

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

LES SANCTIONS EN CAS D'INFRACTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE

Note de M. Hwang Lee

- Session IV -

1er et 2 décembre 2016

Cette note de M. Hwang Lee (Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Corée) est soumise en vue de la Session IV du 15e Forum mondial sur la concurrence qui se tiendra les 1er et 2 décembre 2016.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

*D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :
www.oecd.org/competition/globalforum/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm*

Pour toutes questions relatives à ce document, veuillez prendre contact avec Mme Lynn Robertson [téléphone : +33 1 45 24 18 77 -- courriel : lynn.robertson@oecd.org].

JT03418188

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



LES AMENDES POUR INFRACTIONS AU DROIT DE LA CONCURRENCE À L'ÈRE DE LA MONDIALISATION

-- Note de M. Hwang LEE* --

Résumé

Pour assurer l'efficacité des amendes pour infractions au droit de la concurrence à l'ère de la mondialisation, il faut tenir compte à la fois d'éléments relatifs aux formules de calcul utilisées et d'éléments qui leur sont extérieurs. Les amendes doivent être constamment justifiées pour ne pas être contestées. Elles sont amplement utilisées pour sanctionner les ententes, mais les caractéristiques du dispositif varient. Par exemple, l'abus de position dominante et/ou les pratiques commerciales déloyales peuvent compter parmi les infractions passibles d'amendes, de même que les ententes, dans chaque juridiction. Le montant et les modes de calcul des amendes ne sont pas partout identiques. Le moindre défaut peut compromettre leur effet dissuasif et l'efficacité de la collaboration entre autorités de la concurrence en vue d'assurer un degré optimal de dissuasion, ce qui appelle une coordination rigoureuse. Cet article se fonde sur les difficultés recensées dans le cadre de l'expérience de la Corée pour signaler des problèmes pratiques communs à toutes les autorités de la concurrence.

Des directives détaillées en matière d'amendes n'ont pas toujours un effet dissuasif efficace sur les infractions au droit de la concurrence. Les théories économiques fournissent un cadre fiable pour définir des méthodes adéquates de calcul des amendes, mais n'établissent pas de jeux précis de critères que les autorités de la concurrence devraient suivre. Il faut laisser à ces dernières une certaine latitude, et les échanges menés à l'échelon international pour définir un cadre commun doivent viser à établir un équilibre entre pouvoir discrétionnaire et spécificité tout en tenant compte de la diversité des contextes institutionnels dans lesquels les autorités de la concurrence opèrent.

Le contrôle juridictionnel des mesures discrétionnaires appliquées par les autorités de la concurrence contribue fortement à établir la légitimité des amendes pour infractions au droit de la concurrence car il vérifie que ces dernières s'inscrivent dans les limites juridiques de la proportionnalité. Les différentes catégories de sanctions, amendes comprises, doivent être définies globalement. Cette approche est utile dans l'optique du contrôle juridictionnel, mais aussi dans celle d'une dissuasion maximale, car un ensemble de sanctions qui n'atteint pas un niveau optimal sera inefficace.

La plupart des juridictions inscrivent les amendes pour infractions au droit de la concurrence aux recettes publiques. Or, il ne suffit pas de les affecter au budget public pour préserver leur intégrité. Il convient de mettre en place des mécanismes qui transféreront le produit des amendes à un groupe en rapport, sous une forme ou une autre, avec les victimes, ou qui l'utiliseront à leur profit. On citera pour exemple le fonds d'aide aux consommateurs envisagé en Corée ou le *Crimes Victims Fund* aux États-Unis. De plus, les amendes ne doivent pas porter atteinte aux actions privées en dommages et intérêts, qui jouent un rôle de premier plan dans la dissuasion.

La conception d'un dispositif efficace d'amendes pour infractions au droit de la concurrence doit tenir compte de la déductibilité fiscale et de l'effet dissuasif des sanctions imposées par des autorités de la concurrence étrangères. Ces éléments étaient auparavant considérés exogènes dans l'application du droit national de la concurrence, mais doivent être aujourd'hui pris sérieusement en considération dans le contexte de la mondialisation.

La coordination internationale des autorités de la concurrence est indispensable pour remédier aux failles de la répression des ententes internationales, mais également pour parer au problème de la double peine. La question de la coordination des amendes entre autorités de la concurrence doit être examinée, et une coopération active fondée sur le principe de la courtoisie positive s'impose.

* Professeur de droit à la Faculté de droit de l'Université de Corée, Directeur adjoint de l'*ICR Law Center*. hwang.icr@gmail.com. L'auteur tient à remercier Mme. Yee Wah Chin, conseillère juridique chez Ingram Yuzek Gainen Carroll & Bertolotti, LLP, pour ses observations utiles. Il remercie également M. Jipil Choi, chargé de recherche à l'*ICR Law Center* pour sa précieuse contribution.

1. Introduction

1. La mondialisation est un phénomène qui s'est généralisé non seulement sur le plan économique, mais aussi sur celui de l'application du droit de la concurrence. À l'heure actuelle, plus de cent juridictions appliquent le droit de la concurrence et la plupart prévoient des dispositions qui leur permettent d'imposer des amendes substantielles (surtout dans le cadre d'affaires graves, comme les ententes illicites). Cela soulève la question d'une coordination mondiale des amendes pour infractions au droit de la concurrence, car les effets des violations et sanctions internationales débordent généralement les frontières nationales. En outre, comme un nombre croissant d'autorités de la concurrence sont disposées et prêtes à enquêter sur les violations graves du droit de la concurrence et à imposer des amendes, le problème risque de se poser que le montant cumulé des amendes pour une infraction unique dépasse le niveau optimal. En découlent d'autres problèmes majeurs, comme la disparité des méthodes de calcul des amendes et des systèmes de contrôle juridictionnel entre juridictions. À l'inverse, comme souvent évoqué, on ne saurait trop insister sur la nécessité de parer à toute lacune réglementaire dans les différentes juridictions (dont une entreprise pourrait profiter pour éviter ou réduire les sanctions anticipées par élection de juridiction) lorsque l'on aborde la question de la coordination mondiale. Si les débats concernant les amendes pour infractions au droit de la concurrence portent généralement sur les ententes injustifiables, bon nombre d'autorités de la concurrence imposent des amendes à d'autres catégories d'infractions, comme les grandes affaires d'abus de position dominante, ou même des affaires moins importantes de pratiques commerciales déloyales.

2. Un problème constant concernant les sanctions pour infractions au droit de la concurrence est de définir comment renforcer leur effet dissuasif. Pour réaliser cet objectif, le système d'amendes doit mobiliser le soutien de la population et des entreprises. Comme les victimes et les autres parties concernées par les violations du droit de la concurrence constituent le groupe le plus important à cet égard, il est indispensable qu'elles tirent profit de l'application du droit de la concurrence. Or, dans de nombreuses juridictions, les victimes ne sont pas suffisamment dédommagées. Les autorités et les experts doivent donc prendre conscience du problème et ne pas limiter leur réflexion au système d'amendes et à la formule de calcul correspondante.

3. Parce que toutes les infractions qui concernent plusieurs juridictions ne sont pas correctement poursuivies et sanctionnées, les problèmes dérivant de l'application asymétrique du droit de la concurrence ne sont pas perceptibles aujourd'hui. Néanmoins, comme les autorités de la concurrence établies plus récemment en Asie, en Afrique, en Europe orientale et en Amérique latine (le « reste du monde », par rapport aux États-Unis ou à l'Europe occidentale) l'appliquent plus vigoureusement que jamais, le risque que de tels problèmes surgissent croît constamment. En fait, un expert a observé que les autorités de la concurrence des juridictions du « reste du monde » ont mené des actions fructueuses pour faire respecter les lois de la concurrence, ce qui s'est traduit par une hausse rapide des amendes qu'elles ont perçues¹.

4. Cet article examine brièvement les questions évoquées ci-dessus du point de vue de la mondialisation.

¹ Voir John M. Connor, *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America*, (6 janvier 2016), <https://ssrn.com/abstract=2711972>.

2. Définir des lignes directrices pour le calcul des amendes et le développement institutionnel entre juridictions au plan mondial

2.1. Hypothèse de la rationalité et pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence

5. L'un des principaux objectifs des amendes pour infractions au droit de la concurrence est de dissuader ces pratiques² ; un mécanisme permettant d'en calculer le montant idoine est donc nécessaire. En théorie, les amendes dissuadent les acteurs du marché de commettre des infractions en portant le coût anticipé de ces pratiques à un niveau supérieur aux gains attendus, à supposer qu'ils sont rationnels et que leur objectif commercial premier est de réaliser des bénéfices. De ce point de vue économique classique, le montant optimal des amendes dépend de la probabilité que l'infraction soit découverte et des externalités de l'infraction. En conséquence, les stratégies visant à renforcer la dissuasion consistent à augmenter le montant des amendes et/ou à accroître la probabilité que l'infraction soit détectée³.

6. Malgré des apports substantiels, cette approche présente plusieurs inconvénients qui ont pour effet d'affaiblir la dissuasion. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la part des autorités est inévitable et essentiel pour assurer un degré optimal de dissuasion. D'abord, les méthodes économétriques utilisées pour calculer le montant des amendes produisent dans la pratique des chiffres généralement élevés. Ceux-ci dépassent souvent les moyens financiers de l'entreprise, et risquent au bout du compte d'affaiblir la concurrence sur le marché concerné. C'est pourquoi de nombreux experts proposent certains modes d'ajustement pour diminuer ces montants. Les particularités et les éléments justifiant ces réductions sont toutefois difficilement conciliables avec la notion de dissuasion. Ensuite, compte tenu des obstacles rencontrés pour obtenir les données nécessaires aux calculs économétriques (et d'autres problèmes), il est extrêmement difficile d'effectuer ces derniers. Enfin, et surtout, il y a le problème des entreprises irrationnelles. Comme indiqué plus haut, les théories économiques classiques présupposent la rationalité. L'augmentation ou la réduction des amendes pour infractions au droit de la concurrence dans un but de dissuasion optimale risquent de ne pas avoir les résultats escomptés si les entreprises ne réagissent pas de manière rationnelle, comme le prévoit la théorie. Ces problèmes apparaissent en cas de divergences entre la direction et les actionnaires, ou lorsque l'entreprise a d'autres visées que l'objectif habituel de réaliser des profits, et cherche plutôt à optimiser les recettes ou la réputation de son dirigeant, à assurer les bénéfices à long terme au détriment des bénéfices à court terme, à éviter le paiement d'impôts, etc.⁴ Même lorsque l'hypothèse de rationalité se vérifie, l'action d'un contrevenant potentiel peut être entachée de différents biais. On n'est pas toujours exempt du biais de disponibilité (lorsqu'on ne prend pas en considération toutes les informations pour prendre une décision rationnelle) ou de celui de l'excès de confiance (qui fait sous-estimer la probabilité d'être découvert)⁵. Si l'un de ces éléments exerce une influence dominante sur les décisions, une entreprise peut décider de violer sciemment les règles de la concurrence, au risque de se voir infliger des amendes.

7. Les éléments ci-dessus permettent de penser que les seules sanctions pécuniaires ne sont pas la réponse appropriée, et que d'autres études sont nécessaires pour renforcer la dissuasion. À ce propos, nous

² La dissuasion ne suppose pas forcément une approche incompatible avec la « méthode de l'internalisation » qui soutient que le montant de l'amende optimale doit correspondre au préjudice net subi par les victimes. Wouter P.J. Wils, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, 29 *World Competition* 183, 191 (2006).

