

**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 référence du Secrétariat

-- Session IV --

1-2 décembre 2016

Le présent document est une note de référence rédigée par le Secrétariat de l'OCDE 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 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].

JT03405833

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte 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 SANCTIONS EN CAS D'INFRACTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE

-- Note de référence du Secrétariat * --

Extrait

Ces dernières décennies, les autorités de la concurrence ont imposé des amendes importantes en cas d'infraction au droit de la concurrence. Pour fixer les amendes, on a pu observer qu'elles suivent toutes les mêmes étapes : (i) la détermination de l'amende de base ; (ii) la modulation de l'amende de base (notamment en tenant compte des circonstances atténuantes ou aggravantes) ; (iii) les comparaisons de l'amende calculée par rapport au plafond fixé et (iv) les considérations liées aux programmes de clémence. La plupart des autorités de la concurrence se servent du chiffre d'affaires lié à l'infraction (« le chiffre d'affaires concerné ») comme base de calcul des amendes alors que d'autres calculent l'amende de base à imposer à partir du chiffre d'affaires global. Pour déterminer le montant des amendes, la majorité d'entre elles tiennent compte des circonstances aggravantes ou atténuantes, telles que : la récidive ; le rôle joué par l'entreprise dans la commission de l'infraction ; la coopération avec les autorités chargées des enquêtes ; et la présence d'un programme de conformité. Nombre de pays ont plafonné le montant des amendes par souci de proportionnalité et pour éviter les faillites. Les autorités de la concurrence sont souvent confrontées à plusieurs difficultés comme celle tenant à la détermination de la responsabilité de la société-mère.

Certaines autorités de la concurrence considèrent que la condamnation d'entreprises à des amendes peut ne pas suffire à dissuader celles-ci de commettre une infraction et appliquent, en conséquence, d'autres formes de sanction, qui peuvent être diverses : sanctions pénales, incapacité prononcée à l'encontre des dirigeants de l'entreprise, publicité du jugement, interdiction de participer à des appels d'offres publics. Pour plusieurs pays, les sanctions pénales, notamment les peines d'emprisonnement, constituent la sanction la plus efficace. Cela étant, dans de nombreux pays, ce type de sanctions est rarement appliqué à des personnes physiques, pour diverses raisons, par exemple lorsque ces sanctions ne sont pas admises par les normes sociales. Prononcer l'interdiction d'exercer d'un dirigeant revient à imposer une sanction civile ou administrative contre un individu tout en évitant la complexité d'un procès pénal et les incertitudes qui l'entourent. Néanmoins, cette sanction a plusieurs inconvénients : son effet dissuasif peut notamment dépendre du fait que le dirigeant condamné est plus ou moins proche de la retraite. Le fait d'interdire à une entreprise de prendre part à de futurs appels d'offres, particulièrement dans le cadre de marchés publics, peut constituer une sanction efficace, en raison de son impact sur le chiffre d'affaires des entreprises. Il n'empêche que les observateurs ont exprimé des préoccupations sur sa compatibilité avec l'existence d'un programme de clémence.

*

La présente note de référence a été rédigée par M. Semin Park, Division de la concurrence de l'OCDE, qui a tenu compte des observations de MM. Sean Ennis et Antonio Capobianco, Division de la concurrence de l'OCDE.

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction.....	5
2.	Comportements anticoncurrentiels passibles d’amendes et personnes condamnées à une amende..	7
2.1	Amendes imposées en cas d’abus de position dominante et de participation à une entente	7
2.2	Imposition d’amendes aux personnes physiques et morales	9
3.	Objectifs visés par les amendes.....	10
4.	Étapes du processus de fixation du montant des amendes	11
4.1	Calcul du montant de base de l’amende	12
4.2	Modulation de l'amende de base : circonstances aggravantes et atténuantes	16
4.3	Plafonnement légal du montant des amendes.....	21
4.4	Incapacité de payer	24
4.5	Interactions avec les programmes de clémence.....	26
5.	Problèmes pratiques posés par la fixation des amendes.....	26
5.1	Responsabilité de la société-mère.....	26
5.2	Calcul des amendes dans le cas d’entreprises intégrées verticalement et de ventes à l’étranger..	28
5.3	Effet suspensif du contrôle juridictionnel.....	30
5.4	Recouvrement des amendes.....	31
5.5	Condamnation d’associations commerciales à des amendes.....	32
6.	Autres solutions	33
6.1	Sanctions à l’encontre de personnes physiques	33
6.2	Sanctions pénales.....	33
6.3	Interdiction d’exercer	35
6.4	Publication du jugement	37
6.5	Exclusion des auteurs de soumissions concertées	38
7.	Conclusion	39
	Bibliographie	41
	Annexe. Renseignements sur les sanctions antitrust dans les autorités de la concurrence.....	45
	Notes de fin de document	50

Tableaux

Tableau 1. Affaires d’abus de position dominante dans quelques pays	7
Tableau 2. Amendes imposées à des ententes par an et par continent de 2004 à 2015 (en millions USD)	8
Tableau 3. Montant de base maximum des amendes	14
Tableau 4. Circonstances aggravantes et atténuantes.....	17
Tableau 5. Plafonds des amendes en fonction du type de contrevenant dans certaines juridictions	22

Encadrés

Encadré 1. Évolutions survenues ces 10 dernières années s’agissant des amendes imposées pour sanctionner des ententes dans des pays récemment dotés d’une autorité de la concurrence9

Encadré 2. Notion de « chiffre d’affaires concerné » dans quelques pays ou territoires donnés.....12

Encadré 3. Le chiffre d’affaires concerné, base de calcul des amendes infligées aux participants aux ententes en Inde13

Encadré 4. Durée de la participation à l’infraction dans un certain nombre de pays ou territoires13

Encadré 5. Prise en compte du rôle de l’entreprise dans l’infraction dans certaines juridictions18

Encadré 6. Prise en compte de la coopération avec les autorités chargées de mener les enquêtes dans certaines juridictions19

Encadré 7. Évolution du plafonnement des majorations en Corée23

Encadré 8. Droit allemand de la concurrence : le montant maximum de l’amende est limité à 10 % du chiffre d’affaires global.....24

Encadré 9. Traitement des demandes relatives à l’incapacité de payer dans certaines juridictions25

Encadré 10. Responsabilité de la société-mère dans un certain nombre de pays ou territoires27

Encadré 11. Récidive dans le contexte de la responsabilité de la société-mère au sein de l’Union européenne28

Encadré 12. Calcul de l’amende dans le cas de sociétés multinationales intégrées au sein de l’Union européenne29

Encadré 13. Effet suspensif du contrôle juridictionnel dans un certain nombre de pays ou territoires30

Encadré 14. Mesures visant à renforcer l’application de la législation en matière de concurrence, prises à l’encontre d’associations commerciales dans un certain nombre de pays ou territoires.....32

Encadré 15. Exposé du régime d’interdiction d’exercer au Royaume-Uni36

Encadré 16. Développements récents dans un certain nombre de pays ou territoires36

Encadré 17. Régimes d’exclusion dans un certain nombre de pays ou territoires38

1. Introduction

35. Les contrevenants au droit de la concurrence sont souvent condamnés à des amendes (dans le cadre de procédures civile, administrative ou pénale)¹. Ces amendes représentent un coût pour les personnes morales ou physiques qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles illicites. Les amendes jouent un rôle dissuasif en rendant les pratiques anticoncurrentielles moins lucratives. Les infractions aux règles de la concurrence peuvent rapporter gros aux contrevenants, à condition de ne pas se faire prendre. De fait, une entreprise ayant pour seul objectif de maximiser ses bénéfices ne se mettra pas en infraction si les sanctions pécuniaires prévisibles sont plus lourdes que les gains illicites qu'elle espère en tirer. Certaines autorités de la concurrence considèrent que la condamnation d'entreprises à des amendes peut ne pas suffire à dissuader celles-ci de commettre une infraction et appliquent, en conséquence, d'autres formes de sanction qui peuvent être diverses : sanctions pénales, incapacité prononcée à l'encontre des dirigeants de l'entreprise, publication du jugement ou interdiction de participer à des appels d'offres publics. Néanmoins, certains observateurs s'interrogent sur l'efficacité de ces autres sanctions. Il est donc de plus en plus nécessaire d'analyser les régimes de sanctions actuellement en vigueur adoptés par les différents pays afin de condamner les infractions au droit de la concurrence afin d'en déterminer le pouvoir dissuasif.

36. La présente note s'articule comme suit : dans une première partie sera présenté le mode de calcul du montant de base de l'amende, qui dépend en général d'un pourcentage du chiffre d'affaires, de la valeur des ventes ou du volume des ventes concernées. Dans la seconde partie, on étudiera dans quelle mesure les pays modulent plus ou moins l'amende de base en fonction des circonstances atténuantes ou aggravantes. Les difficultés généralement rencontrées par les autorités de la concurrence pour recouvrer les amendes, qui tiennent généralement au processus de détermination de l'amende, sont ensuite analysées. Enfin, les différents types de sanctions et leurs avantages et inconvénients respectifs sont passés en revue.

37. Les principales conclusions de la présente note peuvent être récapitulées de la manière suivante :

- La plupart des autorités de la concurrence poursuivent un ou plusieurs objectifs lorsqu'elles établissent leur barème de sanctions : la dissuasion, la punition, la restitution ou la réparation. Le mode de fixation des amendes peut diverger selon la priorité qu'elles accordent à ces différents objectifs.
- Nombre d'autorités de la concurrence suivent différentes étapes pour fixer les amendes : (i) la détermination du montant de base de l'amende ; (ii) la modulation du montant de base (en tenant compte des circonstances atténuantes ou aggravantes) ; (iii) les comparaisons de l'amende calculée par rapport au plafond fixé et (iv) les considérations liées aux programmes de clémence.
- Pour calculer les amendes, la plupart des autorités de la concurrence se servent du chiffre d'affaires concerné, qui est selon elles représentatif du gain illicite tiré de l'infraction, alors que d'autres s'appuient sur le chiffre d'affaires global.
- Pour calculer le montant des amendes, la majorité des autorités de la concurrence tiennent compte des circonstances aggravantes ou atténuantes. Font partie des circonstances généralement prises en considération la récidive, le rôle joué par l'entreprise lors de la commission de l'infraction, la coopération avec les autorités chargées de mener les enquêtes et la présence d'un programme de conformité. S'il est généralement admis qu'il convient d'alourdir les amendes en cas de récidive, cette notion même peut être difficile à définir. Par ailleurs, dans certains cas, la prise en compte, comme circonstance aggravante, du rôle joué par l'entreprise dans l'infraction peut produire des effets inattendus. Enfin, si certains pays consentent un allègement de l'amende

dès lors que l'entreprise contrevenante est dotée d'un programme de conformité, pour d'autres, une telle disposition ne saurait être envisageable.

- Un certain nombre de pays ont plafonné les amendes qui peuvent être imposées aux entreprises par souci de proportionnalité et pour éviter les faillites. La plupart des amendes prennent la forme d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé dans le monde entier alors que d'autres utilisent un pourcentage du chiffre d'affaires lié à l'infraction (« le chiffre d'affaires concerné »). Dans certains pays, le plafond fixé ne correspond pas à un pourcentage du chiffre d'affaires mondial mais à une amende maximale.
- Les autorités de la concurrence sont généralement confrontées à plusieurs difficultés : (i) la détermination de la responsabilité de la société-mère; (ii) le calcul des amendes dans le cas des entreprises verticalement intégrées et de ventes à l'étranger ; (iii) l'effet suspensif du contrôle juridictionnel ; (iv) le recouvrement effectif des amendes et (v) la condamnation des associations commerciales à des amendes.
- Un certain nombre d'autorités de la concurrence impose d'autres formes de sanctions que les amendes frappant les personnes morales. Celles-ci peuvent être diverses : (i) sanctions pénales ; (ii) incapacité prononcée à l'encontre des dirigeants de l'entreprise ; (iii) publicité du jugement et (iv) exclusion des entreprises ayant participé à des soumissions concertés. Ces autres sanctions peuvent avoir un effet dissuasif important.
 - Pour plusieurs pays, les sanctions pénales, notamment les peines d'emprisonnement, constituent la sanction la plus efficace dans la mesure où elle peut avoir pour effet d'homogénéiser les incitations motivant les personnes physiques, résultat qu'il n'est pas possible d'obtenir au moyen des amendes visant les personnes morales. Cela étant, dans de nombreux pays, les personnes physiques sont rarement condamnées à ce type de sanctions pour plusieurs raisons : (i) un pays peut estimer que ces sanctions pénales sont incompatibles avec ses valeurs et ses normes sociales ; (ii) il est difficile de réunir des éléments probants permettant l'aboutissement d'un procès pénal car la norme de preuve au niveau pénal est beaucoup plus élevée que dans le contexte civil ; (iii) le coût des sanctions pénales, en particulier celui des peines d'emprisonnement, peut être élevé non seulement dans la mesure où, pendant qu'elles purgent leur peine, les personnes incarcérées ne peuvent contribuer à la bonne marche de la société et de l'économie mais aussi en raison de la condamnation de personnes innocentes (emprisonnements injustifiés).
 - Prononcer l'interdiction d'exercer d'un dirigeant revient à imposer une sanction civile ou administrative contre un individu tout en évitant la complexité d'un procès pénal et les incertitudes qui l'entourent. Malgré cela, l'interdiction d'exercer suscite certaines critiques : (i) son effet dissuasif peut notamment dépendre du fait que le dirigeant condamné est plus ou moins proche de la retraite ; (ii) l'entreprise pourrait lui confier d'autres tâches et (iii) seuls les dirigeants de l'entreprise et non les salariés de celle-ci ayant directement pris part à l'entente encourent cette sanction.
 - Le fait d'interdire à une entreprise de prendre part à de futurs appels d'offres, particulièrement dans le cadre de marchés publics, peut constituer une forme de sanction efficace, en raison de son impact sur le chiffre d'affaires des entreprises. En revanche, cette pratique soulève les questions suivantes : (i) comment articuler un programme de clémence avec une telle interdiction ; (ii) l'exclusion accroît-elle les risques de soumission concertée dans les marchés où les fournisseurs potentiels sont rares et (iii) quelle est la durée de cette sanction et à quel marché s'applique-t-elle ?

2. Comportements anticoncurrentiels passibles d'amendes et personnes condamnées à une amende

2.1 Amendes imposées en cas d'abus de position dominante et de participation à une entente

38. Le droit de la concurrence proscrit les ententes et les abus de position dominante² et les autorités de la concurrence imposent généralement des amendes aux entreprises contrevenantes. Cela étant, dans un grand pays au moins, les amendes visent principalement, sinon exclusivement, les ententes³.

39. Dans le passé, les affaires d'abus de position dominante dans les pays dotés depuis peu d'une autorité de la concurrence étaient relativement rares. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. Comme on le voit dans le tableau 1, les autorités de la concurrence de création récente n'ont pas ménagé leurs efforts pour faire respecter le droit en cas d'abus de position dominante. Dans les pays dotés depuis peu d'une autorité de la concurrence, la majorité des affaires se rapportent aux marchés d'infrastructures comme les télécommunications, l'acier et le raffinage du pétrole dans lesquels d'anciennes entreprises publiques ou des entreprises publiques toujours en activité occupent généralement une position dominante. Les autorités de la concurrence de ces pays semblent s'efforcer activement de promouvoir la concurrence sur des marchés récemment libéralisés en facilitant l'entrée sur le marché. Étant donné la taille des entreprises de ces secteurs, les amendes infligées à celles qui étaient auparavant en situation de monopole sont souvent très élevées en raison, de plus, de la gravité du comportement anticoncurrentiel. Cela étant, comparativement aux affaires relatives à des ententes, les autorités de la concurrence de création récente sont toujours confrontées à de grandes difficultés du fait de la charge de la preuve élevée qui est exigée d'elles dans les affaires d'abus de position dominante⁴.

Tableau 1. Affaires d'abus de position dominante dans quelques pays

Pays ou territoire	Exemple d'affaire récente ayant eu un fort retentissement (montant initial de l'amende susceptible de faire l'objet d'un appel)/Secteur d'activité
Afrique du Sud	Affaire <i>Mittal Steel</i> (2007), 691.8 millions ZAR (100 millions USD) / acier
Allemagne	Affaire <i>RTL et Pro7/Sat1</i> (2007), 216 millions EUR (environ 237.6 millions USD) / entreprises de télévision privées
Belgique	Affaire <i>Proximus</i> (2009), 66.3 millions EUR (92.6 millions USD) / télécommunications mobiles
Brésil	Affaire <i>AmBev</i> (2009), 352 millions BRL (environ 160 millions USD) / brasseries
Canada	Affaire <i>Reliance</i> (2015), 5 millions CAD (environ 3.8 millions USD) /fourniture de chauffe-eau au gaz naturel
Chili	<i>MVO case</i> (2010), 8.1 millions USD / télécommunications mobiles
Chine (République populaire de)	Affaire <i>Qualcomm</i> (2015), 6.08 milliards CNY (975 millions USD) / équipements de télécommunications
Colombie	Affaire <i>Claro</i> (2013), 88 milliards COP (45.2 millions USD) / télécommunications
Corée	Affaire <i>Qualcomm</i> (2009), 273.2 milliards KRW (227.6 millions USD) / équipements de télécommunications
Équateur⁵	Affaire <i>Claro</i> (2014), 138 millions USD / télécommunications
Espagne	Affaire <i>Telefonica, Vodafone et Orange</i> (2012), 119.9 millions EUR (159 millions USD) / télécommunications mobiles
États-Unis	-
Finlande	Affaire <i>Valio Oy</i> (2012), 70 millions EUR (environ 7.7 millions USD) / production en gros de lait frais
France	Affaire <i>Orange</i> (2015), 350 millions EUR (380 millions USD) / télécommunications mobiles
Hongrie	Affaire <i>Auchan</i> (2015), 1.1 milliard HUF (3.85 millions USD) / grande distribution
Inde	Affaire <i>Honda Siel Cars</i> (2014), 25.4 milliards INR (environ 420 millions USD) / fabricants automobiles

Indonésie	Affaire <i>BRI</i> (2015), 57 milliards IDR (4 397 983 USD) / banque
Italie⁶	Affaire <i>Telecom Italia</i> (2013), 103.8 millions EUR (environ 114 millions USD) / télécommunications
Japon	-
Malaisie	Affaire <i>My EG Services Bhd⁷</i> (2015), 307 200 RM (environ 76 800 USD) / commerce électronique
Norvège	-
Portugal	Affaire <i>Associação Nacional das Farmácias</i> (2015), 10.34 millions EUR (environ 11.58 millions USD) / données pharmaceutiques
Roumanie	Affaire <i>Orange et Vodafone</i> (2011), 63.1 millions EUR (environ 69.4 millions USD) / télécommunications mobiles
Royaume-Uni	Affaire <i>Reckitt Benckiser</i> (2011), 10.2 millions GBP (environ 13.5 millions USD) / biens de consommation
Russie	Affaire <i>Lukoil</i> (2009), 500 millions USD ⁸ / production de pétrole
Singapour	Affaire <i>STSiC</i> (2010), 989 000 SGD (environ 73 180 USD) / services de billetterie en ligne
Slovénie	Affaire <i>Pro Plus</i> (2013), 4 994 491 EUR (environ 5 483 940 USD) / multimédia
Suisse	Affaire <i>Swisscom</i> (2009), 219 millions CHF (216 millions USD) / télécommunications
Turquie	Affaire <i>Tupras</i> (2014), 412 millions TRY (185 millions USD) / raffineries de pétrole
UE	Affaire <i>Intel</i> (2009), 1.06 milliards EUR (environ 1.45 milliards USD) / puces semi-conductrices
Ukraine	Affaire <i>State Concern Ukrspirt</i> (2012), environ 25 millions USD / alcool éthylique

40. Même si les autorités de la concurrence imposent des amendes aux entreprises exerçant un abus de position dominante, ce sont de loin les participants aux ententes qu'elles sanctionnent le plus sanctionnés par ce moyen. Au cours des derniers temps, certaines autorités de la concurrence de création récente ont très vite lancé l'offensive pour condamner les ententes en imposant des amendes. En outre, elles ont appliqué le droit de la concurrence interne non seulement pour sanctionner des ententes formées exclusivement dans leur pays mais également des ententes internationales, suivant en cela la voie empruntée par leurs homologues en place depuis plus longtemps⁹. Pour détecter les ententes internationales et imposer des amendes aux entreprises qui les forment, un régime efficace de répression des ententes doit être en place en raison du montant élevé des amendes et des appels intentés par les entreprises pour contester devant les tribunaux les décisions rendues par les autorités de la concurrence. Pour ce qui est du calcul du montant des amendes, 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 amendes. Ainsi, en juin 2016, la Commission nationale pour la Réforme et le Développement de la République populaire de Chine (ci-après « la Chine ») a publié un projet de lignes directrices pour définir des modalités précises et transparentes de détermination des peines. L'encadré 1 ci-après présente succinctement les évolutions survenues ces 10 dernières années s'agissant des amendes imposées afin de sanctionner des ententes dans un certain nombre de pays récemment dotés d'une autorité de la concurrence.

Tableau 2. Amendes imposées à des ententes par an et par continent de 2004 à 2015 (en millions USD)

Continent	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Total
Amérique du Nord	863	4306	1802	1036	2553	493	1733	602	6707	518	8181	783	29577
Amérique latine	1	366	228	76	20	46	1855	-	-	6	1421	316	4335
Asie	1	387	45	260	89	741	302	1035	1678	834	904	268	6544
Europe	1716	2461	4995	6529	5146	5248	2395	4061	7792	836	5814	2147	49140
Autres régions*	-	-	766	38	346	269	-	241	971	-	380	-	3011
Total	2581	7520	7836	7939	8154	6797	6285	5939	17148	2194	16700	3514	92607

Source : Private International Cartels spreadsheet, John M. Connor (juillet 2016). * Les autres régions couvrent les amendes imposées par plusieurs pays à des entreprises participant à des ententes et que nous n'avons pas été en mesure d'attribuer avec précision à chacun des pays en question.

Encadré 1. Évolutions survenues ces 10 dernières années s'agissant des amendes imposées pour sanctionner des ententes dans des pays récemment dotés d'une autorité de la concurrence

Brésil – En 2014, l'autorité de la concurrence brésilienne a condamné six cimentiers à verser une amende cumulée de 3.1 milliards BRL (1.4 milliard USD) et à céder certains de leurs actifs pour avoir, selon elle, formé une entente sur les prix pendant vingt ans.

Chine – La Commission nationale chinoise pour la Réforme et le Développement a infligé, en 2004, à des équipementiers automobiles une amende cumulée de 1.235 milliards CNY (201 millions USD) pour entente sur les prix. L'amende la plus élevée – de 290.4 million CNY – a représenté 6 % du chiffre annuel réalisé en Chine par l'entreprise concernée. Aucune amende n'a été infligée à deux de ces entreprises qui avaient coopéré à l'enquête en fournissant des preuves.

