compte sont généralement largement détaillés dans les décisions, au moins depuis quelques années. En revanche, la pratique du Conseil se distingue nettement de celle de la Commission au moins sur deux points : tout d'abord, dans ses décisions, le Conseil ne quantifie pas individuellement chacune des étapes prises en compte dans la détermination d'une sanction donnée ; il en résulte que si les principaux éléments pris en compte sont connus, leur poids respectif dans la décision finale reste inconnu. Ensuite, le Conseil s'est jusqu'ici refusé à s'exprimer sous forme de lignes directrices générales. Il n'en fait d'ailleurs pas mystère, et Madame la Présidente Hagelsteen expliquait cette attitude en invoquant le fait que le cadre juridique quasi-juridictionnel dans lequel évolue le Conseil le conduit à ne pas limiter par avance son pouvoir d'appréciation⁵¹.

⁴⁷ "[La mission de la Commission] ne comprend pas seulement la tâche d'instruire et de réprimer des infractions individuelles, mais comporte également le devoir de poursuivre une politique générale visant à appliquer en matière de concurrence les principes fixés par le traité et à orienter en ce sens le comportement des entreprises" (Comm. CE, Lignes Directrices de 2006, paragraphe 4).

⁴⁸ Voir la note de bas de page n° 44 ci-dessus.

⁴⁹ "Le mythe de l'homo œconomicus et [de] la rational action theory [sont des] formes paradigmatiques de l'illusion scolastique qui portent le savant à mettre sa pensée pensante dans la tête des agents agissants et à placer au principe de leurs pratiques, c'est-à-dire dans leur "conscience", ses propres représentations spontanées ou élaborées ou, au pire, les modèles qu'il a dû construire pour rendre raison de leurs pratiques". Pierre Bourdieu, *Les structures sociales de l'économie*, Seuil, coll. Liber, 2000.

⁵⁰ OCDE, Les ententes injustifiables, troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998, décembre 2005, p. 20.

⁵¹ Marie-Dominique Hagelsteen, La politique de sanctions du Conseil de la concurrence, discours prononcé le 27 mars 2003 à l'AFEC (Association française d'étude de la concurrence).

42. Ces différences, réelles, ne doivent toutefois pas être surestimées. Comme il a été vu ci-dessus en effet, la Commission n'est pas tenue d'établir une pondération arithmétique particulière des éléments qu'elle prend en compte dans la détermination d'une sanction, et n'est pas davantage tenue de se conformer, dans une décision, à l'approche qu'elle aurait pu adopter dans une autre décision. Il en résulte que, si les décisions de la Commission sont individuellement plus 'lisibles' que les décisions du Conseil, il serait hasardeux d'en déduire une plus grande lisibilité (ou prévisibilité) de sa politique globale de sanction.

43. À l'imprévisibilité transparente de la Commission, il serait ainsi tentant d'opposer une forme d'imprévisibilité "opaque" du Conseil de la concurrence. L'adjectif serait sans doute justifié, mais seulement partiellement. En effet, en dépit d'une motivation plus fournie depuis quelques années⁵², les décisions du Conseil de la concurrence restent peu motivées sur le *quantum* de la sanction, se contentant souvent de considérations générales. Partant, leur interprétation reste délicate et, s'il est évidemment possible de discerner les éléments individuellement pris en compte, il reste difficile de les traduire en résultat chiffré, et plus encore de tenter d'en extrapoler un quelconque "barème". Voilà pour l'opacité, qui n'est pas satisfaisante sur le plan de la motivation et de l'effectivité des voies de recours⁵³. Mais ce constat ne vaut-il pas, finalement, pour la politique de la Commission également ? Transparente dans son processus, la politique de sanction de la Commission permet, certes, d'analyser plus aisément chacune des décisions individuelles. En cela, elle se distingue de la pratique actuelle du Conseil et constitue, à nos yeux, une approche plus satisfaisante. Mais ce qui est sans doute vrai de l'analyse des décisions individuelles ne l'est plus de la politique globale. Sur ce plan, les deux approches nous semblent aboutir globalement au même résultat, bien que par des voies différentes. Ce résultat, c'est l'imprévisibilité relative qui semble être la caractéristique commune aux politiques de sanction des deux institutions, précisément parce qu'elle est perçue comme un élément clé de la dissuasion, et donc de l'efficacité des sanctions. Sur ce point, les ressemblances semblent l'emporter sur les dissemblances.

44. Nous emprunterons la conclusion de notre analyse à l'ancienne présidente du Conseil de la concurrence, qui résumait les objectifs antinomiques poursuivis par toute politique de sanction : *"le principe de légalité, mais aussi le principe d'efficacité ; la prévisibilité, mais aussi l'incertitude qui doit continuer à peser sur les entreprises en ce qui concerne le risque encouru afin qu'elles ne se livrent pas à des arbitrages trop bien calculés entre les profits procurés par une pratique anticoncurrentielle, le risque d'être mis en cause et la sanction finale ; la proportionnalité, mais aussi le réalisme avec la nécessaire prise en compte de la taille des entreprises"*⁵⁴.

45. Au terme de notre analyse, il nous semble que parmi ces objectifs antinomiques, l'incertitude l'emporte souvent sur la prévisibilité, sauf naturellement sur un point : ni la Commission, ni le Conseil de la concurrence, ne font mystère de leur volonté d'imposer des sanctions toujours plus élevées aux cartels avérés, surtout s'ils sont de longue durée. Sur ce point au moins, le doute n'est pas de mise. ■

52 Outre le discours de Mme Hagelsteen déjà cité, le Rapport 2005 du Conseil de la concurrence contient une étude thématique très complète sur le sujet, rédigée par Christophe Lemaire, Denis Lescop, Irène Luc et Nadine Mouy, intitulée "Sanctions, injonctions, engagements, transaction et clémence : les instruments de la mise en œuvre du droit de la concurrence."

53 À notre sens, le Conseil gagnerait sans doute à aller dans le sens d'une motivation plus structurée, y compris sur le plan chiffré, dans ses décisions. Mais à supposer même qu'il évolue dans ce sens pour ses décisions individuelles, irait-il jusqu'à publier des lignes directrices générales ? Il est permis d'en douter, tout en soulignant la récente publication par le Conseil d'un communiqué de procédure très détaillé relatif à la mise en œuvre de la politique de clémence (Communiqué de procédure du 11 avril 2006 : le programme de clémence français). Il reste à voir si cette transparence accrue en matière de clémence restera un exemple isolé ou si elle témoigne d'une évolution des réflexions au sein du Conseil.

54 Discours du 27 mars 2003, précité, p. 1. Le Tribunal n'a pas dit autre chose dans son arrêt *Jungbunzlauer* du 27 septembre 2006 précité : *"afin d'éviter une rigidité normative excessive et de permettre une adaptation de la règle de droit aux circonstances, un certain degré d'imprévisibilité quant à la sanction pouvant être imposée pour une infraction donnée doit être permis"*.