³ John M. Connor, Robert H. Lande, *Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays*, 34 *Cardozo L. Rev.* 427, 479 (2012).

⁴ William Page, *Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis*, in 1 *The Oxford Handbooks of International Antitrust Economics* 262-267 (Blair & Sokol dir. pub., 2015).

⁵ Wils, *supra* note 2, at 193-195.

devons d'abord examiner les faits pour vérifier si la rationalité l'emporte. Dans la négative, les amendes pécuniaires ne suffiront pas, et il conviendra d'envisager une combinaison de sanctions (en sus des amendes). Il faudra ensuite établir un équilibre entre la spécificité de lignes directrices détaillées et la latitude des autorités de la concurrence. Si les premières peuvent renforcer la dissuasion en offrant une certitude juridique aux marchés, les autorités de la concurrence doivent disposer d'un certain pouvoir discrétionnaire dans la mesure où les lignes directrices, aussi détaillées soient-elles, n'ont peut-être pas prévu tous les cas de figure (même au risque d'une application arbitraire des règles). Il va de soi que toute amende arbitraire devra être rectifiée dans le cadre du contrôle juridictionnel.

2.2. *Difficultés liées à la conceptualisation de méthodes adéquates de calcul des amendes*

8. On voit aujourd'hui dans les amendes l'un des outils les plus efficaces, privilégié par la plupart des autorités de la concurrence. Comme leur montant et leur influence sur les entreprises augmentent, une évaluation rigoureuse de leur efficacité et de leur légitimité est devenue indispensable. Les défenseurs de l'entreprise comparent souvent le système d'amendes au régime de sanctions pénales, et voient des caractéristiques communes dans l'effet négatif qu'ils exercent sur les entreprises. En parallèle, la transparence et l'équité sont également jugées vitales. De ce fait, la plupart des autorités de la concurrence établissent des lignes directrices afin de régler ces problèmes.

9. Bon nombre de lignes directrices se fondent sur un processus commun de calcul de l'amende composé de l'amende de base, d'ajustements, de seuils et de plafonds, de mesures de clémence et d'accords de règlement⁶. Le rapport du Secrétariat décrit ce processus dans les différentes juridictions, mais les détails du calcul à chaque phase varient dans chacune d'elles.

10. On citera pour exemple le calcul de l'amende de base. Il semble exister trois bases différentes : les bénéfices, le chiffre d'affaire et le surcoût. Chacune présente des avantages et des inconvénients. Des questions de seuil ou de plafond interviennent aussi souvent.

11. Les amendes fixées en fonction des bénéfices présentent deux avantages : elles ont les effets de distorsion les plus faibles, et les bénéfices tirés de l'entente collusoire sont un bon indicateur de la décision et de la motivation des dirigeants de l'entreprise⁷. La seule saisie des bénéfices ne permet cependant pas de prévenir les retombées négatives postérieures sur les consommateurs, ni d'assurer une dissuasion efficace, car les consommateurs ont peut-être subi un préjudice supérieur aux gains de l'entreprise. En outre, il est difficile de déterminer les bénéfices dans la pratique.

12. Les amendes fondées sur le chiffre d'affaire (méthode la plus courante) garantissent une sécurité juridique substantielle et sont faciles à administrer. Elles peuvent parer au risque d'imposer des amendes négligeables à de grosses entreprises, et sont moins susceptibles de créer des risques embarrassants d'insolvabilité. C'est pourquoi la plupart des juridictions semblent privilégier cette base de calcul. Cette approche peut toutefois s'avérer inefficace dans la lutte contre les bénéfices illicites, nécessaire pour influencer sur les incitations des dirigeants. Elle risque également de soulever la question de la discrimination, surtout en ce qui concerne le plafond de l'amende. Des entreprises diversifiées (multinationales ou multiproduit) pourraient être assujetties à des amendes plus élevées que les entreprises spécialisées, et les

⁶ Lianos, I., Jenny, F., Wagner von Papp, F., Motchenkova E., David, E. *et al.* (2014) « An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis » (CLES, Research paper series 3/2014, Faculté de droit de l'UCL: Londres), p. 64-67. <https://ssrn.com/abstract=2542991>.

⁷ Vasiliki Bageri *et al.* « The Distortive Effects of Antitrust Fines Based on Revenue », CEPR Discussion Paper n° DP9518 (2013), <https://ssrn.com/abstract=2284608>

entreprises à intégration verticale risquent de se voir infliger des amendes plus élevées ou plus faibles, selon la règle de responsabilité de la société mère.

13. Les amendes fondées sur le surcoût ont la faveur des théoriciens, et peuvent se justifier par le préjudice causé par l'infraction. Si le surcoût est bien défini comme comprenant à la fois l'effet sur les prix et l'effet sur la production, il pourra influencer sur les incitations d'une entreprise et se traduira par une production plus élevée qu'une amende fondée sur les bénéfices⁸. En pratique, toutefois, même si le surcoût moyen est bien défini et fournit un indicateur de qualité pour fixer le montant de l'amende de base en théorie⁹, il ne peut résoudre le problème d'évaluation dans le cadre de chaque affaire.

14. Même après avoir calculé le montant de l'amende selon les lignes directrices, de nombreuses difficultés entachent la fixation du montant maximum.

15. Certaines juridictions prévoient un plafond légal pour les amendes pour infractions au droit de la concurrence¹⁰. Si ce plafond n'est pas en soi une méthode de calcul du montant de l'amende et sert un objectif distinct, des dispositions en ce sens peuvent atténuer les craintes de provoquer une faillite ou d'appliquer une sanction trop sévère. Néanmoins, dans les cas où le plafond est fixé en deçà du niveau optimal, les effets dissuasifs seront inévitablement insuffisants. Dans le cadre d'un plafond légal, souvent fondé sur le chiffre d'affaire total, une entreprise spécialisée risque davantage d'être assujettie à une amende correspondant à ce plafond qu'une entreprise diversifiée, ce qui se traduit par une amende sous-optimale. En fait, un plafond légal sous-optimal (supposons un surcoût de 20 %, un plafond de 10 %) peut poser problème parce qu'il affecte de manière disproportionnée les entreprises spécialisées et les entreprises diversifiées. S'agissant des secondes, l'autorité de la concurrence pourrait avoir une plus grande marge de manœuvre pour fixer une amende supérieure au plafond. En l'absence de principe équivalent à celui de la responsabilité de la société-mère de l'UE, les entreprises pourraient céder leurs activités pour limiter le risque de se voir infliger des amendes pour infractions au droit de la concurrence. Le montant de l'amende maximale peut aussi être sous-optimal en ce sens que des comportements dissemblables en termes de culpabilité pourraient être assujettis à une sanction relevant du même plafond ; ce serait par exemple le cas de différentes sortes d'infractions regroupées dans la catégorie des pratiques commerciales déloyales.

16. En résumé, l'élaboration de lignes directrices en matière d'amendes est une tâche extrêmement complexe, qu'aucune autorité de la concurrence au monde ne sera peut-être en mesure de réaliser de manière idéale, en tenant compte de tous les problèmes¹¹. Je vais donc procéder dans la section qui suit à une comparaison des pouvoirs discrétionnaires exercés par les autorités de la concurrence de différentes juridictions.

⁸ Emilie Dargaud, Andrea Mantovani et Carlo Reggiani, *Cartel Punishment and The Distortive Effects of Fines*, 12 J. Competition. L. & Econ. 375 (2016).

⁹ John M. Connor, *Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition* (Feb. 24, 2014), <https://ssrn.com/abstract=2400780>.

¹⁰ Les États-Unis ont une disposition qui fixe un plafond aux amendes pour infractions au droit de la concurrence et des dispositions qui couvrent des amendes de substitution (18 U.S.C. § 3571(d)), auxquelles les autorités américaines de la concurrence ont couramment fait appel pour appliquer des amendes supérieures à celles prévues par la disposition relative au plafond.

¹¹ Voir Lianos, *et al.*, *supra* note 6, p. 7.

2.3. *Quel est le degré de détail des lignes directrices relatives aux amendes dans différentes juridictions?*

17. La publication de lignes directrices détaillées en matière d'amendes et l'application d'une méthode précise de calcul des amendes dans le cadre d'affaires réelles sont des questions distinctes. La première ne facilite pas nécessairement la seconde, et risque paradoxalement de la gêner. De fait, les particularités des lignes directrices varient selon les juridictions. Certaines, comme les États-Unis et le Canada, prévoient des dispositions assez générales qui accordent un pouvoir discrétionnaires substantiel aux autorités de la concurrence. Dans ces deux pays, le montant de base de l'amende est fixé à 20 % du volume des ventes concernées, les bénéfices anticipés des ententes étant estimés à 10 %. Si de nombreux experts contestent la pertinence de ces chiffres pour les raisons évoquées plus haut, il convient de noter que la signification de l'expression « ventes concernées » n'est pas entièrement claire, et qu'il appartient en grande partie aux autorités de la concurrence de juger du caractère approprié de ces deux pourcentages (10% et 20 %). Cela laisse une marge de négociation considérable entre les représentants de l'autorité et les contrevenants¹², et aboutit souvent à une application efficace du droit de la concurrence.

18. D'autres juridictions, en revanche, (surtout en Asie du Nord-Est) ont tendance à établir des lignes directrices très détaillées, et leur rigidité ne laisse pas aux autorités de la concurrence une grande marge de manœuvre. Au Japon, en particulier, l'autorité de la concurrence ne dispose d'aucune latitude pour fixer le montant des amendes, mais il semblerait que des amendements soient envisagés pour conférer à la JFTC le pouvoir discrétionnaire de les moduler¹³. Par ailleurs, les autorités de la concurrence de création récente ont adopté ou envisagent d'adopter des lignes directrices en vue de garantir transparence et objectivité lors de l'établissement du mode de calcul des amendes¹⁴. Le cas de la Corée en offre sans doute un exemple notable. Les lignes directrices de la KFTC sont extrêmement détaillées, et des pressions s'exercent actuellement sur l'autorité pour qu'elle les précise encore davantage. Ces lignes directrices semblent assimiler les concepts utilisés pour fixer les amendes de base, comme les « ventes concernées » aux États-Unis ou les « biens ou services en relation avec l'infraction » dans l'UE, à la notion de « marché concerné » qui figure dans la définition du marché du droit de la concurrence, et l'autorité de la concurrence essaie de calculer les amendes en fonction de la taille du marché. Même un écart mineur par rapport aux critères économiques définis dans les lignes directrices peut justifier une révocation lors du contrôle juridictionnel, qui semble parfois plus enclin à vérifier l'adéquation des amendes qu'à juger si la KFTC a outrepassé son pouvoir discrétionnaire¹⁵. Cela se vérifie à toutes les phases ultérieures du calcul des amendes.

¹² American Bar Association, *Joint Comments of The American Bar Association Section of Antitrust Law and Section of International Law to The Japan Fair Trade Commission on The Summary of Issues Concerning the Modality of The Administrative Surcharge System of The Study Group on the Antimonopoly Act, 2016* (31 août 2016) [ABA Comment on JFTC], p. 13-14, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_coverletter_comments_2016_0831_japan_fairtrade_jp_en.authcheckdam.pdf. See also ABA Section of Antitrust Law, *Comments to the United States Sentencing Commission on Proposed Priorities for Amendment Cycle Ending May 1, 2016* (27 juillet 2015), p. 3-6, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_sal_20150727.authcheckdam.pdf.