Colombie – En 2015, l'Autorité de la concurrence colombienne (*Superintendencia de Industria y Comercio*) a rendu une décision imposant une amende cumulée de 320 000 million COP (94.11 millions USD) à un groupe de 14 entreprises sucrières, dont faisaient partie une association et deux entreprises chargées de la distribution et de la commercialisation de sucre ayant fait office d'intermédiaires dans le cadre de l'entente.

Indonésie – En avril 2016, la Commission indonésienne de contrôle de la concurrence entre les entreprises (KPPU) a condamné 32 entreprises d'importation de bétail et de la filière bovine à s'acquitter d'une amende de 107 milliards IDR au total (environ USD 8.1 millions) pour s'être entendues en vue de suspendre la livraison de bœufs et d'augmenter les prix.

Singapour – En 2014, la Commission de la concurrence de Singapour (CCS) a imposé une amende de 7.4 millions USD à trois fabricants de roulements à billes qui avaient formé une entente. La décision de la CCS est allée dans le même sens que celles rendues contre ces entreprises dans des affaires antérieures intentées par la Commission européenne et le ministère américain de la Justice.

Taipei chinois – En 2013, l'autorité de la concurrence (*Fair Trade Commission*) du Taipei chinois a infligé une amende record de quelque 210.5 millions USD à neuf entreprises d'électricité pour entente sur les prix. C'est la première fois que la Commission a imposé l'amende maximale autorisée par ses lignes directrices relatives au calcul des amendes – à savoir une amende s'élevant à 10 % du chiffre d'affaires réalisé au Taipei chinois au cours de l'exercice précédent.

41. Selon Heimler et Mehta, lorsque les principes de dissuasion sont définis en tant qu'objectif des amendes imposées aux ententes et aux abus de position dominante, le niveau optimal de l'amende dans le cas des ententes doit être plus élevé, en pourcentage du chiffre d'affaires, qu'en cas d'abus de position dominante¹⁰. D'après eux, les abus de position dominante ne pouvant être dissimulés dans la pratique – ce qui rend leur détection beaucoup plus probable – le niveau des amendes imposées aux entreprises contrevenantes devraient être nettement plus faible. Ils avancent également que les entreprises occupant une position dominante peuvent plus facilement augmenter leur prix et sont donc d'autant plus incitées à répercuter l'amende dont elles seraient redevables sur les consommateurs. Dans la pratique, si bon nombre d'autorités de la concurrence fixent une seule et même amende de base, d'autres en appliquent une différente selon qu'elle doit s'appliquer à une entente ou à un abus de position dominante. En Turquie, l'amende de base dont sont passibles les ententes, qui est comprise entre 2 % et 4 % du chiffre d'affaires global, est plus élevée que celles prévues pour les autres infractions¹¹. Au Japon, s'agissant des petites et moyennes entreprises, le taux de l'amende prévu pour les ententes est supérieur à celui fixé en cas de monopolisation privée¹².

2.2 *Imposition d'amendes aux personnes physiques et morales*

42. Le droit de la concurrence de la plupart des pays confère aux autorités de la concurrence ou aux tribunaux le pouvoir d'imposer des amendes aux entreprises qui commettent des infractions au droit de la concurrence. Le terme « entreprise » est relativement large et englobe les personnes morales mais aussi les personnes physiques. Ainsi, dans l'UE, la notion d'entreprise désigne toute entité exerçant une activité

économique, indépendamment du statut juridique de cette entité, même si cette unité est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales¹³.

43. Dans plusieurs pays, les autorités ou les tribunaux peuvent également condamner à une amende les personnes physiques ayant commis l'infraction en plus de celle imposée à l'entreprise. Cette approche se justifie par le fait que les amendes imposées aux seules personnes morales ne suffisent pas à assurer une dissuasion optimale¹⁴. Les entreprises se livrent à des pratiques anticoncurrentielles par l'intermédiaire des agissements de leurs salariés ou de leurs dirigeants qui sont des personnes physiques. On pourrait faire valoir que les amendes infligées à des personnes physiques sont susceptibles d'être plus efficaces que celles imposées aux entreprises qui peuvent être à l'origine d'un problème d'agence¹⁵. Dans cette optique, Geradin fait observer que même si les entreprises sont frappées d'amendes, aussi lourdes soient-elles, cela ne peut dissuader leurs dirigeants ou leurs salariés de participer à une entente, en particulier lorsque la rémunération des salariés est liée à leurs résultats¹⁶.

44. Si les amendes infligées aux personnes physiques peuvent avoir des effets stigmatisants en raison de l'atteinte à la crédibilité et à la position sociale qui en découle, leur impact peut néanmoins être limité pour plusieurs raisons. Premièrement, les entreprises peuvent reverser à leurs salariés ou dirigeants le montant des amendes que ceux-ci ont acquittées, ce qui atténue amplement l'effet de dissuasion de cette sanction¹⁷. Même si toute indemnisation est proscrite par la loi, les entreprises peuvent trouver d'autres moyens légaux de réparer la perte encourue par leurs salariés. Cela étant, lorsque des salariés prennent part à des pratiques anticoncurrentielles à l'insu de la direction, ils ne peuvent guère s'attendre, dès lors qu'ils en ont enfreint le règlement, à une quelconque indemnisation de la part de leur entreprise. Deuxièmement, il peut être plus difficile de déterminer le niveau optimal de l'amende pour les personnes physiques que pour les personnes morales étant donné de la différence importante de méthodologie employée pour calculer les amendes applicables aux personnes physiques¹⁸. S'il est très élevé pour assurer le niveau de dissuasion approprié, le montant de l'amende pourrait alors excéder la capacité des personnes physique à s'en acquitter¹⁹. En outre, une amende assurant un niveau de dissuasion optimal pourrait être disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction commise.

3. Objectifs visés par les amendes

45. La plupart des autorités de la concurrence poursuivent un ou plusieurs objectifs lorsqu'elles établissent leur barème de sanctions : la dissuasion, la punition, la restitution ou la réparation. Si certaines peuvent accorder plus d'importance à un objectif qu'à un autre, ces objectifs ne s'excluent pas pour autant les uns les autres. Ainsi, la plupart des pays ont indiqué que l'imposition d'amendes vise à dissuader les entreprises contrevenantes à récidiver et les autres à participer à une pratique anticoncurrentielle. Dans le même temps, pour de nombreux pays, l'objectif visé est punitif alors que pour d'autres il s'agit avant tout de recouvrer les gains illicites tirés du comportement anticoncurrentiel²⁰.

46. Le mode de calcul des amendes peut varier selon la priorité qu'elles accordent à ces différents objectifs. Selon la Commission européenne, les amendes sont conçues, en dernière analyse, à des fins de prévention et doivent donc remplir également les objectifs de punition et de dissuasion qui sont les leurs²¹. Il s'ensuit que les amendes ne doivent pas seulement sanctionner des agissements passés mais également dissuader l'entreprise visée, et toutes les autres, de se livrer à l'avenir à des pratiques anticoncurrentielles. À cette fin, il doit être possible de relever le niveau des amendes pour assurer que leur effet de dissuasion est suffisant et que les contrevenants qui ont conclu entre eux des accords illicites devront s'acquitter d'amendes plus lourdes. Pour cela, les Lignes directrices pour le calcul des amendes, élaborées en 2006 par la Commission européenne introduisent la notion de « droit d'entrée », à savoir la majoration du montant de base de l'amende en y ajoutant une somme comprise entre 15 % et 25 % de la valeur des ventes concernées par l'infraction, indépendamment de la durée de la participation d'une entreprise à l'infraction²². Selon les Lignes directrices, ce droit d'entrée sera appliqué en cas d'ententes et pourra l'être à diverses autres infractions aux règles de concurrence.

47. Au Japon, l'imposition d'amendes visait au départ à recouvrer les bénéfices illicites tirés par les entreprises d'un comportement anticoncurrentiel. À cette fin, les taux de pénalité sont calculés à partir des taux de rentabilité moyens à long terme pour chaque catégorie d'entreprise (grandes entreprises ou PME) et type d'activité (producteurs, détaillants ou grossistes). La somme des biens et services vendus en rapport avec une entente, multipliée par les taux de pénalité, représenterait pour l'État un gain économique découlant des ententes²³. De plus, pour renforcer l'effet de dissuasion, la JFTC a majoré les taux de pénalité à la suite d'une modification apportée en 2005 à la Loi anti-monopole. Ces taux ont ainsi été portés de 6 % à 10 % pour les (grandes entreprises) de production. Le montant obtenu après cette majoration étant susceptible d'être supérieur aux gains illicites, l'amende infligée est dès lors de nature à dissuader la participation à une entente²⁴. Malgré cela, l'objectif visé n'a jamais été punitif. Seules les sanctions pénales pouvant revêtir un caractère punitif dans le système juridique japonais, les amendes doivent servir d'autres objectifs en cas de recours en justice s'appuyant sur l'argument d'une double incrimination²⁵.

48. Au Canada, les sanctions administratives pécuniaires infligées en cas d'abus de position dominante sont destinées à servir de moyen de dissuasion et non de punition ou de pénalité²⁶. La Loi sur la concurrence dispose que cette sanction a pour objet d'encourager la personne visée par l'ordonnance à adopter des pratiques compatibles avec les objectifs [des dispositions relatives aux abus de position dominante] et non à la punir. » À cette fin, pour déterminer le montant de la sanction administrative pécuniaire, les tribunaux doivent tenir compte des éléments suivants : l'effet sur la concurrence sur le marché pertinent et le revenu brut provenant des ventes sur lesquelles la pratique a eu une incidence, notamment²⁷.

49. Au Chili, les amendes infligées en cas d'infraction aux règles de la concurrence par le TDLC (*Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*) ont, en première intention, une vocation punitive. À cet égard, la gravité du comportement et la récidive sont prises en compte pour calculer le montant des amendes. Le second objectif visé est le recouvrement des gains illicites (restitution) qui impose de tenir compte de l'avantage économique tiré de la commission de l'infraction. L'effet de dissuasion éventuel est considéré comme le troisième objectif visé par les amendes infligées en cas d'infraction aux règles de concurrence²⁸.

50. Au Pérou, deux autorités de la concurrence, la Commission pour la défense de la libre concurrence et le Tribunal spécial pour la défense de la libre concurrence peuvent imposer aux entreprises des amendes en cas d'infraction aux règles de concurrence pour les dissuader de se livrer à l'avenir à des agissements illicites tout en leur imposant des mesures ayant pour objet de restaurer le processus concurrentiel (objectif de réparation)²⁹. Pour garantir l'effet de dissuasion des amendes, celles-ci sont calculées selon les étapes suivantes : 1) la détermination du montant de base de l'amende ; 2) l'application de critères de modulation ; 3) l'application du plafond légal si cela est nécessaire et 4) la réduction de l'amende faisant suite à une demande d'exemption de la sanction (programme de clémence)³⁰.

51. En Afrique du Sud, les sanctions administratives visent principalement la dissuasion. Elles ont pour but de dissuader les entreprises qui se sont livrées à des agissements anticoncurrentiels de récidiver et de décourager de manière générale les autres entreprises d'envisager de participer à des pratiques de cette nature. À cette fin, la Commission de la concurrence a publié des Lignes directrices reposant sur un test en six étapes. Selon ce document, la Commission peut imputer à une société-holding la responsabilité des actes commis par ses filiales en infraction à la loi, disposition de nature à dissuader les entreprises à se livrer à des pratiques anticoncurrentielles.

4. Étapes du processus de fixation du montant des amendes

52. Les grandes étapes du processus de fixation du montant des amendes dans les différents pays sont schématiquement les suivantes : (i) la détermination du montant de base de l'amende; (ii) la modulation du montant de base (en tenant compte des circonstances atténuantes et aggravantes) ; (iii) les comparaisons de l'amende calculée par rapport au plafond fixé et (iv) les considérations liées aux programmes de clémence.

4.1 Calcul du montant de base de l'amende

4.1.1 Base de calcul

53. De nombreux pays utilisent le chiffre d'affaires/volume des ventes concerné de l'entreprise comme base de calcul, le considérant comme représentatif du gain illicite tiré du comportement anticoncurrentiel ou du préjudice présumé subi par les consommateurs³¹. Même si ces pays ne recourent pas tous au même montant ou à la même conception du chiffre d'affaires, on peut observer qu'ils se servent de la notion de « chiffre d'affaires concerné » pour calculer le montant de l'amende de base.

Encadré 2. Notion de « chiffre d'affaires concerné » dans quelques pays ou territoires donnés

- En Colombie, pour déterminer le montant de base de l'amende, les autorités commencent par calculer la valeur des ventes réalisées par l'entreprise sur le marché concerné lors de l'exercice au cours duquel elle s'est livrée au comportement incriminé³².
- Dans l'UE, « la valeur des ventes sur le marché pertinent » (appelée « valeur des ventes ») désigne la valeur des ventes de biens ou services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné à l'intérieur du territoire de l'EEE durant la dernière année complète de sa participation à l'infraction.
- En Corée, le « chiffre d'affaires lié à l'infraction » désigne « le chiffre d'affaires réalisé par un entrepreneur qui commet une infraction lors de la vente de biens ou services dans un ou plusieurs domaines de transaction donnés pendant la durée de l'infraction ou le montant correspondant à celle-ci »³³.
- En Allemagne, il s'agit, pour le *Bundeskartellamt* d'« un gain ou d'un préjudice potentiel représentant 10 % du chiffre d'affaires tiré de l'infraction par l'entreprise pendant la durée de participation à l'infraction »³⁴ conformément aux Lignes directrices applicables. Dans cet instrument, le chiffre d'affaires tiré de l'infraction est défini comme suit « le chiffre d'affaires réalisé en Allemagne grâce à la vente de produits ou de services en rapport avec l'infraction pendant la durée de l'infraction »³⁵.
- En Hongrie, le chiffre d'affaires concerné désigne « les ventes nettes réalisées par l'entreprise sur le marché pertinent pendant la durée complète de sa participation à l'infraction ».
- En Malaisie, le « chiffre d'affaires sur le marché concerné » désigne le « chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise pendant la durée de l'infraction ou, si les chiffres ne sont pas disponibles pour l'exercice en question, le chiffre d'affaires de l'exercice précédent »³⁶.
- Au Mexique, les ventes concernées sont le produit tiré de la multiplication de la part de marché de l'entreprise contrevenante et de la durée de la pratique monopolistique ou de la concentration interdite³⁷.
- À Singapour, le chiffre d'affaires concerné désigne, pour la Commission de la concurrence de Singapour (CCS) « le chiffre d'affaires lié à l'infraction généré au cours du dernier exercice de l'entreprise par les activités exercées par l'entreprise à Singapour pour le produit concerné et sur les marchés géographiques concernés »³⁸.
- En République slovaque, le chiffre d'affaires concerné désigne le chiffre d'affaires réalisé grâce à la vente de produits découlant directement de l'infraction aux règles de la concurrence.
- En Afrique du Sud, « le chiffre d'affaires concerné » désigne « le chiffre d'affaires de l'entreprise tiré de la vente de produits ou services réputées avoir été réalisées en rapport avec l'infraction. »
- Au Royaume-Uni, « le chiffre d'affaires concerné » désigne le chiffre d'affaire réalisé par l'entreprise sur le marché de produits et le marché géographique pertinents en rapport avec l'infraction lors du dernier exercice de l'entreprise »³⁹.
- En Ukraine, l'amende doit être calculée au moyen du chiffre d'affaires effectif (où à recevoir) provenant des ventes directement ou indirectement liées à l'infraction.
- Aux États-Unis, aux fins de l'application des *Federal Sentencing Guidelines*, le volume des ventes attribuable à tel ou tel participant à un accord commercial illicite désigne le volume des ventes de biens ou services réalisé par le principal du participant en lien avec l'infraction. Lorsque plusieurs contrevenants ou accords commerciaux illicites sont impliqués, il convient de calculer le volume des ventes de manière cumulative pour déterminer un seul et même niveau d'infraction⁴⁰.

20. Dans d'autres pays comme le Brésil, l'Inde et la Turquie, les autorités utilisent la notion de chiffre d'affaires global⁴¹ comme base de détermination de l'amende. Ils n'en ont cependant pas tous la même définition. Au Brésil, la détermination de l'amende est fonction du chiffre d'affaires brut réalisé par l'entreprise au cours de l'exercice précédant le début de l'enquête⁴². En Turquie, pour le calcul de l'amende est appliqué un taux : a) compris entre 2 % et 4 % pour les ententes et b) et entre 5 % et 3 % pour les autres infractions du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise comptabilisé à la fin de l'exercice précédent la décision définitive. En Inde où le mode de calcul actuel repose sur le chiffre d'affaires total, le chiffre d'affaires concerné pourrait servir de nouvelle base de fixation des amendes applicables aux ententes.

Encadré 3. Le chiffre d'affaires concerné, base de calcul des amendes infligées aux participants aux ententes en Inde

En Inde, le Tribunal d'appel de la concurrence (COMPAT) a rendu plusieurs jugements reconnaissant le chiffre d'affaires concerné comme base de calcul des amendes pour condamner les ententes. La Commission de la concurrence de l'Inde (CCI) a imposé des amendes dont le montant a été calculé à partir du chiffre d'affaires total de l'entreprise. Dans l'affaire *Excel Crop Care Ltd. v Competition Commission of India and Another* en 2013, le COMPAT a confirmé la décision de la CCI sur le fond, mais a modifié le montant de l'amende infligée par la Commission en condamnant l'entreprise contrevenante à verser un amende égale à 9 % du chiffre d'affaires concerné et non de son chiffre d'affaires total. Le COMPAT a fait remarquer qu'« il convient à ce stade de réaffirmer qu'une certaine proportionnalité est nécessaire s'agissant des amendes et que ce principe est inscrit dans plusieurs décisions de la Cour suprême de l'Inde. De manière générale, l'amende doit être proportionnelle au préjudice causé... »⁴³. La décision du COMPAT fait l'objet d'un appel auprès de la Cour suprême indienne.

Dans l'affaire *Hiranandani*, tranchée en 2015, le COMPAT a également soutenu que le montant des amendes devait être calculé à partir du chiffre d'affaires concerné, soulignant que la CCI ne devait pas se fonder, pour fixer le montant des amendes, sur un chiffre d'affaires qui n'est pas directement lié à l'infraction. En 2016, il a enjoint la CCI de revoir sa position sur les amendes qu'elle a infligées à 47 producteurs de GPL pour soumission concertée car elle n'avait pas utilisé le chiffre d'affaires concerné pour déterminer l'amende.

4.1.2 Durée de la participation à l'infraction

21. Pour déterminer le montant de l'amende, la durée de l'infraction est prise en compte dans la plupart des pays. Cette durée peut jouer un rôle pour calculer l'amende car le montant de base de celle-ci est établi en pourcentage du chiffre d'affaires concerné lié à l'infraction, multiplié par la durée de celle-ci. Certains pays estiment en outre que la durée constitue un facteur aggravant ou atténuant qu'ils font entrer en ligne de compte pour moduler le montant de l'amende de base⁴⁴. Cela étant, le mode de calcul peut varier légèrement d'un pays à l'autre.

Encadré 4. Durée de la participation à l'infraction dans un certain nombre de pays ou territoires

- En République tchèque, il existe trois catégories de durée d'un comportement anticoncurrentiel : durée courte (de 0 à 1 an), durée moyenne (de 1 à 10 ans) et longue durée (plus de 10 ans).
- Au Japon, la durée qui peut être prise en compte est limitée à trois ans. Lorsque la durée de l'infraction est supérieure à cette limite maximale, elle est, quoi qu'il en soit, ramenée à trois ans pour le calcul de l'amende.
- Dans l'UE et en Malaisie, le nombre d'années de participation à l'infraction est pris en compte. Cela étant, les périodes de moins d'un semestre sont comptées comme une demi-année et les périodes de plus de six mois mais de moins d'un an sont comptées comme une année complète.
- Dans d'autres pays comme l'Afrique du Sud, la Corée et les États-Unis, la durée de l'infraction est entièrement prise en compte pour déterminer le montant des amendes.

22. La méthodologie de la République tchèque, de l'UE et de la Malaisie peuvent permettre à l'autorité de la concurrence de déterminer plus facilement la date de commencement et la date de fin de l'infraction. En revanche, dans les pays comme l'Afrique du Sud, la Corée et les États-Unis⁴⁵ où elles doivent prendre en compte avec exactitude la durée complète de l'infraction, les autorités peuvent avoir beaucoup de mal à établir la preuve de la date où l'infraction a débuté et celle où elle a pris fin. Dans ces pays, les tribunaux peuvent annuler le montant total de l'amende en cas d'insuffisance des éléments probants présentés à cet effet.

4.1.3 *Mode de calcul : la détermination d'un pourcentage du chiffre d'affaires concerné ou du chiffre d'affaires total*

23. Le montant de base de l'amende est calculé en proportion du chiffre d'affaires concerné qui est fonction de la gravité et de la durée de la participation à l'infraction.

Tableau 3. Montant de base maximum des amendes

Pays ou territoire	% maximum du chiffre d'affaires concerné pris en compte dans le calcul du montant de base de l'amende
Afrique du Sud	10 % du chiffre d'affaires des entreprises provenant d'Afrique du Sud ou qui y est réalisé
Allemagne	30 %
Colombie	30 %
Corée	2 % au plus pour les abus de position dominante (de 1.5 % à 2 % pour les infractions très graves ; de 1 % à 1.5 % pour les infractions graves et de 0.3 % à 1 % pour les infractions moins graves) ; 10 % au plus pour les ententes (de 7 % à 10 % pour les infractions très graves ; de 3 % à 7 pour les infractions graves et de 0.5 % à 3 % pour les infractions moins graves)
États-Unis	20-40 %
Italie	30 %
Japon	Pourcentage établi en fonction de la taille de l'entreprise et de son type d'activité
Mexique	1 500 000 fois le salaire minimum général du District fédéral
Pays-Bas	30 % (10 % au moins pour les infractions moins graves, de 10 % à 20 % pour les infractions graves et de 15 % à 30 % pour les infractions très graves)
Portugal	30 %
République slovaque	30 %
République tchèque	3 % (3 % au plus pour les infractions les plus graves ; 1 % au plus pour les infractions graves et 0.5 % au plus pour les infractions moins graves)
Royaume-Uni	30 %
Turquie	3 % pour les abus de position dominante, 4 % du chiffre d'affaires annuel brut pour les ententes
UE	30 %
Ukraine	45 %

Sources : Forum latino-américain sur la concurrence, Session I : Critères de fixation des amendes pour les infractions à la Loi sur la concurrence, Note de référence du Secrétariat de l'OCDE et législations nationales.

