

# LA PRISE EN COMPTE DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE DANS LA DETERMINATION DES SANCTIONS PECUNIAIRES DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

« L'université Panthéon Assas (Paris II) Droit - Economie - Sciences sociales, n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

# Sommaire

INTRODUCTION.....	4
-------------------	---

## **PARTIE PRELIMINAIRE : LA DETERMINATION DU MONTANT DE LA SANCTION PECUNIAIRE**

SECTION 1 : LE MONTANT MAXIMUM DE LA SANCTION PECUNIAIRE.....	11
---	----

SECTION 2 : LA DETERMINATION DU MONTANT DE LA SANCTION PECUNIAIRE .....	13
---	----

## **PREMIERE PARTIE : LE PRINCIPE : LA SANCTION SANS EXCEPTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES MISES EN ŒUVRE PAR LES ENTREPRISES EN DIFFICULTE**

SECTION 1 : L'EXONERATION TRES RESTRICTIVE DES ACCORDS DE CRISE.....	23
--	----

SECTION 2 : LE REFUS DE LA REDUCTION DE LA SANCTION PECUNIAIRE POUR CIRCONSTANCE ATTENUANTE DU FAIT DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE.....	35
---	----

## **DEUXIEME PARTIE : LE TEMPERAMENT : L'ADAPTATION DE LA SANCTION PECUNIAIRE AUX DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE**

SECTION 1 : LA PRISE EN COMPTE DE L'ABSENCE DE CAPACITE CONTRIBUTIVE DE L'ENTREPRISE POUR REDUIRE LE MONTANT DES SANCTIONS PECUNIAIRES.....	44
--	----

SECTION 2 : L'AMENAGEMENT DU PAIEMENT DE LA SANCTION PECUNIAIRE.....	55
--	----

CONCLUSION.....	64
-----------------	----

## INTRODUCTION

La publication du communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires par l'Autorité de la concurrence le 16 mai 2011, le rapport Folz sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles remis le 20 septembre 2010<sup>1</sup>, ou encore les conclusions du groupe de travail *European Competition Authorities* sur les sanctions pécuniaires publiées en octobre 2008<sup>2</sup> montrent à quel point la question des sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles est au cœur des préoccupations des acteurs du droit de la concurrence. Ces dernières années ont en effet été marquées par un renforcement de la sévérité en matière de pratiques anticoncurrentielles, avec des sanctions de plus en plus nombreuses et des amendes de plus en plus élevées. Face à cette sévérité accrue, le besoin de transparence et de sécurité juridique quant au calcul des amendes s'est fait plus prégnant, notamment en droit français où il n'existait pas, jusqu'au 16 mai 2011, de lignes directrices sur la méthode de calcul, mais seulement les principes très généraux du Code de commerce.

Les pratiques anticoncurrentielles sont constituées par les ententes illégales et les abus de position dominante, ainsi que l'abus de dépendance économique, infraction propre au droit français. Elles sont prohibées en droit de l'Union européenne en vertu des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>3</sup> et en droit interne en vertu des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Cette prohibition vise à protéger la libre concurrence sur les marchés car celle-ci est conçue, dans nos économies de marché, comme le meilleur moyen de permettre le progrès économique et d'assurer aux consommateurs l'offre la moins chère et de la plus grande qualité. L'interdiction des pratiques anticoncurrentielles est donc un moyen et non une fin en soi. Elles ne sont condamnables que si elles affectent le fonctionnement de la concurrence sur un marché, même si aucun concurrent ne s'est plaint.

---

<sup>1</sup> *L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, rapport remis à la ministre de l'économie par MM. Jean-Martin Folz, président de PSA, Christian Raysseguier, premier avocat général à la Cour de cassation et Alexander Schaub, avocat, le 20 septembre 2010.

Disponible à l'adresse suivante : <[www.economie.gouv.fr/services/rap10/100920rap-concurrence.pdf](http://www.economie.gouv.fr/services/rap10/100920rap-concurrence.pdf)>

<sup>2</sup> Groupe de travail ECA sur les sanctions pécuniaires, *Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence – Principes pour une convergence*. Publiées sur le site Internet de l'Autorité de la concurrence le 7 octobre 2008.

<sup>3</sup> Dans la suite de ce mémoire, il sera appelé TFUE.

Le droit des pratiques anticoncurrentielles forme avec le droit des pratiques déloyales, le droit de la concurrence au sens large. Les pratiques déloyales sont constituées par les fautes civiles telles que le dénigrement, la désorganisation, l'utilisation illégitime de la réputation d'un concurrent ou encore le recours à des procédés commerciaux illégitimes, et par les infractions aux pratiques restrictives réglementées. Nous ne traiterons ici que des pratiques anticoncurrentielles car elles sont les seules à pouvoir être sanctionnées pécuniairement par la Commission européenne, lorsqu'elles affectent le commerce entre les Etats membres de l'Union européenne, et par l'Autorité de la concurrence, lorsqu'elles n'affectent qu'un marché interne.

Les sanctions pécuniaires ne sont pas le seul moyen dont disposent les autorités de concurrence pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Les injonctions de cesser les pratiques condamnées constituent un mode de sanction *correctif* qui accompagne la plupart du temps le prononcé de l'amende, tandis que les obligations de publications constituent une autre sanction *dissuasive* à côté des amendes. A ces outils classiques se sont ajoutés de nouveaux modes d'intervention alternatifs aux sanctions, fondés sur une part de négociation avec les entreprises, telles les procédures de clémence et de non contestation de griefs. Ces outils ne sont généralement pas exclusifs les uns des autres, tous pouvant peu ou prou se combiner entre eux. Cela étant, les sanctions pécuniaires demeurent les moyens essentiels de la politique de protection de la concurrence.

En effet, les économistes insistent sur la nécessité de sanctions dissuasives. Or les sanctions pécuniaires sont considérées comme l'outil le plus efficace pour dissuader les entreprises de mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, dans les lignes directrices de la Commission européenne de 2006, l'accent est clairement mis sur la fonction de dissuasion « *qui doit être le principal objectif poursuivi par les sanctions* ». Selon la Commission, il faut « *fixer les amendes à un niveau suffisamment dissuasif, non seulement en vue de sanctionner les entreprises en cause (effet dissuasif spécifique), mais aussi en vue de dissuader d'autres entreprises de s'engager dans des comportements contraires aux articles 81 et 82 du traité<sup>4</sup> ou de continuer de tels comportements (effet dissuasif général)* ». La Commission prend soin de préciser que les lignes directrices exposent une méthodologie générale, mais qu'elle peut être amenée à s'en écarter dans des circonstances particulières, notamment en raison de « *la*

---

<sup>4</sup> Devenus les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, suite au Traité de Lisbonne (JOUE du 9 mai 2008 C 115/88).

*nécessité d'atteindre un niveau dissuasif* ». Ainsi, elle se réserve la possibilité d'inclure dans l'amende un « *montant spécifique, indépendant de la durée de l'infraction, en vue de dissuader les entreprises de s'engager dans des comportements illicites* ».

Les sanctions pécuniaires n'ont en revanche pas de fonction compensatrice ; elles ont vocation à faire respecter la loi mais non à réparer le préjudice subi, car les victimes sont à la fois les concurrents, les consommateurs et l'économie elle-même. Le montant de la sanction n'est donc pas versé à ces victimes difficilement identifiables, mais est recouvré par le Trésor Public.

Les autorités de concurrence des Etats européens ont en commun cette conception de l'amende comme moyen de dissuasion. Les principes dégagés par le groupe de travail *European Competition Authorities* sur les sanctions pécuniaires le montrent. Ils rappellent en effet que la finalité principale de la sanction pécuniaire est d'être dissuasive, même si elle a également une finalité rétributive puisqu'elle punit le coupable à proportion de l'infraction commise. Pour assurer aux sanctions un niveau suffisamment dissuasif, le texte indique que le « *montant devrait excéder tout gain potentiellement attendu de la mise en œuvre des pratiques* ». Cette prise en compte des gains illicites pour fixer le montant des amendes traduit clairement une lecture économique de la sanction. L'approche n'est néanmoins pas entièrement économique car cela conduirait à prononcer des sanctions pécuniaires à un niveau contraire au principe de proportionnalité. L'exigence de proportionnalité est clairement retenue dans le texte par la prise en compte de la gravité de la pratique. Ce texte n'a aucune force juridique contraignante. Il ne s'agit pas à proprement parler de règles communes aux autorités de concurrence européennes, mais de principes dont elles ont convenu qu'ils sont « *de nature à assurer l'efficacité d'une politique de sanctions* ». Le texte est présenté comme un instrument de « *réflexion et de proposition* » qui doit conduire les autorités européennes à rapprocher leurs pratiques décisionnelles en matière de sanctions. Il traduit la volonté actuelle d'harmonisation et de transparence en matière de détermination du montant de sanctions des pratiques anticoncurrentielles.

D'un point de vue juridique, les sanctions pécuniaires prononcées par la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence sont des amendes administratives et non des sanctions pénales. Néanmoins, le droit de la concurrence se situe à la frontière du droit pénal

ce qui autorise à le qualifier de droit « *quasi répressif* »<sup>5</sup>. C'est pourquoi certaines garanties liées à la matière pénale s'appliquent aux sanctions du droit de la concurrence, en particulier le respect des droits de la défense. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de matière pénale recouvre en effet non seulement les infractions pénales *stricto sensu*, mais aussi les sanctions administratives prononcées par les autorités administratives indépendantes, telle l'Autorité de la concurrence. La Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour de cassation vérifient donc que les droits de la défense sont respectés à tous les stades d'une procédure contre une entreprise, et notamment les principes du contradictoire, de l'égalité des armes et de loyauté dans la recherche des preuves. Le Conseil constitutionnel y ajoute le respect de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon lequel « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Il en tire notamment le principe de proportionnalité : le montant des sanctions prises par les autorités administratives doit être fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages tirés du manquement.

Le droit des entreprises en difficulté malmène souvent les autres branches du droit ; par exemple le droit de contrat, en pouvant imposer au cocontractant la poursuite ou la résolution anticipée d'un contrat, ou le droit des suretés, en privant d'efficacité certaines garanties, ou encore le droit du travail, en facilitant les licenciements économiques. Il semble de même aller à l'encontre du principe qui sous-tend le droit de la concurrence, c'est-à-dire l'égalité de traitement de tous les concurrents sur un marché. En effet, en permettant à l'entreprise en procédure collective de ne pas payer ses dettes à l'échéance du fait de l'interdiction des paiements et d'échapper aux poursuites des créanciers, en permettant à l'administrateur judiciaire d'exiger la poursuite d'un contrat, ou encore en ouvrant la possibilité d'annuler des conventions conclues lors de la période suspecte, le droit des procédures collectives favorise l'entreprise en difficulté en lui donnant un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents qui ne bénéficient pas de ces prérogatives.

De plus, le droit des procédures collectives, par le jeu des liquidations judiciaires et des plans de cession, partielle ou totale, a un effet concentrationnaire évident. En réduisant le nombre de concurrents sur un marché et en augmentant la taille de ceux qui restent, il peut avoir pour effet de créer des marchés oligopolistiques. Bien sûr, le droit des procédures collectives

---

<sup>5</sup> Voir L. Idot, *Responsabilité quasi répressive : l'exemple du droit de la libre concurrence*, LPA 11 juillet 2001, n° 137, p. 34.

cherche de plus en plus à favoriser le redressement des entreprises pour éviter leur liquidation et les conséquences sociales qui l'accompagnent. Néanmoins, la réalité montre que la grande majorité des procédures collectives se solde par une liquidation judiciaire et donc, par la disparition d'une entreprise.

Pourtant, si on adopte une autre vision des choses, la faillite est l'expression normale du jeu de la concurrence. La libre concurrence entre les entreprises implique que les moins compétitives fassent faillite et disparaissent alors du marché. Il existe ainsi une relation de cause à effet entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives : lorsque la concurrence joue à plein, elle entraîne l'élimination des entreprises non compétitives qui se retrouvent alors en liquidation judiciaire. La théorie économique retient d'ailleurs que cette sélection des entreprises les plus performantes est bénéfique et stimule la concurrence, à condition toutefois que la faillite d'une entreprise ne soit pas due à des pratiques d'éviction interdites et que le processus de sélection n'aboutisse pas à ce qu'il ne reste, au final, qu'une seule entreprise sur le marché pertinent.

Face à une entreprise en difficulté se pose donc un dilemme : d'un côté, la volonté de sauver une entreprise pour éviter les licenciements qui accompagneraient sa liquidation, mais aussi pour éviter la disparition d'un concurrent du marché et ainsi une trop forte concentration du marché, et de l'autre, laisser faire le jeu d'une concurrence libre et non faussée par des mesures de soutien à des entreprises qui n'ont pas su s'adapter aux conditions du marché. Ce dilemme se transpose à la question des sanctions pécuniaires prononcées contre les entreprises en difficulté. En effet, on peut se demander s'il est préférable d'éviter d'accabler par une trop lourde amende une entreprise qui a déjà du mal à faire face à ses dettes dans la mesure où cela précipiterait sa faillite et entraînerait toutes les conséquences négatives décrites, ou s'il est au contraire préférable de la sanctionner avec la même rigueur qu'une entreprise en bonne santé financière, car la protection d'une concurrence libre et saine implique de refuser de favoriser des entreprises qui ont cherché à se maintenir sur un marché en ayant recours à des pratiques anticoncurrentielles. La réponse à cette question de savoir si, objectivement, il est préférable de sanctionner moins sévèrement ou non les entreprises en difficulté relève de l'analyse économique et, à défaut, d'un choix politique dépendant de l'intérêt qu'on souhaite protéger. En revanche, du point de vue de l'étude de la pratique décisionnelle de la Commission européenne et de l'Autorité de la concurrence, on peut se demander si les difficultés

financières d'une entreprise sanctionnée pour des pratiques anticoncurrentielles sont prises en compte dans la détermination du montant de la sanction.

Le principe traditionnellement retenu par la Commission européenne et l'Autorité de concurrence est que les difficultés n'ont pas à influencer sur la détermination du montant d'une sanction qui se veut avant tout dissuasive et qui est principalement fondée sur la gravité de l'infraction. Il n'y a donc pas de place pour la prise en compte des difficultés de l'entreprise (première partie). Néanmoins, la sanction doit aussi tenir compte des ressources de l'entreprise et de ce qu'elle peut raisonnablement fournir comme paiement compte tenu de sa situation financière. Les difficultés vont donc pouvoir être prises en compte dans cette mesure pour aménager la sanction pécuniaire (deuxième partie).

Au préalable, il nous faudra rappeler la méthode de détermination du montant des sanctions pécuniaires infligées par la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence (partie préliminaire).

**PARTIE PRELIMINAIRE :**  
**LA DETERMINATION DU MONTANT DE LA SANCTION**  
**PECUNIAIRE**

En droit interne comme en droit de l'Union européenne, les ententes illicites et les abus de domination sont principalement sanctionnés par des amendes infligées aux personnes morales ayant participé à l'infraction<sup>6</sup>. Le droit européen utilise le terme d' « *amende* » et précise que ce n'est pas une sanction à caractère pénal. Le droit français utilise celui de « *sanction pécuniaire* ».

L'article 23, §2 du règlement n°1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité<sup>7</sup> habilite la Commission à prononcer contre les « *entreprises* » et les « *associations d'entreprises* » des amendes lorsque « *de propos délibérés ou par négligence* :

- a) *elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité*<sup>8</sup>, ou
- b) *elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8, ou*
- c) *elles ne respectent pas un engagement devenu obligatoire en vertu de l'article 9* ».

L'article 464-2 I du Code de commerce mentionne les « *entreprises* » et les « *organismes* », ce qui revient au même qu'en droit communautaire. Il ne fait pas mention de propos délibérés ni de négligence dans la mesure où, en droit français, les infractions du droit de la concurrence ne sont pas intentionnelles. Il se contente d'indiquer que l'Autorité de la concurrence « *peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a accepté* ».

Parallèlement à une politique d'augmentation constante du montant des amendes, la Commission européenne a élaboré une méthodologie permettant de déterminer de la façon la

---

<sup>6</sup> Pour les ententes, une autre sanction déterminante est la nullité de l'accord illicite. Cette nullité doit être prononcée par les Etats membres.

<sup>7</sup> Devenus les articles 101 et 102 du TFUE suite au Traité de Lisbonne (JOUE du 9 mai 2008 C 115/88).

<sup>8</sup> Devenus les articles 101 et 102 du TFUE suite au Traité de Lisbonne (JOUE du 9 mai 2008 C 115/88).

plus objective et la plus transparente possible le montant des amendes (section 2). L'Autorité de la concurrence suit cette voie avec la publication, le 16 mai 2011, du communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. En outre, depuis la loi du 15 mai 2001, les dispositions du droit français et du droit de l'Union se sont rapprochées relativement au maximum des sanctions encourues (section 1).

### **SECTION 1 : LE MONTANT MAXIMUM DE LA SANCTION PECUNIAIRE**

En vertu de l'article 23, §2 du règlement 1/2003<sup>9</sup>, la Commission peut infliger à chaque entreprise ayant participé à l'infraction une amende d'un montant maximal de 10% du chiffre d'affaires total de l'entreprise réalisé au cours de l'exercice social précédent. La limitation du montant de l'amende à 10% du chiffre d'affaires mondial des entreprises concernées est confirmée par les lignes directrices pour le calcul des amendes du 28 juin 2006<sup>10</sup>. La règle des 10% détermine uniquement le chiffre d'affaires à prendre en compte pour calculer le plafond maximal de l'amende et non le montant même de l'amende. Par ailleurs, ce plafond ne s'applique pas à chaque étape intermédiaire du calcul de l'amende ; il suffit qu'au terme du calcul le montant final de l'amende n'excède pas le plafond de 10%<sup>11</sup>.

La Commission peut, pour calculer ce montant, prendre en considération le chiffre d'affaires d'un exercice social antérieur si elle considère que cette année de référence lui permet de mieux apprécier la taille et la puissance économique de chaque entreprise ainsi que l'ampleur de l'infraction<sup>12</sup>.

Dans le cas d'une association d'entreprises, le plafond de 10% du chiffre d'affaires se calcule par rapport au chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des entreprises membres de l'association lorsque, en vertu de ses règles internes, l'association peut engager ses membres. En effet, l'influence d'une association d'entreprises sur le marché ne dépend pas du chiffre d'affaires de

---

<sup>9</sup> Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (devenus les articles 101 et 102 du TFUE)

<sup>10</sup> Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003, JOUE 2006 C 210.