¹³ Commentaire de l'ABA sur la JFTC, *supra*, note 12, p. 3.

¹⁴ Rapport du Secrétariat, p. 7.

¹⁵ Ceci est à rapprocher des jugements énoncés par les experts. « Un tribunal généraliste doit reconnaître les limites de sa propre expertise et s'en remettre à l'avis d'un tribunal spécialisé (dans un système judiciaire), ou à celui d'une autorité de la concurrence (en présence d'un système administratif d'application du droit) ». Lianos, *et al.*, *supra* note 6, p. 6.

19. L'UE semble opter pour une approche intermédiaire ; ses Lignes directrices pour le calcul des amendes¹⁶ énoncent quelques grands principes et méthodes générales de calcul des amendes. Leur application est laissée à la discrétion de la Commission dans une certaine mesure¹⁷, malgré les critiques récurrentes quant à la transparence et à la prévisibilité¹⁸. En fait, les Lignes directrices réservent à la Commission le droit de s'écarter des principes et méthodes énoncés lorsqu'elle estime que les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière le justifient¹⁹. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sera validé dès lors que la Commission avancera des raisons compatibles avec le principe d'égalité de traitement de s'écarter des lignes directrices dans une affaire particulière²⁰. Les Lignes directrices ne précisent pas non plus la fourchette admissible d'augmentation ou de diminution de l'amende pour certaines raisons. La seule longueur des directives est parlante : quatre pages, contre quarante en Corée. De plus, avec cette plus grande marge d'appréciation, les révisions des lignes directrices de l'UE ont été nettement moins nombreuses²¹, alors que celles de la KFTC ont été amendées 19 fois depuis leur adoption en 1999.

20. Les spécialistes observent que ces différences s'expliquent par des approches distinctes à la relation entre transparence et dissuasion. Certaines juridictions, comme l'UE et les États-Unis, pensent que l'effet de dissuasion est obtenu par la notification et la justification de sanctions élevées ; d'autres estiment en revanche que dans un contexte d'incertitude ou de non-transparence, la décision des contrevenants potentiels de prendre des risques sera moins visible²².

21. J'estime pour diverses raisons que d'autres facteurs exercent une plus forte influence : la confiance dans les autorités, le sérieux de l'application du droit, les points de vue des milieux d'affaires, et le rôle anticipé du pouvoir judiciaire. La culture et l'histoire moderne influent également sur ces questions.

22. Premièrement, des autorités dont l'action est efficace et qui jouissent d'un degré de confiance élevé disposent d'une importante marge de manœuvre. C'est ce que montrent les cas des États-Unis, du Canada, et de l'UE. Aux États-Unis, le système de la négociation de peines, qui prévoit des négociations approfondies pour déterminer le montant des amendes, témoigne du degré de pouvoir discrétionnaire exercé dans l'application des lignes directrices. Si cela se vérifie pour les accords de règlement de la CE, ce n'est pas forcément le cas dans de nombreuses régions du monde, surtout dans les juridictions de droit civil.

¹⁶ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 [2006] JO C 210, 1^{er} septembre 2006 (« Lignes directrices pour le calcul des amendes »)

¹⁷ Ian Forrester, *A Challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition Cases*, 36 Eur. L. Rév. 185, 189 (2011).

¹⁸ Damien Geradin, *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, TILEC, Note de synthèse n° 2011-052 (Oct. 3, 2011), <https://ssrn.com/abstract=1937582>. La coexistence de l'action publique et d'actions privées peut toutefois soulever des problèmes en l'absence de coordination.

¹⁹ Lignes directrices pour le calcul des amendes, par. 37.

²⁰ Forrester, *supra*, note 17, p. 190.

²¹ Les dernières Lignes directrices pour le calcul des amendes ont été adoptées en 2006, contrairement à la Corée où les lignes directrices de la KFTC ont été révisées quasiment chaque année après leur adoption initiale.

²² RIC, *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*, Rapport à la 7^e Conférence annuelle de la RIC, Kyoto (2008), p. 12.

23. Ensuite, *a contrario*, dans les juridictions où les autorités sont de constitution récente et en phase de développement, il n'est pas toujours possible de consacrer le temps et la réflexion voulus à l'élaboration de lignes directrices détaillées. Ou bien encore, dans des cas comme le Japon, où les amendes sont peu utilisées alors même que le droit de la concurrence y est appliqué de longue date, le problème des lignes directrices ne semble pas se poser. Il n'existerait pas de demande d'investissement dans l'élaboration de lignes directrices précises. Néanmoins, comme le montre le débat actuel en faveur d'une réforme dans ce pays, les appels en faveur de la définition de lignes directrices bien conçues qui confèrent aux autorités un pouvoir discrétionnaire et de contrôle se multiplient à mesure que l'application du droit de la concurrence se renforce.

24. Troisièmement, un cas intéressant est celui des lignes directrices détaillées d'autorités de la concurrence récemment établies. La grande précision des lignes directrices de la KFTC est réputée améliorer la transparence et la prévisibilité²³. On peut y voir l'influence de systèmes qui se mettent en place (exigés par les milieux d'affaires) pour contrôler la KFTC à mesure que son action gagne en vigueur et en influence, et qui a conduit à l'élaboration de lignes directrices plus détaillées. En 2004, leur refonte complète a apporté de nombreuses précisions ; cela coïncide avec le moment où la KFTC a engagé une lutte éprouvante contre les ententes. Face aux protestations des milieux d'affaires qui en ont fait l'objet, les instances politiques sont intervenues, et des instruments visant à contrôler l'action de la KFTC ont été mis en place. En parallèle, d'autres critiques des ententes s'inquiétaient de ce que la KFTC accorde des réductions semble-t-il arbitraires des amendes. Dans ce contexte, les responsables politiques comptaient sur le système judiciaire pour surveiller l'application du droit de la concurrence, et vérifier notamment si la KFTC respectait les lignes directrices. L'appareil judiciaire a effectivement fait preuve d'une grande rigueur, et a examiné chaque point pour en vérifier le caractère proportionnel et approprié. La complexité et l'inefficacité de ce système font l'objet de nombreuses critiques, mais les exigences des milieux d'affaires semblent croître, et la KFTC révisé actuellement les lignes directrices pour en renforcer la transparence et la précision, sur la demande exprès du Conseil coréen d'audit et d'inspection. De nombreux experts coréens craignent, dans un certain sens, que cette évolution récente n'affaiblisse l'action de la KFTC et ne nuise à la dissuasion. Les milieux d'affaires exigent que divers éléments soient pris en compte, ce qui aura pour effet de limiter la marge d'appréciation de la KFTC en matière d'amendes. Des hommes politiques ou membres du Conseil d'audit critiquent le pouvoir discrétionnaire dont elle dispose pour diminuer le montant des amendes. Ces avis contradictoires semblent orienter les lignes directrices dans la mauvaise direction, loin de ses objectifs originaux.

25. L'un dans l'autre, pour garantir un pouvoir discrétionnaire approprié aux autorités de la concurrence, le degré de précision des lignes directrices pour le calcul des amendes doit varier en fonction de la situation particulière de chaque juridiction. Il convient de rappeler que si une transparence excessive ne renforce pas toujours la dissuasion, elle est nécessaire dans la conception.

2.4. *Avantages et inconvénients des lignes directrices détaillées et du pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence*

26. Des lignes directrices précises laissent supposer de nombreux effets positifs. Elles rehaussent la transparence de l'application du droit de la concurrence et améliorent la prévisibilité pour les entreprises, ce qui favorise des décisions rationnelles et, partant, renforce la dissuasion. Elles permettent également de mieux prévenir les éventuels abus de pouvoir des autorités de la concurrence. Comme l'a récemment mentionné un expert, quoique dans un autre contexte : « Pour que les gens aient un engagement moral de

²³ Lianos, et al., *supra* note 6, at 61.

cette nature envers la loi, il est indispensable que la loi et son application soient perçues comme équitables »²⁴.

27. Mais il est également fondé de dire que les lignes directrices détaillées ne sont pas exemptes de défauts, ce qui peut compromettre l'efficacité des amendes compte tenu de l'arbitrage entre dissuasion et prévisibilité²⁵. *Primo*, l'incertitude quant au montant des amendes pourrait avoir un effet dissuasif majeur sur les entreprises hostiles au risque ou sur les individus qui prennent des décisions pour le compte d'entreprises. *Secundo*, des lignes directrices plus détaillées pourraient amener des responsables neutres par rapport au risque qui agissent rationnellement à enfreindre le droit de la concurrence sur la base d'une analyse coûts-bénéfices. *Tertio*, il serait plus facile pour les différents participants à une entente de s'accorder sur la répartition des rôles en se fondant sur les prédictions des différentes façons dont les autorités de la concurrence pourraient les traiter. S'il est impossible d'élaborer *ex ante* une formule précise de calcul des amendes satisfaisant à la fois au critère de dissuasion et à celui de proportionnalité dans les différents scénarios décrits ci-dessus, l'ajout de précisions aux lignes directrices créerait inévitablement des vides réglementaires au détriment de l'application efficace des sanctions.

28. La précision ou la transparence des éléments d'appréciation et de la justification utilisés par l'autorité de la concurrence pour calculer le montant des amendes ont des conséquences qui dépassent la facilité d'administration et le respect du droit. Des lignes directrices très élaborées en ce sens sont fondées sur le plan économique, mais on est en droit de se demander si des faits spécifiques dans une affaire particulière justifient leur application. C'est là que la confiance dans les autorités de la concurrence et, dans une certaine mesure, dans le pouvoir judiciaire entre en jeu. Le montant de base des amendes n'est que le point de départ de l'analyse, mais des écarts radicaux par rapport à celui-ci éveillent parfois des soupçons et sont considérés comme équivalant à une mise hors de cause. Des initiatives législatives visant à limiter la fourchette possible des réductions d'amendes par rapport aux montants de base peuvent surgir et ajouter une nouvelle difficulté à l'élaboration de lignes directrices très détaillées, comme dans le cas de la Corée.

29. Le problème gagne en complexité en l'absence de procédures de règlement pour définir le montant des amendes dans une juridiction donnée. Les autorités de la concurrence, et même les entreprises, préfèrent ne pas s'appesantir sur chaque disposition détaillée des lignes directrices. L'absence de procédure de règlement officielle, associée à l'impossibilité de recourir à d'autres formes de négociation (due à la méfiance envers l'exercice approprié du pouvoir de discrétion de l'autorité) pourrait avoir des effets pervers.

30. Plusieurs éléments ressortent des analyses relatives au manque de confiance et à l'absence de procédure de règlement qui précèdent. D'abord, il est très difficile de définir un degré de précision optimal censé constituer une norme universelle. Deuxièmement, ce degré optimal de précision peut varier dans le temps, selon les efforts de l'autorité de la concurrence pour conserver sa crédibilité auprès des tribunaux et du public et son indépendance politique. Troisièmement, nonobstant ce qui précède, il est indispensable que les autorités de la concurrence disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire pour pallier les insuffisances des lignes directrices.

²⁴ Wouter P. J. Wils, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, 40 *World Competition* (à paraître, 2017), <https://ssrn.com/abstract=2865728>.