24. La Commission européenne tient compte de la gravité de l'infraction en prenant une proportion de la valeur des ventes (réalisées au cours de l'exercice social précédent et avant impôt). En règle générale, la proportion de la valeur des ventes prise en compte est fixée à un niveau pouvant aller jusqu'à 30 %, selon la gravité de l'infraction, qui dépend elle aussi de plusieurs facteurs comme sa nature (abus de position dominante, entente sur les prix, accord de répartition du marché), le secteur géographique, et la mise en œuvre ou non de l'infraction⁴⁶. Par conséquent, cette proportion varie au cas par cas. Pour les ententes, elle est généralement comprise dans une fourchette de 15 % à 20 %. La Commission inclut dans le montant de base une somme comprise entre 15 % et 25 % de la valeur des ventes (mécanisme du « droit d'entrée ») afin de dissuader les entreprises de participer à des accords horizontaux de fixation de prix,

de répartition de marché et de limitation de production⁴⁷. Elle peut également appliquer ce droit d'entrée à d'autres infractions.

25. En Afrique du Sud, la Commission de la concurrence calcule le montant de base de la sanction administrative à imposer en se référant au chiffre d'affaires concerné de l'entreprise en appliquant des pourcentages échelonnés de 0 % à 30 % en fonction de plusieurs facteurs : le type de l'infraction (les pourcentages supérieurs étant applicables aux types de comportements anticoncurrentiels les plus graves comme les ententes sur les prix) ; le préjudice ou le dommage subi en raison de l'infraction et la situation prévalant sur le marché sur lequel l'infraction a été commise. Le montant obtenu est ensuite multiplié par le nombre d'années pendant lesquelles l'infraction a eu lieu.

26. Au Japon, la JFTC a elle aussi adopté la notion de chiffre d'affaires concerné⁴⁸ comme base de calcul des amendes, le montant de base des amendes y étant calculé en pourcentage de ce chiffre d'affaires. Ce pourcentage (appelé « taux de pénalité ») dépend de la taille de l'entreprise et de son type d'activité. La Loi sur les monopoles a été modifiée en 2009, amendement qui s'est traduit par un relèvement du taux de pénalité⁴⁹. Le pourcentage du chiffre d'affaires généré par une entente réalisé par une grande entreprise de production ou une grande entreprise de vente au détail serait respectivement fixé à 10 % et 3 %, alors qu'il serait respectivement fixé à 4 % et 1.2 % pour les PME exerçant ces mêmes activités. La différence se fonde sur le montant des ventes moyennes par rapport au résultat d'exploitation selon le type de secteur figurant dans les statistiques des entreprises établies de 1978 à 1989 qui indiquaient alors que la marge opérationnelle des petites et moyennes entreprises était inférieure à celle des grandes entreprises, ce qui explique pourquoi les taux de pénalité applicables au PME avaient été fixés plus bas.

27. Plusieurs pays scindent les infractions aux règles de concurrence en plusieurs catégories selon leur gravité pour déterminer le montant des amendes de base. En Ukraine, le montant de l'amende de base est lié à la gravité de l'infraction et peut être déterminé à partir d'un pourcentage qui peut être compris entre 1% et 45 % du chiffre d'affaires. Il existe quatre catégories d'infractions : (i) les infractions très graves (généralement, les ententes sur les prix et les abus de position dominante) pour lesquelles le montant de base de l'amende est égal à 45 % du chiffre d'affaires découlant des ventes réalisées ou des dépenses des acheteurs directement ou indirectement liées à l'infraction ; (ii) les infractions graves (comme l'absence de demande d'autorisation auprès de l'AMC pour une fusion ayant débouché sur une monopolisation du marché) – 30 % ; (iii) les infractions de gravité moyenne (comme l'absence de demande d'autorisation auprès de l'autorité de la concurrence pour une fusion n'ayant pas débouché sur une monopolisation du marché) – 5% ; pour concurrence déloyale – 30 % et (iv) les infractions mineures (la non communication dans les délais impartis d'informations demandées par l'AMC) – taux forfaitaire.

28. En Corée, les taux de pénalité sont scindés en trois catégories selon le degré de gravité de l'infraction : les infractions très graves (de 7 % à 10 % pour les ententes, de 1.5 % à 2 % pour les abus de position dominante) ; les infractions graves (de 3 % à 7 % pour les ententes, de 1 % à 1.5 % pour les abus de position dominante) ; les infractions peu graves (de 0.5 % à 3 % pour les ententes, de 0.3 % à 1 % pour les abus de position dominante).

29. L'Équateur scinde également les infractions en trois catégories (mineures, graves et très graves). Le montant de l'amende applicable aux infractions mineures peut aller jusqu'à 8 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise ou l'acteur économique au cours de l'exercice ayant précédé la commission de l'infraction ; celui applicable aux infractions graves peut atteindre 10 % et celui prévu pour les infractions très graves 12 %.

30. En République tchèque, le montant de base de l'amende doit être fixé à l'aide de la part de la valeur des ventes (part de base) multipliée par le coefficient de la durée. La part de base est fixée en fonction de la gravité du comportement : (i) elle peut aller jusqu'à 3 % de la valeur des ventes pour les

infractions les plus graves ; (ii) jusqu'à 1 % pour les infractions graves et (iii) jusqu'à 0.5 % pour les infractions moins graves.

31. Certains pays se servent d'une formule pour déterminer le montant de base de l'amende. Au Mexique, la Commission fédérale de la concurrence (CFC) suit un processus en deux phases pour fixer ce montant. Au cours de la première phase, elle multiplie le *chiffre d'affaires concerné* par un facteur reflétant le préjudice causé par le comportement punissable (le *facteur du préjudice*) et multiplie lors de la seconde phase le résultat obtenu lors de la première par un facteur reflétant la gravité du comportement (le *facteur de gravité*), ce qui aboutit à la formule suivante : $MB(\text{montant de base}) = CAC(\text{chiffre d'affaires concerné}) \times FP(\text{facteur du préjudice}) \times FG(\text{facteur de gravité})$.

32. Aux États-Unis, le montant de base des amendes applicables en cas de soumission concertée, d'entente sur les prix ou d'accord de répartition du marché est généralement fixé à 20 % du volume des ventes concernées⁵⁰. Ce chiffre a été décidé en s'appuyant sur les résultats empiriques des *Federal Sentencing Guidelines* (Lignes directrices américaines sur la détermination de la peine) au moment de leur adoption en 1987. Selon ces résultats, le surcoût moyen engendré par les ententes est estimé à 10 %. Ce pourcentage a été doublé pour tenir compte de préjudices tels que l'éviction par les prix de certains consommateurs⁵¹.

33. Le mode de calcul étant variable d'un pays à l'autre, le montant de base de l'amende peut aussi différer pour des faits analogues. Prenons une entente qui a duré 4 ans. La valeur des ventes s'est élevée à 100 millions USD la première année puis, respectivement, à 80 millions, 60 millions et 40 millions USD les seconde, troisième et quatrième années. Dans ce cas de figure, la Commission européenne ne se fondera que sur la valeur des ventes de la quatrième année (40 millions USD) puisqu'elle ne tient compte que de la valeur des ventes réalisées par l'entreprise durant la dernière année complète de sa participation à l'infraction. En revanche, d'autres pays comme l'Allemagne s'appuieront sur la valeur des ventes annuelles, partant du principe que le chiffre d'affaires concerné correspond au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise pendant toute la durée de l'infraction.

34. La méthode utilisée par la Commission peut faciliter le calcul de la valeur des ventes même si elle ne permet pas d'en obtenir le montant exact. Elle est plus appropriée si l'autorité calcule la valeur des ventes réalisées dans le cadre d'ententes de longue durée puisque, dans l'hypothèse d'une entente ayant duré plus de 10 ans, l'autorité de la concurrence de pays comme l'Allemagne aura beaucoup de mal à – voire ne pourra pas – calculer le chiffre d'affaires concerné réalisé par l'entreprise durant chaque année de sa participation à l'entente. Les tribunaux pourraient dès lors rejeter la décision rendue par l'autorité en question, estimant que celle-ci ne dispose pas de preuves suffisantes pour établir le montant du chiffre d'affaires concerné. En revanche, lorsque le chiffre d'affaires généré par l'entente décroît au fil des ans, le mode de calcul des amendes utilisé par la Commission risque de donner lieu à des amendes d'un montant moins élevé⁵².

4.2 Modulation de l'amende de base : circonstances aggravantes et atténuantes

35. Dans la plupart des juridictions, l'amende de base est généralement modulée en fonction de circonstances aggravantes et atténuantes. Le tableau 3 présente une liste non exhaustive des circonstances habituellement prises en compte. La présente section examine ces circonstances et met l'accent sur les plus fréquentes et les plus importantes.

Tableau 4. Circonstances aggravantes et atténuantes

Circonstances aggravantes	Circonstances atténuantes
Récidive	Politique de conformité appropriée
Rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction	Rôle mineur
Mesures de coercition ou de rétorsion visant au maintien de l'infraction	Pression exercée par d'autres entreprises
Refus de coopérer	Coopération avec l'autorité de la concurrence
Maintien de l'infraction après le début de l'enquête de l'autorité de la concurrence	Abandon immédiat de l'infraction
Connaissance de l'existence de l'infraction (infraction délibérée)	Incertitude quant à l'existence de l'infraction
Infraction institutionnelle	Autorisation ou encouragement des autorités publiques
Importance du secteur concerné	Non-mise en œuvre de l'infraction
Participation du directeur ou de dirigeants	Réaction lente/durée excessive des procédures devant l'autorité de la concurrence
Manquement à une injonction ou à une condition d'une mise à l'épreuve	Dédommagement des parties lésées
Taille importante de l'entreprise	Reconnaissance de la responsabilité

Sources : RIC, Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions (2008) ; Forum latino-américain sur la concurrence, Session I : Critères de fixation des amendes pour les infractions à la Loi sur la concurrence, Note de présentation du Secrétariat de l'OCDE (2013) et législations nationales.

4.2.1 Récidive

36. La récidive⁵³ est le facteur aggravant le plus fréquent, elle est punie par des amendes plus élevées dans la plupart des juridictions. L'augmentation des amendes semble s'avérer nécessaire dans les cas de récidive car les amendes déjà imposées n'ont pas permis de dissuader les entreprises de contrevenir au droit de la concurrence, ce qui révèle une propension à enfreindre le droit de la concurrence⁵⁴.

37. Le traitement de la récidive soulève plusieurs questions. Premièrement, lorsque la récidive est définie comme la poursuite ou à la répétition d'une infraction « identique ou similaire »⁵⁵ comme dans l'UE, il n'est pas évident de déterminer le sens du qualificatif « identique ou similaire »⁵⁶. Par exemple, on ne sait pas clairement si toutes les infractions citées à l'article 101 du TFUE sont identiques ou similaires, ou seulement une partie d'entre elles.

38. Deuxièmement, la récidive se produit lorsqu'une « même entité légale » répète une infraction⁵⁷. Aujourd'hui, de nombreuses entreprises fusionnent avec d'autres entreprises ou les rachètent. En outre, une grande entreprise peut être divisée en plusieurs entreprises. Il n'est alors pas évident de savoir à quelle entreprise doit s'appliquer la notion de récidive ni si elle peut s'appliquer à l'ensemble des entreprises. Dans les juridictions où existe le concept de responsabilité de la société-mère, cette question peut se poser de façon plus complexe (voir 5.1. Responsabilité de la société-mère).

39. Troisièmement, le délai de prescription peut poser problème. Certaines juridictions prévoient un délai de prescription au-delà duquel une nouvelle infraction ne peut constituer un cas de récidive. En France, pour qu'il y ait récidive, la deuxième infraction doit normalement être commise dans les 15 années qui suivent la fin de la première décision. Au Japon et en Espagne, la période maximale entre la constatation de la première infraction et le début de la deuxième, considérée comme une récidive, est de 10 ans. Il en va de même aux États-Unis. En Allemagne, cette période est de 5 ans. Dans certaines juridictions néanmoins, il ne semble pas y avoir de délai de prescription précis. Ainsi, les Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes, élaborées en 2006, ne prévoient pas de délai maximal entre la première constatation d'infraction et le début de la nouvelle infraction. Néanmoins, la Commission ne prendrait pas en compte la récidive sans limitation dans le temps car en vertu du principe de proportionnalité la Commission doit se demander si l'infraction justifie une augmentation de l'amende

du fait de la récidive⁵⁸. Geradin estime que cette période maximale serait de 10 ans car au-delà, la nouvelle infraction n'aurait plus de lien avec la première en raison de la rotation fréquente des dirigeants⁵⁹.

40. Enfin, il convient de savoir quelle doit être l'ampleur de l'augmentation des amendes en cas de récidive. Même si toutes les autorités de la concurrence considèrent la récidive comme une circonstance aggravante, leurs positions diffèrent quant à l'ampleur de l'augmentation des amendes infligées aux récidivistes. Dans l'Union européenne, les Lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes de 2006 disposent clairement qu'en cas de récidive, le montant de base sera augmenté jusqu'à 100 % par infraction constatée. En Lituanie et au Brésil, le montant de base de l'amende peut également être augmenté jusqu'à 100 % par infraction précédente. Au Japon et en Corée, la loi prévoit une augmentation de l'amende de 50 %. Aux États-Unis, le score de culpabilité s'accroît de 2 points en cas d'antécédent, ce qui augmente le montant maximal de l'amende jusqu'à 16 %⁶⁰. Wils estime que la méthode suivie par la Commission, à savoir augmenter les amendes de 50 % pour une infraction antérieure et de 60 % pour deux infractions antérieures peut encore être considérée comme raisonnable⁶¹.

4.2.2 *Rôle joué par l'entreprise dans l'infraction*

41. La plupart des autorités considèrent que jouer un rôle de meneur dans l'infraction constitue un facteur aggravant car elles estiment qu'une entreprise qui tient un rôle de meneur ou d'incitateur a une responsabilité particulière. Par exemple, aux États-Unis, cet élément peut augmenter le montant de base de l'amende jusqu'à 50 %. À l'opposé, certaines autorités peuvent décider de réduire le montant de l'amende si le contrevenant a participé à l'infraction de façon plus passive que les autres participants ou s'il a joué un rôle de suiveur. Cette modulation s'explique par le fait que la différenciation des amendes en fonction du rôle joué est un moyen efficace d'accroître le coût d'une entente pour les participants les plus actifs⁶².

42. Dans la pratique, il arrive fréquemment que les amendes ne soient pas imposées de la façon prévue parce que les meneurs peuvent bénéficier d'une réduction considérable de leur amende en raison de circonstances atténuantes, notamment du fait de leur coopération avec les autorités ou de l'existence d'un programme de clémence. Bos et Wandschneider ont analysé 75 décisions infligeant des amendes prononcées par la Commission européenne entre 2000 et 2010 et ils ont recensé 14 affaires dans lesquelles le fait de jouer un rôle de meneur avait été identifié et considéré comme un facteur aggravant⁶³. L'amende de base pour les meneurs de ces ententes a été augmentée de 30 % à 85 %. Ils ont toutefois bénéficié d'une réduction importante comprise entre 10 % et 50 % dans 10 affaires principalement grâce à des programmes de clémence.

Encadré 5. Prise en compte du rôle de l'entreprise dans l'infraction dans certaines juridictions

- En Colombie, le rôle de l'entreprise dans la pratique examinée figure dans la liste d'informations requises par la Delegatura para la protección de la competencia sur chaque partie faisant l'objet d'une enquête.
- Dans l'UE, d'après les Lignes directrices pour le calcul des amendes, le fait de jouer un rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction, prendre des mesures en vue de contraindre d'autres entreprises à participer à l'infraction ou d'adopter des mesures de rétorsion à l'encontre d'autres entreprises constituent des circonstances aggravantes.
- En Équateur, le fait d'inciter à commettre une infraction constitue une circonstance aggravante.
- En Malaisie, lorsque le contrevenant a joué un rôle relativement mineur dans l'infraction, en particulier si sa participation a été obtenue par menace ou par contrainte, son rôle peut être pris en compte comme facteur atténuant.
- À Singapour, parmi les facteurs aggravants figurent 1) le fait de jouer un rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction et 2) le fait de prendre des mesures de rétorsion ou de contrainte à l'encontre d'autres entreprises dans le but d'assurer le maintien de l'infraction.

- En Afrique du Sud, la Commission module le montant de l'amende à la hausse comme à la baisse, selon la nature de la participation de l'entreprise à l'infraction, c'est-à-dire si l'entreprise a activement participé à l'instauration de l'infraction, si elle a participé passivement à l'infraction ou bien si elle a été contrainte par d'autres entreprises prenant part à l'infraction.
- En Turquie, le montant de l'amende de base peut être augmenté jusqu'à 25 % notamment si le contrevenant a contraint d'autres entreprises à participer à l'infraction.
- En Ukraine, le montant de base peut être augmenté jusqu'à 50 % si l'entreprise a joué un rôle de meneur ou d'incitateur de l'infraction.

4.2.3 *Coopération avec les autorités chargées de mener les enquêtes*

43. La circonstance atténuante la plus fréquente est la disposition à coopérer. La coopération peut être prise en compte comme circonstance atténuante ou entraîner une réduction de l'amende au titre de la communication sur la clémence à la fin de la décision infligeant l'amende, selon l'utilité de la coopération de l'entreprise avec les autorités. Ce facteur économiserait des ressources car l'autorité peut obtenir des preuves d'entente plus rapidement et à un moindre coût grâce à la coopération d'un participant à l'entente. Toutefois, si coopérer signifie apporter des preuves solides de l'existence d'une entente, alors cette circonstance atténuante permet à des contrevenants comme les meneurs de bénéficier de davantage de réductions d'amendes car un meneur est susceptible de détenir plus de preuves que les autres participants.

Encadré 6. Prise en compte de la coopération avec les autorités chargées de mener les enquêtes dans certaines juridictions

- Au Chili, le Tribunal de la concurrence peut prendre en compte la coopération de l'entreprise avec l'autorité de la concurrence chilienne (FNE) avant ou après l'enquête lorsqu'il calcule le montant de l'amende à infliger⁶⁴.
- En Colombie, la coopération ou de faire obstruction pendant le déroulement de l'enquête figurent dans la liste d'informations requises par la Delegatura para la protección de la competencia sur chaque partie faisant l'objet d'une enquête.
- En Équateur, la collaboration active et réelle avec la Surintendance pendant le déroulement de l'enquête fait partie des circonstances atténuantes.
- Dans l'UE, les Lignes directrices pour le calcul des amendes accordent une réduction d'amende aux contrevenants lorsque l'entreprise concernée a efficacement coopéré avec la Commission en dehors du champ d'application de la communication sur la clémence et au-delà de ses obligations légales en la matière⁶⁵.
- Au Mexique, la coopération du contrevenant avec la Commission fédérale de la concurrence (CFC) au-delà de ses obligations légales en la matière ayant permis de mener la procédure de façon plus rapide ou plus efficace est prise en compte comme circonstance atténuante.
- Aux États-Unis, d'après les *Federal Sentencing Guidelines*, Lignes directrices américaines sur la détermination de la peine, le score de culpabilité est réduit de cinq points si l'entreprise a déclaré l'infraction aux autorités publiques pertinentes, pleinement coopéré durant l'enquête et clairement démontré qu'elle reconnaissait et acceptait la responsabilité de son comportement. Si elle n'a pas déclaré l'infraction mais qu'elle a pleinement coopéré durant l'enquête et clairement démontré qu'elle reconnaissait et acceptait la responsabilité de son comportement, le score de culpabilité est diminué de deux points. Enfin, si elle n'a ni déclaré l'infraction ni coopéré durant l'enquête mais qu'elle a clairement démontré qu'elle reconnaissait et acceptait la responsabilité de son comportement, le score de culpabilité est diminué d'un point⁶⁶.
- En République slovaque, la coopération de l'entreprise avec l'Office antimonopole (AMO) au-delà de ses obligations légales en la matière est prise en compte comme facteur atténuant⁶⁷.

- À Singapour, lorsque la coopération de l'entreprise permet d'accroître l'efficacité ou la rapidité de la procédure de mise en application du droit, elle est considérée comme un facteur atténuant.
- En Lituanie, la coopération de l'entreprise avec le Conseil de la concurrence lors de l'enquête et sa reconnaissance des faits essentiels établis par le Conseil de la concurrence lors de l'enquête sont pris en compte comme circonstances atténuantes⁶⁸.
- En Turquie, si les entreprises ou les associations d'entreprises engagées dans d'autres infractions reconnaissent leurs infractions et coopèrent activement alors l'amende est réduite d'un sixième à un quart.
- En Ukraine, le montant de base peut être diminué jusqu'à 50 % si l'entreprise coopère efficacement avec l'autorité de la concurrence lors des procédures judiciaires.

4.2.4 Programme de conformité

44. Dans certaines juridictions, la mise en place de programmes de conformité aux règles de concurrence peut entraîner une diminution de l'amende. Toutefois, savoir si les contrevenants au droit de la concurrence disposant de programmes de conformité devraient recevoir des sanctions plus légères ou plus lourdes est une question qui continue de diviser. Les avis sont donc partagés quant au fait de considérer l'existence d'un programme de conformité comme un facteur d'atténuation⁶⁹. Certains soutiennent qu'une réduction substantielle de l'amende doit être accordée aux entreprises disposant de programmes appropriés. En outre, quelques analystes affirment que « si une entreprise a fourni des efforts raisonnables pour respecter le droit de la concurrence et qu'un salarié se livre malgré tout à une entente sur les prix, il est absurde d'infliger une amende à l'entreprise ou de sanctionner les directeurs ou les dirigeants »⁷⁰.

45. Ceux qui s'opposent à cette idée estiment que les autorités de la concurrence ne devraient pas accorder foi à un programme de conformité lorsqu'il y a infraction parce que ce programme n'a absolument pas joué son rôle. En outre, octroyer des réductions reviendrait en réalité à encourager des pratiques anticoncurrentielles en diminuant leur coût. En outre, il est presque impossible pour une autorité de la concurrence ou un tribunal de distinguer un programme fictif d'un programme réel à un coût raisonnable.

46. Certaines autorités comme la Commission européenne affirment que les programmes de conformité ne constituent, pour elles, ni une circonstance aggravante ni une circonstance atténuante⁷¹. Depuis peu, un nombre croissant de juridictions considèrent l'adoption d'un programme de conformité comme une circonstance atténuante justifiant la réduction de l'amende infligée.

- En 2016, l'autorité brésilienne de la concurrence (CADE) a publié des lignes directrices sur les programmes de conformité aux règles de concurrence. Ces lignes directrices soulignent que seule l'existence d'un programme solide pourrait donner lieu à une réduction du montant des amendes imposées par le CADE. Elles indiquent que le tribunal du CADE peut considérer l'existence d'un programme de conformité comme i) une preuve de bonne foi et un facteur atténuant lorsqu'il fixe le montant de l'amende, entraînant une réduction de celle-ci ou ii) un critère à prendre en compte dans le calcul de la contribution pécuniaire que l'entreprise doit verser si un accord à l'amiable est signé, ce qui pourrait permettre à l'entreprise de bénéficier du pourcentage de réduction maximal⁷².
- Au Chili, l'autorité de la concurrence (FNE) a la possibilité de considérer l'existence d'un programme de conformité comme un facteur atténuant. En 2012, elle a publié son premier guide de conformité aux règles de concurrence. Celui-ci établit quatre conditions essentielles, caractéristiques bien connues dans le domaine : i) un engagement réel à respecter les réglementations en matière de concurrence ; ii) la détermination des risques actuels et potentiels auxquels est exposée l'entreprise ; iii) l'existence de mécanismes et de procédures internes qui concordent avec l'engagement ; iv) la participation des dirigeants ou des directeurs au programme de conformité.