<sup>11</sup> CJCE, décision du 28 juin 2005, aff. 189, 202, 205 à 208 et 213/02, *Dansk Rørindustri* : Rec. I-5425 ; CJCE, décision du 29 juin 2006, aff. 289/04, *Showa Denko KK*.

<sup>12</sup> Voir les ordonnances du Président de la CJCE du 5 juin 2002 dans les affaires « Ciment » : aff. 217/00P, *Buzzy* ; aff. 213/00P, *Italcementi* ; aff. 219/00P, *Cementir* ; aff. 211/00P, *Ciments français*.

cette association, qui ne révèle ni sa taille ni sa puissance économique, mais bien de celui de ses membres<sup>13</sup>. Lorsqu'une amende est infligée à une association d'entreprises insolvable et que les membres de l'association n'ont pas répondu à l'appel de contributions pour couvrir cette amende, l'article 23, §4 du règlement n°1/2003 prévoit que la Commission peut en exiger le paiement auprès de chaque entreprise membre de l'association au moment de l'infraction, dans la limite de 10% du chiffre d'affaires de cette entreprise, sauf si celle-ci démontre qu'elle n'a pas appliqué la décision de l'association parce qu'elle en ignorait l'existence ou s'en était activement désolidarisée.

Le montant maximal de la sanction est le même en droit français : l'alinéa 4 du paragraphe I de l'article L. 464-2 du Code de commerce dispose que, pour une entreprise, « *le montant maximal de la sanction est 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre* ». Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. Ce même article prévoit que si le contrevenant n'est pas une entreprise, mais une association ou un syndicat professionnel, le maximum est de 3 millions d'euros.

La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a introduit la prise en compte du chiffre d'affaires du groupe auquel appartient l'entreprise auteur de la pratique prohibée. Cet élargissement de l'assiette de la sanction aurait eu pour but, selon l'exposé des motifs du projet de loi, de « *faire échec aux stratégies de certaines entreprises qui créent des holdings ou des sociétés écran et vident la société concernée de l'essentiel de son chiffre d'affaires* ».

Le droit français, plus répressif qu'auparavant, est cependant loin derrière certaines législations, tel le droit allemand. Avant 2005, les sanctions prononcées par l'autorité de concurrence allemande pouvaient consister en une restitution du profit retiré de la pratique anticoncurrentielle et une amende dont le montant ne pouvait dépasser trois fois le profit. Depuis une réforme de la loi relative aux restrictions de concurrence de 2005, outre une

---

<sup>13</sup> TPICE, décision du 23 février 1994, aff. 39/92 et 40/92, *Groupement des cartes bancaires « CB » et Europay International* : Rec. II-49 ; CJCE, décision du 16 mars 2000, aff. jointes 395 et 396/96, *Compagnie maritime belge transports* : Rec. I-1365.

amende fixée à 10% du chiffre d'affaires mondial, l'entreprise poursuivie peut être condamnée à restituer à l'autorité de concurrence tous les avantages économiques résultant de la pratique anticoncurrentielle, ce que le droit français ne prévoit pas.

## **SECTION 2 : LA DETERMINATION DU MONTANT DE LA SANCTION PECUNIAIRE**

Il faut ici distinguer la méthode appliquée par la Commission (§1) et détaillée dans les lignes directrices pour le calcul des amendes du 28 juin 2006, de la méthode appliquée par l'Autorité de la concurrence (§2).

### §1 : LA METHODE APPLIQUEE PAR LA COMMISSION

Pour déterminer le montant de l'amende, l'article 23, §3 du règlement n°1/2003 prévoit que doivent être prises en considération la gravité et la durée de l'infraction. La Cour de justice précise que « *l'appréciation de la gravité de l'infraction, aux fins de la fixation du montant de l'amende, doit être effectuée en tenant compte notamment de la nature des restrictions apportées à la concurrence, du nombre et de l'importance des entreprises concernées, de la fraction respective du marché qu'elles contrôlent dans la Communauté ainsi que de la situation du marché à l'époque où l'infraction a été commise* »<sup>14</sup>. Il faut également tenir compte du comportement de l'entreprise au cours de la procédure administrative<sup>15</sup>.

Avec les nouvelles lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes de 2006<sup>16</sup>, remplaçant les lignes directrices de 1998<sup>17</sup>, la gravité et la durée de l'infraction demeurent les deux paramètres principaux utilisés pour déterminer le montant de base de l'amende. Comme auparavant, la détermination de l'amende se fait en deux étapes : détermination du montant de base (i), puis ajustement en fonction des circonstances atténuantes et aggravantes (ii).

---

<sup>14</sup> CJCE, décision du 15 juillet 1970, aff. 41/69, *ACF Chemiefarma* : Rec. 661.

<sup>15</sup> CJCE, décision du 11 janvier 1990, aff. 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici* : Rec. I-45 ; TPICE, décision du 14 juillet 1994, aff. 77/92, *Parker Pen* : Rec. II-549.

<sup>16</sup> Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003, JOUE 2006 C 210.

<sup>17</sup> JOCE 1998 C 9.

Par ailleurs, pour éviter d'être trop liée par ce texte, la Commission a pris soin de préciser que ces lignes directrices exposent une méthodologie générale, mais qu'elle peut être amenée à s'en écarter dans des circonstances particulières, notamment en raison de « *la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif* » (point 37). Il reste donc toujours une part d'incertitude dans la fixation du montant de la sanction liée à cette conception de l'amende comme moyen de dissuasion. Cela implique de fixer l'amende à un montant supérieur à ce qui est strictement proportionnel à la gravité et la durée de l'infraction.

(i) Le calcul du montant de base

Depuis les nouvelles lignes directrices, la détermination du montant de base ne se fait plus à partir d'une somme forfaitaire, mais en considération de la valeur des ventes de biens ou services réalisées par l'entreprise durant la dernière année et en relation directe ou indirecte avec l'infraction (point 13), dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'Espace Economique Européen et calculée hors taxe (point 17). Ce chiffre d'affaires hors taxe constitue donc l'assiette du montant de base de l'amende.

Dans un souci d'égalité de traitement, la Commission peut être amenée à tenir compte du fait que l'infraction est mondiale. En pareil cas, elle peut prendre en compte la valeur totale des ventes des biens ou services en relation avec l'infraction dans le secteur géographique concerné, par hypothèse plus vaste que l'EEE. Elle détermine alors la part des ventes de chaque entreprise participant à l'infraction sur ce marché et applique cette part aux ventes agrégées de ces mêmes entreprises, mais réalisées à l'intérieur de l'EEE.

Le montant de base de l'amende est égal à un pourcentage de la valeur des ventes. Ce pourcentage du chiffre d'affaires hors taxe, déterminé en fonction du degré de gravité de l'infraction, ne peut excéder en principe 30% (point 21). Un tel plafond doit être réservé aux infractions les plus graves, comme les ententes horizontales de fixation des prix, de répartition des marchés et de limitation de production.

La durée de l'infraction est davantage prise en compte qu'auparavant dans la mesure où le montant de base ainsi obtenu est purement et simplement multiplié par le nombre d'années d'infraction (point 24).

Par ailleurs, afin de dissuader les entreprises de s'engager dans un cartel, les lignes directrices de 2006 prévoient que la Commission ajoute systématiquement une pénalité représentant entre 15% et 25% du montant de base ainsi obtenu, en cas de participation à une entente injustifiable et indépendamment de la durée de l'infraction (point 25). C'est ce que la Commission appelle le « droit d'entrée ». La Commission se réserve néanmoins la possibilité d'appliquer cette pénalité supplémentaire dans le cas d'autres infractions.

Enfin, pour renforcer le caractère dissuasif de l'amende, la Commission se réserve la possibilité d'augmenter l'amende lorsque les entreprises ont un chiffre d'affaires total particulièrement important ou dans le cas où les gains illicites réalisés grâce à l'infraction dépasseraient le montant de l'amende.

Le montant de base ainsi obtenu fait ensuite l'objet d'ajustements liés à la présence de circonstances aggravantes et/ou atténuantes. Les circonstances atténuantes seront traitées dans la deuxième section de la première partie (voir infra).

(ii) L'individualisation du montant de l'amende en fonction des circonstances aggravantes

Les lignes directrices prévoient, au point 28, une liste de circonstances aggravantes que la Commission européenne peut prendre en compte pour augmenter le montant de base. Il s'agit d'une liste non exhaustive, la Commission pouvant tenir compte d'autres circonstances au cas par cas. Une comparaison avec la liste de circonstances aggravantes des lignes directrices de 1998 montrent que quelques précisions ont été apportées par les lignes de 2006.

Est tout d'abord visée la récidive. Jusqu'alors utilisée de façon très large<sup>18</sup>, sa définition est précisée par les lignes directrices de 2006 : la récidive est l'infraction identique ou similaire constatée, non seulement par la Commission elle-même, mais encore par une quelconque autorité nationale de concurrence en application des articles 101 ou 102 du TFUE. Comme le retient le professeur Idot, "*c'est la logique de réseau qui prévaut*"<sup>19</sup>. Sous l'empire des lignes directrices de 1998, la Commission, en cas de récidive, augmentait systématiquement le

---

<sup>18</sup> TPICE, décision du 25 octobre 2005, aff. T-38/02, *groupe Danone*.

<sup>19</sup> L. Idot, Europe 2006, alerte 37.

montant de base de 50%, peu lui important le nombre et l'ancienneté des infractions antérieures. Depuis l'adoption des nouvelles lignes directrices, elle peut majorer le montant de base de 100%, multiplié par le nombre d'infractions constatées.

Des circonstances aggravantes peuvent également consister dans le refus de coopérer ou l'obstruction au déroulement de l'enquête ou encore dans le rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction. Les lignes précisent que « *la Commission portera également une attention particulière à toute mesure prise en vue de contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction et/ou à toute mesure de rétorsion prises à l'encontre d'autres entreprises en vue de faire respecter les pratiques constitutives d'une infraction* ».

Le Tribunal de première instance de l'Union européenne a précisé qu'en présence, dans une même affaire, à la fois de circonstances aggravantes et de circonstances atténuantes, voire seulement de deux circonstances atténuantes, « *les pourcentages correspondant aux augmentations ou aux réductions, retenus au titre des circonstances aggravantes ou atténuantes, doivent être appliqués au montant de base de l'amende, déterminé en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction, et non au montant d'une majoration précédemment appliquée au titre de la durée de l'infraction ou au résultat de la mise en œuvre d'une première majoration ou réduction au titre d'une circonstance aggravante ou atténuante* »<sup>20</sup>.

## **§2 : LA METHODE APPLIQUEE PAR L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE**

Pendant longtemps, et jusqu'au 16 mai 2011, il n'existait pas en droit français de texte dans lequel l'Autorité de la concurrence exposait la méthode qu'elle appliquait pour déterminer le montant des sanctions pécuniaires. La pratique décisionnelle de l'Autorité et de la Cour d'appel de Paris, juridiction compétente pour les recours en appel formés contre les décisions de l'Autorité, montre qu'il existait une certaine incertitude sur la méthode de calcul à appliquer (i). Mais le rapport Folz sur les sanctions pécuniaires et le projet de communiqué sur lequel l'Autorité de la concurrence avait lancé une consultation publique en janvier 2011 ont abouti à la publication, le 16 mai 2011, d'un communiqué de procédure

---

<sup>20</sup> TPICE, décision du 9 juillet 2003, aff. 220/00 (pt 229), 224/00 (pt 378) et 230/00 (pt 152), *Cartel de Lysine* : Rec. II-2473 ; TPICE, décision du 25 octobre 2005, aff. 38/02, *Groupe Danone*.

précisant la méthode qu'elles entendent désormais appliquer (ii) et apportant ainsi plus de sécurité juridique à la question de la détermination des sanctions.

(i) La méthode antérieurement appliquée par l'Autorité de la concurrence

En droit français, l'alinéa 3 du paragraphe I de l'article L. 464-2 du Code de commerce dispose : « *les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle répétition des pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée par chaque sanction* ».

La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence antérieure à l'application du communiqué de procédure du 16 mai 2011 montre qu'elle retenait un montant de base pouvant aller jusqu'à 30% de la valeur totale hors taxes des ventes de biens ou services en relation avec l'infraction, comme en droit communautaire. Le critère de la gravité de l'infraction était également essentiel dans la détermination du montant des sanctions.

Par contre, les autres critères appliqués par l'Autorité de la concurrence différaient du droit communautaire. L'Autorité a toujours attaché beaucoup d'importance au dommage causé à l'économie mais elle sanctionnait moins sévèrement la récidive et la durée de l'infraction que ce que prévoient les lignes directrices de 2006. En effet, en cas de récidive, la majoration de la sanction variait entre 5 et 50% du montant de base, contre 100% en droit communautaire. Concernant la durée, le montant n'était pas purement et simplement multiplié par le nombre d'années comme en droit communautaire ; la majoration du montant de 100% ne jouait que pour la première année, la majoration appliquée pour les années suivantes étant de 50%. En outre, il n'existait pas de « droit d'entrée ».

Pour déterminer la gravité du dommage causé à l'économie, l'Autorité de la concurrence répartissait les infractions en fonction du trouble causé au fonctionnement du marché. Les infractions les moins graves regroupaient celles qui ne causent qu'un trouble limité au fonctionnement du marché et n'affectent la concurrence que d'une manière marginale. Ces

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

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

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

Comme en droit communautaire, le montant de base obtenu était ensuite individualisé en fonction des circonstances aggravantes et atténuantes propres à l'affaire.

Mis à part les critères évoqués par l'article L. 464-2 I du Code de commerce (gravité, dommage causé à l'économie, situation de l'entreprise et réitération des pratiques), la méthode de calcul du montant de base et son individualisation résultait donc purement de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence et ne figurait dans aucun texte. Il a pu en résulter des divergences d'approche quant au mode de calcul, comme le montre la réduction par la Cour d'appel de Paris de la sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence dans l'affaire du négoce de produits sidérurgiques. Le manque de transparence et de sécurité juridique qui en a résulté a renforcé la nécessité de lignes directrices en droit français.

En effet, dans son arrêt du 19 janvier 2010, la Cour d'appel de Paris<sup>21</sup> a considéré qu'il fallait prendre comme point de départ du raisonnement sur le montant de l'amende le plafond de

---

<sup>21</sup> CA Paris, 19 janvier 2010 : Contrats, conc. consom. 2010, comm. 79, obs. G. Decocq.

10% prévu à l'article L. 464-2. L'approche habituellement retenue par l'Autorité et appliquée dans sa décision<sup>22</sup> consistait au contraire à d'abord établir le montant de la sanction en se fondant sur les critères d'appréciation de l'article L. 464-2 et, dans un second temps, à vérifier que le plafond de 10% n'était pas dépassé.

Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence n'avait mentionné aucun calcul précis, même si elle avait pris en compte l'ordre de grandeur des marchés concernés et la puissance économique des entreprises en cause. La gravité semble avoir été le critère le plus déterminant pour justifier le montant des sanctions infligées puisque l'Autorité s'était focalisée sur cinq facteurs pour retenir la « *gravité exceptionnelle* » des pratiques litigieuses : l'emprise des pratiques sur le marché, leur persistance, leur étendue géographique, le champ matériel de l'entente et la sophistication des pratiques.

(ii) Le rapport Folz et le communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaire

Face à cette controverse sur le rôle du plafond prévu à l'article L. 464-2 du Code de commerce, le rapport sur l'appréciation des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles remis à Christine Lagarde le 20 septembre 2010<sup>23</sup>, prend position en faveur de l'Autorité de la concurrence : « *le plafond doit agir en tant que limite à ne pas dépasser et non en tant que point de départ du calcul du montant de l'amende* ». Il ne doit intervenir qu'après que le montant de base de l'amende a été déterminé.

Par ailleurs, le rapport suggère d'abandonner le recours au critère du dommage à l'économie, lequel ne devrait intervenir qu'au stade des pondérations, comme circonstance atténuante ou aggravante, dans les seuls cas où il peut être véritablement identifié.

Pour ce qui concerne la prise en compte de la durée de la pratique, il est avancé de s'inspirer, plutôt que de l'exemple des lignes directrices de la Commission, du modèle espagnol

---

<sup>22</sup> Cons. conc., décision n° 08-D-32 du 16 déc. 2008, *Secteur du négoce de produits sidérurgiques* : BOCCRF 5 février 2009.

<sup>23</sup> *L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, rapport remis à la ministre de l'économie par MM. Jean-Martin Folz, président de PSA, Christian Raysseguier, premier avocat général à la Cour de cassation et Alexander Schaub, avocat, le 20 septembre 2010.

Disponible à l'adresse suivante : <[www.economie.gouv.fr/services/rap10/100920rap-concurrence.pdf](http://www.economie.gouv.fr/services/rap10/100920rap-concurrence.pdf)>

consistant à multiplier le montant de base par un coefficient annuel dégressif, mais avec une dégressivité moins rapide dans le temps.

De plus, il est suggéré de prendre en compte au titre de la pondération du montant de base d'autres éléments : en premier lieu la marge moyenne du secteur concerné, partant de l'idée que certains secteurs, comme par exemple le luxe, ont une rentabilité bien plus forte que d'autres, comme par exemple la grande distribution, mais aussi les indemnités des victimes proposées directement par une entreprise dans le cadre de la procédure administrative devant l'Autorité et enfin, les programmes de conformité mis en œuvre au sein de l'entreprise.

En publiant, le 16 mai 2011, un communiqué qui décrit de façon détaillée les différentes étapes du calcul des sanctions pécuniaires infligées aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de la concurrence répond à l'attente de lignes directrices suscitée par la décision de la Cour d'appel de Paris évoquée ci-dessus dans l'affaire du négoce de produits sidérurgiques. Il s'inspire à la fois des lignes directrices de 2006 de la Commission et des recommandations du rapport Folz et il reprend les principaux enseignements de la pratique décisionnelle de l'Autorité, et avant elle du Conseil de la concurrence. A moins que des circonstances propres à l'affaire justifient qu'elle s'en écarte, ce communiqué engage l'Autorité et lui est donc opposable, dans un souci de sécurité juridique, car elle se doit de « *déterminer les sanctions pécuniaires qu'elle impose de façon cohérente* » comme il est précisé au point 7. Le communiqué rappelle par ailleurs que la fonction de la sanction est à la fois répressive et dissuasive, tant vis-à-vis de l'entreprise sanctionnée, que vis-à-vis des autres agents économiques.