²⁵ Lianos, *et al.*, *supra*, note 6, p. 61.

3. Mise en place d'un contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence pour renforcer la dissuasion

3.1. Contrôle juridictionnel – Proportionnalité et pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence

31. La politique de la concurrence vise à protéger le processus concurrentiel sur le marché. Les amendes sont l'un de ses principaux outils, leur objectif premier étant de dissuader les infractions potentielles. Il est vrai que le problème de la sous-dissuasion doit être réglé en priorité à l'heure où les graves infractions au droit de la concurrence sont encore largement répandues dans le monde, surtout les ententes injustifiables en vigueur dans de nombreuses juridictions du « reste du monde », y compris la Corée, malgré le nombre croissant de sanctions dans ce domaine. Cela dit, la dissuasion n'est pas nécessairement la seule finalité du droit de la concurrence, et n'est pas non plus illimitée. Les intérêts légitimes des entreprises doivent être respectés de manière à ce que leur participation au marché puisse se poursuivre sans interruption. En résumé, l'objectif premier du droit de la concurrence est réalisé, entre autres, par l'application d'amendes optimales aux infractions et par la libre concurrence fondée sur des pratiques légitimes. Par conséquent, à l'heure où les amendes pour infractions au droit de la concurrence progressent, en volume et en nombre d'autorités perceptrices dans le monde, la nécessité de respecter les droits procéduraux des accusés et d'empêcher l'adoption de faux positifs croît également. L'un des objectifs essentiels de ces débats est de renforcer la dissuasion par une application plus vigoureuse du droit.

32. Si les lignes directrices pour le calcul des amendes, quoique généralement dépourvues d'effet contraignant, permettent de circonscrire en interne l'utilisation abusive de leur pouvoir réglementaire par les autorités de la concurrence, le contrôle juridictionnel est considéré dans la plupart des juridictions comme le dernier recours contre des sanctions abusives.

33. Le principe de proportionnalité, qui exclut les sanctions excessives ou injustes, est au cœur du contrôle juridictionnel. Autrement dit, les sanctions doivent être en rapport avec la gravité des infractions²⁶. Cela vaut également pour la dissuasion. Le calcul du montant des amendes est fonction du préjudice porté aux consommateurs et de la probabilité de détection, et n'est pas nécessairement lié au niveau de responsabilité de l'accusé. Comme les deux facteurs (préjudice porté aux consommateurs et probabilité de détection) échappent au contrôle direct des contrevenants potentiels, le montant des amendes fixées uniquement aux fins de dissuasion pourrait être supérieur à celui correspondant au degré maximal de responsabilité qui leur serait imputé dans certaines affaires²⁷. Si ce problème peut ne pas être sérieux en ce qui concerne les ententes injustifiables, il revêt une importance particulière pour certaines pratiques unilatérales dont la responsabilité n'est pas toujours clairement définie dans les contextes commerciaux distincts de chaque juridiction – compression des marges, pratiques de remises fidélisantes, manquement à l'engagement d'assurer des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, par exemple. Cela peut susciter une opposition au régime d'amendes pour infractions au droit de la concurrence et appelle des efforts supplémentaires pour en préserver la légitimité. Une mesure cruciale pour remédier à ces problèmes consiste à veiller à ce que les autorités de la concurrence n'exercent pas leur pouvoir discrétionnaire de manière arbitraire. Encore plus important, des valeurs autres que la dissuasion doivent être prises en considération, dont le principe de proportionnalité.

²⁶ Wils, *supra*, note 2, p. 198; Voir par exemple « Conclusions de l'avocat général M. Nils WAHL » *in* Intel Corporation Inc. contre Commission européenne, Affaire C-413/14 P, ECLI:EU:C:2016:788, par. 335 et la jurisprudence citée.

²⁷ Il pourrait dans certains cas être inférieur.

34. À titre d'exemple, les Lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006 de la CE ont instauré un droit d'entrée d'un montant substantiel, quelle que soit la durée de l'infraction²⁸. Si ce nouveau droit, qui représente entre 15 % et 25 % du montant des ventes annuelles, est typique et connu pour avoir un effet dissuasif sur la pratique opportuniste consistant à s'engager dans des actions illégales (« try and see »), du point de vue de la proportionnalité, cet instrument punitif n'est pas suffisamment persuasif pour assurer un juste équilibre avec le degré de responsabilité du contrevenant, surtout dans les affaires marginales concernant des pratiques unilatérales. En fait, de nombreux spécialistes critiquent cet amendement parce qu'il pénalise les PME spécialisées dans un seul produit qui participent à des infractions de courte durée²⁹.

35. La nature quasi-pénale des amendes³⁰ fait depuis longtemps débat au sein l'UE, et sa position au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a plus récemment suscité des discussions. Dans son arrêt *Menarini*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'amende imposée à une entente illégale par l'Autorité italienne de la concurrence était de nature pénale au sens de la CEDH, mais qu'étant donné le contrôle ultérieur d'organes judiciaires de pleine juridiction, il n'y avait pas violation de l'article 6 de la CEDH³¹. Cette opinion a été approfondie par l'Avocat général Mme J. Kokott dans ses conclusions sur l'affaire Schindler : « Il est admis que le droit de la concurrence a, certes, un caractère quasi pénal, mais qu'il ne fait toutefois pas partie du cœur du droit pénal » et : « En dehors du «noyau dur» du droit pénal, les garanties en matière pénale consacrées par l'article 6 de la CEDH n'ont (...) pas nécessairement vocation à s'appliquer dans toute leur rigueur »³². En essence, le contrôle juridictionnel légitimait les amendes pour infractions au droit de la concurrence imposées en dehors du système judiciaire. Il convient toutefois de noter que l'arrêt *Menarini* comporte une opinion dissidente exemplaire qui met en garde contre un pseudo-droit pénal « imposant parfois des sanctions pécuniaires extrêmement sévères, sans que s'appliquent les garanties classiques du droit et de la procédure pénale »³³.

36. En résumé, tant que les amendes pour infractions au droit de la concurrence ne sont pas excessives, l'élément crucial qui fonde la justification de la sanction est la régularité de la procédure. Celle-ci est elle-même associée aux dispositions des lignes directrices pour le calcul des amendes et au pouvoir discrétionnaire des autorités. Cela ne veut pas dire que l'appareil judiciaire doit vérifier dans le détail les calculs des amendes imposées. Le cas de la Corée évoqué plus haut est un exemple de contrôle juridictionnel inefficace résultant de la rigueur du système judiciaire, mais aussi de la complexité excessive des lignes directrices qui provoquent des conflits fastidieux à faible valeur ajoutée sociale. De nombreux litiges portés devant les tribunaux sur des questions aussi mineures qu'une erreur de calcul

²⁸ Voir Communiqué de presse, Concurrence: la Commission modifie les lignes directrices pour le calcul des amendes dans les affaires antitrust. Texte disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_fr.htm?locale=FR.

²⁹ Jeremy Lever, *Whether, and If So How, the EC Commission's 2006 Guidelines on Setting Fines for Infringements of Articles 81 and 82 of the EC Treaty are Fairly Subject to Serious Criticism* (2007) p. 15.

³⁰ Opinion de AG Vesterdorf *in* Rhône-Poulenc contre Commission européenne, T-1/89, ECLI:EU:T:1991:38.

³¹ CourEDH, Arrêt du 27 septembre 2011, n° 43509/08—Menarini Diagnostics. Texte disponible à l'adresse suivante : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106438>.

³² Conclusions de l'avocat général Kokott *in* Schindler Holding Ltd et autres contre Commission européenne, Affaire C-501/11, ECLI:EU:C:2013:248, par. 25-26. Sasol et autres contre Commission européenne, Affaire T-541/08, ECLI:EU:T:2014:628, par. 207 (« Il y a également lieu de noter dans ce contexte que, dans le domaine du droit de la concurrence et contrairement au droit pénal, tant les bénéficiaires que les sanctions des activités illégales sont purement pécuniaires, tout comme la motivation des contrevenants qui suivent d'ailleurs une logique économique dans leurs actions. »)

³³ CourEDH, Arrêt du 27 septembre 2011, n°43509/08—Menarini Diagnostics (opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque).

d'une amende de faible montant et qui conduisent à la révocation intégrale des sanctions au prétexte de défendre des droits sont difficiles à justifier. Comme analysé à la section précédente, les autorités de la concurrence doivent exercer correctement leur pouvoir discrétionnaire car le calcul des amendes est une tâche extrêmement délicate. D'ailleurs, contrairement à la Corée, les tribunaux de l'UE sont plutôt respectueux du pouvoir discrétionnaire de la Commission - tout au moins après le contrôle rigoureux exercé dans les premiers temps ; depuis quelques années, ils cherchent davantage à définir si la Commission a un pouvoir discrétionnaire pour décider des amendes que si le montant des amendes est approprié ou respecte le principe de proportionnalité, en vertu du critère de l'erreur manifeste³⁴.

37. Cette condition ne justifie pas un respect insuffisant des garanties données par la loi. Celles-ci doivent être pleinement respectées dans le cadre des procédures de décision de l'autorité de la concurrence, de telle manière que le contrôle juridictionnel puisse être considéré comme réalisé dans les faits. Cela ne veut pas forcément dire que les autorités de la concurrence doivent appliquer des procédures identiques à celles du système judiciaire. Il suffirait qu'elles prennent en compte les valeurs fondamentales, notamment la possibilité de se défendre, le droit de consulter, d'examiner et de contester les preuves, etc. Des procédures précises, efficaces et impartiales favoriseront une application efficace et légitime du droit de la concurrence et la dissuasion³⁵.

3.2. *Proportionnalité et instruments de sanction autres que les amendes*

38. Il est vrai que les amendes sont l'outil de dissuasion fondamental des autorités de la concurrence. Il convient d'examiner les éléments circonstanciels qui donnent priorité au régime d'amendes pour dissuader les infractions au droit de la concurrence. Aux États-Unis, les amendes pénales ne sont appliquées que dans les affaires d'ententes injustifiées en raison des effets éventuels sur la concurrence associés à la plupart des autres formes de violation du droit de la concurrence³⁶. Cela tient peut-être aux nombreuses possibilités d'engager des actions privées pour contester les violations potentielles avec un effet dissuasif considérable. Dans les autres juridictions où les actions privées ne sont pas privilégiées pour diverses raisons (honoraires élevés des avocats, complexité des systèmes de règlement des litiges, ou culture locale notamment), la dissuasion repose essentiellement sur les amendes, pour la majeure partie des infractions au droit de la concurrence. Si, en dehors des États-Unis, la plupart des juridictions ne donnent toujours pas la préférence aux sanctions pénales, il semblerait qu'elles soient de plus en plus nombreuses à pénaliser les violations du droit de la concurrence (le Royaume-Uni par exemple).

39. De ce fait, en termes de proportionnalité, les sanctions infligées aux contrevenants peuvent consister en amendes pécuniaires, mais aussi en d'autres formes de sanctions et de restitution des bénéficiaires. La plupart des autorités de la concurrence font appel à des instruments divers, comme les sanctions pénales, pour assurer l'application efficace du droit. Sur le plan de la dissuasion, les peines d'emprisonnement pour les personnes physiques seraient beaucoup plus efficaces en raison de la spécificité du préjudice à la personne et de la rigueur inédite de la peine. En fait, si les amendes ont un effet de dissuasion général, la prison peut s'avérer plus efficace dans un objectif de dissuasion spécifique - protection de la collectivité ou réhabilitation par exemple³⁷. Comme les réparations civiles ont aussi un

³⁴ Forrester, *supra*, note 17, p. 191-193, 198 (2011). Il observe que cette pratique est peut-être due à l'importance de la charge de travail.