- En Malaisie, l'existence d'un programme de conformité est prise en compte dans le calcul de toute pénalité financière.
- À Singapour, l'amende peut être réduite si des mesures adéquates en vue d'assurer le respect des règles de la concurrence, comme l'existence d'un programme de conformité, ont été prises.
- Aux États-Unis, en vertu des Lignes directrices sur la détermination de la peine, l'amende peut être réduite si une entreprise reconnue coupable disposait, au moment de l'infraction, d'un programme en matière de conformité et d'éthique approprié. Le ministère de la Justice (DOJ) a cependant refusé pendant deux décennies de considérer l'existence d'un programme de conformité comme un facteur atténuant dans les affaires d'infractions au droit de la concurrence. Toutefois, il a récemment recommandé une réduction de l'amende infligée s'il était prouvé que l'entreprise avait fourni des efforts pour changer sa culture d'entreprise afin d'améliorer son programme de conformité pour l'avenir⁷³.

47. À l'inverse, la Corée a modifié ses lignes directrices en matière d'amendes de façon à ne plus considérer l'existence d'un programme de conformité comme un facteur atténuant dans le calcul du montant de l'amende car elle s'est aperçue que certaines entreprises avaient adopté des programmes fictifs afin de faire croire à leur attachement au respect du droit de la concurrence.

48. L'autorité coréenne de la concurrence (KFTC) a accordé un certain nombre d'avantages, comme une réduction d'amende, aux entreprises qui ont fidèlement suivi son programme de conformité. Cependant, en 2005, l'efficacité de ce programme a été critiquée car il s'est avéré que certaines entreprises n'appliquaient pas fidèlement le programme mais le suivaient uniquement pour obtenir une réduction d'amende. Ces entreprises avaient enfreint le droit de la concurrence bien qu'elles mettaient en œuvre le programme. En réponse à cette situation, la KFTC a instauré en 2006 un dispositif d'évaluation de son programme de conformité qui attribue une note en fonction de la qualité de l'application du programme par l'entreprise. En 2014, elle a néanmoins modifié ses Lignes directrices détaillées pour le calcul des amendes administratives afin de supprimer un facteur atténuant reposant sur l'élaboration et la mise en œuvre de mesures respectant le Programme de mise en conformité volontaire avec la Loi sur la loyauté dans le commerce. Ce facteur atténuant s'appliquait aux entreprises qui avait reçu comme note minimale A. Toutefois, un autre facteur atténuant (permettant une réduction maximale de 10 %) a été instauré pour les entreprises qui commettent une infraction pour des raisons imprévisibles bien qu'elles appliquent des mesures de conformité.

4.3 Plafonnement légal du montant des amendes

49. La proportionnalité est un principe légal important dans l'ensemble des juridictions. C'est pourquoi l'application de ce principe aux amendes pour infraction au droit de la concurrence ne peut pas être remise en cause. S'agissant de la structure des amendes, les amendes infligées en cas d'infraction au droit de la concurrence ne doivent pas excéder un montant permettant d'obtenir une sanction efficace et un niveau de dissuasion adéquat⁷⁴. À cette fin, la plupart des juridictions ont instauré des plafonds limitant le montant des amendes infligées aux entreprises. Ces plafonds visent à éviter d'infliger des amendes disproportionnées que les entreprises ne seront pas en mesure de payer. Les juridictions cherchent également à faire en sorte que les amendes ne mettent pas en péril la viabilité de l'entreprise⁷⁵. De lourdes amendes peuvent conduire une entreprise à la faillite, ce qui entraîne une diminution du nombre de concurrents actifs sur un marché.

Tableau 5. Plafonds des amendes en fonction du type de contrevenant dans certaines juridictions

	Plafond des amendes infligées aux entreprises	Plafond des amendes infligées aux personnes physiques
Afrique du Sud	10 % du chiffre d'affaires réalisé en Afrique du Sud et des exportations de l'entreprise hors d'Afrique du Sud durant l'exercice précédent	500 000 ZAR
Allemagne	10 % du chiffre d'affaires mondial	1 million EUR (soumissions concertées seulement)
Brésil	20 % des revenus bruts de l'entreprise (ou du groupe d'entreprises) durant l'exercice précédant le début de l'enquête	Entre 1 % et 20 % de l'amende infligée à l'entreprise
Canada	Entente sur les prix : jusqu'à 25 millions CAD ; soumissions concertées : montant laissé à la discrétion du tribunal ; abus de position dominante : jusqu'à 10 millions CAD	Entente sur les prix : jusqu'à 25 millions CAD ; soumissions concertées : montant laissé à la discrétion du tribunal
Chili	Abus de position dominante ou infraction hors entente : 20 000 unités fiscales (19 millions USD environ) ; entente : 30 000 unités fiscales (28.5 millions USD environ)	30 000 unités fiscales (28.5 millions USD environ)
Colombie	10 % du revenu total durant le dernier exercice complet et 100 000 fois le salaire minimum mensuel légal actualisé (30 millions USD) ou 150 % des revenus concernés par l'infraction	2 000 fois le salaire minimum mensuel légal actualisé (700 000 USD)
Corée	Entente : 10 % du chiffre d'affaires concerné par l'infraction Abus de position dominante : 3 % du chiffre d'affaires concerné par l'infraction	200 millions KRW
Équateur	Infractions mineures : 8 % du chiffre d'affaires total de l'entreprise durant l'exercice précédent ; Infractions graves : 10 % du chiffre d'affaires total Infractions très graves : 12 % du chiffre d'affaires total	150 000 USD
Espagne	10 % du chiffre d'affaires total durant l'exercice précédent	60 000 EUR
États-Unis	100 millions USD ou deux fois le montant des gains pécuniaires provenant de l'infraction pénale ou encore deux fois le montant du préjudice pécuniaire subi par les victimes de l'infraction	1 million USD ou deux fois le montant brut des gains pécuniaires des contrevenants provenant de l'infraction pénale ou encore deux fois le montant du préjudice pécuniaire subi par les victimes de l'infraction
France	10 % du chiffre d'affaires mondial durant l'exercice précédent	75 000 EUR
Japon	10 % (grande entreprise, production), 3 % (grande entreprise, vente au détail), 2 % (grande entreprise, vente de gros) du montant des ventes des biens et services concernés par l'infraction sur une période maximale de 3 ans	5 millions JPY
Mexique	Pratique monopolistique relative : 8 % du chiffre d'affaires annuel ; pratique monopolistique absolue : 10 % du chiffre d'affaires annuel	200 000 fois le salaire minimum interprofessionnel dans le District fédéral (environ) 1 million USD
Pays-Bas	Montant le plus élevé entre 450 000 EUR et 10 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise durant l'exercice précédant la décision	Sans objet

Pérou	Infraction modérée : 500 unités fiscales et 8 % des revenus Infraction grave : 1 000 unités fiscales et 10 % des revenus Infraction très grave : 12 % des revenus	100 unités fiscales (133 000 USD environ)
Portugal	10 % du chiffre d'affaires réalisé au Portugal durant l'exercice précédent	10 % du revenu annuel
République dominicaine	Infraction hors entente : entre 200 et 3 000 fois le salaire minimum ; entente : entre 30 et 3 000 fois le salaire minimum	La Loi 42-08 ne distingue pas les personnes physiques et les entreprises.
Royaume-Uni	10 % du chiffre d'affaires mondial total	Tribunal de première instance : 5 000 GBP, cour d'assise : pas de plafond
Slovénie	10 % du chiffre d'affaires durant l'exercice précédent	30 000 EUR
UE	10 % du chiffre d'affaires mondial total durant l'exercice précédent	Sans objet
Venezuela	20 % du chiffre d'affaires brut de l'entreprise	Pas de distinction entre les sanctions appliquées aux entreprises et aux personnes physiques

Sources : Forum latino-américain sur la concurrence, Session I : Critères de fixation des amendes pour les infractions à la Loi sur la concurrence, Note de présentation du Secrétariat de l'OCDE (2013), sanctions pour infraction au droit de la concurrence (2010) et législations nationales.

50. Le plafond peut prendre la forme d'un montant précis ou d'un pourcentage d'une variable économique comme le chiffre d'affaires mondial. La plupart des juridictions préfèrent fixer un plafond dépendant du chiffre d'affaires mondial (voir tableau 5). On peut toutefois estimer que ce type de plafond va à l'encontre du principe d'égalité de traitement⁷⁶. En effet, le chiffre d'affaires mondial total d'une entreprise mono-produit peut être très inférieur à celui d'une entreprise multi-produits, ce qui conduit à des différences substantielles concernant le montant des amendes infligées. D'autres juridictions, comme la Corée, s'appuient sur des variables différentes comme le chiffre d'affaires concerné par l'infraction, ce qui peut permettre de respecter le principe d'égalité de traitement mais aussi conduire à infliger de lourdes amendes à certaines entreprises comme les entreprises mono-produit.

Encadré 7. Évolution du plafonnement des majorations en Corée

En Corée, en 2006, huit producteurs de farine ont été reconnus coupables d'entente sur l'offre et sur les prix de la farine qui constitue un ingrédient particulièrement important pour l'industrie alimentaire coréenne. Les huit producteurs se sont entendus entre eux pendant plus de six ans, entre janvier 2000 et février 2006, et ils ont augmenté les prix cinq fois.

La KFTC a imposé une amende de 43.4 milliards KRW aux huit producteurs de farine. L'amende s'élevait à 12.164 milliards KRW pour l'entreprise A, 6.630 milliards KRW pour l'entreprise B, 8.236 milliards KRW pour l'entreprise C, 4.766 milliards KRW pour l'entreprise D, 3.203 milliards KRW pour l'entreprise E, 3.230 milliards KRW pour l'entreprise F, 1.672 milliards KRW pour l'entreprise G et 3.416 milliards KRW pour l'entreprise H.

Cette affaire a posé problème sur le plan du plafonnement des amendes infligées en cas de pratique anticoncurrentielle car lorsqu'une longue entente est détectée, une entreprise qui ne produit qu'un seul bien - ce qui était ici le cas de l'entreprise H qui ne produisait que de la farine - bénéficie d'un plafonnement de l'amende correspondant à 10 % de son chiffre d'affaires annuel contrairement aux entreprises qui produisent plusieurs biens. Appliquer ce plafond aurait entraîné une importante inégalité entre les différentes entreprises participant à l'entente.

À la suite de cette affaire, le décret d'application de la Loi sur la réglementation des monopoles et la liberté de commerce a été amendé. Correspondant auparavant à un certain pourcentage « de la moyenne des ventes lors des trois années précédentes » (qui dépendait du type d'infraction : 10 % pour une entente, 3 % pour abus de position dominante et 2 % pour pratique commerciale déloyale), le plafond des amendes imposées en cas d'infractions au droit de la concurrence est désormais calculé en fonction d'un certain pourcentage du « chiffre d'affaires concerné par l'infraction »⁷⁷.

51. Une juridiction peut utiliser une autre approche que celle reposant un pourcentage du chiffre d'affaires mondial, même si elle limite les amendes pour infraction au droit de la concurrence à 10 % du chiffre d'affaires mondial comme la Commission européenne. Dans le droit allemand, cette limite ne s'applique pas toujours au chiffre d'affaires mondial ; quand tel n'est pas le cas, elle est alors exprimée sous la forme d'un montant maximum⁷⁸. L'amende totale doit être inférieure à 10 % du chiffre d'affaires mondial et une amende équivalant à 10 % du chiffre d'affaires mondial ne peut être infligée que dans le cas des infractions au droit de la concurrence les plus graves, comme une entente sur les prix sur une longue période⁷⁹.

Encadré 8. Droit allemand de la concurrence : le montant maximum de l'amende est limité à 10 % du chiffre d'affaires global

En vertu du droit européen et allemand de la concurrence, les amendes ne doivent pas dépasser 10 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise. D'après l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) 1/2003 : « Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent ». Cette limite est prévue dans la deuxième phrase de l'article 81, paragraphe 4 de la Loi allemande sur les restrictions de concurrence, qui a été ajoutée à des fins d'harmonisation avec le droit européen.

Toutefois, le 26 février 2013, la Cour fédérale allemande de Justice a considéré que le niveau maximal fixé par la loi à 10 % du chiffre d'affaires ne pouvait être interprété comme un plafond semblable à celui prévu dans le droit européen mais comme la limite supérieure du barème des amendes⁸⁰. À la suite de cette décision, l'Office fédéral allemand des ententes (FCO) ne peut imposer une amende représentant au maximum 10 % du chiffre d'affaires que pour sanctionner les plus graves infractions au droit de la concurrence.

Étant donné que l'amende était premièrement calculée en fonction d'un certain pourcentage du chiffre d'affaires concerné par l'infraction, la méthode de calcul des amendes imposées aux petites et moyennes entreprises (PME) aboutissait souvent à des amendes d'un niveau proche ou supérieur à 10 % du chiffre d'affaires mondial car le produit en question représentait une part importante du chiffre d'affaires de la PME. C'est pourquoi une amende de 10 % du chiffre d'affaires mondial pouvait être infligée à une PME même si l'infraction commise n'était pas particulièrement grave.

L'interprétation faite par la Cour fédérale allemande de Justice pourrait entraîner une baisse des amendes infligées aux PME. En revanche, les grandes entreprises risquent de voir leurs amendes augmenter. Le FCO a modifié ses lignes directrices en matière d'amendes en juin 2013 à la suite de cette décision.

4.4 Incapacité de payer

52. Étant donné la forte augmentation ces dernières années des amendes imposées par les autorités de la concurrence pour sanctionner des infractions au droit de la concurrence, les entreprises arguent souvent du fait que de lourdes amendes pourraient les faire sortir du marché. L'incapacité de payer est une circonstance prise en compte par la plupart des autorités de la concurrence lorsqu'elles infligent une amende à une entreprise. Certaines autorités estiment que le montant de l'amende ne doit pas entraîner la fermeture de l'entreprise, ce qui ferait disparaître un concurrent. D'autres s'appuient sur un autre paramètre comme la mise en péril de la capacité de l'entreprise à dédommager les victimes. Dans certaines juridictions, les dispositions légales fixant le montant maximal des amendes sont considérées comme une méthode permettant de tenir compte de l'incapacité de payer⁸¹.

53. La Commission européenne a récemment accepté des demandes relatives à l'incapacité de payer en vertu du paragraphe 35⁸² des Lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006 et a décidé de réduire considérablement le montant des amendes afin d'éviter de compromettre la viabilité financière des entreprises concernées⁸³. La Commission applique différents principes aux demandes relatives à l'incapacité de payer⁸⁴. Premièrement, la Commission doit disposer de données financières suffisantes pour pouvoir analyser la viabilité économique de l'entreprise. Deuxièmement, un lien de causalité doit être établi entre le risque de faillite et le montant de l'amende. Troisièmement, l'amende peut être réduite seulement si

les actifs de l'entreprise perdent toute leur valeur, ou l'essentiel de celle-ci, en raison de l'amende. Enfin, la Commission tient compte du contexte social et économique, en accordant une importance particulière à l'éventualité d'une surcapacité, d'une baisse de la demande ou d'autres conséquences économiques négatives résultant d'une insolvabilité ou d'une faillite. La politique de la Commission concernant les demandes relatives à l'incapacité de payer est souvent critiquée principalement en raison du manque de transparence des réductions d'amende⁸⁵. Certes, il est important de protéger les informations confidentielles et les secrets commerciaux mais la transparence semble insuffisante. Par exemple, un communiqué de presse de 2010 sur les phosphates destinés à l'alimentation animale ne précise pas le nom des bénéficiaires de la réduction. Octroyer une réduction d'amende, en particulier lorsque la décision manque de transparence, peut être une cause de méfiance vis-à-vis de la Commission et donner lieu à d'éventuelles distorsions⁸⁶.

54. L'encadré 9 ci-après présente la façon dont les juridictions prennent en compte la situation financière d'une entreprise et notamment son incapacité de payer.

Encadré 9. Traitement des demandes relatives à l'incapacité de payer dans certaines juridictions

Union européenne

En 2012, la Commission européenne a imposé des amendes d'un montant total de 1.5 milliard EUR à sept groupes d'entreprises pour avoir participé à l'une des deux ou aux deux ententes internationales dans le secteur des tubes cathodiques. Entre 1996 et 2006, ces entreprises ont fixé les prix, se sont réparti les marchés et les clients et ont limité leur production. Le Commissaire européen à la concurrence Joaquín Almunia avait alors déclaré : « *Les ententes conclues sur le marché des tubes cathodiques sont des cas d'école : elles rassemblent tous les pires comportements anticoncurrentiels strictement interdits aux entreprises qui exercent des activités en Europe...* »

L'une des entreprises a demandé, au titre du paragraphe 35 des Lignes directrices pour le calcul des amendes, une réduction de son amende, alléguant son incapacité de payer. Après évaluation, la Commission a accordé une réduction de l'amende. D'après une source⁸⁷, la Commission a consenti une réduction de 219 millions EUR. L'entreprise a bénéficié d'une première réduction de 10 % pour avoir coopéré avec l'autorité dans le cadre du programme de clémence, ce qui a ramené son amende à 257.5 millions EUR, puis d'une deuxième, abaissant l'amende à 38.6 millions compte tenu de son incapacité de payer. Cette réduction de 219 millions EUR constitue la réduction la plus importante depuis que la Commission a commencé à accepter les demandes relatives à l'incapacité de payer au titre du paragraphe 35 des Lignes directrices pour le calcul des amendes de 2006. L'entreprise, qui a obtenu une réduction de son amende en raison de son incapacité de payer, a déposé le bilan en 2009 avant de faire l'objet d'un plan de restructuration de dette. Depuis, elle a enregistré des pertes annuelles comprises entre 69 millions EUR et 352 millions EUR, d'après son rapport financier de 2011.

Inde

La Loi sur la concurrence et la réglementation ne prévoient aucune disposition relative à une réduction d'amende en raison de l'incapacité de l'entreprise de payer. Toutefois, une amende peut être réduite pour ce motif sur la base des faits et des circonstances d'une affaire et, plus précisément, à la discrétion de la CCI. Dans l'arrêt conjoint *United Phosphorus Limited contre la CCI, Excel Crop Care Limited contre la CCI et Sandhya Organic Chemicals (P) Limited contre la CCI*, le COMPAT a réduit la sanction de l'une des entreprises, à savoir *Sandhya Organic Chemicals (P) Ltd*, à un dixième de l'amende imposée par la CCI, au motif que les moyens et la taille de l'entreprise étaient bien inférieurs à ceux des deux autres entreprises⁸⁸.

Afrique du Sud

La Commission de la concurrence a systématiquement refusé de prendre en compte l'incapacité d'une entreprise de payer lorsqu'elle définit les modalités de sa sanction dans une affaire de concurrence, probablement parce qu'elle craint de créer un précédent⁸⁹. Dans une affaire réglée par ordonnance sur consentement entre *New Reclamation Group et la Commission (CT Case No: 37/CR/Apr08)*, la Commission de la concurrence a souligné le fait que l'incapacité de l'entreprise de payer n'était pas une circonstance dont elle devait tenir compte, et que sa principale préoccupation était de faire en sorte que les sanctions soient assez lourdes pour avoir un effet dissuasif significatif⁹⁰. Toutefois, les Lignes directrices adoptées récemment prévoient qu'après avoir fixé une sanction administrative adéquate et dans des circonstances exceptionnelles, la Commission a la possibilité de prendre en considération la capacité de l'entreprise à payer la sanction administrative. Cette optique⁹¹ s'apparente au paragraphe 35 des Lignes directrices de la Commission européenne pour le calcul des amendes.

États-Unis

D'après le paragraphe 8C3.3 des Lignes directrices américaines sur la détermination de la peine, un juge peut réduire une amende dans la mesure où le montant initial de l'amende compromettrait la capacité de l'entreprise à indemniser les victimes. Une entreprise de l'entente DRAM en vigueur entre 1999 et 2002 et le DOJ ont convenu d'une amende de 185 millions USD. D'après les Lignes directrices, l'amende aurait dû s'élever à 265.5 millions USD, mais en 2005, le DOJ a réduit le montant qu'il recommandait compte tenu de l'incapacité de l'entreprise de payer.

55. Ces réductions sont susceptibles de miner la légitimité et la crédibilité des autorités de la concurrence et doivent donc être appliquées en fonction de critères précis, objectifs et transparents. Les autorités de la concurrence disposent de plusieurs autres moyens de dissuasion qui n'accroissent pas la probabilité de faillite⁹². Certaines autorités proposent de longs délais de paiement ou un paiement échelonné plutôt que des réductions d'amendes. Ainsi, en Afrique du Sud, la Commission de la concurrence permet un paiement échelonné. En août 2016, elle est parvenue à un accord avec la branche sud-africaine d'Arcelor Mittal (ArcelorMittal South Africa Limited – AMSA) qui devra payer une sanction administrative de 1.5 milliard ZAR (110 millions USD) pour entente sur la fixation des prix des produits sidérurgiques longs et de la ferraille⁹³. AMSA devra effectuer des versements annuels échelonnés d'au moins 300 millions ZAR sur plus de cinq ans à partir de 2017.

4.5 Interactions avec les programmes de clémence

56. Une fois le montant de l'amende déterminé, des réductions au titre d'un programme de clémence peuvent être envisagées dans les affaires d'entente. Ainsi, dans l'UE, l'amende peut être diminuée conformément à la communication sur la clémence. Grâce au plafonnement de l'amende à 10 % du chiffre d'affaires avant toute réduction au titre de la communication sur la clémence, il reste suffisamment avantageux de recourir au programme de clémence.

57. Un programme de clémence bien conçu et bien appliqué accroît la probabilité de détection et mine la confiance entre les participants à une entente. En revanche, un programme mal conçu qui accorde des réductions trop généreuses est exploité par les entreprises, elles sont alors moins dissuadées de participer à une entente. D'après certains spécialistes, il est possible que les ententes utilisent les programmes de clémence en prenant leur application en compte dans leur stratégie afin de tirer profit au maximum des réductions d'amendes⁹⁴.