Concernant le calcul du montant de base, il est prévu qu'il soit proportionnel à la valeur des ventes. Cette référence est retenue de préférence à un pourcentage du chiffre d'affaires total de chaque entreprise en cause, qui peut ne pas être en rapport avec l'ampleur de l'infraction. Il est déterminé pour chaque entreprise en fonction de l'appréciation portée par l'Autorité sur la gravité des faits et sur l'importance du dommage causé à l'économie. Pour apprécier la gravité des faits, il est tenu compte de la nature de l'infraction (accord horizontal ou vertical, ou abus de position dominante), des paramètres de la concurrence qu'elle concerne (fixation des prix, répartition des marchés, etc.), de la nature des activités, des secteurs ou des marchés en cause

(activité de service public, marché public, etc.) et de la nature des personnes susceptibles d'être affectées (PME, consommateurs vulnérables ou captifs, etc.).

Le dommage à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes. Il ne se limite pas non plus aux seuls gains illicites que ses auteurs ont pu escompter en retirer, mais englobe tous les aspects de la perturbation qu'elle est de nature à causer au fonctionnement concurrentiel des activités, secteurs ou marchés directement ou indirectement concernés, ainsi qu'à l'économie générale. Il intègre non seulement le transfert et la perte de bien-être que l'infraction est de nature à engendrer au détriment des consommateurs et de la collectivité dans son ensemble, mais aussi, notamment, son incidence négative sur les incitations des autres acteurs économiques, notamment en matière d'innovation. Pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, il est tenu compte, le cas échéant, de l'ampleur de la pratique (couverture géographique, etc.), des caractéristiques économiques des activités, des secteurs ou des marchés en cause (barrières à l'entrée, etc.), et des conséquences conjoncturelles (surprix escompté, etc.) et structurelles (création de barrières à l'entrée, etc.) de la pratique. Cette prise en compte du dommage causé à l'économie traduit la spécificité du droit français par rapport aux pratiques des autres autorités de concurrence européenne.

La valeur des ventes prise comme référence est la valeur de l'ensemble des ventes de produits ou de services réalisées par l'entreprise en relation avec l'infraction. La proportion de la valeur des ventes retenue, qui varie en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, est comprise entre 0 et 30 %. Pour les cartels, cette proportion sera comprise entre 15 et 30 %.

Enfin, la durée du comportement est prise en compte : l'Autorité retiendra la totalité des ventes pour la première année de commission de l'infraction, et la moitié de cette valeur pour chacune des autres années.

Ce montant de base est ensuite ajusté pour tenir compte des circonstances atténuantes ou aggravantes, comme auparavant. Au titre des circonstances atténuantes, l'Autorité prendra notamment en compte les facteurs suivants : le fait que l'entreprise a durablement adopté un comportement concurrentiel, au point d'avoir perturbé, en tant que franc-tireur, le fonctionnement même de la pratique en cause ; le fait d'avoir été contrainte à participer à l'infraction ; le fait que l'infraction ait été autorisée ou encouragée par les autorités publiques.

En revanche, l'Autorité n'envisage pas de prendre en compte les indemnisations des victimes proposées directement par une entreprise dans le cadre de la procédure administrative devant l'Autorité et les éventuelles sanctions individuelles, contrairement aux préconisations du rapport Folz.

Les circonstances aggravantes comprennent notamment le fait que l'entreprise a joué un rôle de meneur ou d'incitateur, qu'elle a pris des mesures en vue de contraindre d'autres à participer à l'infraction ou encore qu'elle jouit d'une notoriété, d'une capacité d'influence ou d'une autorité telle que son comportement a pu créer un effet d'exemplarité.

La réitération des pratiques anticoncurrentielles peut être prise en compte pour déterminer le montant des sanctions pécuniaires. Pour apprécier l'existence d'une réitération, l'Autorité tient compte de quatre éléments cumulatifs : une précédente infraction au droit de la concurrence doit avoir été constatée avant la commission de la nouvelle pratique ; la nouvelle pratique doit être identique ou similaire, par son objet ou ses effets, à celle ayant fait l'objet du précédent constat d'infraction ; ce dernier doit avoir acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur la nouvelle pratique ; le délai écoulé entre la précédente infraction et la nouvelle pratique est pris en compte.

Le montant définitif de la sanction pécuniaire intègre ensuite, le cas échéant, l'exonération totale ou partielle accordée au titre de la clémence ou la réduction accordée au titre de la non-contestation des griefs. Enfin, l'Autorité s'assure que le montant de la sanction pécuniaire n'excède pas le maximum légal de 10 % du chiffre d'affaires mondial et tient compte de la capacité contributive de l'entreprise qui se prévaut de l'existence de difficultés financières particulières.

Le communiqué du 16 mai 2011 prend donc en compte les difficultés de l'entreprise au moment de la finalisation du montant de la sanction. Mais, en pratique, dans quelle mesure les difficultés sont-elles prises en compte par la Commission européenne et l'Autorité de la concurrence ? Peuvent-elles, par exemple, justifier une exonération d'amende ?

## **PREMIERE PARTIE :**

### **LE PRINCIPE : LA SANCTION SANS EXCEPTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES MISES EN ŒUVRE PAR LES ENTREPRISES EN DIFFICULTE**

Il n'y a pas d'exception à la sanction de pratiques anticoncurrentielles parce qu'une entreprise serait en difficulté ou parce qu'un secteur serait en crise. Les ententes constituées en temps de crise ne peuvent ainsi que très rarement se voir exonérées de sanction (section 1) et la sanction ne saurait voir son montant réduit au titre que les difficultés financières d'une entreprise constitueraient une circonstance atténuant la gravité de la pratique anticoncurrentielle mise en œuvre (section 2).

#### **SECTION 1 : L'EXONERATION TRES RESTRICTIVE DES ACCORDS DE CRISE**

Une entreprise en difficulté poursuivie pour des pratiques anticoncurrentielles pourrait tenter d'argumenter que la pratique était le seul moyen pour elle d'éviter sa faillite, sa liquidation et sa disparition du marché. La pratique anticoncurrentielle aurait alors, selon cette entreprise, un caractère défensif et viserait à éviter une concentration du marché pertinent. La situation financière serait ainsi invoquée comme un fait justificatif de l'infraction, devant permettre à l'entreprise d'échapper aux sanctions pécuniaires normalement applicables.

Néanmoins, une telle vision des choses est erronée car elle n'envisage la concurrence que comme le maintien du plus grand nombre de concurrents, par n'importe quels moyens, y compris par des moyens qui sont eux-mêmes contraires à une concurrence libre et saine et aux risques qu'elle doit comporter de manière inhérente pour les opérateurs économiques. La concurrence que les règles de nos économies de marché protègent n'est pas le maintien en vie de tous les concurrents, mais le maintien des entreprises les plus efficaces. Permettre à l'entreprise en difficulté de se maintenir sur le marché au nom de la concurrence en l'autorisant à enfreindre les règles d'une concurrence libre et saine revient à vider ces règles de toute substance. Les difficultés d'une entreprise ne peuvent donc jamais constituer un fait justificatif d'une infraction au droit de la concurrence.

Par ailleurs, les dispositions du droit de la concurrence se prêtent mal au recours à la notion de fait justificatif qui disparaît derrière d'autres concepts. En effet, en droit des pratiques anticoncurrentielles, seules sont justifiables et exonérées de sanction les pratiques qui soit remplissent les conditions de l'exemption individuelle ; soit relèvent d'un règlement d'exemption par catégorie ; soit sont des activités qui échappent au droit de la concurrence, comme par exemple la solidarité. Pour les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre en période de crise affectant le marché sur lequel l'entreprise opère, le seul moyen d'échapper à la sanction pécuniaire est donc d'obtenir l'exemption individuelle.

Les accords de crise sont le plus souvent décidés lorsque le marché en cause est affecté par des surcapacités et qu'il en résulte une baisse des prix. Plutôt que de supprimer des unités de production, les entreprises se répartissent les marchés et conviennent de quotas à ne pas dépasser de façon à ce que l'offre excédentaire ne contribue pas à la poursuite de la baisse des prix. Cette stratégie est motivée par le fait que les entreprises préfèrent partager et étaler de manière collective les pertes liées à la sous-utilisation des capacités, afin de permettre de terminer doucement la vie des vieilles unités de production et en attendant un retour espéré de la croissance. Ces « cartels de crise » prévoient également souvent des échanges d'informations, notamment sur les prix.

La « cartellisation du marché mondial des électrodes de graphite » montre jusqu'où peut aller un oligopole mondial affecté par les surcapacités<sup>24</sup>. Dans le cas de ce cartel de producteurs, l'objectif était de maintenir au maximum les choses en l'état pour éviter une dégradation supplémentaire. Les entreprises s'étaient accordées sur des échanges d'informations, le maintien des prix et la répartition des marchés. En outre, les entreprises japonaises s'étaient engagées à réduire progressivement leurs capacités de production et les autres entreprises à ne pas les augmenter. Enfin, tous avaient décidé de n'effectuer aucun transfert de technologie à l'extérieur du cartel.

Une telle stratégie de limitation volontaire de la production est directement contraire à la prohibition des ententes, en droit communautaire (article 101, §1, b) du TFUE) comme en droit français (article L. 420-1, 3° du Code de commerce). La conception inhérente à l'interdiction des ententes est au contraire que tout opérateur économique doit déterminer de

---

<sup>24</sup> Commission, décision du 18 juillet 2001 : JOCE n° L 100, 16 avril 2002, p. 1, pt 106.

manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché et interdit donc toute forme de coordination qui substitue sciemment une coopération pratique entre entreprises aux risques de la concurrence.

De plus, selon une jurisprudence constante, le fait qu'un secteur traverse une crise, conjoncturelle ou structurelle, ne fait pas obstacle à l'applicabilité dans toute leur rigueur des règles de concurrence communautaires et françaises prohibant les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante. La force et la logique d'un tel principe sont indéniables : encourager la commission de pratiques anticoncurrentielles ne ferait probablement qu'aggraver les conséquences de la crise au détriment du consommateur, et non la résoudre. Les accords de crise ne constituent pas un moyen efficace pour résoudre une situation de crise. L'existence d'une crise ne saurait donc justifier que soient organisées des ententes.

Enfin, la considération que les parties à un accord ont agi sans aucune intention subjective de restreindre la concurrence, mais dans le but de remédier aux effets d'une crise sectorielle n'est pas pertinente pour déterminer si un accord relève de l'interdiction des ententes, les autorités de concurrence s'attachent à la teneur de ses dispositions et aux buts objectifs qu'il vise à atteindre. En effet, un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes.

Pour illustrer de ce principe, on peut citer les conclusions de l'Avocat Général Mme Verica Trstenjak présentées le 4 septembre 2008 dans le cadre de l'affaire *The Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd* citant notamment les arrêts du Tribunal *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*<sup>25</sup> et *FNCBV e.a. c/ Commission*<sup>26</sup> : « en vertu d'une jurisprudence constante, la circonstance qu'un secteur traverse une crise conjoncturelle ou structurelle ne fait pas obstacle à l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE<sup>27</sup>. « L'examen d'un accord doit être effectué à la lumière du contenu de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'inscrit », néanmoins, « pour déterminer si un accord relève de

---

<sup>25</sup> TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*, aff. T-305/94 à T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94 : Rec. CJCE 1999, II, p. 931, pt 740.

<sup>26</sup> TPICE, 13 décembre 2006, *FNCBV e.a. c/ Commission*, aff. T-217/03 et T-245/03 : Rec. CJCE 2006, II, p. 4987, pt 9.

<sup>27</sup> Devenu l'article 101, §1 du TFUE.

*l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, il y a lieu de s'attacher à la teneur de ses dispositions et aux buts objectifs qu'il vise à atteindre. À cet égard, à supposer même qu'il soit établi que les parties à un accord ont agi sans aucune intention subjective de restreindre la concurrence, mais dans le but de remédier aux effets d'une crise sectorielle, de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de ladite disposition. En effet, un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes. »* Il s'agit là d'une reprise d'une jurisprudence tout aussi stricte qui a considéré qu'aucun « argument de fait, fût-il une situation de crise, ne saurait être retenu pour justifier une entente »<sup>28</sup>.

Ainsi, dans la mesure où la plupart des accords de crise tombent sous le coup des sanctions pécuniaires des pratiques anticoncurrentielles, le seul moyen d'éviter la sanction pécuniaire est alors de prouver que ces accords remplissent les conditions de l'exemption individuelle. La charge de cette preuve incombe aux parties à ces accords et s'avère difficile à établir en raison de leur contenu (§1), si bien qu'ils ne sont que très restrictivement admis et exonérés de sanction (§2).

#### §1 : LA DIFFICILE EXEMPTION DES ACCORDS DE CRISE

Les cartels de crise constituent des ententes restrictives de concurrence en application des articles 101 §1 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. L'existence d'une crise sur le marché ne saurait exclure le caractère anticoncurrentiel de telles ententes, mais pourrait éventuellement autoriser une exemption individuelle si elle permet de remplir les conditions de l'exemption individuelle prévues aux articles 101 §3 du TFUE<sup>29</sup> et L. 420-4 du Code de commerce<sup>30</sup>. Ces articles permettent en effet l'exemption individuelle des accords qui

---

<sup>28</sup> TPICE, 6 avril 1995, *Sté Métallurgique de Normandie*, aff. T-147-89.

<sup>29</sup> Article 101, § 3 du TFUE : « 3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans : a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

<sup>30</sup> Article L. 420-4 du Code de Commerce : « I.-Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : [...]2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une

remplissent quatre conditions cumulatives : ils apportent un progrès économique, ils réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui résulte des comportements anticoncurrentiels, ils ne suppriment pas la concurrence pour une partie substantielle du marché en cause et enfin, ils n'imposent pas de restrictions de concurrence qui ne sont pas indispensables pour atteindre l'objectif de progrès invoqué. Les accords ainsi exemptés échappent à toute sanction pécuniaire.

L'idée principale sur laquelle repose la validation des pratiques anticoncurrentielles sur le fondement de l'exemption est que la concurrence ne constitue pas un but en soi. La concurrence n'est qu'un moyen, présumé le meilleur, de permettre à la fois l'adéquation de la production aux besoins, l'utilisation optimale des ressources et la plus grande satisfaction des consommateurs. Suivant cette conception de la « concurrence moyen », il convient alors de ne pas systématiquement interdire les comportements qui, en dépit des restrictions dont ils sont à l'origine, assurent un certain développement de l'économie. Un bilan doit auparavant être réalisé. Effectué au cas par cas et de manière pragmatique, ce bilan consiste à mettre en balance, d'une part, les restrictions que l'entente apporte ou peut apporter à la concurrence, et d'autre part, les effets économiques bénéfiques qui en résultent. À chaque fois que les atteintes au jeu de la concurrence sont largement compensées par des progrès économiques, la pratique anticoncurrentielle est légitimée.

Les autorités de concurrence se sont montrées, jusqu'à présent, peu réceptives à la notion de crise économique pour accorder une exemption. Les décisions rendues montrent que les accords anticoncurrentiels adoptés pendant des périodes de crise et considérés par les entreprises comme contribuant au progrès économique, ne remplissaient pas, pour les autorités de concurrence, les critères exigés pour être exemptés.

En effet, la plupart du temps, ils n'apportent pas de réels progrès économique (i), ils ne bénéficient pas à l'ensemble des acteurs du marché affecté par l'accord (ii), ils instaurent des restrictions de concurrence trop fortes (iii) et ces restrictions ne sont pas le seul moyen de parvenir à l'objectif de résolution de la crise (iv).

---

*partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès. »*

(i) L'absence de réel progrès économique

La première des conditions d'octroi de l'exemption individuelle exige que l'accord soit porteur d'un progrès économique pour le marché en cause. Le progrès économique se caractérise principalement par une amélioration relative soit à la production, soit au fonctionnement structurel du marché concerné. Le progrès doit en outre être suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence.

Dès lors, puisque le progrès économique est apprécié dans un sens positif d'amélioration, l'accord de crise dont il est prétendu qu'il permet de sauvegarder un secteur en crise ne remplit pas la première condition de l'exemption. Maintenir une activité industrielle non compétitive, par des moyens anticoncurrentiels, n'est rien d'autre qu'un obstacle artificiel à une meilleure allocation des ressources<sup>31</sup>.

De même, le simple fait négatif de vouloir éviter des turbulences économiques ou stabiliser les prix dans une période de crise ne suffit pas à apporter un progrès économique. En effet, cela revient à protéger les positions et les habitudes des opérateurs économiques, ce qui constitue un obstacle artificiel aux évolutions naturelles des marchés, sans assurer une meilleure organisation de la production et ni un meilleur fonctionnement du marché.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence refuse de caractériser l'existence d'un progrès économique dès lors que la défense du secteur en crise avancée par les entreprises comme constituant ce progrès consiste à réguler la production pour faire remonter les cours<sup>32</sup>, à établir un prix ou des hausses de prix communs<sup>33</sup>, ou à effectuer une répartition du marché pour, notamment, stabiliser le niveau des parts de marché déjà acquises<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Cons. conc., avis du 22 octobre 1985, *Boulonnerie-visserie*.

<sup>32</sup> Cons. conc., décision n° 94-D-23, 5 avril 1994, *Pratiques constatées dans le secteur de l'huile d'olive*.

<sup>33</sup> Cons. conc., décision n° 88-D-50, 13 décembre 1988, *Pratiques relevées dans le secteur du fil à coudre* ; Cons. conc., décision n° 89-D-21, 13 juin 1989, *Situation de la concurrence dans le secteur de la robinetterie pour gaz domestique* ; CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., 4 juin 1992, *Fédération nationale des syndicats agricoles des cultivateurs de champignons* : BOCC 16 juin 1992, p. 203 ; Cons. conc., décision n° 95-D-77, 5 décembre 1995, *Situation de la concurrence sur le marché du miel*, Contrats, conc. consom. 1996, comm. 61, obs. L. Vogel.

<sup>34</sup> Cons. conc., décision n° 05-D-47, 28 juillet 2005, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la destruction d'armements et de munitions* : Rapp. 2005, p. 290, à propos d'une entente de répartition des marchés dans le cadre de procédures d'appels d'offres.