³⁵ Voir RIC, *Guidance on Investigative Process* (2015), disponible à l'adresse suivante : <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1028.pdf>; ABA *Comment on JFTC*, *supra*, note 12, p. 3-4.

³⁶ *ABA Comment on JFTC*, *supra*, note 12, p. 8-9.

³⁷ Voir Jeffrey S. Parker, *Criminal Sentencing Policy for Organizations: The Unifying Approach of Optimal Penalties*, 26 *Am. Crim. L. Rev.* 513, 567 (1989).

caractère dissuasif³⁸, elles doivent faire partie des sanctions. La diversité des sanctions peut se justifier pour pallier le montant insuffisant des amendes car, comme on l'a vu plus haut, le montant économiquement optimal de ces dernières est, pour différentes raisons, souvent réduit.

40. On est ainsi fondé à penser que lorsque l'on examine la proportionnalité de la peine dans une optique de dissuasion, d'autres éléments que les amendes entrent en ligne de compte. Les éléments à mettre en balance avec l'infraction particulière de l'entreprise doivent comprendre toutes les formes de sanctions et de restitution des bénéfices applicables, à savoir les amendes, les peines d'emprisonnement, les interdictions d'exercer, la publication des constatations d'infraction, l'interdiction de soumissionner à des appels d'offres de marchés publics, et les dommages-intérêts³⁹. Si tous ne sont pas pris en considération, la peine prononcée risque d'être excessive. Par ailleurs, différentes sortes d'amendes peuvent s'appliquer - administratives, civiles, et pénales.

41. Comme l'éventail de sanctions applicables varie selon chaque juridiction, il convient de tenir compte de cette diversité pour calculer le montant optimal des amendes. Par exemple, dans des juridictions comme les États-Unis, où les actions privées en dommages et intérêts sont courantes, dans l'hypothèse où le montant optimal des amendes et celui des dommages-intérêts serait identique, il faudrait en théorie fixer le montant des amendes à un niveau inférieur à ce qu'il serait dans d'autres juridictions, comme l'UE ou la Corée, où les actions en dommages-intérêts, pour diverses raisons, sont rares⁴⁰. Si un contrevenant potentiel est passible d'une lourde peine de prison, celle-ci devra également être envisagée en association avec d'autres mesures punitives. Il faut être conscient de la diversité des instruments de sanction selon les juridictions car elle pourrait apaiser les craintes d'une surdissuasion ; en effet, de nombreuses juridictions ne recourent en général qu'à un système d'application du droit et/ou d'amendes, à savoir administratif ou pénal. Autrement dit, la somme des sanctions dans une juridiction peut rester constante sans atteindre un niveau excessif.

42. Néanmoins, un rappel théorique de l'approche globale est utile dans l'optique du contrôle juridictionnel, mais aussi d'un niveau optimal de dissuasion, car des sanctions excessives risquent de ne pas avoir d'effet dissuasif plus efficace sur les contrevenants potentiels rationnels, et de produire en parallèle des effets secondaires inattendus. En revanche, et plus important encore, un cumul de sanctions n'atteignant pas un niveau optimal sera inefficace. En effet, des juges généralistes peu versés dans les problèmes économiques complexes pourraient hésiter à valider des amendes élevées étant donné que, dans la plupart des juridictions autres que les États-Unis, de tels montants sont souvent inédits en matière de dommages-intérêts ou d'amendes administratives ou pénales⁴¹. Comme c'est l'une des raisons pour lesquelles de nombreuses autorités de la concurrence recourent aux amendes aux fins de dissuasion, la formation des juges revêt une importance critique⁴². En outre, pour harmoniser et coordonner les amendes

³⁸ Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *Journal of Political Economy* 167, 169 (1968).

³⁹ Voir Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright, *Antitrust Sanctions*, 6(2) *Competition Pol'y Int'l* 3, 5 (2010).

⁴⁰ Même dans l'UE, les spécialistes plaident pour une coordination entre actions publiques et privées pour éviter une surdissuasion potentiellement inefficace. Geradin, *supra*, note 18, p. 17.

⁴¹ Douglas H. Ginsburg et Joshua D. Wright, *Antitrust Courts: Specialists Versus Generalists*, 36 *Fordham Int'l L.J.* 788 (2013).

⁴² Michael R. Baye & Joshua D. Wright, *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals*, 54 *J. L. Econ.* 1 (2011)

pour infractions au droit de la concurrence à l'échelon mondial, il serait très utile d'organiser des formations regroupant des juges de différentes juridictions⁴³.

Dans tous les cas, il convient de noter que des amendes excessives ou mal calculées peuvent créer divers problèmes⁴⁴. Ceux-ci deviendraient perceptibles si une dissuasion excessive des pratiques unilatérales dans les secteurs de pointe décourageait les entreprises de mettre en place des pratiques potentiellement efficaces ou innovantes, ou réduisait des entreprises contrevenantes à l'insolvabilité - ce qui diminuerait la concurrence sur le marché, ou augmenterait les coûts financiers pour les actionnaires et les salariés, etc.

3.3. *Contrôle juridictionnel et dissuasion*

43. Pour assurer une dissuasion efficace, les lignes directrices pour le calcul des amendes doivent être suffisamment détaillées, et l'appareil judiciaire doit vérifier si elles sont correctement établies et observées dans la pratique. Ce caractère détaillé risque toutefois de réduire la marge d'appréciation des autorités, qui est indispensable pour remédier aux défauts du processus de calcul des amendes. Il convient donc de chercher à établir un équilibre approprié entre ces deux principes contradictoires.

44. Il importe aussi de renforcer l'application effective d'un régime d'amendes en adaptant ces dernières aux éventuels préjudices ou effets sur la concurrence de certaines pratiques⁴⁵. Un contrôle juridictionnel convenable favoriserait cet objectif en assurant un effet dissuasif approprié⁴⁶. Des amendes raisonnables dissuaderaient les entreprises rationnelles de commettre des infractions, et préviendraient des actions judiciaires visant à révoquer les mesures prises par les autorités.

45. Une réserve tient à la possibilité d'une application insuffisante du droit due à la domination exercée par les grandes entreprises disposant de moyens importants. Les principaux appels à l'exercice du contrôle juridictionnel peuvent venir de grandes entreprises ou d'entreprises bien nanties. Dans certaines juridictions « du reste du monde » où les ressources sociales permettant d'influer sur ce processus ne sont pas toujours également réparties entre les différentes classes, un accroissement du contrôle juridictionnel peut tenir davantage à la forte influence des grandes entreprises qu'à un renforcement de la justice, ce qui produit des résultats indésirables. Un exemple comparable est celui de l'asymétrie des ressources des grandes entreprises et des autorités de la concurrence, comme généralement signalé en Corée.

⁴³ Dans l'UE, la DG de la concurrence et l'Institut universitaire européen ont organisé une formation en droit et en économie de la concurrence destinée aux juges nationaux (ENTraNCE for Judges). Par ailleurs, en novembre 2016, le ICR Law Center de l'Université de Corée, en association avec le Global Antitrust Institute de la faculté de droit Antonin Scalia de l'Université George Mason, a organisé un programme de formation économique pour les juges et responsables de l'application du droit de la concurrence, l'*Economics Institute for Competition Judges and Enforcement Officials*.

⁴⁴ Voir OFT, *An Assessment of Discretionary Penalties Regimes: Final Report 20-21* (octobre 2009).

⁴⁵ L'ABA recommande une extrême prudence dans l'imposition d'amendes à des infractions autres que les ententes injustifiables. ABA Comment on JFTC, *supra*, note 12, p 9.

⁴⁶ À l'évidence, un contrôle juridictionnel intensif peut aussi décourager la dissuasion en empêchant les autorités de prendre des mesures de crainte de les voir annulées par les tribunaux. Voir Lianos, *et al.*, *supra*, note 6, p. 6. La solution consiste donc à trouver un équilibre.

4. Le bénéficiaire légitime des amendes perçues : l'État ou les victimes ?

4.1. Les bénéficiaires des amendes pour infractions au droit de la concurrence et la légitimité de ce système

46. Comme le note le rapport du Secrétariat, les amendes pour infractions au droit de la concurrence visent un ou plusieurs objectifs, dont la dissuasion, la punition, la restitution ou la réparation⁴⁷. Les autorités de la concurrence n'accordent cependant pas à ces derniers la même importance. Pour diverses raisons, elles confèrent généralement une priorité moindre à la réparation ou n'en font pas un objectif explicite dans le contexte d'une action publique. Il est justifié que les autorités de la concurrence s'intéressent davantage aux pratiques qui lèsent l'intérêt public qu'aux préjudices privés subis par chaque victime. La mise en œuvre d'actions privées peut s'avérer délicate, et doit être menée avec prudence pour ne pas nuire à l'efficacité de l'action publique.

47. Néanmoins, les argumentaires qui donnent priorité aux amendes ne justifient pas forcément le versement de leur produit au Trésor public ou à un fonds servant des causes publiques. Les amendes ne bénéficient généralement en aucune manière aux victimes. D'ailleurs, la plupart des juridictions les comptabilisent dans les recettes publiques.

48. Pour des raisons pratiques ou politiques, la répartition du produit des amendes *a posteriori* ne suscite pas grand intérêt. Or, cette indifférence risque de compromettre la raison d'être même des amendes à long terme, et ce d'autant plus que les sommes perçues à ce titre augmentent sensiblement et à un taux disproportionné par rapport aux dommages-intérêts obtenus par les parties lésées. La situation ne devrait pas s'améliorer dans un avenir proche, malgré des efforts substantiels destinés à encourager les actions privées, essentiellement en dehors des États-Unis. À vrai dire, les États-Unis semblent constituer un cas particulier en ce que les tribunaux doivent tenir compte du dédommagement des victimes d'une violation du droit de la concurrence pour déterminer le montant de l'amende⁴⁸. Le produit des amendes pour infractions au droit de la concurrence est déposé dans le *Crimes Victims Fund*, dont les principaux bénéficiaires ne sont pas les victimes d'ententes illicites.

49. La théorie relative aux amendes optimales pour infractions au droit de la concurrence ne répond pas à la question de savoir qui est le bénéficiaire légitime des amendes et, selon le schéma institutionnel, risque même de donner lieu à des doublons. La réglementation de pratiques anticoncurrentielles comme les ententes illicites ou les abus de position dominante est motivée par la volonté d'éviter l'appropriation de profits qui sont censés appartenir aux consommateurs. En fait, le calcul du montant des amendes selon l'approche économique ne prend pas en considération le coût social, parce que ce dernier n'influe pas sur la décision du contrevenant potentiel. Toutefois, si la confiscation des gains illicites ou l'imputation de la responsabilité du préjudice à un contrevenant sont compatibles avec des amendes optimales, il serait injuste que ces mécanismes nient aux victimes le droit à un dédommagement par crainte de paiements doubles ou de disproportion.

50. De plus, considérer les amendes pour infractions au droit de la concurrence comme une source de recettes risque de discréditer les intentions des autorités compétentes. En Corée, le produit de ces amendes est déposé au compte général des recettes budgétaires ; en 2015, il s'est élevé à 289 millions USD environ⁴⁹. L'UE suit une méthode similaire ; le montant des amendes perçues en 2014 (4.5 milliards EUR)

⁴⁷ Rapport du Secrétariat, p. 9.