5. Problèmes pratiques posés par la fixation des amendes

5.1 Responsabilité de la société-mère

58. Dans les pays où une entreprise intègre une entité ou un groupe d'entités fonctionnant comme une entité économique unique, les sociétés-mères non directement impliquées dans la commission de l'infraction peuvent se voir accusées, en vertu du principe de la responsabilité de la société-mère, d'infraction aux règles de la concurrence. La responsabilité de la société-mère dans le comportement anticoncurrentiel d'une filiale ou d'une autre société liée fait débat depuis des années⁹⁵. Les pays n'ont pas tous le même avis sur la question. Certaines sont partisans du cloisonnement et du formalisme sociaux⁹⁶, en foi de quoi en leur sein, le simple fait de posséder la filiale à 100 % ne suffit généralement pas à rendre la société-mère responsable de son comportement, pas plus qu'à constituer une présomption d'exercice, par la société-mère, du degré de contrôle requis pour lui imputer la responsabilité du comportement de sa filiale. Dans d'autres pays par contre, comme le Brésil, l'Union européenne et l'Afrique du Sud, l'amende n'est pas nécessairement limitée à l'entité juridique impliquée dans l'infraction, mais peut aussi s'appliquer à d'autres entreprises responsables encore au sein de la même unité économique.

Encadré 10. Responsabilité de la société-mère dans un certain nombre de pays ou territoires

Brésil

Depuis l'amendement de la loi sur la concurrence (loi n° 12.529/2011), en 2011, les nouvelles amendes vont de 0.1 à 20 % du chiffre d'affaires brut enregistré par la société (ou le groupe) pour l'exercice qui a précédé l'ouverture de l'enquête par les autorités, sans toutefois pouvoir s'étendre à l'extérieur du « segment d'activité » au sein duquel l'infraction a été commise ; en d'autres termes, les amendes sont calculées sur la base non plus du chiffre d'affaires brut total de la société, mais du chiffre d'affaires du segment d'activité au sein duquel l'infraction a été commise. Sous la loi précédente, les amendes allaient de 1 à 30 % du chiffre d'affaires brut de la société.

Union européenne

Le droit de la concurrence de l'Union européenne s'applique aux « entreprises », c'est-à-dire à toute entité exerçant une activité économique, quel que soit son statut juridique. La notion d'entreprise n'est pas définie dans les traités et réglementations de l'Union européenne. Dans l'affaire *Akzo Nobel c. Commission*, la CJUE soutenait que « [...] le comportement d'une filiale peut être imputé à la société-mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société-mère. »

Pour lui imputer la responsabilité du comportement d'une de ses filiales, la Commission n'a pas à prouver que la société-mère a joué un rôle d'une quelconque importance dans la violation des lois antitrust ou qu'elle a eu à l'époque connaissance du comportement de sa filiale : la Commission peut se contenter de prouver que la société-mère était en mesure d'exercer une influence décisive sur le comportement de la filiale et qu'elle a effectivement exercé une telle influence ou un tel contrôle. L'existence d'une influence décisive de ce type peut être établie (i) lorsqu'il est prouvé que la société-mère donne des instructions à la filiale et (ii) en vertu d'une présomption réfutable selon laquelle la société-mère détient l'intégralité du capital de la filiale qui a enfreint le droit de la concurrence.

Afrique du Sud

La Commission de la concurrence sud-africaine a introduit en avril 2015 des principes de fixation des sanctions administratives pour les pratiques prohibées (*Guidelines for the Determination of Administrative Penalties for Prohibited Practices* – les Principes). Les Principes affirment qu'une société holding (société-mère) peut avoir à s'acquitter de la sanction administrative à laquelle a été condamnée sa filiale. Pour déterminer si la responsabilité de la société-mère ou de la holding est engagée, la Commission cherche savoir si la société-mère ou la holding : (i) détenait intégralement la filiale ; (ii) exerce un contrôle direct sur la filiale ou exerce une influence décisive ou importante sur la politique commerciale de la filiale ; (iii) avait connaissance de la participation de la filiale à l'infraction ; ou (iv) tirait des avantages substantiels des activités de la filiale.

59. Des considérations politiques d'importance significative entourent la question de la responsabilité de la société-mère. Tout d'abord, en tant qu'outil de dissuasion, la responsabilité de la société-mère autorise les autorités de la concurrence à cibler l'intégralité du groupe et à lui imposer des amendes nettement plus élevées. Ensuite, en faisant reposer la responsabilité de l'activité collusoire sur un groupe plus large de sociétés, les autorités de la concurrence peuvent éviter le problème du non-paiement des amendes par une société insolvable⁹⁷. Enfin, dans la mesure où sa responsabilité pourrait être engagée, ce qui entraînerait sa condamnation au paiement d'une amende plus élevée, la société-mère est davantage encline à exercer un contrôle strict sur sa filiale.

60. La doctrine de la responsabilité de la société-mère peut avoir d'importantes conséquences sur la manière dont les amendes sont calculées, étant donné notamment (i) que le montant des amendes est plafonné à un certain pourcentage du chiffre d'affaires mondial et (ii) les probabilités de repérer les récidives. Tout d'abord, la responsabilité de la société-mère peut avoir pour effet d'augmenter le montant de l'amende imposée dans les affaires de pratiques anticoncurrentielles, parce que l'amende basée sur le chiffre d'affaires sera calculée en fonction du chiffre d'affaires consolidé de la filiale et de la société-mère plutôt que sur le chiffre d'affaires de la seule filiale, en conséquence de quoi les filiales pourraient se voir

condamnées à des amendes supérieures au plafond qui leur serait appliqué si elles étaient considérées comme des entités individuelles. En outre, le principe de la responsabilité de la société-mère accroît la probabilité de détection des récidives. Les règles relatives aux récidivistes s'appliquent à l'entité économique, ce qui pourrait accroître les probabilités de voir jouer cette circonstance aggravante⁹⁸.

Encadré 11. Récidive dans le contexte de la responsabilité de la société-mère au sein de l'Union européenne

Dans l'affaire *Michelin c. Commission*, une filiale avait été accusée d'avoir réitéré une infraction précédemment commise par une autre filiale du même groupe, alors que la décision antérieure de la Commission européenne (CE) ne visait pas la société-mère.

En 2008, la CE a estimé qu'Eni SpA (Eni) avait participé à une entente sur le marché des cires de bougies. Dans ses conclusions, la CE précisait que deux filiales d'Eni (Anic SpA et Enichem SpA) ayant été visées par des décisions de la CE à propos de pratiques collusoires, Eni devait être considérée comme récidiviste.

Dans l'affaire *Eni SpA c. Commission*, la CJUE a considéré qu'il y avait lieu d'écarter, s'agissant d'Eni, la circonstance aggravante de récidive, la décision litigieuse « *ne contenant manifestement aucune motivation permettant à Eni de se défendre et au juge de l'Union d'exercer son contrôle* »⁹⁹. La Cour a ajouté que pour pouvoir établir la récidive de la part de la société-mère, il y a lieu de s'assurer que celle-ci est en mesure de se défendre « *au moment où la récidive lui est reprochée* ». La notification des griefs reprochés à la société-mère doit également établir « *que ladite personne juridique formait, au moment de la première infraction, une seule entreprise avec la société à l'égard de laquelle la première infraction a été constatée* »¹⁰⁰. À cet égard, la Cour a estimé qu'« *il incombe à la Commission d'établir que la personne juridique visée par la seconde infraction exerçait déjà, au moment de la première infraction, une influence déterminante sur la filiale impliquée dans la première infraction* »¹⁰¹.

5.2 Calcul des amendes dans le cas d'entreprises intégrées verticalement et de ventes à l'étranger

61. Dans le cas d'ententes impliquant des entreprises multinationales intégrées verticalement, la manière de calculer l'amende pour infraction aux lois de la concurrence soulève de nouvelles questions.

62. L'une d'elles porte sur la manière dont la juridiction traite les ventes captives dans le processus de fixation des amendes. Les ventes captives (ventes internes) sont les ventes de produits entre entités appartenant à une même entreprise, dans le but, généralement, de les incorporer dans des produits finis. Les ventes captives sont une pratique courante dans les secteurs où les sociétés privilégient l'intégration verticale pour assurer la fourniture ininterrompue des principaux composants, au profit d'une amélioration de l'efficacité globale et d'une réduction des coûts d'un bout à l'autre de la chaîne d'approvisionnement. Il convient de les distinguer des ventes externes, qui sont les ventes à des parties tierces.

63. Le fait de tenir compte des ventes captives lors du calcul des amendes peut déboucher sur des montants beaucoup plus élevés. La CJUE est parvenue à la conclusion que lors du calcul de l'amende, les ventes (ventes captives, ou ventes internes) entre entités appartenant à une même entreprise devaient être prises en compte au même titre que les ventes aux parties tierces (ventes externes)¹⁰². Elle a également souligné que le fait que soient ignorées les ventes captives permettait à l'entreprise intégrée verticalement d'éviter une amende proportionnelle à l'importance qu'elle revêt sur le marché des produits sur lequel l'infraction a été commise¹⁰³. En conséquence de quoi la CJUE a estimé que les entreprises intégrées verticalement peuvent tirer profit d'accords horizontaux de fixation des prix (i) soit en répercutant les majorations du prix des intrants qui résultent de l'objet de l'infraction sur celui des produits transformés, (ii) soit en ne les répercutant pas, ce qui revient alors à leur conférer un avantage de coût par rapport à leurs concurrentes qui se procurent ces mêmes intrants sur le marché des produits faisant l'objet de l'infraction¹⁰⁴.

64. Un autre problème s'est récemment posé dans le contexte de la fixation de l'amende à laquelle il convient de condamner les sociétés multinationales intégrées verticalement¹⁰⁵. La CJUE a décidé, ce qui est loin d'être anecdotique, qu'aux fins du calcul de l'amende à imposer aux parties reconnues coupables d'activités collusoires, la Commission européenne était autorisée à tenir compte des ventes réalisées hors EEE des intrants faisant l'objet de l'entente, si ces intrants ont été intégrés dans des produits finis pour être ensuite vendus à des parties tierces, au sein de l'EEE, par une société intégrée verticalement.

Encadré 12. Calcul de l'amende dans le cas de sociétés multinationales intégrées au sein de l'Union européenne

Dans l'affaire des ententes sur les écrans LCD, la Commission européenne a classé par catégories les ventes réalisées par les participants aux ententes, pour établir la valeur des transactions réalisées par chacune de ces entreprises. Les catégories sont les suivantes :

- les ventes EEE directes, qui comprennent les ventes de LCD cartellisés d'autres entreprises au sein de l'EEE ;
- les ventes EEE directes par le truchement de produits transformés, qui comprennent les ventes de LCD cartellisés à une entité du groupe dont relève le participant à l'entente, qui les incorpore dans des produits finis vendus par la suite à d'autres entreprises dans l'EEE ; et
- les ventes indirectes, qui comprennent les ventes de LCD cartellisés à des parties tierces situées en dehors de l'EEE, lesquelles incorporent par la suite ces LCD dans des produits finis (des téléviseurs, par exemple) qu'elles vendent dans l'EEE.

En 2010, la Commission a condamné à une amende de 300 millions EUR le fabricant d'écrans d'affichage à cristaux liquides (LCD) InnoLux Corp. (InnoLux) pour sa participation, de 2001 à 2006, à des activités collusoires. InnoLux vendait certains de ses écrans LCD à ses filiales en Asie, c'est-à-dire en dehors de l'EEE ; ces filiales intégraient les écrans dans des produits finis (télévisions et produits informatiques), lesquels étaient ensuite vendus à des sociétés tierces situées dans l'EEE. InnoLux a interjeté appel de la décision de la Commission devant le Tribunal général de l'Union européenne, qui a ramené l'amende à 288 millions EUR. InnoLux a interjeté appel auprès de la CJUE : elle contestait la décision du Tribunal général d'inclure dans la valeur du chiffre d'affaires pris en compte pour calculer l'amende, les produits finis vendus au sein de l'EEE dans lesquels ses filiales étrangères à l'EEE avaient intégré des panneaux LCD. Elle arguait que les ventes réalisées sur le marché des produits finis n'avaient aucun lien avec l'entente organisée sur le marché des panneaux LCD.

La CJUE a rejeté l'appel, dans son intégralité, en 2015. Elle estimait la Commission fondée à inclure, dans le calcul de l'amende, le chiffre d'affaires des produits finis au sein de l'EEE jusqu'à concurrence de la valeur des pièces cartellisées. La CJUE a rejeté l'argument avancé par InnoLux selon lequel le fait d'inclure dans le calcul de l'amende le chiffre d'affaires réalisé sur les produits finis au sein de l'EEE, alors que ces produits intégraient des panneaux LCD qui avaient fait l'objet de ventes internes en dehors de l'EEE, ne relevait pas de la compétence territoriale de la Commission.

65. Cette décision signifie que les destinataires de décisions qui sont des entreprises étrangères intégrées verticalement, généralement des participants à des ententes internationales, sont potentiellement plus exposés à des amendes très élevées, puisque celles-ci sont calculées en fonction des ventes directes réalisées au sein de l'EEE augmentées des ventes directes par le biais de produits transformés¹⁰⁶.

66. Le fait que de plus en plus d'autorités répriment activement les ententes internationales peut conduire à la condamnation à des sanctions parallèles significatives. Dans le contexte de la fixation des amendes, la possibilité, pour une entreprise, d'être pénalisée à deux reprises pour un même comportement, est particulièrement élevée lorsque les ventes indirectes sont prises en considération, puisque d'autres pays peuvent avoir tenu compte de ces ventes au titre de ventes directes en leur sein¹⁰⁷. C'est pourquoi les pays doivent pouvoir prendre en compte les sanctions des autres pays, tout en appliquant une politique de sanctions financières adéquate, pour conserver un pouvoir de dissuasion approprié.

5.3 *Effet suspensif du contrôle juridictionnel*

67. La régularité de la procédure et l'équité des décisions sont essentielles au succès de toute législation en matière de concurrence. Il est universellement admis que le contrôle juridictionnel¹⁰⁸ des décisions en matière de droit de la concurrence joue un rôle central, quel que soit le régime de concurrence considéré. Au fond, le contrôle juridictionnel a une fonction correctrice, à quoi s'ajoute une fonction de surveillance de l'équité procédurale par la protection des droits des parties.

68. Le contrôle juridictionnel peut dissuader les autorités de la concurrence d'engager une action lorsque celle-ci est susceptible de prêter à controverse, à cause du fardeau que représente le fait d'être déboutées. Mais il peut aussi résolument inciter les autorités de la concurrence à faire preuve de diligence. La perspective de voir une décision rejetée par le tribunal doit motiver les autorités de la concurrence à statuer à la lumière d'évaluations économiques et juridiques fondées. Ceci devrait accroître au fil du temps la qualité des décisions prises en matière de droit de la concurrence, et améliorer dans le mouvement la réputation des autorités de la concurrence. Il s'agit d'un point essentiel, lorsque l'on sait que les amendes sanctionnant les infractions aux lois de la concurrence sont généralement plus élevées que toute autre.

69. Le contrôle juridictionnel des décisions en matière de droit de la concurrence peut revêtir de nombreuses formes et avoir différentes portées dans les diverses législations régissant la concurrence. Les tribunaux sont pour maintes raisons fondés à modifier le montant des amendes prononcées par les autorités de la concurrence : l'absence de preuve de l'infraction ; l'erreur de calcul, elle-même due à une mauvaise appréciation de la durée de l'infraction ; la prise en compte injustifiée de circonstances aggravantes ou la prise en compte insuffisante de circonstances atténuantes ; l'attribution induue des responsabilités à une société-mère ; et enfin, les erreurs de procédure.

70. Dans certains pays, l'application de la décision au sujet de laquelle l'accusé a interjeté l'appel est, pendant le contrôle juridictionnel, suspendue jusqu'à ce que l'examen de la décision soit achevé¹⁰⁹. L'effet dissuasif des amendes peut dans ce cas perdre de sa force, particulièrement lorsque les cours d'appel agissent avec lenteur. Il existe néanmoins des pays qui font en sorte de préserver l'effet dissuasif des amendes pendant la suspension pour cause d'appel d'une décision des autorités de la concurrence¹¹⁰.

Encadré 13. Effet suspensif du contrôle juridictionnel dans un certain nombre de pays ou territoires

- Au Brésil, les entreprises dont le paiement de l'amende est suspendu pendant le contrôle juridictionnel sont tenues de mettre en réserve sur un compte bancaire bloqué spécifique l'intégralité du montant de l'amende.
- En Colombie, les entreprises condamnées à une amende peuvent déposer une caution au tribunal pour en garantir le paiement et, si la caution est acceptée, n'être soumises à aucune obligation de paiement jusqu'au terme du contrôle juridictionnel. Elles sont toutefois redevables d'intérêts, calculés depuis la date de la signification de la décision par le juge jusqu'à la date du paiement effectif.
- Dans l'Ancienne République Yougoslave de Macédoine, le paiement de l'amende peut être suspendu lorsque la société fait appel de la décision de la Commission de protection de la concurrence.
- À Hong Kong (Chine), tout appel interjeté contre l'imposition ou le montant d'une sanction financière suspend la décision, la détermination ou l'ordre auquel il se réfère.
- En Inde, la loi sur la concurrence ne contient aucune disposition spécifique dans ce domaine. Dans la pratique, la Cour d'appel de la concurrence (COMPAT) ordonne aux sociétés de payer entre 10 et 25 % – voire parfois 100 % – du montant total de l'amende imposée par la Commission de la concurrence d'Inde (CCI) avant d'accepter d'examiner le recours. Les décisions du COMPAT dans ce domaine ne s'inspirent pas de la législation en matière de concurrence. Jusqu'à ce qu'elle soit rejetée par les cours d'appel toutefois, la pratique qui consiste à exiger le paiement des sanctions avant que le recours puisse être examiné est appelée à se perpétuer. Le COMPAT exige que ces paiements revêtent la forme de dépôts à terme fixe ou de garanties bancaires.

- Le Code des infractions administratives de la Fédération de Russie (CoAO RF) prévoit que toute décision administrative peut faire l'objet d'un pourvoi en appel dans les 10 jours et que son exécution est suspendue jusqu'à la décision du tribunal d'arbitrage.
- À Singapour, en vertu de l'article 71(2) de la loi sur la concurrence, l'appel suspend toute instruction relative au paiement de la sanction financière, ou à son montant. Il ne suspend aucune autre instruction de la Commission de la concurrence de Singapour (CCS).
- En Suisse, l'application de la décision est suspendue pendant la procédure d'appel devant le Tribunal administratif fédéral. Les décisions du Tribunal administratif fédéral relatives au droit de la concurrence peuvent être portées devant le Tribunal fédéral, autorité judiciaire suprême de la Confédération suisse. L'appel interjeté devant le Tribunal administratif n'a aucun effet suspensif.
- Au Royaume-Uni, interjeter appel contre la condamnation à une sanction, ou contre le montant de celle-ci, a pour effet de suspendre l'application de la sanction jusqu'à la décision définitive quant à l'appel.

5.4 *Recouvrement des amendes*

71. Il est crucial, pour l'efficacité et la crédibilité des autorités de la concurrence, que les décisions qu'elles arrêtent soient respectées. À cet égard, le recouvrement des amendes est aussi important que leur prononcé : aussi longtemps qu'elles ne seront pas effectivement collectées, les amendes ne réussiront pas à décourager les pratiques anticoncurrentielles. Or, certaines autorités de la concurrence, surtout parmi celles dont la création est la plus récente, éprouvent des difficultés à percevoir les amendes auxquelles elles ont condamné les coupables. Au Salvador par exemple, les autorités de la concurrence ont imposé jusqu'à 6.1 millions USD d'amendes, dont 1.03 % seulement (62 637.39 USD) ont été recouvrés, d'après les réponses faites à un questionnaire du RIC en 2008-09¹¹¹.

72. Plusieurs éléments peuvent expliquer les difficultés éprouvées à collecter les amendes. Le premier est que beaucoup de ces jugements sont contestés et que les tribunaux d'appel sont lents à agir, alors même que l'exécution est suspendue. L'absence de paiement et le paiement tardif semblent être des pratiques répandues dans certains pays, où interjeter appel des décisions relatives à des amendes est devenu, pour les sociétés, une manière simple et courante d'éviter ou de retarder la mise en application du jugement¹¹². En 2014 par exemple, le président de la Commission de la concurrence d'Inde (CCI) a déploré le fait qu'à cause de la lenteur de la procédure d'appel, les reports de paiement par les entreprises avaient réduit à moins d'un dixième le montant des amendes recouvrées par la Commission¹¹³.

73. Le deuxième élément est que les sociétés peuvent éviter de payer les amendes en passant par une phase de liquidation, suivie de la création d'entités économiques nouvelles. En Ukraine par exemple, les amendes imposées entre 2007 et 2012 ont atteint un montant de 1 200 millions UAH (115.9 millions EUR), contre 125.5 millions UAH (12.6 millions EUR) seulement réellement perçus. Ce phénomène s'explique notamment par le fait que la société peut éviter de payer l'amende en prononçant sa liquidation, avant de s'immatriculer au titre de nouvelle entité juridique¹¹⁴.

74. Troisièmement, le recouvrement des amendes peut être rendu difficile par le fait qu'il n'est pas confié aux autorités de la concurrence mêmes. Citons, à cet égard, le cas des autorités de la concurrence turques, dont les amendes qu'elles prononcent sont collectées par les unités régionales chargées du recouvrement au sein du ministère des Finances¹¹⁵. Les autorités de la concurrence ont consenti des efforts pour que soit assuré le paiement des amendes. En Colombie, une division spéciale créée au sein des autorités de la concurrence dispose du pouvoir juridictionnel de contraindre les sociétés à s'acquitter des amendes auxquelles elles sont condamnées¹¹⁶.

5.5 *Condamnation d'associations commerciales à des amendes*

75. Il existe des pays dans lesquels des associations commerciales couvrent des ententes. De surcroît, dans plusieurs pays, des associations commerciales sont chargées de tâches réglementaires ou administratives, ce qui leur permet, en plus d'assurer la promotion des intérêts collectifs du secteur (fonction première d'une association commerciale), de jouer un rôle quasi gouvernemental et de faire office de pont entre l'État et l'activité. Compte tenu de leurs fonctions, les associations d'entreprises peuvent être enclines à encourager les entreprises affiliées à adopter des comportements restrictifs de la concurrence.

76. C'est par le biais d'une approche plus agressive que les autorités de la concurrence tentent désormais d'obtenir des associations commerciales et de leurs adhérentes qu'elles respectent les lois de la concurrence.