L'existence d'un progrès dépend donc étroitement des procédés mis en œuvre par les entreprises pour tenter de surmonter les difficultés rencontrées. Si les entreprises cherchent uniquement à geler l'évolution du marché pour maintenir artificiellement leur position, le fait de protéger leur niveau d'activité ne sera pas suffisant en soi pour justifier un cartel de crise.

(ii) Des accords qui ne bénéficient pas à l'ensemble des acteurs du marché

Seconde condition de l'exemption, la contribution au progrès économique doit être en partie profitable aux utilisateurs. Autrement dit, le progrès économique invoqué doit « *constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées* »<sup>35</sup>. Ainsi, la constatation d'un progrès économique répondant aux seuls intérêts de la profession à l'origine des comportements anticoncurrentiels est insuffisante pour obtenir l'exemption. Cette exigence fait l'objet d'un contrôle strict.

Le Conseil de la concurrence avait décidé qu'un secteur « *en déclin continu* » au sujet duquel des entreprises avançaient qu'elles avaient cherché à rationaliser la commercialisation des briques, mais dont le prix des produits avait au final progressé de 38% en huit ans, ne permettait pas de caractériser qu'une part équitable du profit avait été versée à l'utilisateur<sup>36</sup>.

De même, au sujet d'un accord passé entre des compagnies maritimes portant sur la non-utilisation de capacités et sur des échanges d'informations en vue de faire face à une situation de surcapacité structurelle et à des taux de fret réduits faisant tomber les taux de rendement au-dessous des seuils de rentabilité, la Commission européenne a considéré que cet accord n'avait pour seul effet que d'augmenter les taux de fret. Or cette augmentation s'est faite au seul bénéfice des armateurs et à l'encontre directe des intérêts des chargeurs qui ont vu leurs coûts augmenter sans aucun avantage en termes de fréquence, de régularité ou de fiabilité du service en contrepartie<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cons. conc., décision n° 05-D-03, 10 février 2005, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'eau de javel* : Rapp. 2005, p. 289.

<sup>36</sup> Cons. conc., décision n° 00-D-14, 3 mai 2000, *Secteur des briques plâtrières dans le grand ouest*.

<sup>37</sup> Commission, décision du 30 avril 1999, § 204, *Europ Asia Trade Agreement* : JOCE n° L 193, 26 juillet 1999, p. 23.

(iii) Des accords qui mettent en place des restrictions de concurrence trop fortes

Pour que cette troisième condition de l'exemption soit satisfaite, il faut que l'effet restrictif de l'accord de crise soit limité, de telle sorte que le libre jeu de l'offre et de la demande, bien que par hypothèse nécessairement réduit, ne soit pas marginal. Il s'agit alors d'apprécier si l'accord laisse persister une concurrence actuelle ou potentielle suffisante sur le marché pertinent.

D'une manière générale, la concurrence ne sera pas éliminée dès lors que l'accord de crise n'offre pas aux entreprises parties à l'accord les moyens de s'approprier le marché pertinent et les laisse exposées à une contestation suffisante de leur position par d'autres opérateurs économiques. Tel sera le cas, dès que la position procurée par l'accord à ses auteurs – liée à leurs parts de marché, à leurs avantages techniques et commerciaux, aux barrières techniques, financières et juridiques existant sur le marché et à la capacité concurrentielle des entreprises tiers – n'est pas suffisamment importante pour permettre de décider de l'évolution du marché et de supprimer la liberté de choix des utilisateurs. En d'autres termes, dès que l'accord de crise permet aux entreprises intéressées d'acquérir une position dominante, ou à plus forte raison un monopole, sur le marché pertinent, ce comportement ne pourra pas être exempté puisqu'une telle position implique l'absence d'une concurrence réellement active.

Ainsi, au sujet d'un accord de crise conclu entre les dix principaux transformateurs de viande pour réduire les surcapacités affectant le marché de la transformation bovine en Irlande, la Cour de justice de l'Union européenne a retenu que les restrictions imposées aux sortants en ce qui concerne la disposition et l'utilisation de leurs installations de production visaient manifestement à dissuader toute nouvelle entrée de concurrents sur l'ensemble du territoire de l'Irlande<sup>38</sup>. Toute entrée potentielle de nouveau concurrent était ainsi limitée ; la restriction de concurrence était donc trop forte pour pouvoir être exemptée.

(iv) Des pratiques restrictives non nécessaires

La dernière condition de l'exemption exige qu'il soit établi que « *le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par*

---

<sup>38</sup> CJCE, décision du 20 novembre 2008, affaire C-209/07, *Autorité de la concurrence c/ Beef industry Development Society*.

*d'autres voies ; il doit être également établi que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence observées* »<sup>39</sup>. Cette condition de nécessité de l'accord anticoncurrentiel en cause revient à imposer, d'une part, l'existence d'un lien de causalité entre la restriction de concurrence examinée et les avantages invoqués et, d'autre part, une proportionnalité suffisante entre la restriction et les avantages.

Ainsi, le groupement des producteurs destiné à améliorer la situation du marché de la saliculture locale en « *contribuant au maintien de l'activité économique locale et à la satisfaction des besoins des consommateurs (...) et la nécessité d'assurer la survie d'exploitations soumises à d'importantes et imprévisibles variations de production* » pouvait contribuer au progrès économique. Néanmoins, la détermination concertée des prix au sein du groupement n'a pas pu être exemptée car il n'était pas établi que cette contribution n'aurait pas été également possible sans cette pratique concertée<sup>40</sup>. Il n'existait donc pas de lien de causalité entre la pratique et l'amélioration de la situation du marché.

L'état de nécessité, invoqué pour justifier des échanges d'informations entre entreprises membres d'une entente qui se fondaient sur la crise du secteur, a été rejeté par le Conseil de la concurrence qui a considéré que l'état de nécessité est une notion devant s'analyser strictement. Or, en l'occurrence, la crise générale du secteur ne constituait pas un état de nécessité justifiant les échanges d'informations<sup>41</sup>.

De la même façon, la Commission européenne a refusé d'exempter un accord et d'appliquer la théorie de « la concurrence ruineuse » invoquée par les parties. Elle a constaté que l'existence d'accords sur les capacités et sur la fixation directe des prix entre plusieurs entreprises n'était pas indispensable pour contribuer au progrès économique<sup>42</sup>.

La plus grande partie des refus d'exempter des accords de crise est prononcée en raison de leur caractère non nécessaire pour atteindre l'avantage économique allégué. L'Autorité de la concurrence comme la Commission européenne motivent en général leur position sur ce point

---

<sup>39</sup> Voir l'ensemble des rapports d'activité du Conseil de la concurrence depuis 1987.

<sup>40</sup> Cons. conc., décision n° 88-D-20, 3 mai 1988, *Pratiques sur le marché du sel* : Rec. ADCC Lamy 1988, 318, note V. Sélinsky.

<sup>41</sup> Cons. conc., décision n° 05-D-19, 12 mai 2005, *Route des Estuaires* – Cass. com., 6 mars 2007, n° 06-13.501 (rejet).

<sup>42</sup> Commission, décision du 30 avril 1999, *Europ Asia Trade Agreement*, § 133 et 229 : JOCE n° L 193, 26 juillet 1999, p. 23.

très succinctement, se contentant de relever qu'il n'est ni établi ni allégué que le progrès économique invoqué n'aurait pu être atteint sans la mise en œuvre des pratiques constatées.

Les accords de crise ne présentent donc généralement pas les caractéristiques pour remplir les conditions d'exemption individuelle des ententes anticoncurrentielles et les entreprises parties à ses accords ne peuvent donc pas échapper à la sanction pécuniaire des ententes interdites. Mais il n'est pas exclu que l'exemption soit parfois accordée, même si la reconnaissance de la légalité de ces accords reste toujours très restrictive.

## §2 : L'ACCEPTION STRICTEMENT CONDITIONNEE DES ACCORDS DE CRISE

Les autorités de concurrence assurent la défense d'un fonctionnement libre et sain des marchés et redoutent à ce titre l'effet néfaste à long terme des atteintes à la concurrence que créent les accords de crise. C'est pourquoi elles refusent de reconnaître une spécificité à ces accords par rapport à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre hors période de crise et conditionnent strictement leur légalité.

C'est dans les années 1970, avec les premières grandes crises, que les autorités de la concurrence ont commencé à être confrontées à la question des accords de crise. Il a pourtant fallu attendre le début des années 1980 pour que le principe du cartel de crise soit finalement accepté et précisé en droit communautaire<sup>43</sup>. Il reste néanmoins une réticence à admettre trop facilement ce type d'accord contraire au principe défendu par la Commission qui veut que les entreprises ne décident pas de manière coordonnée leur action. Les autorités de la concurrence craignent que de tels accords ne soient pas limités à ce qui est strictement nécessaire pour permettre au marché en crise de repartir sur des bases saines, mais portent également sur les prix ou prévoient des répartitions de marché.

En France, l'ancienne Commission de la concurrence a longtemps exprimé des réticences à l'admission des cartels de crise en rappelant que les ententes sont « *une mauvaise réponse à*

---

<sup>43</sup> Voir le *Douzième rapport d'activité sur la politique de la concurrence de l'année 1982* de la Commission et la décision de la Commission du 4 juillet 1984, n°84/380/CEE, *fibres synthétiques*, JOCE L 207 du 2 août 1984, p.17

*une situation de crise* » car : « *Loin d'apporter des remèdes aux problèmes de récession, elles sont de nature à les aggraver ne serait-ce qu'en dispensant les entreprises de réactions plus dynamiques* »<sup>44</sup>. En d'autres termes, en ne traitant que les symptômes de la crise, le risque est de la faire durer et finalement d'en faire payer les conséquences aux consommateurs plutôt qu'aux entreprises.

Des conditions strictes et cumulatives doivent donc être remplies par les accords de crise afin de pouvoir bénéficier d'une exception à la sanction des ententes : la crise affectant le marché pertinent doit être structurelle (i), l'accord doit prévoir des mesures de retrait du marché des capacités de production non rentables (ii) et les mesures prises doivent être limitées à ce qui est strictement nécessaire pour résoudre la crise (iii).

(i) Un marché affecté par une crise structurelle

En ce qui concerne la nature de la crise affectant le marché visé par l'accord, une simple baisse des prix ou de la rentabilité du secteur est insuffisante pour bénéficier d'une exception au titre des accords de crise. La crise n'est établie que s'il existe une surcapacité structurelle importante, générant des pertes d'exploitations substantielles sur une période prolongée. Aucune amélioration ne doit pouvoir être espérée à moyen terme en dehors des mesures envisagées au titre de l'accord de crise.

En outre, la crise doit être dommageable pour le consommateur : elle doit réduire la qualité et la diversité des produits, les rendre plus chers et compromettre la pérennité de l'approvisionnement.

(ii) Des mesures permettant de réduire les surcapacités

La Commission européenne et l'Autorité de la concurrence portent un jugement négatif sur des accords qui visent essentiellement à coordonner le comportement concurrentiel présent ou futur des entreprises concernées. Tel est particulièrement le cas pour la fixation en commun

---

<sup>44</sup> Rapport d'activité de la Commission de la concurrence pour l'année 1984.

des prix, la restriction de la production et des ventes par la fixation de quotas, le partage des marchés ou encore les restrictions contractuelles affectant les investissements. Des entreprises communes dont la création ou le fonctionnement visent essentiellement de tels objectifs ne constituent rien d'autre que des ententes classiques. De tels projets de réduction de capacité de production visent seulement à entraîner l'augmentation des prix. Ils ne sont considérés favorablement que lorsqu'ils permettent une restructuration du secteur en crise en accélérant le retrait du marché de capacités de production non rentables.

Plus précisément, pour qu'il existe un progrès économique au titre de l'exemption individuelle, les mesures de restructuration mises en œuvre doivent permettre et garantir un assainissement véritable et durable du secteur. L'essentiel est de constater une évolution du marché en péril vers une plus grande efficacité économique à travers une transformation profonde de ses mécanismes de fonctionnement. Des mesures telles que la fermeture des sites de production les moins performants ou la limitation de la création de nouvelles capacités de production répondent à ces critères.

(iii) Des mesures strictement nécessaires

Les mesures structurelles adoptées dans les accords de crise doivent être indispensables et proportionnées. Les autorités de la concurrence veillent ainsi à ce que l'accord de crise se limite à ce qui est strictement nécessaire, c'est-à-dire ce qui ne peut pas être obtenu par un moyen moins restrictif de concurrence. En tout état de cause, l'accord doit être limité dans le temps et les échanges de renseignements ou les ententes sur les prix sont strictement interdits.

Une application de ces trois conditions de validité des accords de crise peut être trouvée dans une décision de la Commission rendue à propos d'une crise économique touchant le secteur de la fabrication des briques en terre cuite aux Pays-Bas<sup>45</sup>. Ce secteur avait été confronté à une crise d'excédent de capacités de production. Les entreprises convinrent d'un plan fondé sur la réduction coordonnée des capacités de production par la fermeture irréversible d'unités et sur l'engagement de ne plus produire certains matériaux sur certains sites et de ne pas revendre les équipements concernés, mais de les démanteler et l'interdiction de créer de nouvelles

---

<sup>45</sup> Commission, décision n° 94/296/CE, 29 avril 1994, *Stichting Baksteen* : JOCE n° L 131, 26 mai 1994, p. 15

capacités de production. D'après la Commission, ce plan « *constitue une action concertée entre concurrents, visant la fermeture d'usines et la limitation de capacité, renforcée par un système d'amendes en cas de non respect des engagements et soutenue financièrement par un fonds de compensation. Il a donc une incidence directe sur la concurrence dans le sens qu'il limite les moyens de production et, partant, les investissements et la stratégie concurrentielle des parties* » (point 16).

Pourtant, il sera relevé d'interdiction, essentiellement grâce aux engagements de fermeture. La Commission a en effet considéré que la réduction coordonnée des capacités de production était indispensable pour faire face aux difficultés qui frappaient, depuis plusieurs années, l'industrie des briques néerlandaises. Or, l'accord avait pour objectif strict de permettre uniquement une réduction de capacités et de stocks, supérieure à celle que permettrait une restructuration unilatérale. Pour la Commission, cette réduction permettait donc de « *prévoir une augmentation à terme de la rentabilité de l'industrie (...) et donc un retour à une compétitivité normale* », sans être trop préjudiciable à la concurrence puisque : « *Pour le reste, la liberté des parties en ce qui concerne les prix et conditions de vente (...) n'était pas touchée par l'accord* ». De plus, elle retient que « *la coordination des fermetures a permis une restructuration dans des conditions sociales acceptables, facilitant le reclassement du personnel* ».

Malgré cet exemple, l'exemption des accords de crise reste très rare car les accords mis en place en période de crise dépassent généralement le cadre restreint de l'exemption par les mesures trop attentatoires à la concurrence qu'ils mettent en place. Les difficultés de l'entreprise liées à la crise du secteur ne permettent donc généralement pas d'échapper à la sanction du droit de la concurrence. Mais peut-on envisager que ces difficultés, puisqu'elles ne peuvent empêcher l'application de la sanction, jouent comme circonstances atténuantes pour en atténuer la rigueur ?

## SECTION 2 : LE REFUS DE LA REDUCTION DE L'AMENDE POUR CIRCONSTANCE ATTENUANTE DU FAIT DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE

On l'a vu, en droit communautaire comme en droit interne, le montant de base de la sanction pécuniaire est individualisé en fonction des circonstances aggravantes et atténuantes propres à l'affaire. Puisque les difficultés d'une entreprise et la crise du secteur ne permettent que très rarement une exonération de sanction, on peut se demander si elles permettent au moins une réduction de la sanction en jouant comme circonstance atténuante. Cet argument souvent invoqué par les auteurs des pratiques n'est jamais prise en compte au titre des circonstances atténuantes, que se soit en droit communautaire (§1) ou en droit français (§2).

### §1 : EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Ni les difficultés financières de l'entreprise sanctionnée, ni la crise du secteur ne figurent parmi les circonstances atténuantes prévues par les lignes directrices (i) et, dans sa pratique décisionnelle, la Commission européenne ne les considère jamais comme une circonstance atténuante car cela reviendrait à « *octroyer un avantage concurrentiel aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché* » (ii).

#### (i) L'absence des difficultés de l'entreprise parmi les circonstances atténuantes retenues par les lignes directrices

Comme pour les circonstances aggravantes, la Commission européenne dresse, au point 29 de ses lignes directrices, une liste des circonstances atténuantes en principe retenues pour réduire le montant de base de l'amende. Constituent ainsi des circonstances atténuantes les éléments suivants :

- l'entente n'a pas été appliquée dans toutes ses dispositions ou n'a pas produit d'effets importants sur le marché ;
- l'entreprise a adopté une attitude passive ou a fait pression pour atténuer les effets anticoncurrentiels de l'accord, ou encore n'a agi qu'en marge de l'entente ;
- la concurrence entre les parties à l'entente était déjà restreinte par l'organisation commune du marché du produit, qui prévoyait notamment des quotas de production nationaux ;

- l'entreprise a mis fin aux restrictions de concurrence dès qu'elle a eu connaissance de l'action de la Commission ;
- l'entreprise a aidé la Commission à établir les faits dans une procédure engagée contre elle ;
- l'intervention des autorités publiques a induit les entreprises en erreur sur la validité d'une pratique.

La Commission retient également en pratique que le montant de la condamnation peut être atténué lorsque c'est la première fois que la Commission applique les règles de concurrence dans un secteur d'activité<sup>46</sup>, à condition que les entreprises concernées ne soient pas à l'évidence informées de l'obligation de respecter les règles de concurrence<sup>47</sup>.

Est également parfois retenu le fait que l'entreprise ait mis en œuvre un programme d'alignement visant à assurer le respect, par ses distributeurs et ses filiales, des règles de concurrence<sup>48</sup> ou encore le fait qu'elle ait pris l'initiative de dédommager le concurrent victime de l'infraction<sup>49</sup>.