⁴⁸ RIC, *supra*, note 22, p. 7.

⁴⁹ Bureau du budget de l'Assemblée nationale, exercice 2015, analyse des comptes définitifs réalisée par la Commission [Commission de politique nationale] (juillet 2016), p. 62.

a compté pour 3.2 % du budget de l'Union cette même année⁵⁰. Dans le cadre des régimes d'amendes administratives, les autorités de la concurrence remplissent déjà la double fonction de procureur et de juge. L'ajout de la fonction de recouvrement de recettes budgétaires sous forme d'amendes (fonction qui appartient au Trésor) risque de porter atteinte à l'intégrité du dispositif. Si un bureau du budget de l'État estime par avance les recettes, fixe certains objectifs pour les amendes anticipées au titre des infractions au droit de la concurrence, tandis que le montant facturé et/ou perçu à chaque exercice est pris en compte à la clôture des comptes publics, et que le bureau du budget contrôle et administre de près les recettes chaque année, il n'est pas entièrement déraisonnable de craindre que ce régime d'amendes ne soit abusivement utilisé pour percevoir des recettes non fiscales ou, pire encore, pour financer l'instance de réglementation elle-même. De tels soupçons ne sont pas sans précédent. Un exemple classique est celui où une administration locale impose des amendes pour excès de vitesse pour financer son budget quand celui-ci est déficitaire.

4.2. *Interaction entre amendes pour infractions au droit de la concurrence et dommages-intérêts privés*

51. Pour l'heure, les conflits entre les amendes pour infractions au droit de la concurrence et les dommages-intérêts privés n'ont concerné qu'un petit nombre d'affaires. Le premier est intervenu au Royaume-Uni : lorsqu'un recours en dommages-intérêts punitifs a été introduit suite à une action privée, le tribunal a arrêté qu'une partie punitive ne pouvait être réclamée⁵¹. En Allemagne, l'article 34(2) de la loi sur la concurrence (GWB) concernant la restitution des bénéficiaires prévoit le remboursement des amendes si l'entreprise verse ultérieurement des indemnités aux parties lésées. Mais cet article est rarement invoqué dans la pratique.

52. On peut remédier au problème qui consiste à éviter le double paiement différemment entre les amendes pour infractions au droit de la concurrence et les dommages-intérêts privés. Le versement de dommages-intérêts peut contribuer à atténuer le montant de l'amende. Mais le paiement d'amendes ne peut justifier une baisse du montant des dommages-intérêts, surtout en l'absence de dommages-intérêts punitifs. Les tribunaux ont refusé de réduire les dommages-intérêts pour tenir compte du paiement d'amendes au motif que ces deux sanctions visent des objectifs distincts.

53. En théorie toutefois, le principe de proportionnalité peut diminuer le montant des dommages-intérêts accordés dans la mesure où les tribunaux prennent en considération l'effet global des sanctions. Cela risque d'accentuer sans recours l'insuffisance des amendes transférées aux consommateurs⁵².

4.3. *Veiller à ce que les amendes pour infractions au droit de la concurrence contribuent à atténuer le préjudice fait aux consommateurs*

54. Pour assurer la légitimité des amendes, il faut persister dans les efforts visant à distribuer les sommes recouvrées au titre des sanctions aux victimes des infractions. S'il ne faut pas sous-estimer le fait que ces amendes sont perçues par l'État parce qu'il est souvent impossible, sur le plan économique ou administratif, à chacune des victimes d'en réclamer sa part, cette embûche administrative ne doit pas empêcher de priver les contrevenants de leurs profits illégaux. Pour assurer la viabilité du régime d'amendes pour infractions au droit de la concurrence, il ne suffit pas d'affecter les fonds recouverts au

⁵⁰ Union européenne, *Budget Financial Report 2014*. Texte disponible à l'adresse suivante http://ec.europa.eu/budget/financialreport/2014/revenue/index_en.html.

⁵¹ Devenish Nutrition Ltd. contre Sanofi-Aventis SA [2007] EWHC 2394 (Ch).

⁵² Cela ne veut pas forcément dire qu'une procédure doit être établie en vue de rembourser les amendes aux entreprises si celles-ci versent ultérieurement des indemnités aux consommateurs.

Trésor ; d'autres dispositifs doivent être mis en œuvre pour transférer le montant des amendes à ceux qui sont en rapport (direct ou pas) avec les victimes, ou l'utiliser à leur profit.

55. Cela ne veut bien entendu pas dire que les autorités de la concurrence ne doivent pas définir des mesures visant à concilier action privée et action publique. L'aide aux plaignants privés dans le cadre d'actions en justice ou les communications d'*amicus curiae* devant le tribunal peuvent dans certains cas être recommandées dès lors qu'elles ne mobilisent pas une trop grande partie des ressources des autorités de la concurrence. Les actions en qualité de *parens patriae*⁵³, dans le cadre desquelles un organisme public engage une action au nom des citoyens lésés lorsque des actions individuelles sont irréalisables ou peu probables, peuvent servir de modèle de référence.

56. Même après qu'une autorité de la concurrence a pris des mesures raisonnables pour distribuer le produit des amendes aux consommateurs lésés, ou quand la distribution du reliquat n'est pas économiquement réalisable, la question de savoir si l'État est un bénéficiaire approprié des fonds restants n'est pas résolue. Dans ces cas, des procédures *cy pres* peuvent présenter un intérêt.

57. Dans le cadre des actions de groupe, les tribunaux des États-Unis prononcent souvent des mesures *cy pres* destinées à affecter l'argent non réclamé à la meilleure autre utilisation⁵⁴. Ces autres utilisations sont par exemple des projets éducatifs qui visent en grande partie à démontrer l'intérêt du droit de la concurrence pour les consommateurs et les entreprises, ou une subvention à une fondation ou à un centre de recherche sur les procédures judiciaires complexes en droit de la concurrence⁵⁵. Les mesures *cy pres* sont nettement supérieures à d'autres solutions : à la non-imposition d'amendes ou de dommages-intérêts quand le préjudice est mesurable, mais les parties lésées non identifiables ; à la restitution des amendes non réclamées à une entreprise sous forme de bénéfice exceptionnel ; à l'affectation de l'argent au budget public ou à un fonds sans lien avec la catégorie des consommateurs lésés. Des solutions moins indiquées risquent de fausser les incitations ou de soulever des questions de conflit d'intérêt.

58. Je ne veux pas dire ici que des mesures *cy pres* doivent être introduites. Elles ont leurs propres défauts et, récemment, une proposition législative en ce sens a été rejetée en Australie par crainte que le tribunal ne soit conduit de manière inappropriée à intervenir sur des questions de politique générale dans un domaine où [la loi] n'aurait fourni aucune orientation⁵⁶. Les mesures *cy pres* apportent cependant aux responsables politiques un modèle utile pour élaborer un mécanisme de distribution du produit des amendes. Celui-ci devrait être utilisé « à une fin aussi proche que possible des objectifs légitimes motivant l'action en justice »⁵⁷.

5. Préserver l'efficacité des amendes pour infractions au droit de la concurrence en remédiant au problème de la déductibilité fiscale

59. Dans le cadre de l'élaboration de sanctions pour infractions au droit de la concurrence assurant un niveau optimal de dissuasion, les autorités de la concurrence et les théoriciens n'ont souvent fait aucun cas des conséquences fiscales des sanctions. Le droit fiscal et le droit de la concurrence servent des finalités distinctes, ce qui ne veut pas dire que les sanctions en droit de la concurrence vont à l'encontre de l'action publique et doivent être considérées comme des charges d'exploitation non déductibles, même en

⁵³ 15 U.S.C. §15d.

⁵⁴ Albert A. Foer, *Enhancing Competition Through the Cy Pres Remedy*, 24 ANTITRUST 86 (printemps 2010).

⁵⁵ *Id.*, p. 87-88 (résumé de la jurisprudence).

⁵⁶ Ian Harper, *Competition Policy Review: Final Report* 415-416 (Mars 2015).

⁵⁷ *In re Airline Ticket Comm'n Antitrust Litig.*, 307 F.3d 679, 682 (8e Cir. 2002).

l'absence de dispositions juridiques explicites. Cela dit, si les sanctions pécuniaires deviennent déductibles d'impôt par un effet involontaire et sans que le législateur en ait conscience (ou si cette possibilité n'a pas été raisonnablement prévue lorsque les sanctions ont été instaurées), l'effet de dissuasion visé est atténué par le taux d'imposition des sociétés, qui est de 40 % aux États-Unis et de 22 % en Corée. Dans de nombreuses juridictions, les lois sur l'impôt des sociétés interdisent la déduction des amendes ou des sanctions des charges d'exploitation. Mais cette règle simple gagne en complexité avec l'apparition de nouvelles sanctions pour infraction au droit de la concurrence comme les dommages-intérêts punitifs, le recouvrement des dommages-intérêts par l'autorité publique pour le compte des victimes, ou la réparation du préjudice subi par les consommateurs en tant que condition d'une ordonnance de consentement ou d'un engagement, etc.

60. La méthode empirique exploite la dichotomie entre les dommages-intérêts punitifs et compensatoires. La partie punitive des sanctions ne doit pas être fiscalement déductible par principe. Aux États-Unis, deux tiers des dommages-intérêts triples ou des règlements versés au titre de la section 4 de la loi Clayton ne sont pas déductibles dans un seul cas : si le contribuable fait l'objet d'une condamnation pénale⁵⁸. Mais en dehors de cette prescription étroite, le flou règne⁵⁹. L'indemnisation des victimes ou le remboursement des frais juridiques (à la différence de la corruption) ne sont pas contraires à la politique publique, de sorte que la déductibilité fiscale peut se justifier. La Corée a récemment mis en place un mécanisme de dommages-intérêts punitifs, mais le problème de la déductibilité fiscale n'a pas été résolu.

61. Si une juridiction prévoit la distribution des sanctions pécuniaires ou des bénéfiques restitués aux victimes, on peut faire valoir que ces sommes sont compensatoires par nature et doivent donc être déductibles des impôts. Supposons que le montant global versé par une entreprise contribuable est le même. Si les charges sont déductibles des impôts, l'effet dissuasif sera diminué par le taux d'imposition des sociétés. Je ne propose pas ici une hausse du montant initial pour compenser cet effet. Je propose plutôt que les autorités de la concurrence prennent en compte les retombées fiscales lorsqu'elles mettent au point le mécanisme de sanctions et calculent le montant des amendes.

62. Une autre question d'importance est celle de la déductibilité fiscale des amendes ou dommages-intérêts punitifs payés à des autorités de la concurrence ou à des plaignants étrangers. Récemment, en 2016, le Service national des impôts de Corée a annoncé que les dommages-intérêts triples versés aux États-Unis ne pouvaient être déduits. En principe, ces déductions compromettent l'efficacité du droit de la concurrence dans la lutte contre les ententes internationales, que ces pratiques fassent l'objet de poursuites au niveau national ou pas. Elles représentent en outre le remboursement d'une sanction par l'État et, au bout du compte, par les contribuables. La loi coréenne sur l'imposition des sociétés ne semble pas avoir pris ces situations en compte, mais le ministère de la Stratégie et des Finances a publié une interprétation qui fait autorité selon laquelle les règlements au civil des affaires relevant du droit de la concurrence versés à des consommateurs étrangers sont déductibles des impôts, que la KFTC ait constaté une violation nationale par la même entente ou pas. Dans l'affaire Tessengerlo Chemie contre l'État belge, la Cour constitutionnelle belge a dû se prononcer sur la question de savoir si les amendes imposées par la Commission européenne étaient déductibles des impôts selon la loi belge. La Commission européenne a soumis un mémoire d'*amicus curiae* s'opposant à la déductibilité fiscale au motif que celle-ci porterait

⁵⁸ 26 U.S.C. § 162(g).