Encadré 14. Mesures visant à renforcer l'application de la législation en matière de concurrence, prises à l'encontre d'associations commerciales dans un certain nombre de pays ou territoires

- En 2014, le Tribunal de défense de la libre concurrence (TDLC) du Chili avait condamné les sociétés avicoles et l'Association commerciale des producteurs avicoles (APA) au paiement de quelque 58 millions USD d'amendes, pour avoir adopté un système de quotas destiné à limiter les stocks disponibles sur le marché de la viande de volaille. Agrosuper et Ariztia ont été condamnées au paiement des amendes maximales autorisées (23.3 millions USD environ chacune) et Don Pollo, à quelque 9.3 millions USD ; quant à l'APA, le montant de l'amende s'établissait à 1.6 million USD. De plus, pour la première fois depuis sa création, le TDLC a ordonné la dissolution de l'association commerciale formée par ces sociétés, à cause du rôle majeur qu'elle avait joué dans la coordination et la promotion de l'entente.
- En Inde, la Commission de la concurrence (CCI) a imposé en 2015 la sanction maximale de 1 424 521 INR, ce qui représentait 10 % de son chiffre d'affaires total, à l'All-India Motor Transport Congress (AIMTC). Le syndicat national des transporteurs routiers avait en effet prôné une augmentation de 15 % des prix des transports à la suite de l'annonce d'un relèvement du prix du diesel par les entreprises d'État en charge de la commercialisation du pétrole.
- Au Royaume-Uni, l'Autorité de la concurrence et des marchés (CMA) a condamné en 2015 une association d'agents immobiliers et trois de ses membres à des amendes. Elle les accusait d'activités collusoires sous le couvert de règles d'affiliation à une association. Le total des amendes s'élevait à plus de 775 000 GBP ; compte tenu de l'insignifiance du chiffre d'affaires et des fonds de l'association commerciale, la CMA n'a pas recouvré plus de 100 GBP.

77. Reste que les autorités de la concurrence peuvent être confrontées à plusieurs difficultés lorsqu'elles calculent les amendes et les imposent aux associations d'entreprises¹¹⁷, à tel point que l'effet dissuasif non seulement spécifique, mais aussi général, peut s'avérer insuffisant.

78. La première difficulté consiste à déterminer le chiffre d'affaires, sur lequel s'appuie généralement le calcul du montant de l'amende. Si le chiffre d'affaires est constitué de cotisations, il peut être à ce point insignifiant qu'il annule l'effet dissuasif de l'amende. De plus, une amende calculée sur la base du chiffre d'affaires ne serait pas proportionnée à l'impact, sur le marché visé, des pratiques anticoncurrentielles.

79. Une deuxième difficulté réside dans la manière de recouvrer les amendes auxquelles ont été condamnées les associations d'entreprises dont non seulement le chiffre d'affaires, mais aussi l'actif, sont peu élevés. Il est possible que les associations soient tout simplement incapables de s'acquitter des amendes auxquelles elles ont été condamnées. Pour éluder l'amende, elles peuvent prononcer leur dissolution pour former ensuite une nouvelle association, qui revêtira la forme d'une entité juridique

distincte. La situation a incité les autorités de la concurrence, comme la Commission européenne, à adopter une disposition en vertu de laquelle lorsqu'une amende imposée à une association d'entreprises est calculée sur la base du chiffre d'affaires de ses membres et que ladite association est insolvable, elle est tenue de lancer un appel à contributions pour que ses adhérents participent au paiement¹¹⁸.

6. Autres solutions

6.1 Sanctions à l'encontre de personnes physiques

80. Un certain nombre de pays imposent des sanctions soit administratives, soit pénales, aux personnes physiques impliquées dans des pratiques anticoncurrentielles. Les sanctions personnelles peuvent contribuer dans une large mesure à l'application du droit de la concurrence. Le Deuxième Rapport du Conseil de la concurrence concernant la lutte efficace contre les ententes injustifiables¹¹⁹ recommande aux États membres d'envisager (i) d'adopter et d'imposer des sanctions contre les personnes physiques et (ii) d'adopter des sanctions pénales dans les affaires d'ententes, lorsque les normes sociales et juridiques l'admettent.

81. Plusieurs arguments plaident en faveur de la condamnation des personnes physiques. Tout d'abord, les amendes imposées aux personnes morales sont nécessaires, mais ne suffisent pas à décourager totalement les pratiques anticoncurrentielles. Ginsburg et Wright ont fait observer qu'augmenter le montant des amendes jusqu'aux niveaux de dissuasion optimaux ne serait pas judicieux, car la mesure pourrait inciter la société à répercuter la dépense sur les consommateurs, sous la forme d'augmentations de prix¹²⁰. Wils estime en outre que des amendes élevées peuvent aller à l'encontre du principe juridique de proportionnalité¹²¹, de sorte qu'elles pourraient être annulées ou allégées au terme d'un contrôle juridictionnel.

82. Ensuite, le fait de considérer les amendes infligées aux entreprises comme l'unique possibilité de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles revient à traiter, à tort, les entreprises comme seules responsables des infractions aux lois de la concurrence. À ce sujet, Ginsburg et Wright ont émis une proposition destinée à renforcer l'effet dissuasif à l'égard des ententes injustifiables, en faisant en sorte que les sanctions visent non plus les entreprises, mais les individus responsables de l'infraction¹²². Ils se sont concentrés sur la question du partage adéquat des sanctions entre les entreprises et les personnes physiques impliquées dans les activités collusoires. Enfin, dans un régime de sanctions uniquement basé sur des amendes infligées aux entreprises, il y a lieu de tenir compte du fait que ces dernières n'ont peut-être pas les outils nécessaires à l'exercice d'un contrôle efficace sur leurs directions¹²³. La direction peut gérer la société en recourant à des ententes, ce qui requiert peu d'efforts, ou en faisant jouer les lois de la concurrence, ce qui exige des efforts considérables. Même si les actionnaires préfèrent la seconde solution, ils ne peuvent contrôler qu'imparfaitement l'effort, ce qui peut inciter la direction à opter pour la première. Le caractère inégal des motivations des propriétaires et de la direction peut contribuer à expliquer l'inefficacité des sanctions visant les propriétaires ou les actionnaires.

6.2 Sanctions pénales

83. Bien des pays dans le monde se sont dotés d'un arsenal pénal visant les individus qui enfreignent les lois de la concurrence. Ces sanctions vont de l'amende à l'incarcération. Un principe de criminalisation tend à éloigner les sanctions des entreprises pour les diriger vers les individus reconnus coupables de comportements anticoncurrentiels, comme la fixation des prix¹²⁴. La menace de sanctions visant les personnes physiques pourrait avoir un effet plus dissuasif que la menace de sanctions contre les entreprises. Pour reprendre W. Kolasky, rien ne préoccupe davantage les dirigeants d'entreprise que la perspective d'avoir à purger une peine de prison¹²⁵. Un autre argument en faveur des sanctions pénales est que les ententes, telles que la fixation des prix et les soumissions concertées, sont intrinsèquement nuisibles

et donc, comparables à des délits comme le vol et la fraude. Pour l'ancien Procureur-général adjoint J. Klein, les ententes sont l'équivalent de vols commis par des criminels en col blanc, et méritent à ce titre une condamnation publique sans équivoque¹²⁶. De ce point de vue, les ententes sont jugées moralement répréhensibles. De surcroît, les sanctions pénales ont pour effet d'éduquer le public à propos du tort que font les comportements anticoncurrentiels, et d'exercer un pouvoir de dissuasion¹²⁷. Les sanctions pénales comme les peines d'incarcération faisant l'objet de davantage de battage médiatique, elles augmentent la probabilité que soient détectées les pratiques répréhensibles et les infractions aux lois de la concurrence.

84. L'incarcération pouvant être considérée comme la sanction suprême, elle véhicule un message moral particulièrement intense¹²⁸. À titre d'exemple, après avoir évalué le pouvoir de dissuasion de plusieurs régimes de sanctions, l'OFT (prédécesseur du CMA) avait conclu que l'incarcération pouvait être un instrument de dissuasion ultime¹²⁹. De même, W. Kolasky estime que la première leçon à tirer de l'application des lois pénales antitrust aux États-Unis est que les sanctions pénales visant les individus, comme l'incarcération, jouent un rôle absolument critique sur les plans de l'application et de la dissuasion¹³⁰.

85. Nombre de pays dans le monde se sont dotés d'un arsenal pénal. Les États-Unis sont de longue date partisans de sanctions pénales, ce qui explique les nombreuses peines d'incarcération pour activités collusoires prononcées sur leur territoire. Plus de 20 pays dénoncent désormais les infractions criminelles en matière d'ententes, d'autres considèrent les soumissions concertées comme un délit spécifique¹³¹. L'on assiste à l'heure actuelle à une tendance à la fois à la « décriminalisation » et à la « criminalisation », en ce qui concerne les mesures visant à renforcer l'application de la législation dans les différents pays. En 2016, l'examen, mené par le Chili, de l'opportunité de criminaliser les comportements anticoncurrentiels, a débouché sur l'adoption de sanctions pénales à l'égard des contrevenants¹³². À l'inverse, l'Indonésie a rejeté après examen l'idée de se doter d'un arsenal pénal destiné à réprimer les infractions aux lois de la concurrence (2015) : les autorités de la concurrence indonésiennes ont estimé que les sanctions pénales ne constituaient pas nécessairement le meilleur moyen de décourager les pratiques anticoncurrentielles, compte tenu du manque de connaissance qu'ont des lois de la concurrence les propriétaires de petites et moyennes entreprises. En 2015, le gouvernement néo-zélandais a lui aussi abandonné un projet visant à criminaliser les comportements collusoires, dont il craignait qu'il ne décourage les stratégies propices à la concurrence.

86. Bien que de nombreux pays aient désormais adopté la notion d'infraction pénale en matière d'ententes, il est bien connu qu'à part aux États-Unis, les régimes de répression pénale ne se distinguent pas par leur succès¹³³. Dans la pratique, certains pays ne prononcent que relativement rarement des sanctions pénales contre des personnes physiques. Le Royaume-Uni, par exemple, a engagé des poursuites pénales dans trois cas seulement à ce jour : le *Marine Hose Cartel*¹³⁴, le *Fuel Surcharges Cartel*¹³⁵ et le *Galvanised Steel Tank Cartel*¹³⁶. En Irlande, l'on ne recense pas plus de trois affaires pour comportement collusoire depuis 2002. En 2016, l'ACCC a accusé pour la toute première fois depuis que l'Australie s'est dotée de la notion d'ententes injustifiables, en 2009, d'infraction pénale une entreprise en vertu des dispositions visant les ententes collusoires de la loi relative à la concurrence et à la consommation (CCA).

87. Malgré les avantages dont peut se prévaloir la mesure, il semble que les États aient plusieurs raisons de ne criminaliser qu'à contrecœur la participation aux ententes collusoires. Tout d'abord, un pays peut considérer les sanctions pénales comme incompatibles avec ses valeurs et normes sociales¹³⁷. Les us socio-culturels peuvent constituer de véritables obstacles à l'application de sanctions pénales. Le fait de criminaliser implique l'intervention de jugements moraux, qui varient en fonction du contexte socioculturel. Le grand public peut estimer que les ententes ne sont pas suffisamment répréhensibles pour justifier de condamner pénalement des personnes physiques. D'après l'étude *Cartel Project*¹³⁸ menée en Australie, par exemple, moins d'un quart des répondants estiment opportun d'incarcérer les individus coupables de comportement collusoire. D'après Caron Beaton-Wells, l'enquête révèle que les

entrepreneurs australiens n'adhèrent pas aux critères de dissuasion, parmi lesquels figure la connaissance des lois et des sanctions, quand bien même les sanctions pénales se justifient principalement par la volonté de décourager les comportements collusoires¹³⁹. Deuxièmement, il est extrêmement difficile de réunir des éléments probants permettant l'aboutissement d'un procès pénal, parce que la norme de preuve au niveau pénal est beaucoup plus élevée que dans le contexte civil¹⁴⁰. L'application du droit pénal exigeant nettement plus de ressources et étant largement plus risquée que celle du droit administratif, les autorités de la concurrence peuvent être tentées de traiter les ententes collusoires au degré non pas pénal, mais administratif. Il convient ensuite de tenir compte du coût, élevé, des sanctions pénales, et en particulier de l'incarcération, dans la mesure où pendant qu'ils purgent leur peine, les condamnés ne peuvent contribuer à la bonne marche de la société et de l'économie¹⁴¹. Il n'est d'ailleurs pas impossible que, stigmatisés, ils ne puissent toujours pas y contribuer après leur sortie. Le coût serait d'autant plus élevé dans le cas des cadres expérimentés qui travaillent pour de grandes sociétés du secteur des hautes technologies, ou des petites économies où le recrutement de remplaçants ne va pas de soi. Le coût des condamnations injustifiées serait de surcroît plus important¹⁴². La condamnation d'individus innocents est un phénomène fréquent dans de nombreux domaines du droit pénal. C'est la raison pour laquelle les personnes physiques pourraient décider d'éviter les comportements propices à la concurrence, comme la formation de *joint-ventures*, par crainte qu'ils soient confondus avec des comportements collusoires.

6.3 Interdiction d'exercer

88. Si l'incarcération est un outil de dissuasion majeur pour les dirigeants impliqués dans des activités collusoires, d'autres types de sanctions encore peuvent décourager efficacement les comportements anticoncurrentiels comme les ententes. L'interdiction d'exercer imposée aux dirigeants (ci-après « interdiction d'exercer ») est une autre mesure sanctionnant les comportements anticoncurrentiels. Prononcer l'interdiction d'exercer d'un dirigeant revient à prononcer une sanction civile ou administrative contre un individu impliqué dans des activités collusoires, tout en évitant la complexité d'un procès pénal et les incertitudes qui l'entourent. L'interdiction d'exercer coûte beaucoup moins cher à la société que l'incarcération. Elle gagne en outre en popularité, dans la mesure où les amendes, même très élevées, n'ont pas toujours un effet dissuasif suffisant. L'interdiction d'exercer peut revêtir une importance toute particulière dans les pays dépourvus d'un arsenal pénal.

89. De nombreux commentateurs se sont exprimés en faveur de l'adoption de l'interdiction d'exercer comme sanction en cas de participation à des ententes. Pour Ginsburg et Wright (2010), augmenter le montant des amendes imposées aux entreprises pour résoudre le problème de l'insuffisance de l'effet dissuasif n'est pas judicieux ; ils proposent d'adopter l'interdiction d'exercer au titre de sanction qui viendrait s'ajouter aux sanctions auxquelles sont traditionnellement condamnés les contrevenants-personnes physiques. Au même titre que l'incarcération, l'interdiction d'exercer impose un coût d'opportunité direct et substantiel à la personne physique. Elle est une mesure dissuasive efficace, dont le coût social est moins élevé que celui de l'incarcération. Ginsburg et Wright mettent également en avant les potentielles répercussions sur la réputation¹⁴³. D'après W. Wils, si l'interdiction d'exercer n'est pas aussi efficace que l'incarcération, elle est la solution défendable qui vient « juste après »¹⁴⁴. Selon une enquête commanditée en 2010 par l'OFT, menée auprès d'entreprises sises au Royaume-Uni, les sociétés perçoivent l'interdiction d'exercer comme la deuxième mesure (après les sanctions pénales) susceptible de les dissuader d'enfreindre le droit de la concurrence¹⁴⁵.

90. Malgré ses avantages incontestables, l'interdiction d'exercer suscite certaines critiques¹⁴⁶. Premièrement, son effet dissuasif dépend vraisemblablement de l'âge du dirigeant condamné¹⁴⁷ : si celui-ci est proche de la retraite, la société peut choisir de lui proposer une compensation, sous la forme d'une généreuse indemnité de licenciement. Vient ensuite l'argument selon lequel la société pourrait atténuer l'effet dissuasif de l'interdiction d'exercer en confiant d'autres tâches au dirigeant¹⁴⁸. Troisièmement, l'interdiction d'exercer ne peut être utilisée que contre les dirigeants de l'entreprise, pas contre les salariés,

ceux-ci eussent-ils été directement impliqués dans les comportements anticoncurrentiels : il est donc possible de ne pénaliser que les personnes responsables de loin finalement des violations commises par leurs salariés¹⁴⁹. Quatrièmement, le risque d'être frappées d'une interdiction d'exercer peut dissuader des personnes de valeur d'assumer le rôle de dirigeants, pour ne pas être tenues responsables des activités dont elles auraient dû être conscientes, y compris si elles n'en avaient pas connaissance¹⁵⁰. L'on peut évidemment répliquer à cela que les personnes en charge de la direction de la société doivent en superviser les activités et veiller au respect des règles.

91. Si l'interdiction d'exercer à l'égard des personnes physiques est relativement nouvelle dans l'arsenal de la plupart des pays, elle permet depuis de nombreuses années déjà de dissuader les entreprises d'exercer d'autres types d'activités illégales. Avec la loi relative à l'interdiction d'exercer prononcée à l'encontre des dirigeants d'entreprise (*Company Directors Disqualification Act – CDDA*), adoptée en 1986, le Royaume-Uni a été un précurseur en la matière.

Encadré 15. Exposé du régime d'interdiction d'exercer au Royaume-Uni

Introduite en 1928, l'interdiction d'exercer prononcée à l'encontre des dirigeants a une longue histoire au Royaume-Uni. La loi qui régit le système actuel est la loi relative à l'interdiction d'exercer prononcée à l'encontre des dirigeants de sociétés (CDDA) de 1986, amendée par la loi sur les entreprises (Enterprise Act) de 2002.

Bien que les ordonnances d'interdiction d'exercer dans le cadre du droit de la concurrence (Competition Disqualification Orders – CDO) soient avant tout des sanctions civiles, les autorités de la concurrence n'ont pas le pouvoir de prononcer l'interdiction d'exercer contre des individus directement. En vertu du CDDA, le tribunal doit prononcer un CDO à l'encontre d'une personne physique s'il estime que les deux conditions suivantes sont réunies : (1) l'entreprise dirigée par la personne visée a enfreint les lois de la concurrence ; et (2) le tribunal considère que le comportement de la personne en sa qualité de dirigeant la rend inapte à participer à la direction de la société. Un CDO peut être prononcé en cas non seulement d'entente, mais aussi d'abus de position dominante.

Il ne peut être prononcé que contre un dirigeant d'entreprise. L'OFT et les régulateurs considèrent que pour les objectifs visés, on entend par « dirigeant » un dirigeant de fait. Le terme « société » inclut les sociétés non cotées.

La durée de l'interdiction d'exercer prononcée par voie de CDO est fixée à 15 ans au plus. Pendant la période durant laquelle le CDO lui est applicable, la personne ne peut ni agir au titre de dirigeant d'entreprise ou de gérant des biens d'une entreprise, ni être impliquée directement ou indirectement dans la promotion, la formation ou la direction de sociétés ou y prendre part, pas plus qu'elle ne peut faire office d'administrateur judiciaire.

92. L'interdiction d'exercer est une sanction qui vise à réprimer les comportements anticoncurrentiels dans un nombre croissant de pays. La menace d'interdiction d'exercer a pour objet de décourager les personnes physiques de s'engager dans des comportements anticoncurrentiels.

Encadré 16. Développements récents dans un certain nombre de pays ou territoires

- En Australie, l'ACCC peut également être utilisé par le Tribunal fédéral pour prononcer l'interdiction de gérer des sociétés contre des individus ayant enfreint la partie IV de la loi. En 2014, le Tribunal a interdit à trois personnes, dont le directeur général d'une société, de gérer des sociétés, pour avoir participé à des ententes pendant trois ans.
- À Hong Kong (Chine), l'ordonnance en matière de concurrence (*Competition Ordinance*) est entièrement en vigueur depuis 2015. En vertu de ce texte, les personnes physiques impliquées dans des infractions aux lois de la concurrence peuvent être déchues du droit d'occuper une fonction de directeur ou d'être impliquées dans la gestion de la société pendant cinq ans au plus, si leur comportement a contribué à la commission de l'infraction par la société, si elles avaient eu des motifs raisonnables de soupçonner l'existence de l'infraction et n'avaient pris aucune mesure pour la prévenir, ou encore si elles ignoraient tout de l'infraction mais auraient dû en avoir connaissance.

- En Lituanie, les amendements adoptés en 2012 ont introduit la notion de responsabilité, en cas d'infraction aux lois de la concurrence, des présidents-directeurs généraux d'entreprises jugés coupables de comportements anticoncurrentiels. Le Conseil de la concurrence peut dans certaines circonstances demander au Tribunal administratif régional de Vilnius de prononcer l'interdiction d'exercer d'un directeur général, qu'il soit ou non toujours en fonction. Lorsqu'il examine l'affaire, le Tribunal n'est pas tenu par la proposition de sanctions du Conseil de la concurrence, et par la portée desdites sanctions¹⁵¹. L'interdiction d'exercer est prononcée pour trois à cinq ans, pendant lesquels la personne condamnée ne peut être directeur général d'une personne morale publique ou privée ou faire partie d'un organe de contrôle et/ou de direction d'une personne morale publique ou privée.
- Au Mexique, toute personne impliquée dans des comportements anticoncurrentiels peut se voir interdire l'exercice des fonctions de conseiller, curateur, administrateur, directeur, membre d'un comité directeur, cadre, agent, représentant ou mandataire d'une société quelle qu'elle soit pendant une période qui peut aller jusqu'à cinq ans.
- En Russie, le Service fédéral anti-monopole (FAS) peut requérir l'interdiction d'occuper certains postes ou d'exercer certaines activités pendant une période qui peut atteindre trois ans. Une telle sanction ne peut être prononcée que par un tribunal¹⁵².
- En Suède, la loi sur la concurrence amendée de 2008 introduit l'interdiction d'exercer contre les personnes reconnues coupables d'activités collusoires. Les autorités de la concurrence peuvent requérir un ordre d'interdiction d'exercer contre les personnes dont le niveau de fonction est celui d'un président-directeur général, et les tribunaux sont autorisés à prononcer l'interdiction d'exercer contre les individus qui sont, juridiquement ou dans les faits, à la tête d'entreprises accusées d'avoir mis en place un système d'ententes ou d'y avoir participé. Par contre, les personnes qui dénoncent aux autorités l'existence d'un cartel ou satisfont aux exigences permettant de bénéficier du régime de clémence, ne peuvent être frappées de l'ordre d'interdiction d'exercer.

6.4 Publication du jugement

93. Une solution pour ne pas recourir aux amendes serait de publier le jugement, de manière à exploiter l'effet dissuasif du préjudice d'image. Il s'agit là d'une sanction dont la mise en œuvre est plus simple et moins chère que d'autres. Elle peut en outre avoir un effet dissuasif significatif sur les sociétés qui enfreignent les lois de la concurrence. Les retombées économiques d'une atteinte à la réputation, aggravées par la publication des infractions, peuvent être plus importantes que le préjudice résultant de la sanction même. Ces retombées économiques peuvent s'avérer particulièrement importantes dans le cas de sociétés qui vendent des biens de consommation (par opposition à des biens intermédiaires), car lorsqu'il prend une décision d'achat, le consommateur peut se montrer très sensible à la question de la réputation de l'entreprise. Par exemple, lorsqu'un centre commercial virtuel est condamné à publier sur des sites de vente en ligne la liste des infractions qu'il a commises, l'hésitation du consommateur à procéder à des achats, ou sa décision d'opter pour des centres commerciaux virtuels concurrents, peuvent provoquer un effondrement de ses ventes.