En revanche, ne figurent pas expressément parmi les circonstances atténuantes des lignes directrices le fait qu'une entreprise soit en difficulté financière, fasse l'objet d'une procédure collective ou que le marché en cause soit en crise. Comme le précise le Tribunal dans l'arrêt *FNCBV e.a. c/ Commission* du 13 décembre 2006<sup>50</sup> : « *il convient de relever que le point 5, sous b), des lignes directrices se réfère explicitement à la prise en compte du contexte économique spécifique d'une affaire et que, en revanche, ce critère n'est pas expressément mentionné au point 3 des lignes directrices, lequel vise les circonstances atténuantes. Dès lors, il y a lieu de conclure que la Commission n'a pas commis d'erreur en prenant en considération le contexte économique de l'espèce au titre du point 5, sous b), des lignes directrices et non au titre des circonstances atténuantes, comme le souhaitait la requérante* ». C'est en effet à une autre étape du calcul des sanctions que la situation financière déficitaire d'une entreprise peut être prise en compte, et plus précisément sa capacité contributive, ce que nous étudierons dans la deuxième partie de ce mémoire. Mais en toute hypothèse, il ne s'agit pas d'une circonstance atténuante au sens des lignes directrices de la Commission.

---

<sup>46</sup> Par exemple, pour le secteur de la construction : Commission, 5 février 1992, aff. *Industrie de la construction aux Pays-Bas* : JOCE 1992 L 138 p. 41 ; ou pour le secteur de la distribution des billets pour une manifestation sportive : Commission, 27 octobre 1992, aff. *Coupe de football de 1990* : JOCE 1992 L 326 p. 31.

<sup>47</sup> Voir Commission, 1 avril 1992, aff. *Comités armatoriaux Franco-Ouest-Africains* : JOCE 1992 L 134 p. 1.

<sup>48</sup> TPICE, 14 juillet 1994, aff. 77/92, *Parker Pen* : Rec. II-549.

<sup>49</sup> Commission, 21 octobre 1998, aff. *Conduites précalorifugées* : JOCE 1999 L 24 p. 1.

<sup>50</sup> TPICE, 13 déc. 2006, *FNCBV e.a. c/ Commission*, aff. T-217/03 et T-245/03 : Rec. CJCE 2006, II, p. 4987.

C'est la raison pour laquelle le Tribunal a réaffirmé dans l'arrêt *Tokai* du 29 avril 2004<sup>51</sup>, comme il l'avait déjà indiqué à plusieurs reprises auparavant<sup>52</sup>, que « *la Commission n'est pas tenue de considérer comme une circonstance atténuante la mauvaise santé financière du secteur en crise. En effet, en règle générale, les cartels naissent au moment où un secteur connaît des difficultés* ». Le Tribunal précise alors : « *Si l'on suivait le raisonnement des requérantes, l'amende devrait régulièrement être réduite dans la quasi-totalité des cas* ».

(ii) Le refus d'octroyer un avantage concurrentiel aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché

Il n'existe aucune obligation pour la Commission européenne de prendre en compte la situation financière d'une entreprise ou la situation de crise du secteur. Mais cela ne signifie pas que la Commission européenne aurait interdiction de le faire. La liste de circonstances atténuantes prévues dans les lignes directrices de la Commission n'est pas limitative. La Commission peut donc très bien accepter de prendre en compte le fait que l'entreprise est en difficultés à titre de circonstance atténuante pour réduire le montant de l'amende. Néanmoins, elle refuse de le faire. Lorsque les difficultés financières d'une entreprise ou d'un secteur sont prises en compte, c'est à un autre titre que celui de circonstance atténuante (voir infra : deuxième partie).

La Commission refuse en effet de réduire l'amende en précisant que cela reviendrait à octroyer un « *avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché* », comme elle l'a par exemple précisé dans les arrêts *Acides aminés*<sup>53</sup> ou *Électrodes de graphite*<sup>54</sup> concernant des ententes mises en place par des entreprises en difficulté : « *Prendre en considération le simple fait qu'une société accuse des pertes en raison des conditions générales du marché ou de changements intervenus dans sa structure équivaudrait à conférer un avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins bien adaptées aux conditions du marché* ».

---

<sup>51</sup> TPICE, 29 avril 2004, aff. T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, *Tokai Cabon e.a.* : Rec. CJCE 2004, II, p. 1181.

<sup>52</sup> TPICE, 14 mai 1998, *Fiskeby Board*, aff. T-319/94, Rec p II-1331 ; TPICE, 11 mars 1999, *Thyssen Stahl AG*, aff. T-141/94, Rec p. II-347 ; TPICE, 19 mai 1999, *BASF*, aff. T-175/95, Rec p II-1581 ; TPICE, 20 mars 2002, *FR AF 1998 A/S*, aff. T-23/99, Rec p II-1705 ; TPICE, 19 mars 2003, *CMA CGM*, aff. T-213/00, Rec p II-913.

<sup>53</sup> Commission, décision du 7 juin 2000, *Acides aminés*.

<sup>54</sup> Commission, décision du 18 juillet 2001, 2002/271/CE, *Électrodes de graphite*.

Cette approche de la Commission est soutenue par le juge communautaire qui estimait déjà en 1983, dans l'arrêt IAZ, que « *la Commission n'est nullement obligée de tenir compte de la situation déficitaire d'une entreprise aux fins de la détermination du montant de l'amende, dans la mesure où la reconnaissance de pareille obligation reviendrait à procurer un avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché* »<sup>55</sup>. Le TPICE reprend encore cette même formule d'un « *avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché* » dans l'arrêt *Fiskeby*<sup>56</sup> rendu en 1998.

Un octroi mécanique et automatique de réduction d'amende reviendrait en effet à permettre à des entreprises qui n'ont pas su s'adapter aux conditions du marché de subsister sans pour autant entreprendre les mesures nécessaires à leur adaptation. Cela reviendrait à privilégier leur survie au détriment de la défense d'une concurrence saine sur le marché en cause. Le fonctionnement optimal de la concurrence implique que les entreprises les moins adaptés disparaissent du marché ; elles ne doivent pas pouvoir se maintenir en adoptant des comportements anticoncurrentiels qui seront ensuite sanctionnés moins durement en raison de leur situation financière.

Par ailleurs, il s'agit pour la Commission de respecter le principe de non discrimination. En effet, une réduction pour circonstance atténuante liée à la situation déficitaire d'une entreprise en infraction entraînerait nécessairement des discriminations par rapport aux entreprises concurrentes. De plus, si parmi toutes les entreprises qui ont pris part à l'infraction, seule une est en faillite, il serait injustifiable qu'elle bénéficie d'une circonstance atténuante au titre de sa situation financière alors qu'elle a commis la même infraction que les autres.

Enfin, cela réduirait l'effet dissuasif de l'amende qui est pourtant un des objectifs centraux de la politique de sanction de la Commission.

---

<sup>55</sup> CJCE, 8 nov. 1983, aff. 96-102/82, 104, 105, 108 et 110/82, *IAZ c/ Commission* : Rec. CJCE 1983, p. 3369.

<sup>56</sup> TPICE, 14 mai 1998, aff. T-319/94, *Fiskeby*: Rec. CJCE 1998, II, p. 1331, pt 76.

## §2 : EN DROIT FRANÇAIS

Concernant les circonstances atténuantes, le droit interne se caractérisait pendant longtemps par l'absence de liste précise (i) ce à quoi le communiqué de l'Autorité de la concurrence publié le 16 mai 2011 a remédié (ii). Néanmoins, c'est encore le refus de la prise en considération des difficultés de l'entreprise comme circonstance atténuante qui caractérise ces deux états du droit.

- (i) La situation antérieure au 16 mai 2011 : l'absence de liste déterminée de circonstances atténuantes et le refus de considérer les difficultés de l'entreprise comme une circonstance atténuante

Avant la publication, le 16 mai 2011, du communiqué de procédure relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires de l'Autorité de la concurrence, il n'existait pas de texte exposant la méthode appliquée pour le calcul des sanctions pécuniaires et notamment précisant les circonstances atténuantes qu'elle retenait pour ajuster le montant de la sanction aux faits. Il n'est en effet pas fait mention de circonstances atténuantes dans l'article L. 464-2 du Code de commerce. Il fallait donc s'en remettre à la pratique décisionnelle de l'Autorité pour identifier les circonstances atténuantes généralement retenues.

Ces circonstances étaient proches de celles retenues par la Commission. On retrouvait ainsi l'absence d'application d'une clause anticoncurrentielle, la bonne volonté manifestée par les parties au cours de l'instruction<sup>57</sup>, le fait que l'entreprise ne pouvait refuser de participer à l'entente sans compromettre ses relations avec l'ensemble de la profession et avait manifesté une certaine indépendance lors de la mise en œuvre des accords<sup>58</sup>, le fait que l'entreprise n'avait pas pris l'initiative des interventions tendant à limiter la concurrence et s'était bornée à prêter son concours aux pressions exercées par l'instigateur de l'entente<sup>59</sup>, la durée limitée de l'entente<sup>60</sup>, mais aussi le fait que les parties aient invoqué le bénéfice d'une analyse favorable des mêmes faits par les autorités communautaires<sup>61</sup> ou des juridictions étrangères<sup>62</sup>.

---

<sup>57</sup> CA Paris, décision du 3 juin 1993, BOCC du 19-6-1993 p. 167

<sup>58</sup> Commission de la concurrence, avis du 27 mai 1982, aff. *Marché du matériel de ski*.

<sup>59</sup> Cons. conc., décision du 10 novembre 1987, n° 87-D-49, aff. *Distribution du charbon en Seine-et-Marne*.

<sup>60</sup> CA Paris, décision du 13 décembre 2001, BOCC du 31 janvier 2002 p. 89.

<sup>61</sup> Cons. conc., décision du 4 mai 1993, n° 93-D-11, aff. *Quantel et Continuum*.

En revanche, l'Autorité de la concurrence refusait de considérer comme une circonstance atténuante le fait que l'entreprise soit en difficulté ou que le secteur soit en crise. Ainsi, dans une décision de 2003 sur le secteur des escaliers préfabriqués en béton, le fait que les pratiques se soient déroulées juste avant l'ouverture d'un plan de redressement judiciaire à l'encontre d'une entreprise, donc lorsque l'entreprise était déjà en difficultés financières, n'a pas été jugé comme permettant d'alléger la sanction<sup>63</sup>.

La Cour d'appel de Paris validait ce refus de retenir les difficultés comme circonstance atténuante comme le montre sa confirmation de la sanction des majors de l'intérim prononcée par l'Autorité de la concurrence<sup>64</sup>. Elle précise en effet dans sa décision que « *les éventuelles difficultés du secteur concerné par les pratiques ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du Code de commerce pour l'évaluation des sanctions et, au regard du respect du principe de proportionnalité, seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises, du fait de leur situation particulière et dans la mesure où elles affecteraient leurs capacités contributives qui doivent, dans toute la mesure du possible, s'apprécier à partir des comptes sur plusieurs exercices, sont susceptibles d'être prises en compte par le Conseil de la concurrence* ». C'est donc au titre de la prise en compte des capacités contributives de l'entreprise et non comme circonstance atténuante que la situation déficitaire de l'entreprise est prise en compte.

(ii) Le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 et l'absence des difficultés de l'entreprise parmi les circonstances atténuantes retenues

Le communiqué de procédure du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires consacre la pratique décisionnelle de l'Autorité concernant les circonstances atténuantes retenues pour réduire le montant de base des sanctions pécuniaires. Le point 45 du communiqué prévoit en effet que : « *Les circonstances atténuantes en considération desquelles l'Autorité peut réduire le montant de base de la sanction pécuniaire, pour une entreprise ou un organisme, peuvent notamment tenir au fait que :*

---

<sup>62</sup> Commission de la concurrence, avis du 25 novembre 1982, aff. *Pièces détachées pour automobiles importées*.

<sup>63</sup> Cons. conc., décision du 3 mars 2003, n° 03-D-12, *Secteur des escaliers préfabriqués en béton*

<sup>64</sup> CA Paris, décision du 26 janvier 2010, Pôle 5, ch. 5-7, *Sté ADECO France et a.*

- *l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a durablement adopté un comportement concurrentiel, pour une part substantielle des produits ou services en cause, au point d'avoir perturbé, en tant que franc-tireur, le fonctionnement même de la pratique en cause ;*
- *l'entreprise ou l'organisme apporte la preuve qu'il a été contraint à participer à l'infraction ;*
- *l'infraction a été autorisée ou encouragée par les autorités publiques ».*

On constate que les difficultés de l'entreprise ne figurent pas parmi cette liste. Il faut néanmoins préciser que cette liste, comme celle des lignes directrices de la Commission, n'est pas limitative puisque l'expression employée est « *peuvent notamment tenir au fait* », mais il est très peu probable que l'Autorité de la concurrence considère le fait que l'entreprise soit insolvable ou déjà soumise à une procédure collective, ou encore que le secteur soit en crise comme des circonstances atténuantes. En effet, le communiqué fait le choix de prendre en compte les difficultés de l'entreprise à un autre titre : celui de l'examen des capacités contributives réelles de l'entreprise (points 62 à 65).

C'est donc la même solution qui est retenue en droit communautaire et en droit interne : le fait que l'entreprise soit en difficulté n'est pas une circonstance atténuante permettant d'obtenir une réduction de la sanction pécuniaire. Face à une entreprise proche de la cessation des paiements, en procédure collective ou subissant une crise du marché, le droit des pratiques anticoncurrentielles s'applique strictement.

Une telle solution est justifiée dans la mesure où la prise en compte des circonstances atténuantes intervient pour l'évaluation objective de la gravité de la pratique anticoncurrentielle mise en œuvre. La détermination du montant de la sanction se fait selon une appréciation en deux temps. Dans un premier temps, et pour respecter le principe de proportionnalité de la sanction, on prend en compte la gravité objective de l'infraction en recherchant notamment sa nature et son impact sur le marché. La prise en compte des circonstances atténuantes et aggravantes intervient à ce titre et comme élément de l'appréciation objective de la gravité de la pratique. Il s'agit certes d'individualiser le montant de la sanction en fonction des circonstances propres à l'infraction, mais ce qui est retenu dans ces circonstances de fait est ce qui, objectivement, renforce ou atténue la gravité de l'infraction. Or, le fait qu'une entreprise soit en difficulté ne peut suffire à rendre son

comportement moins grave, autrement cela reviendrait à permettre aux entreprises en difficulté la commission d'infractions qui sont interdites aux entreprises en bonne santé financière. Il ne s'agit pas encore, lors de l'individualisation de la sanction par les circonstances atténuantes, d'examiner la situation financière de l'entreprise, et notamment sa capacité à payer une amende et à la payer immédiatement ou avec un délai. Cette appréciation subjective de la situation de l'entreprise n'intervient que dans le second temps de la détermination du montant de la sanction. Cette deuxième étape de la détermination de la sanction pécuniaire tempère donc le principe selon lequel les difficultés de l'entreprise ne sont pas prises en compte.

## **DEUXIEME PARTIE :**

### **LE TEMPERAMENT : L'ADAPTATION DE LA SANCTION PECUNIAIRE AUX DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE**

Les entreprises en difficulté ne bénéficient d'aucune dérogation particulière au respect de la règle et leur situation financière, puisqu'elle n'atténue pas la gravité de leur infraction, n'est pas une circonstance atténuante. Mais en aval, pour l'exécution de la sanction, les autorités de la concurrence peuvent adapter leur décision aux difficultés particulières de l'entreprise (section 2). De plus, au moment du calcul de l'amende, les difficultés de l'entreprise peuvent être prises en compte dans la mesure où elles affectent la capacité contributive de l'entreprise (section 1).

#### **SECTION 1 : LA PRISE EN COMPTE DE L'ABSENCE DE CAPACITE CONTRIBUTIVE DE L'ENTREPRISE POUR REDUIRE LE MONTANT DES SANCTIONS PECUNIAIRES**

Après avoir déterminé un montant de sanction en fonction de la gravité de l'infraction, le droit français comme le droit communautaire retiennent qu'il faut ajuster ce montant en fonction des capacités contributives réelles de l'entreprise sanctionnée. La situation financière de l'entreprise est ainsi prise en compte. Si les solutions sont proches, il faut néanmoins distinguer le droit communautaire (§1) du droit français (§2).

#### **§1 : LA REDUCTION DES SANCTIONS PECUNIAIRES EN RAISON DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE EN DROIT COMMUNAUTAIRE**

Les lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003<sup>65</sup> donnent à la Commission la faculté de prendre en compte l'absence de capacité contributive de l'entreprise en difficulté dans sa décision sur le

---

<sup>65</sup> 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)

montant de l'amende à lui infliger (i). En pratique, la Commission utilise cette faculté avec parcimonie (ii).

(i) Une faculté prévue par les lignes directrices

Les lignes directrices de 2006<sup>66</sup> permettent à la Commission de tenir compte de la capacité contributive de l'entreprise condamnée : « *Dans des circonstances exceptionnelles, la Commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende ne sera accordée à ce titre par la Commission sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne pourrait être accordée que sur le fondement de preuves objectives que l'imposition d'une amende, dans les conditions fixées par les présentes Lignes directrices, mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur* ».

À la lecture de ce texte, on ne peut que constater le niveau d'exigence élevé imposé par la Commission européenne pour pouvoir prétendre à une réduction d'amende et la vocation exceptionnelle d'une telle mesure. En effet, la seule situation déficitaire de l'entreprise n'est pas suffisante pour obtenir une réduction d'amende. Il incombe à l'entreprise qui demande la réduction de prouver que « *l'amende mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur* ». Dès lors, seul un risque réel, objectif et dûment démontré de mise en danger irrémédiable de la viabilité économique de l'entreprise peut justifier l'octroi d'une réduction d'amende.

La position de principe de la Commission européenne en la matière est claire puisqu'elle a toujours affirmé que lorsqu'un tel risque de faillite ou de disparition de l'entreprise n'est pas démontré, elle n'a pas obligation de prendre en compte la situation déficitaire de l'entreprise ou la mauvaise santé financière du secteur concerné dans le cadre de la détermination de l'amende à infliger.

---

<sup>66</sup> 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)

De plus, les lignes directrices exigent que l'absence de capacité contributive d'une entreprise s'inscrive dans un « *contexte social et économique particulier* ». Cela implique que le Commission ne prend en compte le risque de faillite qu'entraînerait une amende trop élevée que si cette faillite est susceptible d'avoir des conséquences importantes en terme de chômage ou si elle a lieu dans un secteur économique en crise.