⁵⁹ Chose curieuse, en dehors du droit de la concurrence, les dommages-intérêts punitifs sont déductibles des impôts aux États-Unis. Département du Trésor, *General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2016 Revenue Proposals* 116 (2015). Par ailleurs, 26 U.S.C. § 162(g) ne couvre pas les recours des acheteurs indirects en application des lois des États, les actions pour infractions au droit de la concurrence sans condamnation pénale, ou les règlements effectués avant qu'un plaignant n'engage des poursuites.

atteinte à l'efficacité et à l'application cohérente du droit de l'Union⁶⁰. La Cour constitutionnelle belge a souscrit à ce raisonnement et a fondé sa décision sur lui⁶¹.

6. Le problème de la double peine à l'ère de la mondialisation

63. L'imposition d'amendes par les autorités de la concurrence des juridictions du « reste du monde » dans de nombreuses affaires d'ententes internationales (hors États-Unis ou CE), et l'augmentation constante de ces amendes⁶² constituent un phénomène mondial, comme nous l'avons vu précédemment. Par ailleurs, le pourcentage mondial des amendes que ces juridictions imposent à des infractions identiques progresse également⁶³. Il nous faut donc examiner les effets dissuasifs des amendes associées à des violations internationales du droit de la concurrence du point de vue des contrevenants potentiels, qui sont des entreprises mondiales. Cela soulève la question de la coordination internationale des amendes entre autorités de la concurrence⁶⁴.

64. Le problème de la surdissuasion due à l'imposition d'amendes faisant double emploi dans plusieurs juridictions demeure théoriquement possible et n'a pas été vérifié de manière empirique. En réalité, toutes les juridictions n'appliquent pas rigoureusement les lois relatives à la concurrence, et même de nombreuses ententes injustifiables ne sont pas correctement détectées et sanctionnées, l'insuffisance de la dissuasion demeurant ainsi un problème substantiel. L'augmentation mondiale des amendes pour infractions au droit de la concurrence n'implique pas en soi une dissuasion excessive, car elle peut correspondre à une partie des activités anticoncurrentielles auxquelles la loi n'était pas appliquée avant qu'une juridiction ne la mette résolument en application. Dans de nombreux cas, une défense fondée sur le seul principe « trop multinationale pour se voir infliger une amende » devrait être rejetée. Récemment, toutefois, des sanctions pour des infractions liées à des ventes indirectes (effectivement ou implicitement) ont suscité un regain d'attention sur la possibilité que des amendes fondées sur le chiffre d'affaire mondial fassent double emploi. Les problèmes conceptuels liés aux doubles amendes imposées par différentes juridictions peuvent également s'aggraver à tout moment.

6.1. Le problème des ventes indirectes

65. Des problèmes de double comptage sont plus susceptibles de se produire dans le cadre du calcul des amendes fondées sur les ventes effectuées en dehors d'une juridiction, mais qui la concernent indirectement. L'évolution vers des actions multijuridictionnelles parallèles (simultanées ou subséquentes) ayant de grandes chances d'aboutir à l'imposition d'amendes fait douter de la durabilité du statu quo ou de son bien-fondé en tant que pratique optimale mondiale à suivre. Malheureusement, les principales autorités de la concurrence ont adopté des approches ambiguës à cet égard. Le ministère de la Justice des États-Unis, par exemple, n'intègre pas les ventes indirectes aux États-Unis au volume d'échanges concerné lors du calcul des amendes, mais réserve son jugement quant à l'intégration des ventes à l'étranger, et considère

⁶⁰ Commission européenne, *Written Observations in case No 5285 Tessengerlo Chemie NV v the Belgian State* (8 mars 2012), http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2012_tessengerlo_en.pdf

⁶¹ Cour constitutionnelle belge, arrêt 161/2012, *Tessengerlo Chemie contre l'État belge* (20 décembre 2012).

⁶² Connor, *supra*, note 1, p. 3-6.

⁶³ *Id.*, at 6-7.

⁶⁴ Brent Snyder, *Leniency in Multi-Jurisdictional Investigations: Too Much of a Good Thing?* Remarques destinées à une communication au Sixième Forum annuel de Chicago sur le droit international de la concurrence (8 juin 2015), p. 5 (« des échanges plus fréquents entre autorités de la concurrence quant aux méthodes de calcul des amendes dans le cadre d'enquêtes particulières nous permettront de limiter le risque de suivre des approches incompatibles et d'infliger des amendes doubles »). Texte disponible à l'adresse suivante <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/06/30/315474.pdf>.

les ventes indirectes comme constituant un facteur aggravant⁶⁵. Le ministère se déclare disposé à tenir compte des sanctions étrangères en tant que circonstance atténuante dans le cadre des négociations de peines. Il ne lève cependant pas les incertitudes entourant les questions de double comptage. L'UE a récemment eu l'occasion de préciser cette question importante, mais insuffisamment traitée, dans le cadre d'un contrôle juridictionnel, ce qui a suscité un vif intérêt en vue d'instituer une méthode plus efficace pour faire converger les sanctions infligées par les autorités de la concurrence au niveau mondial. Malgré une opinion dissidente bien motivée de l'avocat général sur le risque de double comptage, arguant que « une interprétation extensive du champ d'application territorial du droit de la concurrence de l'Union risquerait d'entraîner des conflits de compétence avec des autorités de concurrence étrangères ainsi que des doubles incriminations pour les entreprises »⁶⁶, la CEJ a validé la méthode de calcul des amendes adoptée par la Commission européenne, qui peut être étendue aux ventes indirectes, au motif que l'exclusion des ventes effectuées en dehors de l'EEE aurait pour effet de minimiser artificiellement l'importance économique de l'infraction commise⁶⁷.

66. L'appareil judiciaire a peut-être de bonnes raisons de s'en remettre à l'avis d'une autorité de la concurrence de premier plan et de grande notoriété, surtout en ce qui concerne le domaine trouble des ententes sur les composants. Néanmoins, cette occasion manquée justifie une mobilisation des autorités de la concurrence pour établir une coopération qui aboutisse à la mise en place d'une pratique optimale cohérente (dans le sens d'une convergence vers les méthodes des États-Unis ou de l'UE), mais aussi plus précise pour parer au risque de double comptage. En fait, d'aucuns soutiennent que l'arrêt *InnoLux* de la CEJ a accru le risque pour les entreprises multinationales d'être assujetties deux fois à une amende pour la même infraction⁶⁸.

6.2. *La question des doubles amendes : chiffre d'affaire national ou mondial*

67. Le problème de la double peine apparaît clairement lorsque l'on se penche sur la question du plafonnement des amendes. Comme on le sait, de nombreuses autorités mentionnent le chiffre d'affaire mondial parmi les principaux critères de calcul des amendes dans les affaires d'ententes. Or, les méthodes effectivement appliquées pour définir le chiffre d'affaire mondial dans le cadre de ce processus ne concordent pas⁶⁹. La présente section porte sur le plafonnement des amendes en vue d'éviter des problèmes. S'il est vrai que la plupart des juridictions fixent pour plafond un pourcentage donné du chiffre d'affaire mondial⁷⁰, cette limite générale (apparemment uniquement fondée sur la question de l'insolvabilité ou de la capacité financière de payer) peut se traduire par des amendes excessives lorsque plusieurs autorités s'efforcent de sanctionner des entreprises en même temps. La CE en est un bon

⁶⁵ Procès-verbal, *United States v. Furukawa Elec. Co. Ltd.*, n° 11-cr-20612 (E.D. Mich. 14 novembre 2011), ECF n° 12. P. 20:16-18, 21:2-3 ; Scott D. Hammond, Remarques adressées à l'occasion de l'atelier international sur les ententes de l'ABA/IBA, table ronde sur les ententes du GCR, 15(4) Global Competition Review 18 (février 2012).

⁶⁶ Conclusions de l'avocat général Wathelet *in* *InnoLux* contre Commission européenne, Affaire C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:292 (2015), par. 42. Dernièrement, dans *Intel* contre Commission européenne, l'avocat général Wahl a adopté une approche plus nuancée à l'encontre une interprétation extensive du champ d'application territorial du droit de la concurrence ; Conclusions de l'avocat général M. Niels Wahl, *Intel Corporation Inc.* contre Commission européenne, Affaire C-413/14 P, ECLI:EU:C:2016:788 (2016), par. 295-296.

⁶⁷ *InnoLux* contre Commission européenne, Affaire C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451 (2015).

⁶⁸ Lukas Ritzenhoff, *Indirect Effect: Fine Calculation, Territorial Jurisdiction, and Double Jeopardy*, 6(10) *Journal of European Competition Law & Practice* 691, 695 (2015).

⁶⁹ *RIC*, *supra*, note 22, p. 15.

⁷⁰ Voir le Rapport du Secrétariat, par. 50.

exemple. Ses lignes directrices établissent le plafond des amendes à 10 % du chiffre d'affaire mondial enregistré par l'entreprise au cours de l'exercice précédent⁷¹, et n'envisagent pas explicitement d'action menée en parallèle par une autorité de la concurrence étrangère.

68. Cette approche semble combler une lacune pour les juridictions qui n'ont pas adopté de lois sur la concurrence et pour prévenir toute pratique consistant à affecter le chiffre d'affaire à ces juridictions aux fins de contournement de la loi. Néanmoins, comme la plupart des juridictions appliquent désormais des lois relatives à la concurrence, cette justification n'est pas entièrement satisfaisante. En réalité, le plafond de 10 % appliqué par la CE et de nombreux États membres de l'UE peut produire des amendes excessivement sévères car le total des amendes infligées par plusieurs autorités pour une seule infraction peut aisément dépasser le chiffre d'affaire mondial net d'une entreprise pour un exercice donné. Cela peut également s'avérer pour les ententes internationales et les infractions commises par des entreprises mondiales, et risque d'être dénoncé en tant que violation du principe de proportionnalité⁷². Le problème de la double amende évoqué dans l'arrêt *InnoLux* de la CEJ soulevait un point analogue⁷³. Il peut être étendu à la question de l'atteinte à la souveraineté. Supposons une affaire complexe d'abus de position dominante par une entreprise mondiale faisant l'objet de décisions contradictoires des autorités en ce qui concerne la responsabilité ; une amende plafonnée au chiffre d'affaire mondial infligée par une autorité pourrait alors constituer une sanction *de facto* à la pratique en question dans d'autres juridictions qui n'entérinent pas cette décision.

69. Aux États-Unis, un tribunal a récemment observé : « le ministère de la Justice et la *Federal Trade Commission* coopèrent désormais tous deux avec leurs homologues étrangers dans les grandes affaires d'infraction au droit de la concurrence. Les États-Unis ne sont plus le 'gendarme mondial de la concurrence', ainsi qu'ils étaient auparavant dénommés, parce que d'autres nations sont dotées de lois plus rigoureuses en la matière »⁷⁴.