94. C'est pourquoi la plupart des autorités de la concurrence publient un communiqué de presse lorsqu'une société est condamnée pour infraction aux lois de la concurrence. Il en est même qui exigent que les sociétés publient l'information à leurs frais. L'autorité de la concurrence brésilienne (CADE) exige des auteurs des infractions qu'ils publient à leurs frais, dans la presse, l'extrait du jugement qui les condamne¹⁵³. Dans la plupart des affaires récentes, le CADE a ordonné aux sociétés de publier le jugement dans un grand journal. En France, le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, de la manière dont il décide. Il peut également obliger la société à insérer dans son propre rapport annuel le jugement ou son extrait. Les frais, en pareils cas, sont à charge de la société¹⁵⁴. Les articles 5 et 21 de la loi coréenne sur la réglementation des monopoles et la liberté de commerce (MRFTA) autorisent la Commission coréenne de la concurrence (KFTC) à ordonner aux sociétés qui enfreignent les lois de la concurrence de publier l'information selon laquelle elles sont condamnées à adopter des mesures correctives. À titre d'exemple, la KFTC a imposé en 2014 une

injonction d'action corrective à une université nationale qui avait voulu obliger, dans le cadre d'une offre groupée, les personnes résidant sur le campus à acquérir des coupons-repas ; la KFTC a émis un ordre de publication à l'encontre de la société, pour prévenir ce type de comportement.

6.5 Exclusion des auteurs de soumissions concertées

95. Les autorités de la concurrence considèrent les soumissions concertées comme une forme de comportement anticoncurrentiel. Les soumissions concertées peuvent être particulièrement nuisibles lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre de marchés publics¹⁵⁵. Le fait d'exclure une société ou de lui interdire de soumissionner (ci-après « exclusion »), particulièrement dans le cadre de marchés publics, peut constituer une forme de sanction efficace, dont l'effet dissuasif est proportionné à la gravité de l'infraction. Les règles en matière d'exclusion varient d'un pays à l'autre. Elles relèvent généralement du droit des marchés publics et/ou du droit pénal, davantage que du droit de la concurrence. Dans un certain nombre de pays, les autorités de la concurrence sont autorisées à étendre à leur profit certaines sanctions d'exclusion initialement prononcées dans d'autres contextes, dans le but de faire appliquer le droit de la concurrence. Une exclusion peut se révéler plus dissuasive qu'une amende, dans la mesure où elle peut avoir de graves conséquences sur le chiffre d'affaires et sur la réussite à long terme de la société. Les développements récents dans plusieurs pays sont brièvement exposés ci-dessous.

Encadré 17. Régimes d'exclusion dans un certain nombre de pays ou territoires

- Au Brésil, en vertu de l'article 24 de la loi n° 8.884/94, les sociétés peuvent être condamnées, outre à des amendes, à être exclues des financements publics ou du soumissionnement pour des marchés d'achat, de vente, de travaux, de services ou de distribution impliquant des autorités fédérales, étatiques ou municipales ou des autorités d'un district fédéral de même que leurs entités liées, pour une durée de cinq ans ou plus. Le CADE a découvert trois grandes affaires de soumission concertée en 2014. Elles portaient sur des marchés de portiques de sécurité détecteurs de métaux, de produits prothétiques et orthétiques de nature orthopédique, et de matériaux de peinture et de plomberie. Dans chacune de ces trois affaires, les sociétés ont été exclues pour cinq ans de toute participation à des marchés publics.
- En Hongrie, la nouvelle loi sur les marchés publics (PPA) est entrée en vigueur en 2015. En vertu de cette loi, les sociétés qui enfreignent le droit de la concurrence font l'objet de mesures d'exclusion, qui se présentent sous la forme suivante : (i) interdiction automatique d'exercer, pendant trois ans, lorsqu'une amende est prononcée par les autorités de la concurrence pour cause de participation à n'importe quel type d'accord restrictif ; et (ii) interdiction automatique d'exercer pour une période plus longue, qui peut aller jusqu'à cinq ans, lorsque les directeurs, les membres du directoire, d'autres salariés disposant de pouvoirs de représentation ou l'unique actionnaire d'une société, ont été déclarés coupables, par un tribunal pénal, de soumission concertée dans le cadre d'un marché public.
- En Corée, l'article 76.1.(3) du décret d'application de la loi sur les contrats auxquels l'État est partie stipule que le service en charge des achats publics (*Public Procurement Service*) interdira, à la requête de la KFTC, aux sociétés reconnues coupables d'avoir enfreint la loi sur la réglementation des monopoles et la liberté de commerce (MRFTA), de soumissionner pour des marchés publics de construction pendant une période qu'il fixe à un mois au moins et deux ans au plus. En 2014, la KFTC a constaté que 21 entreprises de construction s'étaient entendues sur des adjudications relatives à la construction de la ligne de métro n° 2 de la ville d'Incheon. Le *Public Procurement Service* a pris la décision d'interdire aux sociétés impliquées dans la soumission concertée de faire offre pour des contrats de construction gouvernementaux pendant une période qui peut aller de six mois à deux ans après que la KFTC leur ait notifié sa décision.
- Au Pérou, l'article 237 des dispositions réglementaires de la loi sur les marchés publics autorise le tribunal d'État compétent pour les marchés publics à imposer des sanctions supplémentaires aux fournisseurs, participants, soumissionnaires et contractants impliqués dans des pratiques ayant pour effet de restreindre la concurrence ; parmi ces sanctions figurent : (a) l'interdiction, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois et supérieure à trois ans, de soumissionner pour des marchés publics ; et (b) l'interdiction définitive de participer aux adjudications d'État.

96. Bien que ses partisans mettent en avant sa force de dissuasion spécifique et générale, plusieurs facteurs peuvent contribuer à hypothéquer l'efficacité de l'exclusion. Le premier est la manière dont le régime de clémence se conjugue avec le régime d'exclusion. Malgré la coordination entre les autorités de la concurrence et les organismes concernés, le régime de clémence ne peut assurer aucune protection aux demandeurs de clémence susceptibles d'être frappés d'exclusion. Si les autorités de la concurrence veulent que les programmes de clémence restent un outil de détection des infractions au droit de la concurrence efficace, il est important de faire en sorte que la perspective d'être exclus ne dissuade pas les sociétés de déclarer leurs propres activités collusoires aux autorités de la concurrence et de leur fournir des informations sur ces activités. Cela dit, même si les autorités de la concurrence croient en l'efficacité des régimes de clémence, empêcher les organes administratifs, comme les organes en charge des achats, d'appliquer les règles d'exclusion aux demandeurs de clémence, peut s'avérer problématique¹⁵⁶.

97. Deuxièmement, l'exclusion (tout particulièrement l'exclusion automatique) accroît les risques de soumission concertée dans les marchés où les fournisseurs potentiels sont déjà rares. Dans les économies de taille restreinte en particulier, cette sanction peut avoir des effets inverses aux effets escomptés, en diminuant le nombre de soumissionnaires qualifiés jusqu'à un niveau tel qu'il rend la concurrence impossible. Ceci se vérifie particulièrement lorsque toutes les sociétés participant à la soumission concertée sont exclues des marchés publics à venir. Pour Auriol et Soreide, mieux vaudrait exclure la société qui a tiré bénéfice de la collusion, et autoriser les autres participants à l'entente à continuer à soumissionner¹⁵⁷. En outre, pour éviter les pénuries, l'on pourrait envisager d'exclure les personnes physiques impliquées dans la soumission concertée, pas la société elle-même. La perspective d'être exclus dissuade les personnes physiques de prendre part à des soumissions concertées, tout en permettant à la société de continuer à soumissionner¹⁵⁸.

98. Troisièmement, la durée de l'exclusion et le marché auquel elle s'applique peuvent être difficiles à définir. Ils doivent en tout état de cause être proportionnés à la gravité des infractions, car éliminer un concurrent revient à restreindre la concurrence, ce qui peut engendrer des hausses de prix ou des baisses de qualité, résultat contre-productif à l'opposé des effets recherchés par la mesure d'exclusion.

7. Conclusion

99. Identifier les sanctions appropriées en cas d'infraction aux lois de la concurrence est tout sauf simple. Les autorités chargées de l'application des lois antitrust et les universitaires débattent actuellement du niveau approprié des amendes et autres sanctions nécessaires à la réalisation des objectifs, de dissuasion par exemple. Même si la conception de régimes de sanctions optimaux dépend du contexte économique et politique au sein de la juridiction et des capacités institutionnelles des autorités chargées de faire appliquer les lois antitrust, le contenu de la présente note peut fournir des enseignements utiles à la fixation des amendes et autres sanctions applicables en cas d'infraction aux lois de la concurrence.

100. La présente note passe en revue les amendes que les tribunaux et les autorités de la concurrence peuvent imposer dans les affaires de pratiques anticoncurrentielles, de même que la variété des autres sanctions dont ils disposent. Elle fait la synthèse des forces et faiblesses de l'arsenal pénal disponible et met en avant un certain nombre d'enjeux théoriques, tout en se concentrant sur les problèmes pratiques auxquels sont confrontés les pays. Comme il a été mentionné précédemment, l'évolution des mesures visant à faire appliquer le droit de la concurrence partout dans le monde est remarquable. On relève un certain nombre de caractéristiques communes aux aspects fondamentaux des systèmes de droit de la concurrence ainsi que, simultanément, la persistance de divergences dans l'application des sanctions réprimant les pratiques anticoncurrentielles par les diverses autorités dans le monde.

101. Malgré ces divergences, il est communément admis que l'adoption et la publication de conseils en matière de fixation des amendes, comme des lignes directrices, dans les affaires de pratiques

anticoncurrentielles, peuvent avoir des effets positifs à plusieurs égards. Ces lignes directrices dissuadent les entreprises de se livrer à des activités collusoires si elles se rendent compte que le coût prévisible est supérieur au bénéfice potentiel. En outre, les lignes directrices relatives aux amendes permettent aux autorités de la concurrence d'adopter un barème de sanctions cohérent et d'éviter ainsi que ne s'exercent des pressions pour tenter d'obtenir des traitements de faveur. Le fait d'appliquer des lignes directrices permet de surcroît à la partie condamnée au paiement d'une amende de comprendre pourquoi la sanction a été prononcée à ce niveau, ce qui peut potentiellement réduire le nombre de procédures en appel et favoriser le respect des règles de concurrence. Enfin, selon le principe de légalité des délits et des peines (dans l'esprit de l'adage *nullum crimen et nulla poena sine lege*), il faut que des dispositions juridiques soient prévues, qui établissent et infligent une sanction spécifique aux contrevenants dès lors que les pratiques anticoncurrentielles incriminées sont réputées constituer un crime ou un délit.

BIBLIOGRAPHIE

- Auriol Emmanuelle and Fourati, Maleke (2015), “An Economic Analysis of Debarment”, TSE Working Paper, n. 15-599, September 11, 2015.
- Beaton-Wells, Caron et al. (2011), *The Cartel Project: Report on a Survey of the Australian Public Regarding Anti-Cartel Law and Enforcement* (University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 519, 2011).
- Beaton-Wells, Caron and Parker, Christine (2013), “Justifying Criminal Sanctions for Cartel Conduct: A Hard Case”, (2013) 1(1) *Journal of Antitrust Enforcement* 198.
- Bos, Iwan and Wandschneider, Frederick (2011), “Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program”, CCP Working Paper 11-13.
- Coleman, Elizabeth (2016), “*InnoLux Corp. v European Commission*: How to Calculate the Fine When the Cartel Concerned Components of Final Products”, 7(3) *Journal of European Competition Law and Practice*.
- Connor, John M. (2016), “Oceanic Disparities in Cartel-Recidivism Attitude and Penalties”, *Cartel & Joint Conduct Review*, Spring 2016.
- Connor, John M. (2015), “The Rise of ROW Anti-Cartel Enforcement”, *CPI Antitrust Chronicle*, September 2015 (1).
- Connor, John M. (2013), “Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011”, *European Competition Law Review* 34: 58-77.
- Connor, John M. (2010), “Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990-2009”, *Competition Policy International* Vol. 6, No. 2, Autumn 2010.
- Eggert, David and Hou, Jingbo (2009), “Liability of a Parent for the Antitrust Violations of a Subsidiary Under Asian Antitrust Law”, *Competition Policy International Chronicle*, November 2009.
- Forrester, Ian (2011), “A Challenge for Europe’s Judges: The Review of Fines in Competition Cases”, *European Law Review*, 36 (2):185-207.
- GCR, CRT cartelists obtain record inability-to-pay fine cut, available at <http://globalcompetitionreview.com/news/article/32820/crt-cartelists-obtain-record-inability-to-pay-fine-cut/>.
- Geradin, Damien (2011), *The EU Competition Law Fining System: A Reassessment*, TILEC Discussion Paper.
- Ginsburg, Douglas and Wright, Joshua (2010), “Antitrust Sanctions”, *Competition Policy International*, Vol. 6, No. 2, pp. 3-39, Autumn 2010.
- Gorecki, Paul K. and McFadden, David (2006), “Criminal cartels in Ireland: the Heating Oil case”, *European Competition Law Review* 27(11), 631-640.

- Heimler, Alberto and Mehta, Kirtikumar (2012), “Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence”, 35 *World Competition* 103.
- Heimler, Alberto and Mehta, Kirtikumar (2014), Monopolization in Developing Countries, *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. 2, 234-252.
- ICN (2014), Anti-cartel enforcement manual.
- ICN (2006), Competition and the Judiciary: A Report on a Survey on the Relationship between Competition Authorities and the Judiciary.
- ICN (2009), Report on the Agency Effectiveness Project Second Phase – Effectiveness of Decisions.
- ICN (2008), Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions.
- Jones, A. and Williams, R. (2014), “The UK Response to the Global Effort Against Cartels: Is Criminalization Really the Solution?”, *Journal of Antitrust Enforcement* 100.
- Jones, Keith and Harrison, Farin (2014), “Criminal Sanctions: An overview of EU and national case law”, e-Competitions Bulletin Criminal sanctions, Art. N° 64713, 25 March 2014.
- Khan, Aaron (2012), “Rethinking Sanctions for Breaching EU Competition Law: Is Director Disqualification the Answer?”, 35 *World Competition*, Issue 1, pp. 77–102.
- Klein, J.I (1999), 'The war against international cartels: Lessons from the battlefield', Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, October 14th 1999.
- Kolasky, William (2004), 'Criminalizing Cartel Activity: Lessons from the U.S Experience', available at https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/event/kolasky_-_criminalizing_cartel_activity_8-04.pdf.
- Lee, Hwang (2014), “Overview of Current Antitrust Enforcement in Korea”, *Competition Policy International Chronicle*, September 2014.
- Levenstein, Margaret C. and Suslow, Valerie Y. (2010), “Constant Vigilance: Maintaining Cartel Deterrence During the Great Recession”, *Competition Policy International*, Vol. 6, No. 2, pp. 145-162, Autumn 2010.
- 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, UCL Faculty of Laws: London).
- Lianos, I., Jenny, F., Wagner von Papp, F., Motchenkova E., David, E. *et al* (2014) *Judicial Scrutiny of Financial Penalties in Competition Law: A Comparative Perspective* (CLES Research paper series 4/2014, UCL Faculty of Laws: London).
- Manzini, Pietro (2015), “The Proportionality of Antitrust Fines”, Aufsätze und Berichte, EuZW
- Martyniszyn, Marek (2016), “How High (and Far) Can You Go? On Setting Fines in Cartel Cases Involving Vertically-Integrated Undertakings and Foreign Sales”, 37(3) *European Competition Law Review* 99-107.

- Miller, Samuel and Sandrock (2009), Ryan, “Parental Liability For A Subsidiary’s Antitrust Violations Under U.S. Law ”, *Competition Policy International Chronicle*, November 2009.
- Novosad, Ana and Moisejevas, Raimundas (2012), “Novelties of Method of Setting Fines Imposed for Infringements of the Lithuanian Law on Competition”, *Jurisprudencija* 2012, Vol. 19 Issue 2, p625-642.
- OECD (2004), Cartel Sanctions against Individuals, DAF/COMP(2004)39.
- OECD (2010), Collusion and Corruption in Public Procurement, DAF/COMP/GF(2010)6.
- OECD (2013), Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements, DAF/COMP/LACF(2013)4/REV1.
- OECD (2011), Promoting Compliance with Competition Law, DAF/COMP(2011)20.
- OECD (2015), Relationship between Public and Private Antitrust Enforcement, DAF/COMP/WP3(2015)14.
- OECD (2015), Roundtable on cartels involving intermediate goods, DAF/COMP/WP3(2015)18
- OECD (2006), Roundtable on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominant Cases, DAF/COMP(2006)13.
- OECD (2007), Trade Associations, DAF/COMP(2007)45
- Oršulová, Andrea and Raus, David (2011), *Competition Law in the Slovak Republic* (Wolters Kluwer, the Netherlands)
- Ritzenhoff, Lukas (2015), “Indirect Effect: Fine Calculation, Territorial, Jurisdiction, and Double Jeopardy”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 6, No. 10.
- Rosner, David (2016), “Abuse of Dominance: Why Fine?”, *Competition Policy International Chronicle*, April 2016.
- Senona, Londiwe, The dichotomy between the penalty regime in competition law and the firm’s ability to pay: South Africa’s experience, available at <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/Londiwe-Senona-Article-Administrative-penalties-2.pdf>.
- Stephan, Andreas (2011), “Disqualification Orders for Directors Involved in Cartels”, *2(6) Journal of European Competition Law & Practice* 529-536.
- Walch, Jessica (2013), “Inability to pay” – how final is a fines decision?, available at <http://klowercompetitionlawblog.com/2013/01/31/inability-to-pay-how-final-is-a-fines-decision/>.
- Werden, G., Hammond, S. and B. Barnett (2011), “Recidivism Eliminated: Cartel Enforcement in the United States since 1999”, *CPI Antitrust Chronicle*, October 2011 (1).
- Werden, Gregory J (2009), “Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime”, *European Competition Journal*, Volume 5, Issue 1.

West, Jeremy (2012), “Are We Winning the Fight Against Cartels?”, *CPI Antitrust Chronicle*, February 2012 (1).

Wils, Wouter P.J. (2006), “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, *World Competition: Law & Economic Review*, vol. 29, no.2.

Wils, Wouter P.J. (2007), “The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition: Law & Economic Review*, vol. 30, no.2.

Wils, Wouter P. J. (2012), “Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis”, *World Competition: Law & Economics Review*, vol. 35, no. 1.

Wils, Wouter P. J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition : Law & Economics Review*, vol. 28, no. 2.

Wils, Wouter. P. J. (2008) *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement* (Oxford, UK, 2008).

Wils, Wouter. P. J. (2002), *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics* (The Netherlands: Kluwer Law International)

Winckler, Antoine and Laprévotte, François Charles (2013), “Selected Issues Raised by Recent Cartel Fines Decisions”, *Competition Policy International*, Nov 27.

Vande Walle, Simon (2012), “Private Enforcement of Antitrust Law in Japan: An Empirical Analysis”, 8 *Competition Law Review* 7-28.

ANNEXE.
RENSEIGNEMENTS SUR LES SANCTIONS ANTITRUST
DANS LES AUTORITÉS DE LA CONCURRENCE

Jurisdiction	Sources d'information
AUSTRALIA	<p>GTDT – Cartel Regulation 2016 (Australia): https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/5/cartel-regulation-australia/</p> <p>GTDT – Dominance 2016 (Australia): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/5/dominance-australia/</p> <p>GCR – The Asia Pacific Antitrust Review 2015 (Australia: Overview): http://globalcompetitionreview.com/reviews/69/sections/235/chapters/2732/australia-overview/</p>
BELGIUM	<p>GTDT – Dominance 2016 (Belgium): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/31/dominance-belgium/</p> <p>GCR - The European Antitrust Review 2016 (Belgium: Overview): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/241/chapters/2904/belgium-overview/</p>
BRAZIL	<p>GCR - The Antitrust Review of the Americas 2016 (Brazil: Cartels): http://globalcompetitionreview.com/reviews/74/sections/277/chapters/2999/brazil-cartels/</p> <p>Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional : http://www.ibrac.org.br/Downloads/Overview_of_Competition_Law_in_Brazil.pdf</p> <p>LAW N° 12.529 OF NOVEMBER 30, 2011: http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/regulacao-economica/legislacao/LAW%20No%2012529%202011%20-English%20version%20from%2018%2005%202012.pdf/download</p> <p>OECD Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil (2010): http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2011)18&docLanguage=En</p>
CANADA	<p>GCR Know-How: Antimonopoly & Unilateral Conduct : http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct/</p> <p>GCR –The Antitrust Review of the Americas 2016 (Canada: Competition Bureau): http://globalcompetitionreview.com/reviews/74/sections/276/chapters/2992/canada-competition-bureau/</p> <p>International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Canada) https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/canada Competition Act: http://www.laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/index.html</p>
CHILE	<p>Latin American Competition Forum 2013 Session I: Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements Contribution from Chile: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)13&docLanguage=En</p> <p>GCR – The Antitrust Review of the Americas 2016 (Chile): http://globalcompetitionreview.com/reviews/74/sections/278/chapters/3001/chile-national-economic-prosecutors-office/</p> <p>Accession Report on Competition Law and Policy (2010): http://www.oecd.org/chile/47950954.pdf</p> <p>GTDT – Cartel Regulations 2010 (Chile): http://www.carey.cl/download/noticias/cartel_regulation_2010.pdf</p>
COLOMBIA	<p>GTDT – Dominance 2016 (Colombia): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/8/dominance-colombia/</p> <p>OECD's Peer Review of Competition Law and Policy – Colombia (2009): http://www.oecd.org/daf/competition/44110853.pdf</p> <p>Latin American Competition Forum Session I: Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements Contribution from Colombia (2013): http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)9&docLanguage=En</p> <p>International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Colombia)</p>