L'arrêt du Tribunal *IBP Ltd et International Building Products France SA contre Commission européenne*, rendu au sujet d'une entente dans le secteur des raccords en cuivre et en alliage de cuivre, illustre cette exigence : « *cette capacité ne saurait jouer que dans un « contexte social particulier », constitué par les conséquences que le paiement de l'amende pourrait avoir, notamment sur le plan d'une augmentation du chômage ou d'une détérioration des secteurs économiques en amont et en aval de l'entreprise concernée* »<sup>67</sup>. En l'espèce, les entreprises requérantes demandaient, entre autres, que l'amende prononcée par la Commission soit réduite pour n'avoir pas pris en compte l'absence de capacité contributive des entreprises condamnées. Mais le TPIC rejette leur argument faute d'avoir prouver l'existence d'un tel contexte.

Par ailleurs, la Cour et le Tribunal de l'Union européenne ont constamment jugé que la prise en compte des difficultés de l'entreprise était une faculté et non une obligation pour la Commission.

(ii) L'application de cette faculté : les exemples de réduction d'amende

La Commission accepte de réduire les amendes infligées aux entreprises en difficulté avec parcimonie et prudence. Son attitude se fonde principalement sur le respect de deux principes. Tout d'abord, le principe de non discrimination : la Commission ne doit pas procurer « *un avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché* », d'autre part, un principe de dissuasion : la politique de la Commission en matière d'amende ne doit pas « *conduire les entreprises en difficulté à renforcer leurs faibles chances de survie par des comportements anticoncurrentiels* »<sup>68</sup>. La

---

<sup>67</sup> TPICE, décision du 24 mars 2011, T-384/06, *IBP Ltd et International Building Products France SA contre Commission européenne*, point 121.

<sup>68</sup> CJCE 8 novembre 1983, IAZ, aff. jointes 96/82 à 102/82, 104/82,105/82,108/82,110/82, Rec. p. 3369.

Commission applique ces principes avec constance et reste en cela fidèle à la position adoptée par la Cour en 1983 dans l'affaire *IAZ* concernant le secteur des machines à laver en Belgique.

La Commission européenne retenait déjà avant la publication des lignes directrices cette possibilité de réduire le montant de l'amende en raison des difficultés d'une entreprise. Dans une affaire concernant un accord entre les fabricants belges, français, allemands, italiens et autrichien de cylindres en fonte et acier moulé qui prévoyait des consultations mutuelles préalables sur les prix à offrir<sup>69</sup>, elle a pris en compte le déclin du marché de la sidérurgie ayant entraîné une dégradation de la situation des entreprises : « *D'une manière générale, les parties ont accumulé constamment des pertes au cours des dernières années, la raison principale devant en être recherchée dans le déclin du marché de la sidérurgie, qui est leur principal client. Leur situation financière s'en est trouvée dégradée au point de devenir grave* » (point 72). Elle en a conclu que les objectifs de la Communauté ne seraient pas atteints par des amendes importantes. En conséquence, les entreprises se sont vues infliger une amende plus modérée en raison de leur situation financière et de l'ampleur de la tâche à accomplir pour restructurer leur activité.

En 1992, dans l'affaire *Cewal*<sup>70</sup>, la Commission a également pris en compte la situation d'une entreprise qui était en cessation de paiement pour déterminer le montant de l'amende infligée en sanction de l'abus de position dominante collective et de l'entente commises par trois conférences regroupant des compagnies maritimes.

Dans l'arrêt *FNCBV e.a. c/ Commission*<sup>71</sup>, le Tribunal a réduit de 70% le montant de l'amende infligée à des entreprises du secteur de la viande, considérant que la réduction de 60% accordée par la Commission européenne était insuffisante au regard des circonstances exceptionnelles, à savoir les caractéristiques particulières des requérantes, leurs missions et secteurs d'activité ainsi que le contexte économique. Le Tribunal rappelle ainsi que les circonstances économiques exceptionnelles qui touchent un secteur doivent être prises en compte dès lors qu'elles affectent la capacité des entreprises condamnées à payer l'amende.

---

<sup>69</sup> Commission, décision du 17 octobre 1983, 83/546/CE, *Cylindres en fonte et en acier moulé*, JOCE L 317 du 15 novembre 1983, p. 1, points 72 à 74.

<sup>70</sup> Commission, décision du 23 décembre 1992, n°93/82/CE, *Cewal, Cowac, Ukwal*, JOCE L 34 du 10 février 1993, p. 20 et TPICE, 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge*, aff jointes T-24/93, T-25/93, T-26/93, T-28/93, Rec. p. II-1201.

<sup>71</sup> TPICE, décision du 13 décembre 2006, aff. T-217/03 et T-245/03, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande et a. c/ Commission* : Rec. CJCE 2006, II, p. 4987.

En l'espèce, le contexte économique était caractérisé par la chute de la consommation de viande bovine, à la suite notamment de la crise de la vache folle, qui avait touché un secteur dans une situation déjà difficile et par l'établissement de mesures d'intervention visant à rétablir l'équilibre du marché de viande bovine par les autorités communautaires et nationales.

Au sujet d'une entente entre les producteurs de tubes et tuyaux en acier sans soudure, la Commission a constaté la réalité et la longue durée de la crise ayant affecté la sidérurgie pour accepter une minoration des amendes de 10%<sup>72</sup>.

La Commission européenne a également retenu les arguments d'une entreprise liés à sa situation financière difficile dans l'affaire relative aux services de déménagements internationaux<sup>73</sup>. Elle a diminué de 70% l'amende de l'entreprise Interdean afin de prendre en compte son incapacité à payer et les circonstances particulières de l'espèce. Les difficultés financières de l'entreprise, liées au fait qu'elle avait été reprise par un nouvel actionnaire postérieurement aux faits reprochés, ont ainsi conduit à une forte modération de l'amende infligée. Il est significatif qu'Interdean ait bénéficié, principalement en raison de ses difficultés financières, d'une réduction d'amende supérieure à celle obtenue au titre de la clémence par une autre entreprise mise en cause.

Enfin, la Commission peut aussi décider de réduire l'amende quand les difficultés de l'entreprise sont associées à d'autres circonstances. Cela peut être le cas lorsqu'une entreprise a, en plus de graves difficultés financières, été condamnée récemment au paiement d'amendes pour des infractions connexes. En 2003, dans l'affaire des produits à base de carbone et de graphite<sup>74</sup>, l'amende infligée à la société SGL a été réduite de 33% car « *non seulement SGL connaissait de graves difficultés financières mais aussi avait été récemment condamnée à des amendes importantes* » en 2001 et en 2002 pour sa participation au cartel des électrodes de graphite<sup>75</sup> et à l'entente des graphites spéciaux.

---

<sup>72</sup> Commission, décision n° 2003/382/CE, 8 décembre 1999. Voir aussi la décision de la Commission du 21 janvier 1998, *Extra d'alliage*, qui accorde une réduction de 10% des amendes en raison de la crise du secteur.

<sup>73</sup> Commission, décision du 11 mars 2008, *Services de déménagements internationaux*

<sup>74</sup> Commission, décision du 3 décembre 2003, n°2004/420/CE, *Produits à base de carbone et de graphite*, JOCE L 125 du 28 avril 2004, p. 45, points 360 et suivants

<sup>75</sup> Commission, décision du 18 juillet 2001, n° 2002/271/CE, *Electrodes de graphite*, JOCE L 100 du 16 avril 2002, p. 1.

§2 : LA REDUCTION DES SANCTIONS PECUNIAIRES EN RAISON DES DIFFICULTES DE  
L'ENTREPRISES EN DROIT FRANÇAIS

L'Autorité de la concurrence accepte, à titre exceptionnel, de prendre en compte les difficultés de l'entreprise au titre de l'ajustement de l'amende à la capacité contributive de l'entreprise (i). Sa pratique décisionnelle montre que, comme la Commission, elle utilise cette faculté avec prudence et souvent avec moins de compréhension que la Cour d'appel de Paris (ii).

(i) La reconnaissance de la possibilité de réduire la sanction en fonction de la capacité contributive de l'entreprise

Antérieurement à la publication du communiqué de procédure du 16 mai 2011, mis à part l'article L. 464-2 du Code de commerce qui prévoit que la sanction pécuniaire doit être proportionnée à la « situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné », il n'existait en droit français aucun texte précisant si les difficultés financières d'une entreprise devaient ou non être prises en compte dans la détermination du montant des sanctions pécuniaires. Liberté était donc laissée à l'Autorité de la concurrence.

Dans sa pratique décisionnelle, elle acceptait, lors des ajustements finaux du montant de la sanction, de tenir compte de la crise du secteur ou des difficultés propres à une entreprise lorsqu'elles affectaient sa capacité contributive pour réduire le montant. Ainsi, dans la décision du 17 mars 1992 relative à des pratiques relevées lors de l'appel d'offres pour la construction du centre de secours et de lutte contre l'incendie de Tourcoing<sup>76</sup>, le Conseil de la concurrence a pris en considération la mise en redressement judiciaire, puis la cession forcée des parts d'une entreprise et de son groupe, pour déterminer le montant de la sanction à lui infliger. Le Conseil a en effet retenu : « *il convient ensuite de tenir compte pour chacune de celles-ci de ses capacités contributives* ».

Le rapport du Conseil de la concurrence pour 2005 précisait également que « *le montant de la sanction peut être réduit pour tenir compte des résultats déficitaires de l'entreprise* ». Dans ce cas, l'Autorité de la concurrence se référait à l'évolution des comptes sur plusieurs

---

<sup>76</sup> Cons. Conc., décision n° 92-D-22, 17 mars 1992 : BOCC 24 avril 1994

exercices de nature à donner une image fidèle de la situation de l'entreprise. Néanmoins, l'Autorité de la concurrence n'a jamais précisé quel pourcentage de réduction elle accordait au titre des difficultés.

Par ailleurs, la Cour d'appel de Paris a précisé, dans sa confirmation de la sanction des majors de l'intérim prononcée par l'Autorité de la concurrence<sup>77</sup>, que « *les éventuelles difficultés du secteur concerné par les pratiques ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du Code de commerce pour l'évaluation des sanctions et, au regard du respect du principe de proportionnalité, seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises, du fait de leur situation particulière et dans la mesure où elles affecteraient leurs capacités contributives qui doivent, dans toute la mesure du possible, s'apprécier à partir des comptes sur plusieurs exercices, sont susceptibles d'être prises en compte par le Conseil de la concurrence* ». La jurisprudence semble donc refuser de se fonder directement sur les dispositions de l'article L. 464-2 pour justifier ce pouvoir d'adaptation de la sanction aux capacités de l'entreprise, mais plus largement sur le principe de proportionnalité de la sanction. Cette décision précise en outre que la marge brute, plutôt que le chiffre d'affaires des entreprises poursuivies, pouvait être retenue pour s'assurer que la sanction est proportionnée à leur faculté contributive.

Le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 consacre cette solution puisqu'il prévoit, dans la partie sur « *les ajustements finaux* », que l'entreprise touchée par des difficultés financières affectant sa capacité contributive peut s'en prévaloir en en faisant la demande écrite à l'Autorité (point 63). Le communiqué prévoit ensuite les modalités et surtout le moment de cette demande : elle doit être faite soit dans la réponse à la notification de griefs, soit un mois avant la séance lorsque l'affaire est examinée sans établissement d'un rapport, soit lors de la séance lorsque les difficultés sont apparues avant ultérieurement (point 64). Autrement dit, si la question des difficultés de l'entreprise n'a pas été évoquée par l'Autorité de la concurrence lors de la séance, il est ensuite trop tard pour invoquer qu'elles soient prises en compte.

Sur le fond, la demande doit être étayée par des preuves « *fiabiles, complètes et objectives* ». Le niveau de difficulté requis pour obtenir une réduction de sanction semble moins exigeant

---

<sup>77</sup> CA Paris, décision du 26 janvier 2010, Pôle 5, ch. 5-7, *Sté ADECO France et a.*

que ce qu'imposent les lignes directrices de la Commission puisqu'il faut attester de « *l'existence de difficultés financières réelles et actuelles empêchant l'entreprise ou l'organisme en cause de s'acquitter, en tout ou partie, de la sanction pécuniaire pouvant lui être imposée* ». Si l'Autorité de la concurrence accepte de prendre en compte des difficultés qui empêcheraient de payer seulement une partie de la sanction, une simple situation déficitaire sans risques de faillite de l'entreprise peut donc être prise en compte, ce que la Commission refuse. De plus, il n'est pas nécessaire que ces difficultés s'inscrivent dans un contexte économique ou social particulier comme les lignes directrices de la Commission l'exigent. Des difficultés isolées d'une entreprise pourraient donc être prise en compte ; il n'est pas nécessaire que tout le secteur concerné soit en crise ou que la faillite de l'entreprise ait des conséquences sociales importantes. Néanmoins, on peut supposer que l'Autorité sera rigoureuse dans l'application de cette faculté et qu'elle ne prendra en compte que les difficultés susceptibles d'avoir des conséquences importantes pour le marché ou l'entreprise en cause.

L'Autorité de la concurrence a en outre publié un questionnaire relatif à la capacité contributive des entreprises et des organismes, consultable sur son site internet. Ce questionnaire précise les documents que doivent impérativement fournir à l'Autorité les entreprises qui demandent que leurs difficultés soient prises en compte. Ces documents sont destinés à apporter la preuve que les difficultés de l'entreprise sont réelles et doivent permettre à l'Autorité d'en mesurer l'étendue afin d'ajuster la sanction pécuniaire à sa capacité contributive. Les entreprises doivent ainsi fournir leurs comptes annuels individuels et consolidés complets pour les trois derniers exercices sociaux, une liste précisant le montant des différentes conventions de prêts et de lignes de crédit que leur ont octroyés par les banques et le montant de toutes les provisions constituées par les entreprises pour faire face à d'éventuelles sanctions. D'autres éléments telle que les prêts, les comptes courants, les avances ou tous autres liens financiers émanant ou destinés à des actionnaires et des entreprises avec lesquels il existe des liens de participation doivent par ailleurs être fournis par les entreprises étrangères et les entreprises n'ayant pas recours à un commissaire aux comptes. Les entreprises sont également invitées à transmettre tous autres éléments ayant reçu l'attestation du commissaire aux comptes et permettant d'éclairer l'Autorité sur leur contexte financier et leurs difficultés : leur situation financière prévisionnelle, le besoin de trésorerie immédiat, le montant du recours à des cessions Daily ou des services de « factoring », les éventuelles procédures d'alerte déclenchées par le commissaire aux comptes, le comité

d'entreprise ou le président du tribunal de commerce et enfin l'ouverture d'une procédure conciliatoire non judiciaire tel que le mandat ad-hoc ou la conciliation.

(ii) La pratique de la réduction des sanctions pécuniaires par l'Autorité et par la Cour d'appel de Paris

Le Conseil, et aujourd'hui l'Autorité de la concurrence, a toujours estimé en opportunité qu'il n'y a pas lieu de prononcer de sanction lorsque l'entreprise est mise en liquidation judiciaire. Ainsi, dans la décision du 28 juin 2002 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public<sup>78</sup>, le Conseil a considéré que la mise en liquidation judiciaire d'une des entreprises condamnées justifiait qu'aucune sanction ne soit prononcée contre elle.

Lorsque l'entreprise n'est pas mise en liquidation judiciaire mais est en sauvegarde ou en redressement judiciaire, ou connaît des difficultés sans être encore en procédure collective, l'Autorité de la concurrence accorde des réductions de sanction qui restent modérées, en tout cas par rapport à ce que la Cour d'appel de Paris retient parfois lors de l'examen d'un recours.

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs, les entreprises condamnées avaient conclu une entente anticoncurrentielle pour l'appel d'offres relatif à ce marché public en échangeant des informations. Le Conseil a pris en considération la situation déficitaire de deux des entreprises condamnées pour fixer le montant de la sanction<sup>79</sup>. Il a précisé que les deux derniers exercices avaient généré un déficit significatif pour ces deux entreprises et a infligé en définitive une amende correspondant à 0,47 % et 0,99 % du chiffre d'affaires du dernier exercice clos.

Dans l'affaire relative au secteur du déménagement<sup>80</sup>, parallèle français au cas belge traité par la Commission européenne, la société Interdean avait appelé l'attention sur sa situation déficitaire et souligné qu'une amende importante pourrait conduire à sa faillite : « *La société*

---

<sup>78</sup> Cons. conc., décision n° 02-D-42, 28 juin 2002, *Secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public*.

<sup>79</sup> Cons. conc., décision n° 01-D-13, 19 avril 2001, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans les départements du Pas-de-Calais : BOCC du 24 mai 2001.

<sup>80</sup> Cons. conc., décision n° 07-D-48, 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international : BOCC, 23 avril 2008.