70. Une solution satisfaisante consisterait à limiter le plafond des amendes, en mentionnant explicitement le périmètre géographique du chiffre d'affaire, le chiffre d'affaire à l'intérieur des frontières d'une juridiction, ou les ventes concernées au sein d'une juridiction⁷⁵. La Corée a adopté des limites encore plus rigoureuses ; l'amende est fondée sur le chiffre d'affaire enregistré sur un « marché pertinent » du point de vue du produit/service et du point de vue géographique. On pourrait craindre que les entreprises mondiales ne passent au travers des mailles du filet réglementaire, ce qui diminuerait l'effet de dissuasion. Néanmoins, à l'heure où les autorités de la concurrence du « reste du monde » renforcent l'application du droit, une meilleure solution à ces problèmes consisterait à les investir des pouvoirs nécessaires.

71. Pour autant, l'amendement des lois en vigueur n'est peut-être pas réalisable dans un avenir prévisible, problème auquel une coordination volontariste des autorités de la concurrence doit remédier. Bon nombre des accords bilatéraux ou multilatéraux en vigueur prévoient des dispositions en matière de coopération dans le cadre de l'application du droit de la concurrence, mais la plupart portent uniquement

⁷¹ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'art. 23, par. 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, § 32.

⁷² Geradin, *supra*, note 18, p. 39.

⁷³ Voir le Rapport du Secrétariat, par. 65-66.

⁷⁴ *Motorola Mobility LLC contre AU Optronics Corp.*, 775 F.3d 816, 826 (7e Cir. 2015).

⁷⁵ Sous réserve que le plafond légal des amendes ait son propre effet de distorsion, comme indiqué à la section 2.2.

sur des questions de procédure⁷⁶. Une coopération beaucoup plus active, fondée sur le principe de courtoisie positive, s'impose désormais pour résoudre les problèmes de cette nature.

6.3 *Comment coordonner les amendes pour infractions au droit de la concurrence*

72. Une question plus délicate a trait à la façon de coopérer avec d'autres autorités de la concurrence pour fixer le montant des amendes dans le cadre de poursuites parallèles (outre une méthode cohérente de calcul de l'amende). Point favorable, la coopération fondée sur le principe de courtoisie positive dans ce domaine n'est pas sans précédent. Les peines de détention parallèles analysées dans l'affaire *Marine Horse* en sont un bon exemple⁷⁷. Il n'est d'ailleurs pas rare qu'une autorité de la concurrence décide de ne pas conclure à une infraction ou de ne pas imposer une ordonnance de cessation et d'abstention lorsque les mesures correctives imposées par des autorités de la concurrence étrangères remédient suffisamment au problème⁷⁸. Dans ces contextes, les amendes pour infractions au droit de la concurrence soulèvent au moins une autre difficulté qui a trait aux conséquences postérieures de la répartition de leur produit, similaire à celle analysée à la section 5, et appelle une réflexion approfondie. La coordination entre autorités de la concurrence n'est à l'évidence pas une tâche facile, et des différends ou des tensions ont pu être observés à maintes reprises dans le cadre de grandes affaires internationales. Même dans ce contexte, une intensification des efforts de coordination et/ou de collaboration s'impose.

7. Conclusion

73. Aujourd'hui, alors que l'amélioration des fonctions du marché est jugée essentielle pour stimuler l'efficacité et l'innovation et développer les économies, assurer un degré optimal de dissuasion au travers d'un mécanisme d'amendes adapté devrait être une priorité absolue. Bien que la plupart des autorités de la concurrence appliquent plus vigoureusement que jamais les lois en la matière, nous vivons encore dans un monde où les ententes injustifiables règnent. De plus, alors qu'un nombre grandissant de juridictions, partout dans le monde, appliquent résolument le droit de la concurrence dans le but de développer l'économie, la réussite de leur action repose sur la dissuasion. Étant donné sa facilité d'application et son effet dissuasif, le régime d'amendes constitue leur instrument de sanction dominant.

74. Les actuelles lignes directrices relatives aux amendes sont fondées sur l'hypothèse de la rationalité, mais cette approche ne fonctionne pas parfaitement dans la pratique. S'il convient de supprimer l'incitation économique à commettre des infractions au droit de la concurrence (par d'autres moyens que les sanctions), des experts soutiennent que des amendes plus élevées pourraient ne pas avoir un effet dissuasif plus efficace⁷⁹. Pour tenir compte de toutes ces complexités, un juste équilibre doit être établi entre le pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence à définir et appliquer des régimes d'amendes efficaces d'une part, et le contrôle juridictionnel pour assurer la proportionnalité et renforcer la dissuasion d'autre part. Fondamentalement, la solution la plus recommandable consisterait à renforcer les moyens d'application des autorités de la concurrence ; ainsi, le nombre de constats de responsabilité augmenterait, associés à un niveau optimal de sanctions de l'ensemble des autorités mondiales.

75. Outre les difficultés que présente le calcul d'amendes de montant approprié, la mondialisation soulève le problème nouveau et complexe de la coordination entre juridictions. Cela va jusqu'à

⁷⁶ Voir ABA, Section of Antitrust, *Presidential [Transitional] Report: The State of Antitrust 2012* (février 2013), p. 52.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ Pour des pratiques de cette nature, voir US DOJ & FTC, *Proposed Update to Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation* (1^{er} novembre 2016), § 5.1.5, p. 38-39.

⁷⁹ Ginsburg & Wright, *supra*, note 39, p. 12.

l'identification des bénéficiaires du produit des amendes et à la prise en compte des complexités des régimes fiscaux. Aussi nécessaire soit-il de prévenir la double incrimination, il convient aussi de remédier à des problèmes de même ordre concernant les ventes indirectes ou le chiffre d'affaire mondial. Ces facteurs étaient auparavant considérés comme exogènes dans l'application du droit national de la concurrence, mais ils ont récemment gagné en pertinence. À l'ère de la mondialisation, aucune autorité ne peut opérer isolément. Une coopération volontariste sur des mesures de fond doit être activement encouragée car elle bénéficierait à la communauté mondiale, mais aussi à chacune des instances de réglementation.

BIBLIOGRAPHIE

- ABA Section of Antitrust Law (2013), *Presidential [Transitional] Report: The State of Antitrust 2012* (février 2013), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_presidential_201302.authcheckdam.pdf.
- ABA Section of Antitrust Law (2015), *Comments to the United States Sentencing Commission on Proposed Priorities for Amendment Cycle Ending May 1, 2016* (27 juillet 2015), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_sal_20150727.authcheckdam.pdf.
- ABA (2016), *Joint Comments of The American Bar Association Section of Antitrust Law and Section of International Law to The Japan Fair Trade Commission on The Summary of Issues Concerning the Modality of The Administrative Surcharge System of The Study Group on the Antimonopoly Act* (31 août 2016), http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_coverletter_comments_20160831_japan_fairtrade_jp_en.authcheckdam.pdf.
- Bager, V., Y. Katsoulacos et G. Spagnolo (2013), *The Distortive Effects of Antitrust Fines Based on Revenue*, Document de synthèse du CEPR n° DP9518, <https://ssrn.com/abstract=2284608>.
- Baye, M. R. et J. D. Wright (2011), Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals, *Journal of Law and Economics*, vol. 54, n° 1.
- Becker, G. S. (1968), Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, vol. 76, p. 169.
- Connor, J. M. (2014), *Price-Fixing Overcharges*, 3^e édition révisée (24 février 2014), <https://ssrn.com/abstract=2400780>.
- Connor, J. M. (2016), *The Rise of Anti-Cartel Enforcement in Africa, Asia, and Latin America* (6 janvier 2016), <https://ssrn.com/abstract=2711972>.
- Connor, J. M. et R. H. Lande (2012), Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays, *Cardozo Law Review*, vol. 34, p. 427.
- Dargaud, E., A. Mantovani et C. Reggiani (2016), Cartel Punishment and The Distortive Effects of Fines, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 12, n° 2, p. 375.
- Commission européenne (2012), *Written Observations in case No. 5285, Tessenderlo Chemie NV v the Belgian State* (8 mars 2012), http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2012_tessenderlo_en.pdf.
- Foer, A. A. (2010), Enhancing Competition Through the Cy Pres Remedy, *Antitrust*, vol. 24, n° 2, p. 86.
- Forrester, I. (2011), A Challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition Cases, *European Law Review*, vol. 36, p. 185.
- Geradin, D. (2011), *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, Document de synthèse du TILEC n° 2011-052 (3 octobre 2011), <https://ssrn.com/abstract=1937582>.
- Ginsburg, D. H. et J. D. Wright (2010), Antitrust Sanctions, *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, p. 3.

- Ginsburg, D. H. et J. D. Wright (2013), Antitrust Courts: Specialists Versus Generalists, *Fordham International Law Journal*, vol. 36, p. 788.
- Hammond, S. D. (2012), Remarques communiquées à l'occasion de l'atelier sur les ententes internationales de l'ABA/IBA, Table ronde sur les ententes du GCR, *Global Competition Review*, vol. 15, n° 4, p. 18.
- Harper, I. (2015), *Competition Policy Review: Final Report* (mars 2015), http://competitionpolicyreview.gov.au/files/2015/03/Competition-policy-review-report_online.pdf.
- RIC (2008), *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*, Rapport présenté à la 7^e conférence annuelle du RIC, Kyoto, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>.
- RIC (2015), *Guidance on Investigative Process*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1028.pdf>.
- Lever, J. (2007), *Whether, and If So How, the EC Commission's 2006 Guidelines on Setting Fines for Infringements of Articles 81 and 82 of the EC Treaty are Fairly Subject to Serious Criticism*, BDI Law and Public Procurement, http://bdi.eu/media/presse/publikationen/Publikation_BDI_Gutachten_Opinion_zu_EU_Bussgeldleitlinien.pdf.
- Lianos, I. et al. (2014), *An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: A Comparative Analysis*, CLES Research paper series 3/2014, Faculté de droit de l'UCL : Londres, <https://ssrn.com/abstract=2542991>.
- OFT (2009), *An Assessment of Discretionary Penalties Regimes: Final Report*, <http://londoneconomics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/30-An-assessment-of-the-UK-Discretionary-Penalties-Regime.pdf>.
- Page, W. (2015), Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis, in R. Blair & D. Sokol (dir. pub), *The Oxford Handbooks of International Antitrust Economics*, vol. 1.
- Parker, J. S. (1989), Criminal Sentencing Policy for Organizations: The Unifying Approach of Optimal Penalties, *American Criminal Law Review*, vol. 26, p. 513.
- Ritzenhoff, L. (2015), Indirect Effect: Fine Calculation, Territorial Jurisdiction, and Double Jeopardy, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, n° 10, p. 691.
- Snyder, B. (2015), *Leniency in Multi-Jurisdictional Investigations: Too Much of a Good Thing? Remarks as Prepared for Delivery at the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust* (8 juin 2015), <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/06/30/315474.pdf>.
- United States Department of Treasury (2015), *General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2016 Revenue Proposals*, <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/General-Explanations-FY2016.pdf>.
- Wils, W. P. J. (2006), Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice, *World Competition*, vol. 29, p. 183.
- Wils, W. P. J. (2016), Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future, *World Competition*, vol. 40, (à paraître 2017), <https://ssrn.com/abstract=2865728>.