*Interdean attire l'attention du Conseil de la concurrence sur le fait que, depuis le mois de décembre 2005, elle appartient à une seule personne physique, qui a hypothéqué sa maison familiale pour sauver l'entreprise de la faillite. Dans ses observations, elle indique que les vendeurs ont non seulement dissimulé l'enquête de concurrence en cours mais aussi refusé d'accorder des garanties sur les agissements passés de la société. La société Interdean fait valoir également qu'elle subit des pertes depuis de nombreuses années. Ainsi, entre 2002 et 2003, elle n'aurait connu qu'une seule année bénéficiaire (2003), ce qui serait uniquement la conséquence d'une réalisation d'actifs opérée par la direction (vente du garde-meuble d'Albis pour une valeur de 1 523 800 €). Les pertes accumulées sur cette période se seraient élevées à 482 0731 euros et ce malgré une légère progression du chiffre d'affaires (5,9 % par an en moyenne). S'agissant du groupe Interdean, les comptes laissent apparaître que ses dettes sont supérieures à ses actifs de 11,8 millions d'euros. Il a enregistré des pertes de 10 millions d'euros en 2005 et de 3,2 millions d'euros en 2006. Toute amende imposée à Interdean ne viendrait donc, selon l'entreprise mise en cause qu'aggraver la situation financière de la société et pourrait conduire à sa faillite. Interdean relève qu'elle emploie 60 personnes en France et que sa mise en liquidation judiciaire aurait également des répercussions sur ses nombreux fournisseurs et sous-traitants ».*

Dans cette affaire, les principales entreprises du secteur du déménagement international, dont la société Interdean, se réunissaient de manière informelle depuis le milieu des années 1970 pour échanger des informations sur les prix et les coûts et déterminaient en commun les taux d'assurance et le loyer garde-meubles. Elles avaient également mis en œuvre une pratique de devis de complaisance sur le segment du déménagement international. Ces pratiques ayant eu pour objet et pour effet d'empêcher, de restreindre et de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des services de déménagement national et international, elles ont été sanctionnées aux titres de la prohibition des ententes. Le Conseil de la concurrence a certes reconnu que les résultats déficitaires d'Interdean et de son groupe constituaient un élément à prendre en compte pour déterminer le montant de la sanction, mais elle n'a pas pour autant précisé la réduction accordée à l'entreprise de ce fait. En définitive, la réduction de la sanction est essentiellement due à l'absence de contestation des griefs : « Depuis 2002 et à l'exception de l'année 2005, Interdean SAS ainsi que le groupe Interdean présentent des résultats net déficitaires. En fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils ont été appréciés ci-dessus, la sanction pécuniaire qui aurait été infligée à la société Interdean aurait

*été de 320 000 euros. Pour tenir compte de l'absence de contestation de griefs et des engagements pris, ce montant est ramené à 288 000 euros ».*

Deux autres entreprises avaient invoqué leur situation déficitaire, mais le Conseil a refusé de leur octroyer une réduction d'amende de ce fait en relevant qu'elles appartenaient chacune à un groupe dont les résultats ne sont pas déficitaires : *« il convient de noter que si la filiale française Sterling a connu des résultats déficitaires lors des derniers exercices, elle appartient à un groupe plus large dont il n'est pas allégué qu'il connaîtrait des difficultés qui et qui a réalisé en 2006 un chiffre d'affaires de 31,7 M€, et ne se trouve pas en situation de cessation des paiements, redressement ou liquidation judiciaires ».*

En pratique, l'Autorité de la concurrence est donc exigeante pour accorder une réduction de sanction aux titres des difficultés financières spécifiques ou sectorielles. Les difficultés doivent être sérieuses et l'entreprise concernée ne doit pas appartenir à un groupe bénéficiaire. La Cour d'appel de Paris semble plus ouverte à prendre en compte les difficultés financières d'une entreprise que l'Autorité de la concurrence.

Dès 1998, la Cour d'appel de Paris a ainsi tenu compte de la dégradation de la situation financière d'une entreprise pour diminuer le montant d'une amende infligée par le Conseil de la concurrence<sup>81</sup>. Cette position de la Cour d'appel de Paris est d'autant plus significative qu'elle a été adoptée et maintenue en dépit d'un arrêt de cassation pour défaut initial de motivation<sup>82</sup>. Ainsi, dans l'arrêt rendu après renvoi, la Cour d'appel indique expressément que la réduction d'amende est liée à une *« forte dégradation de la situation financière »* de l'entreprise poursuivie, avec une baisse de chiffre d'affaires de plus de 21%.<sup>83</sup>

Dans l'arrêt *Établissements Mathé* du 29 septembre 2009 rendu au sujet du cartel du contreplaqué<sup>84</sup>, la Cour a réduit de façon substantielle les sanctions prononcées à l'encontre de trois entreprises en raison notamment de l'apparition ou de l'aggravation de difficultés financières postérieurement à la décision du Conseil : l'une avait été mise en liquidation judiciaire, une autre avait fait l'objet d'un plan de cession totale de ses actifs, la troisième présentait un lourd endettement contracté pour assurer le maintien de l'activité *« dans un*

---

<sup>81</sup> CA Paris, 1re ch., 27 févr. 1998, *SNC Sté Sogea Sud-Est et a.*

<sup>82</sup> Cass. com., 14 déc. 1999, n° 98-13.401.

<sup>83</sup> CA Paris, 1re ch., 12 déc. 2000, *SNC Sté Sogea Sud-Est et a.*

<sup>84</sup> CA Paris, 29 sept. 2009, *Ets Mathé SA.*

*secteur sinistré* » et diversifier la production. À son égard, la cour a pris en considération le risque que la sanction prononcée par le Conseil ne remette en cause les financements obtenus et les graves répercussions sur l'activité de l'intéressée, fabricant de contreplaqué, de la tempête qui avait touché la forêt landaise. Le montant des amendes a ainsi été réduit de 260 800 à 200 000 euros pour la société Mathé et de 4 240 000 à 2 400 000 euros pour la société Plysorol.

Une divergence est surtout apparue entre l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris quant au montant de l'amende à infliger à des entreprises du négoce en produits sidérurgiques et au principal syndicat de la profession qui avait formé un cartel. Sur les sanctions, la Cour d'appel prononce globalement une réduction importante de la sanction infligée. Au total, le Conseil avait infligé 575 millions d'euros d'amendes alors que la Cour d'appel fixe celles-ci à 72 millions d'euros, soit une réduction de plus de 80%. Ce résultat est la conséquence d'appréciations divergentes de celles portées par le Conseil de la concurrence sur un certain nombre de facteurs déterminant le montant de l'amende infligée. La Cour d'appel considère notamment que le Conseil n'a pas suffisamment tenu compte du contexte de crise du secteur de la métallurgie. Il avait estimé que les chiffres d'affaires qui servent de base aux sanctions comprenaient nécessairement l'état de crise que traversait chaque société poursuivie et que le Trésor public pourrait octroyer des moratoires si les entreprises ne pouvaient faire face immédiatement au paiement des sanctions. En effet, *« en l'état d'une loi nationale qui prescrit assez schématiquement de tenir compte pour base de la sanction du chiffre d'affaires d'un seul exercice comptable, il appartenait au Conseil d'atténuer la sanction pour tenir compte des fluctuations chiffrées très nettes et des incertitudes contextuelles exceptionnelles qu'avaient connues les entreprises poursuivies entre 1999 et 2004 »*. La Cour d'appel retient que l'atteinte à la concurrence doit être tempérée par l'état de crise économique et que le dommage à l'économie doit être considéré comme *« modéré »*. Elle en conclut que la sanction ne doit pas excéder *« une proportion médiane du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé pendant la période des pratiques anticoncurrentielles par l'entreprise poursuivie »*. Elle applique un pourcentage maximal ramené à 5% du seul chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé par chaque entreprise poursuivie et non au chiffre d'affaires du groupe. Elle écarte ainsi le critère généralement retenu pour le calcul des sanctions, c'est-à-dire la valeur des ventes réalisées par les entreprises sur le marché, et ne tient donc pas compte de la spécificité de chaque entreprise

du cartel. Les sanctions qu'elle a finalement prononcées varient entre 0,125 % et 5 % du chiffre d'affaires des entreprises condamnées.

Cet arrêt montre les incertitudes qui existaient sur la méthode de calcul des sanctions, notamment sur le dommage à l'économie et sur la prise en compte des difficultés. Le juge d'appel qualifie ici un cartel d'infraction « *modérée* » pour pouvoir réduire le montant de la sanction qu'il juge excessif au regard du contexte de crise.

Ces différentes décisions montrent que la Cour d'appel de Paris est plus sensible à la réalité économique et tempère l'attitude de l'Autorité, traditionnellement réticente à modérer les amendes en raison de difficultés financières spécifiques ou sectorielles. Le communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ainsi que le questionnaire relatif à la capacité contributive des entreprises qui l'accompagne devrait permettre de trancher ces divergences sur la prise en compte des capacités contributives des entreprises et, plus généralement, sur le mode de calcul des sanctions pécuniaires. L'Autorité de la concurrence peut par ailleurs tenir compte des difficultés de l'entreprise, non pas pour réduire le montant des sanctions en considération, mais pour en aménager le paiement.

## **SECTION 2 : L'AMENAGEMENT DU PAIEMENT DE LA SANCTIONS PECUNIAIRE INFLIGEE A UNE ENTREPRISE EN DIFFICULTE**

La réticence des autorités de concurrence à accorder une réduction de sanction en raison de l'absence de capacité contributive réside dans l'idée que l'infraction n'est pas moins grave parce que l'entreprise connaît des difficultés financières. Il faut donc que la sanction garde tout son pouvoir punitif et dissuasif et elle ne doit pas être le moyen de favoriser une entreprise en raison de sa situation financière. Dès lors, aménager le paiement de l'amende, plutôt que de réduire son montant, permet d'éviter d'avantager de manière injustifiée une entreprise. Pour l'entreprise en difficulté, cela ne fait que retarder l'échéance du paiement, mais cela peut lui permettre de relancer son activité et d'éviter d'être placée en liquidation judiciaire. Cet aménagement du paiement peut se faire par l'octroi de délais de paiement (§1) ou d'un sursis à l'exécution de la décision (§2).

## §1 : L'OCTROI DE DELAIS DE PAIEMENT

En droit communautaire, la Commission a la faculté d'octroyer des délais pour le paiement de l'amende qu'elle a prononcée(i). En droit français, c'est une prérogative qui appartient au Trésor public (ii).

### (i) Une faculté reconnue à la Commission en droit communautaire

L'entreprise qui ne parvient pas à payer l'amende en raison de ses difficultés financières peut demander à la Commission européenne l'aménagement de modalités de paiement. Cette faculté a été reconnue à la Commission par le Tribunal en 1999 dans l'affaire *Thyssen Stahl*<sup>85</sup>. La décision sanctionnait des pratiques concertées de fixation des prix, de répartition des marchés et d'échange d'informations confidentielles sur le marché communautaire des poutrelles impliquant des entreprises sidérurgiques européennes et une de leurs associations professionnelles. Ce secteur était touché par une crise de surcapacité qui avait entraîné l'insolvabilité de certaines des entreprises sanctionnées. La Commission avait refusé de prendre en compte ces difficultés pour réduire l'amende, mais elle avait accordé des paiements échelonnés aux débiteurs en difficulté, décision que le Tribunal valide.

La Commission a également accordé des délais de paiement en 2000 dans l'affaire des *Acides aminés*<sup>86</sup> relative à des accords sur les prix et les volumes de vente entre des entreprises produisant et commercialisant, auprès de distributeurs et d'utilisateurs industriels établis dans l'Espace économique européen, de la lysine synthétique destinée à être utilisée dans les aliments pour animaux. Une des entreprises sanctionnées invoquait son incapacité à payer l'amende du fait de la crise économique qui sévissait en Corée du Sud. La Commission a refusé de réduire l'amende en tenant compte de ses difficultés, mais elle lui a accordé des délais de paiement conditionnés à la preuve de son insolvabilité : « *La Commission considère que la prise en compte, lors de la détermination de l'amende, de la situation financière déficitaire d'une entreprise reviendrait à procurer un avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché. Tout en maintenant l'amende à un niveau qui lui paraît approprié, la Commission accordera à cette entreprise la possibilité de*

---

<sup>85</sup> TPICE, décision du 11 mars 1999, *Thyssen Stahl AG*, aff. T-141/94, Rec. CJCE p.II-347, points 626 à 630.

<sup>86</sup> Commission, décision du 7 juin 2000, n°2001/418/CE, *Acides aminés*, JOCE L 152 du 7 juin 2001, p. 24, point 438.

*proposer des délais de paiement acceptables, sous réserve qu'elle prouve son incapacité à payer l'amende qui lui est infligée ».*

Par ailleurs, la Commission accepte de différer les mesures de recouvrement jusqu'au prononcé d'un arrêt définitif à condition de constituer une garantie bancaire. L'entreprise peut alors demander une dispense de l'obligation de constituer la garantie (voir §2).

(ii) Une prérogative du Trésor public en droit français

S'agissant des sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité de la concurrence, l'entreprise peut solliciter du comptable public, en faisant état de difficultés particulières, le bénéfice de délais ou d'un échéancier de paiement. L'aménagement des modalités de paiement n'est en effet pas organisé par le Conseil de la concurrence lui-même mais par le Trésor public.

Ainsi, dans le cadre de l'affaire du négoce de produits sidérurgiques, le Conseil de la concurrence a considéré que c'était au stade du paiement de l'amende que le contexte de crise pouvait être « *le plus efficacement* » pris en compte et que rien n'interdisait aux entreprises de demander au comptable public le bénéfice de délais ou d'un échéancier de paiement en faisant état de leurs difficultés financières particulières<sup>87</sup>.

Par ailleurs, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a une incidence directe sur le recouvrement des sanctions pécuniaires par le Trésor public puisque les règles du droit des procédures collectives s'imposent quant aux paiements des créances. La créance de sanction est toujours considérée en jurisprudence comme ayant pour date de naissance le jour de la décision de l'Autorité et non le jour de mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles<sup>88</sup>. Il faut donc distinguer selon que la sanction a été prononcée avant ou après le jugement d'ouverture. Si la sanction a été infligée avant l'ouverture de la procédure, il faut que le Trésor public ait déclaré sa créance dans le délai imparti sous peine de forclusion. L'amende sera recouvrée selon les modalités du plan de continuation adopté et deviendra exigible en cas de liquidation judiciaire. Elle sera alors payée selon l'ordre de paiement des créances établi

---

<sup>87</sup> Cons. conc., décision n° 08-D-32, 16 déc. 2008, *Secteur du négoce de produits sidérurgiques*, BOCCRF 5 février 2009.

<sup>88</sup> Cass. Com., 4 mars 1997, Bull civ. IV, n° 62, D. 1998.264, note Souweine ; confirmé par Cass. Com., 14 janvier 2004, pourvoi n° 01-10.107, BRDA 2004, n° 3, p. 6

par le Code de commerce, c'est-à-dire après les créances superprivilégiées et les créances privilégiées. Si la sanction a été infligée après l'ouverture de la procédure, il faut se demander si la créance publique bénéficie du privilège légal prévu à l'article L. 641-13, I du Code de commerce. Selon cette disposition, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, ou le prononcé de la liquidation judiciaire sont, soit payées à l'échéance, soit payées par privilège à toutes les autres créances à l'exception de certaines énumérées par la loi. Mais l'article L. 641-13, I du Code de commerce pose une condition supplémentaire. Les créances doivent être nées, soit pour les besoins du déroulement de l'activité, soit en contrepartie d'une prestation fournie par le débiteur pendant le maintien de l'activité. Il est difficile de considérer que les amendes infligées par les Autorités de concurrence entrent dans cette catégorie.

Lorsque des délais de paiement lui sont refusés par la Commission européenne ou par le Trésor public, l'entreprise en difficulté peut encore obtenir un aménagement du paiement de l'amende en demandant qu'il soit sursis à l'obligation de payer en raison de ses difficultés.

## §2 : L'OCTROI D'UN SURSIS A L'EXECUTION DE LA DECISION DE SANCTION

Les décisions de sanction de la Commission européenne et de l'Autorité de la concurrence ont un caractère exécutoire. L'entreprise en difficulté peut donc demander en référé un sursis à exécution des décisions de sanction de la Commission (i) ou de l'Autorité (ii), accessoirement à un recours au fond devant le Tribunal de première instance ou la Cour d'appel de Paris.

### (i) Le sursis à la l'obligation de constituer la garantie bancaire en droit communautaire

L'article 278 du TFUE<sup>89</sup> permet aux entreprises sanctionnées de demander le sursis à exécution des décisions de la Commission qui ont un caractère exécutoire, accessoirement à un recours au fond devant le Tribunal de première instance. Le sursis à exécution est

---

<sup>89</sup> Article 278 du TFUE (ex-article 242 TCE) : « Les recours formés devant la Cour de justice de l'Union européenne n'ont pas d'effet suspensif. Toutefois, la Cour peut, si elle estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué. »

prononcé par ordonnance du président du Tribunal statuant en référé. Il est accordé si, d'une part, le recours au principal repose à première vue sur des moyens sérieux et, d'autre part, si l'urgence, c'est-à-dire essentiellement le caractère grave et irréparable du préjudice susceptible de résulter de l'application de la décision, est établie. Plus précisément, les juridictions communautaires ont décidé<sup>90</sup>, en se fondant sur l'article 104, §2 du règlement de procédure du Tribunal, que le bien-fondé des demandes de sursis à exécution est soumis à quatre conditions cumulatives : la demande doit avoir un objet, des circonstances établissant l'urgence doivent être réunies, des moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure doivent être invoqués et la mise en balance des intérêts en présence doit être favorable à la partie demanderesse. Ces conditions sont cumulatives de sorte qu'une demande de sursis à exécution doit être rejetée dès lors que l'une d'elles n'est pas remplie.

Par ailleurs, la Commission européenne a pris l'habitude de ne pas exiger le recouvrement de l'amende aussi longtemps qu'un recours en annulation est pendant. Elle exige en contrepartie la constitution d'une garantie bancaire. La demande de sursis ne porte donc en fait pas sur l'obligation de payer l'amende mais sur l'obligation de constituer la garantie.

Les juridictions communautaires sont sévères pour l'octroi d'un sursis à l'exécution de constitution de la garantie bancaire. En effet, seules des circonstances exceptionnelles et dûment motivées peuvent justifier une dispense de constitution de la garantie bancaire. L'entreprise doit ainsi apporter la preuve qu'il lui est objectivement impossible de constituer une garantie bancaire ou qu'une telle constitution mettrait en péril son existence. La jurisprudence est constante<sup>91</sup>. Des conditions aussi restrictives expliquent le peu de dispenses de constitution de garantie bancaire accordées.

Dans l'affaire des conduites précalorifugées<sup>92</sup>, une entreprise allemande HFB a vu sa demande en référé rejetée car, après examen du droit allemand des faillites, le président du Tribunal a estimé que les requérantes n'avaient pas rapporté la preuve que le risque de faillite

---

<sup>90</sup> CJCE, ordonnance du 14 octobre 1996, aff. C-268/96 P (R), *SCK et FNK c/ Commission* : Rec. CJCE 1996, I, p. 4971, pt 30. ; TPICE, ordonnance du 21 janvier 2004, aff. T-245/03, *FNSEA et a. c/ Commission* : Rec. CJCE 2004, II, p. 271, pt 13.

<sup>91</sup> CJCE, ordonnance du 6 mai 1982, *AEGc/Commission*, aff. 107/82 R, Rec., p. 1549 ; TPICE, ordonnance du 20 juillet 1999, *Ventouris*, aff. T.59/99 R, Rec., p. II-2519 ; CJCE, ordonnance du 14 décembre 1999, *DSR-Senator Lines*, aff. C. 364/99 P (R), Rec., p. I-8733

<sup>92</sup> TPICE, ordonnance du 9 juillet 1999, *HFB Holding*, aff. T. 9/99 R, Rec., p. II-2429

ou de mise en liquidation était prévisible avec un degré de probabilité suffisant au cas où elles devraient fournir une garantie bancaire couvrant le montant de l'amende infligée.

Dans l'affaire *Romana Tabacchi*<sup>93</sup>, le Tribunal a refusé de dispenser de constituer la garantie bancaire une requérante insolvable condamnée à payer une amende de 2,05 millions d'euros en raison de sa participation à une entente. Il lui a uniquement accordé de ne constituer qu'une partie de la garantie à condition de respecter un échéancier de paiement de l'amende. Pourtant, la requérante avait apporté la preuve, d'une part, que les banques auprès desquelles elle était cliente habituelle avaient refusé de garantir sa dette et, d'autre part, qu'elle encourait un préjudice grave et irréparable puisque le montant de l'amende était supérieur à son capital social. En effet, le Tribunal avait estimé que l'entreprise avait établi qu'il lui était objectivement impossible de se procurer la garantie exigée par la Commission auprès d'établissements financiers. Il avait vérifié que les établissements bancaires auxquels l'entreprise s'était adressée pour constituer la garantie la lui avaient refusée en se fondant sur la situation économique et financière de l'entreprise, c'est-à-dire sur des raisons véritablement objectives. Par ailleurs, il avait considéré que la fourniture de la garantie ferait courir à l'entreprise un préjudice grave et irréparable puisque, sans la constitution de la garantie, l'entreprise ne pourrait obtenir le sursis à exécution de la sanction et devrait donc payer immédiatement l'amende. Le Tribunal constatait donc le risque de disparition de l'entreprise au cas où elle devrait payer l'amende. Or, selon la jurisprudence, le préjudice financier est toujours un préjudice grave et irréparable s'il risque d'entraîner la disparition de l'entreprise. Pourtant, le sursis à fournir la garantie bancaire n'a été que partiellement accordé.

La rareté des cas de dispense accordés tient également au fait que les juridictions communautaires prennent en compte la situation du groupe auquel appartient l'entreprise condamnée : « *afin d'apprécier la capacité des requérantes à constituer la garantie en cause, il convient conformément à une jurisprudence constante de tenir également compte du groupe de sociétés dont elles dépendent directement ou indirectement, notamment pour ce qui est de la possibilité de fournir les sûretés que des banques pourraient réclamer* »<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> TPICE, ordonnance du 13 juillet 2006, aff. T-11/06R, *Romana Tabacchi SpA* : Rec. CJCE 2006, II, p. 2491

<sup>94</sup> TPICE, ordonnance du 28 mars 2007, aff. T-384/06R, *International Building Products France SA c/ Commission* : Rec. CJCE 2007, II, p. 30

(ii) Le sursis au paiement de la sanction pécuniaire en droit français

En vertu de l'article L. 464-8 du Code de commerce, le recours formé à l'encontre d'une décision de l'Autorité de la concurrence n'est pas suspensif. Mais cette disposition prévoit aussi que le Premier Président de la Cour d'appel de Paris peut ordonner le sursis à exécution de la décision, soit si elle est « *susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives* », soit s'il est intervenu postérieurement à sa notification des « *faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité* ».

Les demandes de sursis à exécution présentées par les entreprises en difficulté sont généralement rejetées si elles ne sont fondées que sur la dégradation de la situation financière de l'entreprise<sup>95</sup>. Pour que le sursis soit accordé, il faut que l'entreprise soit déjà en état de cessation des paiements ou que le recouvrement de l'amende soit de nature à précipiter sa faillite. Seules de telles circonstances sont considérées par la jurisprudence comme des « *conséquences manifestement excessives* ».

Ainsi, la demande de sursis à l'exécution de la décision du Conseil de la concurrence prononçant une amende de 800 000 euros a été accordée à l'entreprise L'Amy dans l'affaire des opticiens lyonnais dans la mesure où le paiement de l'amende aurait précipité sa faillite<sup>96</sup>. L'ordonnance du premier président retient en effet « *la réalité de la précarité de la situation financière de la SA L'Amy dont l'équilibre n'a été assuré que par des abandons de créances de sa société mère, Kappa 26, elle-même en situation difficile, est corroborée par la décision du Crédit lyonnais, notifiée le 9 avril 2002, de mettre fin à ses concours* ». L'actif réalisable et disponible de la société était de 16 200 196 euros pour un passif exigible, hors montant de l'amende, de 17 698 041 euros et la trésorerie nette était négative de 3 187 000 euros. La réalité des difficultés et l'impossibilité de payer étaient ainsi constituées. Au sujet de l'urgence et des conséquences manifestement excessives qu'entraînerait l'obligation de payer immédiatement l'amende, l'ordonnance retient que : « *le paiement de l'amende infligée par le Conseil de la concurrence pourrait avoir pour conséquence d'entraîner le dépôt de bilan de la requérante comme celle-ci le soutient* ». Il est souligné que le commissaire aux comptes avait averti qu'il serait obligé de déclencher une

---

<sup>95</sup> CA Paris, ordonnance du 23 août 2002, *Distribution de lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise*, BOCCRF 22 octobre 2002 ; CA Paris, ordonnance du 22 oct. 2002, *Thomson multimédia*, BOCCRF 25 novembre 2002

<sup>96</sup> CA Paris (1<sup>ère</sup> ch.), ordonnance du 9 août 2002, BOCCRF, n° 16, 28 octobre 2002

procédure d'alerte en cas de paiement de l'amende : « *le commissaire aux comptes, le cabinet ECA, a, par lettre du 16 juillet 2002, informé le président du conseil d'administration de la société requérante qu'il serait contraint en cas de paiement de l'amende de déclencher une procédure d'alerte* » et que même le préfet était intervenu en appelant l'attention sur les risques pesant sur l'emploi des 400 salariés de l'entreprise : « *cette situation a d'ailleurs amené le préfet du Jura, avisé que l'administration avait mis l'amende en recouvrement, à saisir, par lettre du 29 juillet 2002, le ministre de l'économie, pour appeler son attention sur les risques pesant sur l'emploi des 400 salariés de l'entreprise et les répercussions que pourrait avoir dans le bassin d'emploi la disparition de cette société* ».

Deux sursis au paiement d'amendes prononcées par le Conseil de la concurrence ont également été octroyés dans l'affaire du secteur du contreplaqué, dans la mesure où les deux entreprises concernées étaient proches du dépôt de bilan. Le Premier Président de la Cour d'appel de Paris a relevé, pour la première entreprise, qu'il apparaissait que malgré une fermeture d'usine et une réduction de moitié des effectifs, elle connaissait une activité déficitaire qui se traduisait par la difficulté d'honorer ses fournisseurs. L'entreprise condamnée ne devait ainsi sa survie qu'aux avances répétées et significatives de sa société mère<sup>97</sup>. Pour l'autre, le Premier Président a justifié le sursis à exécution en invoquant les pertes enregistrées par la société et son lourd endettement ayant justifié la désignation d'un mandataire ad hoc<sup>98</sup>.

La jurisprudence tient donc principalement compte des difficultés financières propres à l'entreprise, mais elle peut également prendre en considération que s'ajoute à ces difficultés un contexte de crise dans le secteur de l'entreprise.

Ainsi, dans l'affaire relative au négoce de produits sidérurgiques, la cour d'appel a ordonné le sursis à hauteur des trois quarts de l'amende de 12 millions d'euros prononcée par Conseil de la concurrence<sup>99</sup>. Pour ce faire, le premier président a relevé que l'amende infligée correspondait à 22% du chiffre d'affaires réalisé par la seule société et que la sanction excédait notablement le montant de ses capitaux propres. Il a expressément jugé que : « *cette situation, dans le contexte économique actuel particulièrement tendu justifie qu'il soit sursis à l'exécution des trois quarts de la sanction* ». La cour d'appel a d'ailleurs également sursis à

---

<sup>97</sup> CA Paris (1re ch.), ordonnance du 23 septembre 2008, Sté Plysorol

<sup>98</sup> CA Paris (1re ch.), ordonnance du 1er octobre 2008, Ets Allin – Dans le même sens : CA Paris (1re ch.), ordonnance 25 juillet 2008, Ets A. Mathé.

<sup>99</sup> CA Paris (1re ch.), ordonnance du 11 mars 2009, Ets Marc Morel et fils SA

l'exécution de la mesure de publication dans la mesure où, précisant le montant total de l'amende, elle était susceptible de compliquer les relations de l'entreprise avec ses fournisseurs de crédit et banques.

On l'a vu, dans cette même affaire, la Cour d'appel de Paris a ensuite, sur le recours au fond formé par l'entrepris en difficulté, réduit les sanctions qu'avait prononcées le Conseil, en considérant notamment qu'il n'avait pas assez tenu compte de la situation de crise du secteur concerné. Mais il s'agit d'un des cas exceptionnels où les difficultés de l'entreprise ont été prises en compte dans la détermination de l'amende ; les difficultés financières des entreprises sont bien essentiellement prises en considération au stade de l'exécution de la sanction, par l'octroi de délais de paiement ou de sursis, et à condition que les difficultés soient sérieuses.

## Conclusion

Une entreprise en difficulté ne peut jamais obtenir une exonération totale de sanction pécuniaire au titre que ses difficultés constitueraient une justification des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre. Le cas des accords de crise peut difficilement être considéré comme une réelle exception à ce principe tant ses conditions de validité sont strictes et traduisent qu'elle ne peut jouer que très marginalement.

Une entreprise peut par contre voir ses difficultés prises en compte pour réduire le montant de la sanction pécuniaire qui aurait autrement été prononcée, mais toujours de manière exceptionnelle et conditionnée. En droit communautaire, la Commission utilise la faculté que les lignes directrices lui donnent de prendre en compte l'absence de capacité contributive de l'entreprise sanctionnée, mais les réductions octroyées en conséquence restent toujours modestes ; le principe de non-discrimination implique en effet de ne pas favoriser une entreprise en difficulté et celui de la libre concurrence de ne pas aider les entreprises les moins adaptées aux conditions du marché. En droit français, l'Autorité de la concurrence accepte de prendre en compte les difficultés, mais ne précise jamais de combien elle a réduit la sanction. La Cour d'appel de Paris semble plus attentive aux difficultés de l'entreprise, surtout lorsqu'elles sont liées à une crise sur le secteur en cause.

Finalement, c'est plutôt en aval du prononcé de la sanction que les difficultés sont prises en compte puisqu'elles permettent, lorsque le paiement de la sanction crée un risque probable de faillite, de retarder l'échéance du paiement. Mais ce n'est là qu'une solution temporelle car, à moins que le montant de la sanction ait été révisé par le juge d'appel, l'amende devra *in fine* être payée.

On peut trouver critiquable une telle rigueur, notamment du point de vue de l'emploi, question aujourd'hui centrale comme le montre, en droit des procédures collectives, l'importance des efforts placés dans la tentative de sauvetage de l'entreprise et la volonté d'éviter sa liquidation judiciaire, jugée inutilement destructrice de richesses. Dans une telle conception des choses, les entreprises en difficulté ne devraient se voir infliger que des sanctions pécuniaires très réduites, voire des sanctions exclusivement non pécuniaires, afin de ne pas accabler

l'entreprise et lui permettre de continuer son activité. Il faudrait à ce titre encourager les sanctions alternatives aux amendes, comme les injonctions ou les engagements.

Néanmoins, faire passer le sauvetage d'une entreprise avant la protection de la concurrence n'est pas nécessairement la meilleure solution car, à long terme, ce seront les consommateurs et le progrès économique qui en paieront le prix. En effet, la concurrence n'est pas protégée pour elle-même, mais parce qu'elle est considérée comme le meilleur moyen, par l'effet de la compétition, de pousser les entreprises à développer et offrir aux consommateurs des biens et des services de la meilleure qualité et au moindre prix. Elle permet l'amélioration du « pouvoir d'achat » et encourage la recherche privée. Or, si les pratiques anticoncurrentielles ne sont plus sanctionnées que symboliquement lorsqu'elles sont mises en œuvre par des entreprises en difficulté, elles risquent de se multiplier fortement, engendrant alors une hausse des prix doublée d'une baisse de la qualité de l'offre et d'un ralentissement de la recherche et du développement de nouveaux produits, tandis qu'il sera très difficile pour de nouveaux concurrents d'entrer sur le marché. Finalement, l'effet d'une telle politique serait beaucoup plus lourd de conséquences que la disparition d'une entreprise, qui a par ailleurs déjà du mal à s'adapter aux conditions économiques du marché.

Il est donc de ce point de vue louable que la politique actuellement retenue par les autorités de concurrence soit de ne prendre en compte qu'exceptionnellement et dans une faible mesure les difficultés d'une entreprise. Ainsi, la sanction pécuniaire garde tout son pouvoir de dissuasion. Dans un droit qui, contrairement au droit antitrust américain, ne prévoit pas de sanctions pénales pour les dirigeants auteurs de pratiques concertées, des sanctions élevées constituent en effet le meilleur moyen de dissuader les entreprises de mettre en œuvre des pratiques contraires au jeu de la libre concurrence.

## Bibliographie

A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union Européenne*, LGDJ, 4<sup>e</sup> édition, 2010

F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, LGDJ, 8<sup>e</sup> édition, 2009

L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2006

L. VOGEL, *Droit européen de la concurrence*, Lawlex, 2010

D. BARTHE, *Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles*, Fascicule 320, JurisClasseur Concurrence – Consommation,

C. GRYNFOGEL, *Sanctions du droit communautaire de la concurrence*, Fascicule 287, JurisClasseur Commercial,

C. GRYNFOGEL, *Sanctions du droit français de la concurrence*, Fascicule 288, JurisClasseur Commercial,

Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne

Règlement (CE) 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (101 et 102 TFUE)

Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n°1/2003

Code de commerce

Communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (projet du 17 janvier 2011)

*L'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, rapport de MM. Jean-Martin Folz, Christian Raysseguier et Alexander Schaub, 20 septembre 2010

# Table des matières

INTRODUCTION.....	4
-------------------	---

## **PARTIE PRELIMINAIRE : LA DETERMINATION DU MONTANT DE LA SANCTION PECUNAIRE**

SECTION 1 : LE MONTANT MAXIMUM DE LA SANCTION PECUNAIRE.....	11
--	----

SECTION 2 : LA DETERMINATION DU MONTANT DE LA SANCTION PECUNAIRE.....	13
---	----

§1 : LA METHODE APPLIQUEE PAR LA COMMISSION EUROPEENNE.....	13
---	----

i) Le calcul du montant de base.....	14
--------------------------------------	----

ii) L'individualisation du montant de la sanction en fonction des circonstances aggravantes.....	15
---	----

§2 : LA METHODE APPLIQUEE PAR L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE.....	16
---	----

i) La méthode antérieurement appliquée par l'Autorité de la concurrence.....	16
---	----

ii) Le rapport Folz et le communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.....	18
--	----

## **PREMIERE PARTIE : LE PRINCIPE : LA SANCTION SANS EXCEPTION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES MISES EN ŒUVRE PAR LES ENTREPRISES EN DIFFICULTE**

SECTION 1 : L'EXONERATION TRES RESTRICTIVE DES ACCORDS DE CRISE.....	23
--	----

§1 : LA DIFFICILE EXEMPTION DES ACCORDS DE CRISE.....	26
---	----

i) L'absence de réel progrès économique .....	28
---	----

ii) Des accords qui ne bénéficient pas à l'ensemble des acteurs du marché.....	29
---	----

iii) Des accords qui mettent en place des restrictions de concurrence trop forte.....	30
--	----

iv) Des pratiques restrictives non nécessaires.....	30
---	----

§2 : L'ACCEPTATION STRICTEMENT CONDITIONNEE DES ACCORDS DE CRISE.....	32
---	----

i) Un marché affecté par une crise structurelle.....	33
--	----

ii) Des mesures permettant de réduire les surcapacités.....	33
---	----

iii) Des mesures strictement nécessaires.....	35
---	----

SECTION 2 : LE REFUS DE LA REDUCTION DE L'AMENDE POUR CIRCONSTANCE ATTENUANTE DU FAIT DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE.....	35
§1 : EN DROIT COMMUNAUTAIRE.....	36
i) L'absence des difficultés de l'entreprise parmi les circonstances atténuantes retenues par les lignes directrices.....	36
ii) Le refus d'octroyer un avantage concurrentiel aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché.....	38
§2 : EN DROIT FRANÇAIS.....	39
i) La situation antérieure au 16 mai 2011 : l'absence de liste déterminée de circonstances atténuantes et le refus de considérer les difficultés de l'entreprise comme une circonstance atténuante.....	40
ii) Le communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 et l'absence des difficultés de l'entreprise parmi les circonstances atténuantes retenues.....	41

**DEUXIEME PARTIE :**  
**LE TEMPERAMENT : L'ADAPTATION DES SANCTIONS PECUNIAIRES**  
**AUX DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE**

SECTION 1 : LA PRISE EN COMPTE DE L'ABSENCE DE CAPACITE CONTRIBUTIVE DE L'ENTREPRISE POUR REDUIRE LE MONTANT DES SANCTIONS PECUNIAIRES.....	44
§1 : LA REDUCTION DES SANCTIONS PECUNIAIRES EN RAISON DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE EN DROIT COMMUNAUTAIRE.....	44
i) Une faculté prévue par les lignes directrices.....	45
ii) L'application de cette faculté.....	46
§2 : LA REDUCTION DES SANCTIONS PECUNIAIRES EN RAISON DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE EN DROIT FRANÇAIS.....	49
i) La reconnaissance de la possibilité de réduire la sanction en fonction de la capacité contributive de l'entreprise.....	49
ii) La pratique de la réduction des sanctions pécuniaires par L'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris.....	52
SECTION 2 : L'AMENAGEMENT DU PAIEMENT DE LA SANCTION PECUNIAIRE INFLIGEE A UNE ENTREPRISE EN DIFFICULTE.....	56
§1 : L'OCTROI DE DELAIS DE PAIEMENT.....	57
i) Une faculté reconnue à la Commission en droit communautaire.....	57
ii) Une prérogative du Trésor public en droit français.....	58
§2 : L'OCTROI D'UN SURSIS A L'EXECUTION DE LA DECISION DE SANCTION.....	59
i) Le sursis à la l'obligation de constituer la garantie bancaire en droit communautaire.....	59
ii) Le sursis au paiement de la sanction pécuniaire en droit français.....	62
CONCLUSION.....	65