	<p>https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/colombia Latin Lawyer Reference, Cartel Regulation 2016 (Colombia): http://latinlawyer.com/reference/topics/68/cartel-regulation/</p>
CZECH REPUBLIC	<p>GCR - The European Antitrust Review 2016 (Czech): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/245/chapters/2909/czech-republic-overview/ Guidelines of the Office for the Protection of Competition on the method of setting fines https://www.uohs.cz/en/competition/antitrust/guidelines-on-the-method-of-setting-fines.html</p>
ECUADOR	<p>GCR-The Antitrust Review of the Americas 2016 (Ecuador): http://globalcompetitionreview.com/reviews/74/sections/281/chapters/3005/ecuador-overview/</p>
EUROPEAN UNION	<p>GTDT – Dominance 2016 (European Union): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/10/dominance-european-union/ GCR Know-How: Antimonopoly & Unilateral Conduct: http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct/ International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (EU) https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/european-union Fines for breaking EU Competition Law http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_en.pdf Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52006XC0901(01) Press Release: Antitrust: Commission fines producers of TV and computer monitor tubes EUR 1.47 billion for two decade-long cartels, December 2012: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1317_en.htm Press Release: Competition: Commission revises Guidelines for setting fines in antitrust cases: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_en.htm Court of Justice of the European Union, Press Release No 148/14, Luxembourg, 12 November 2014: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-11/cp140148en.pdf C-123/13 P <i>Versalis SpA and Eni SpA v Commission</i>, Judgment of 5 March 2015: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162695&pageIndex=0&doclang=E&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=86875 C-231/14 P <i>InnoLux Corp. v. Commission</i>, judgment of 9 July 2015: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165650&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=186070</p>
FRANCE	<p>GTDT – Dominance 2016 (France): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/28/dominance-france/ GCR - The European Antitrust Review 2016 (France: Abuse of Dominance): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/248/chapters/2915/france-abuse-dominance/ The Commercial Code: http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/code_commerce_gb.pdf International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (France) https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/france</p>
FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF MACEDONIA	<p>International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Former Yugoslav Republic of Macedonia) https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/macedonia</p>
GERMANY	<p>GTDT – Dominance 2016 (Germany): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/11/dominance-germany/ GCR Know-How: Antimonopoly & Unilateral Conduct (Germany): http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct/ Guidelines for the setting of fines in cartel administrative offence proceedings http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidelines%20for%20the%20setting%20of%20fines.pdf?__blob=publicationFile&v=3</p>
HONG KONG, CHINA	<p>International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Hong Kong, China) https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/hong-kong</p>

HUNGARY	<p>GTDT – Cartel Regulations 2016 (Hungary): https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/68/cartel-regulation-2016-hungary/ Notice No 1/2012 of the President of the Hungarian Competition Authority and the Chair of the Competition Council of the Hungarian Competition Authority on the method of setting fines in case of market practices infringing Articles 11 and 21 of Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair Restrictive Practices, and Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union http://www.gvh.hu/en//data/cms1032308/For_professional_users_Antitrust_Fine_Setting_Notice_FINAL_EN_07_10_2015.pdf</p>
INDIA	<p>GCR - The Asia-Pacific Antitrust Review 2016 (India: Overview): http://globalcompetitionreview.com/reviews/78/sections/296/chapters/3163/india-abuse-dominance/ GCR Know-How: Antimonopoly & Unilateral Conduct: http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct/ International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (India) https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/india <i>Excel Crop Care Ltd. v Competition Commission of India and Another</i>, Appeal No. 79 of 2012 (delivered on 29 October 2013): http://compat.nic.in/upload/PDFs/octordersApp2013/29_10_13.pdf</p>
INDONESIA	<p>OECD Reviews of Regulatory Reform INDONESIA – Competition Law and Policy (2012): http://www.oecd.org/indonesia/chap%20%20-%20competition%20law%20and%20policy.pdf UNCTAD's Voluntary Peer Review on Competition Policy (Indonesia) in 2009: http://unctad.org/en/Docs/ditccpl20091_en.pdf</p>
ITALY	<p>GTDT – Dominance 2016 (Italy): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/15/dominance-italy/ GCR - The European Antitrust Review 2016 (Italy: Cartels): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/254/chapters/2931/italy-cartels/</p>
JAPAN	<p>GTDT – Dominance 2016 (Japan): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/36/dominance-japan/ GCR Know-How: Antimonopoly & Unilateral Conduct : http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct/ Administrative Surcharge System to deter Cartel Conduct Administrative Conduct: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc656.pdf</p>
KENYA	<p>International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Kenya) https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/kenya</p>
KOREA	<p>GTDT – Dominance 2016 (Korea): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/35/dominance-korea/ GCR Know-How: Antimonopoly & Unilateral Conduct: http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct/ GCR - The Asia-Pacific Antitrust Review 2016 (Korea: Overview): http://globalcompetitionreview.com/reviews/78/sections/299/chapters/3179/korea-overview/ Agency's website (The Monopoly Regulation and Fair Trade Act): http://eng.ftc.go.kr/bbs.do?command=getList&type_cd=62&pageId=0401 OECD Annual Report on Competition Policy Developments in Korea 2008: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2008)18/29&docLanguage=En</p>
LITHUANIA	<p>GCR - The European Antitrust Review 2016 (Lithuania: Overview): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/256/chapters/2934/lithuania-overview/ OECD Roundtable on Changes in Institutional Design of Competition Authorities Note by Lithuania: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)136&docLanguage=En Republic of Lithuania Law on Competition: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=q8i88mf0v</p>
MALAYSIA	<p>Guidelines on Financial Penalties: http://www.mycc.gov.my/sites/default/files/handbook/Guidline-on-Financial-Penalties.pdf</p>

MEXICO	<p>GTDT – Dominance 2016 (Mexico): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/16/dominance-mexico/ Latin American Competition Forum 2013 Session I: Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements Contribution from Mexico: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)19&docLanguage=En Latin Lawyer Reference, Cartel Regulation 2016 (Mexico): http://latinlawyer.com/reference/topics/68/cartel-regulation/</p>
NETHERLANDS	<p>GTDT – Dominance 2016 (Netherlands): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/17/dominance-netherlands/ GTDT – Cartel Regulations 2016 (Netherlands): https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/17/cartel-regulation-2016-netherlands/</p>
NEW ZEALAND	<p>Agency's website (The Fair Trading Amendment Act 2013): http://www.comcom.govt.nz/fair-trading/changes-to-the-fair-trading-act/#enforceable</p>
NIGERIA	<p>International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Nigeria): https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/nigeria</p>
NORWAY	<p>GTDT – Cartel Regulations 2016 (Norway): https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/53/cartel-regulation-norway/</p>
PERU	<p>Latin American Competition Forum 2013 Session I: Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements Contribution from Peru: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)11&docLanguage=En OECD Competition Law and Policy (Peru): http://www.oecd.org/daf/competition/peru-competition.htm GCR - The Antitrust Review of the Americas 2016 (Peru): http://globalcompetitionreview.com/reviews/74/sections/285/chapters/3010/peru-national-institute-defence-competition-protection-intellectual-property/</p>
PORTUGAL	<p>GCR - The European Antitrust Review 2016 (Portugal: Overview): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/261/chapters/2942/portugal-overview/</p>
ROMANIA	<p>GTDT – Dominance 2016 (Romania): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/73/dominance-romania/ International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Romania) https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/romania</p>
RUSSIA	<p>GTDT – Dominance 2016 (Russia): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/26/dominance-russia/ GCR Know-How: Antimonopoly & Unilateral Conduct : http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct/ Chambers & Partners, Competition: Cartels (Russia): http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/247/6700/1929-200 International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Russia): https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/russia Agency's website http://en.fas.gov.ru/</p>
SINGAPORE	<p>CCS Guidelines on the Appropriate Amount of Penalty: https://www.ccs.gov.sg/legislation/~/_media/custom/ccs/files/legislation/ccs%20guidelines/ccsguideli nepenalty20071033.ashx International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Singapore): https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/singapore</p>
SLOVAK REPUBLIC	<p>GCR - The European Antitrust Review 2016 (Slovakia: Overview): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/264/chapters/2947/slovakia-overview/</p>
SLOVENIA	<p>GCR - The European Antitrust Review 2016 (Slovenia: Overview): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/265/chapters/2948/slovenia-overview/</p>
SOUTH AFRICA	<p>GCR - The African and Middle Eastern Antitrust Review 2016 (South Africa: Cartels): http://globalcompetitionreview.com/reviews/77/sections/290/chapters/3140/south-africa-cartels/ Guidelines for the Determination of Administrative Penalties for Prohibited Practices:</p>

	<p>https://africanantitrust.files.wordpress.com/2015/04/sa-guidelines-for-administrative-penalties.pdf Media Release (Monday, 22 August 2016), Arcelormittal to pay R1.5 billion fine for its involvement in cartels: http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2016/01/Press-release-ArcelorMittal-final-1.pdf</p>
SPAIN	<p>GTDT – Dominance 2016 (Spain): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/21/dominance-spain/ GTDT – Cartel Regulation 2016 (Spain): https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/21/cartel-regulation-spain/</p>
SWEDEN	<p>GCR - The European Antitrust Review 2016 (Sweden: Competition Authority): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/267/chapters/2951/sweden-competition-authority/</p>
SWITZERLAND	<p>GTDT – Dominance 2016 (Switzerland): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/29/dominance-switzerland/ GCR - The European Antitrust Review 2016 (Switzerland: Overview): http://globalcompetitionreview.com/reviews/72/sections/265/chapters/2948/slovenia-overview/ International Comparative Legal Guides (ICLG), Cartel & Leniency 2016 (Switzerland): https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/switzerland</p>
CHINESE TAIPEI	<p>Annual Report on Competition Policy Developments in Chinese Taipei: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2015)33&docLanguage=En Fair Trade Act of 2011: http://www.ftc.gov.tw/internet/english/doc/docDetail.aspx?uid=655&docid=12106</p>
TURKEY	<p>GTDT – Dominance 2016 (Turkey): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/54/dominance-turkey/ GCR Know-How: Antimonopoly & Unilateral Conduct : http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct/ Regulation on Fines: http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FRegulation%2Fyonetmelik11.pdf</p>
UKRAINE	<p>GCR Know-How: Antimonopoly & Unilateral Conduct: http://globalcompetitionreview.com/know-how/topics/87/antimonopoly-unilateral-conduct/ UNCTAD's Voluntary Peer Review Of Competition Law and Policy: Ukraine (2013) http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccpl2013d3_overview_en.pdf</p>
UNITED KINGDOM	<p>GTDT – Dominance 2016 (United Kingdoms): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/22/dominance-united/ Cartels & Leniency 2016 (United Kingdoms) http://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/united-kingdom OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf Office of Fair Trading, An Assessment of Discretionary Penalties Regimes: http://londoneconomics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/30-An-assessment-of-the-UK-Discretionary-Penalties-Regime.pdf The deterrent effect of competition enforcement by the OFT: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf Competition disqualifications orders: OFT510 https://www.gov.uk/government/publications/competition-disqualification-orders GTDT – Cartel Regulations 2016 (United Kingdoms): https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/22/cartel-regulation-united-kingdom/</p>
UNITED STATES	<p>GTDT – Dominance 2016 (United States): https://gettingthedealthrough.com/area/10/jurisdiction/23/dominance-united-states/ Chapter Eight Fine Primer: Determining the Appropriate Fine Under the Organizational Guidelines (March 2013) http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/training/primers/Primer_Organizational_Fines.pdf GTDT – Cartel Regulation 2016 (United States): https://gettingthedealthrough.com/area/5/jurisdiction/23/cartel-regulation-united-states/</p>

NOTES DE FIN DE DOCUMENT

¹ La notion d'« amendes » désigne les sanctions prononcées sur le fond des affaires, et non pour des manquements procéduraux.

² La notion d'« abus de position dominante » est un terme concis utilisé ici pour englober toutes les normes régissant les comportements unilatéraux inscrites dans le droit de la concurrence des différents pays.

³ Aux États-Unis, les autorités de la concurrence n'infligent pas d'amende pour une infraction civile au droit de la concurrence, y compris en cas de comportement unilatéral illicite. De fait, le comportement anticoncurrentiel d'une seule entreprise n'est quasiment jamais jugé répréhensible par les autorités car il implique trop de jugements et de suivi au cas par cas pour déterminer si le comportement était de toute façon illicite. Voir OCDE (2006), Table ronde sur les mesures correctrices et les sanctions dans le cas d'abus de position dominante, DAF/COMP(2006)13.

⁴ Voir Alberto Heimler et Kirtikumar Mehta (2014), *Monopolization in Developing Countries*, The Oxford Handbook of International Antitrust Economics. 2, 234-252.

⁵ L'autorité de la concurrence de l'Équateur a été créée en 2012.

⁶ En 2004, le Conseil italien de la concurrence (AGCM) a infligé une amende record de 152 millions EUR à Telecom Italia, pour abus de sa position dominante sur le marché des services de télécommunications fixes à la clientèle des entreprises.

⁷ La Commission malaisienne de la concurrence (MyCC) a proposé d'imposer une sanction financière de 307 200 RM à My EG Services Bhd (MyEG) pour infraction à l'article 10 de la Loi de 2010 sur la concurrence. En 2013, la MyCC a prononcé sa première proposition de décision pour abus de position dominante dans le cadre de laquelle elle a proposé d'infliger une sanction financière de 4.5 millions MYR à Megasteel Steel Sdn Bhd (Megasteel) pour compression de marges. Cela étant, en avril 2016, la MyCC a estimé que Megasteel n'avait pas contrevenu à la disposition prohibant l'abus de position dominante prévue par l'article 10 de la Loi de 2010 sur la concurrence.

⁸ <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=13903>;
<http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=13891>.

⁹ Voir John M. Connor, « The Rise of ROW Anti-Cartel Enforcement », *CPI Antitrust Chronicle*, septembre 2015 (1).

¹⁰ Voir Alberto Heimler et Kirtikumar Mehta, « Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Amendes for Achieving Deterrence », 35 *World Competition* 103(2012).

¹¹ <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FRegulation%2Fyonetmelik11.pdf>.

¹² Les taux de pénalité appliqués aux ententes et aux abus de position dominante au Japon sont les suivants :

	Ententes et soumissions concertées		Monopolisation privée	
	Grandes entreprises	Petites et moyennes entreprises	Contrôle du marché	Éviction
Production, construction, transport, etc.	10 %	4 %	10 %	6 %
Ventes au détail	3 %	1.2 %	3 %	2 %
Ventes en gros	2 %	1 %	2 %	1 %

- 13 CJUE, 27 octobre 2010, Alliance One International contre Commission européenne, affaire T-24/05.
- 14 Voir RIC, Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions, Rapport présenté lors de la 7^e Conférence
annuelle qui s'est tenue à Kyoto, en avril 2008, p. 11, disponible à l'adresse suivante :
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>.
- 15 Des relations d'agence sont généralement instituées dès lors qu'une relation entre deux parties –
un principal et un agent – implique que l'agent prenne des décisions pour le compte du principal.
- 16 Damien Geradin, The EU Competition Law Fining System: A Reassessment, TILEC Discussion Paper
(2011), p. 15.
- 17 OCDE, Cartel Sanctions against Individuals, DAF/COMP(2004)39, p. 5.
- 18 Id ; voir aussi RIC, Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions, supra note 14, p. 17.
- 19 Id.
- 20 RIC (2008), supra note 14.
- 21 Voir Fines for breaking EU Competition Law, disponible à l'adresse suivante :
http://ec.europa.eu/competition/ententes/overview/factsheet_amendes_en.pdf.
- 22 Voir communiqué de presse : Concurrence : la Commission modifie les lignes directrices pour le calcul des
amendes dans les affaires antitrust, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-857_fr.htm.
- 23 Voir Administrative Surcharge System to deter Cartel Conduct Administrative Conduct, disponible à
l'adresse suivante : <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc656.pdf>.
- 24 Roger D. Blair et D. Daniel Sokol, The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Oxford
University Press 2015.
- 25 Antitrust deterrence in the US and Japan, Stuart M. Chemtob (2000), disponible à l'adresse suivante :
<https://www.justice.gov/atr/speech/antitrust-deterrence-united-states-and-japan>.
- 26 Si une sanction administrative pécuniaire va au-delà du seul effet de dissuasion et revêt un caractère
punitif, le défendeur doit alors se voir accorder le droit à un procès équitable. Voir *R v Wigglesworth*,
[1987] 2 S.C.R. 541.
- 27 Voir Loi sur la concurrence, article 79, alinéa 3, point 2, disponible à l'adresse suivante :
http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03497.html#s4_0.
- 28 Voir Forum latino-américain sur la concurrence, Session I : Critères de fixation des amendes pour
les infractions à la Loi sur la concurrence, contribution du Chili (TDLC), disponible à l'adresse suivante
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)13&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)13&docLanguage=En).
- 29 Voir Forum latino-américain sur la concurrence, Session I : Critères de fixation des amendes pour les
infractions à la Loi sur la concurrence, contribution du Pérou, disponible à l'adresse suivante
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)11&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)11&docLanguage=En).
- 30 Id.
- 31 Ioannis Lianos, Frédéric Jenny, Florian Wagner-von Papp, Evgenia Motchenkova et Eric David, *An
Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: A Comparative
Analysis* (CLES Research paper series 3/2014, UCL Faculty of Laws: London) p. 69 ; RIC (2008) Setting
of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions, p. 26 ; voir aussi C-444/11 P *Team Relocations et al. contre
Commission européenne*, arrêt du 11 juillet 2013, EU:C:2013:464, paragraphe 76.
- 32 Voir Forum latino-américain sur la concurrence, Session I : Critères de fixation des amendes pour les
infractions à la Loi sur la concurrence, contribution de la Colombie (2013), disponible à l'adresse suivante

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)9&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)9&docLanguage=En).

33 Alinéa 1 de l'article 9 du décret relatif au règlement sur les monopoles et Loi sur l'équité de la concurrence.

34 *Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren* (Lignes directrices sur la fixation des amendes dans le cadre des procédures administratives visant les ententes) (2013), paragraphe 10.

35 Paragraphe 11.

36 Voir *Guidelines on Financial Penalties* (date de publication : 14 octobre 2014), disponible à l'adresse suivante : <http://www.mycc.gov.my/sites/default/files/handbook/Guidline-on-Financial-Penalties.pdf>.

37 Voir Forum latino-américain sur la concurrence, Session I : Critères de fixation des amendes pour les infractions à la Loi sur la concurrence, contribution du Mexique (2013), disponible à l'adresse suivante : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)19&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)19&docLanguage=En).

38 *CCS Guidelines on the appropriate amount of penalty*, disponible à l'adresse suivante https://www.ccs.gov.sg/legislation/~/_media/custom/ccs/files/legislation/ccs%20guidelines/ccsguidelinepenalty20071033.ashx.

39 OFT (CMA), *OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty* (2012), paragraphe 2.7.

40 *Federal Sentencing Guidelines Manual* §2R1.1.(b)(2).

41 Dans certains pays, cette notion couvre le chiffre d'affaires global consolidé de l'entreprise (et de ses filiales) réalisé dans le monde entier au cours de l'exercice pris en compte (à savoir l'exercice précédant la commission de l'infraction ou le dernier exercice de participation à l'infraction). Voir RIC (2008) *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*, supra note 14.

42 Loi n° 12,529/11, Article 37, disponible à l'adresse suivante : http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.

43 *Excel Crop Care Ltd. v Competition Commission of India and Another*, Appel n° 79 de 2012, rendu le 29 octobre 2013, disponible à l'adresse suivante : http://compat.nic.in/upload/PDFs/octordersApp2013/29_10_13.pdf.

44 RIC (2008), supra note 14, p. 21. Cinq pays ayant répondu considèrent que la durée constitue un facteur de modulation.

45 Par exemple, si la durée de l'infraction a été de 8 mois, la Commission appliquera un multiplicateur de 8/12 pour la durée.

46 *Fines for breaking EU Competition Law*, voir supra note 21.

47 Point 25 des Lignes directrices pour le calcul des amendes (2006). Le droit d'entrée est ajouté une fois multiplié un pourcentage (de 0 % à 30 %) des ventes concernées par le nombre d'années pendant lesquelles l'infraction a duré, autrement dit : Montant de base = pourcentage de la valeur des ventes concernées × durée + droit d'entrée.

48 Au Japon, le chiffre d'affaires concerné désigne le montant des ventes de biens ou de services liées à l'infraction, réalisées sur le marché concerné pendant la durée de l'infraction.

49 Voir note 12.

50 La section 2.R1.1(d) des *Federal Sentencing Guidelines* porte sur les soumissions concertées, les ententes sur les prix et les accords de répartition du marché. Ce passage de la sous-section (d), expose les Instructions particulières relatives aux amendes infligées à des organisations : « Au lieu de la perte financière prescrite à la sous-section (a)(3) du §8C2.4 (Montant de base de l'amende), il convient d'appliquer un pourcentage de 20 % du volume des ventes concernées ».

- 51 Ioannis Lianos, Frédéric Jenny, Florian Wagner-von Papp, Evgenia Motchenkova et Eric David, *supra* note 31, p. 183.
- 52 Ainsi, avec la méthode utilisée par la Commission, la valeur des ventes s'établira à 160 millions USD (40 millions USD × 4 ans), alors que la valeur des ventes réelle serait de 280 millions USD. Voir Note de référence du Secrétariat de l'OCDE pour la Session I (Critères de fixation des amendes pour les infractions à la Loi sur la concurrence), du Forum latino-américain sur la concurrence, qui a eu lieu les 3 et 4 septembre 2013, à Lima, au Pérou, disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2013-latin-american-competition-forum.htm>.
- 53 D'après les Lignes directrices de la Commission européenne en matière d'amendes établies en 2006, la récidive désigne le cas où « une entreprise poursuit ou répète une infraction identique ou similaire après que la Commission ou une autorité nationale de concurrence a constaté que cette entreprise a enfreint les dispositions [des articles 101 ou 102 du TFUE] ». Le Tribunal de l'Union européenne considère que « la notion de récidive, telle qu'elle est comprise dans un certain nombre d'ordres juridiques nationaux, implique qu'une personne a commis de nouvelles infractions après avoir été sanctionnée pour des infractions similaires ». Wils estime que « ces deux définitions partagent l'idée selon laquelle la même personne ou la même entreprise commet ou poursuit une infraction après avoir fait l'objet d'une décision constatant une infraction semblable ou imposant une amende pour une infraction semblable. Par conséquent, il n'y a récidive que si la deuxième infraction est commise ou se poursuit après la date à laquelle la Commission ou une autorité nationale de la concurrence a adopté la décision constatant la première infraction (deuxième infraction après une première décision). » Voir Wouter P.J. Wils (2012), « Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis », *World Competition: Law & Economics Review*, vol. 35, n° 1.
- 54 Wouter P.J. Wils, *supra*, note 53.
- 55 D'après les Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, *JO C 210 du 1.9.2006*, paragraphe 28, « lorsqu'une entreprise poursuit ou répète une infraction identique ou similaire après que la Commission ou une autorité nationale de concurrence a constaté que cette entreprise a enfreint les dispositions de l'article 81 ou de l'article 82. Le montant de base sera augmenté jusqu'à 100 % par infraction constatée. »
- 56 Damien Geradin, *supra*, note 16, p. 40.
- 57 Ibid. p. 41.
- 58 Affaire C-413/08 P Lafarge SA contre Commission européenne [2010], Rec. p. I-5361, points 68-84 ; Affaire C-3/06 P Groupe Danone contre Commission européenne [2007], Rec. p. I-1331, points 37-39.
- 59 Damien Geradin, *supra*, note 16, p. 41.
- 60 En réalité, la notion de récidive est rarement appliquée aux États-Unis. Voir John M. Connor, « Oceanic Disparities in Cartel-Recidivism Attitude and Penalties ».
- 61 Wouter P.J. Wils, *supra*, note 53.
- 62 Voir Wils, Wouter P.J. (2007), « The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis », *World Competition: Law & Economic Review*, vol. 30, n° 2, juin 2007.
- 63 Iwan Bos et Frederick Wandschneider (2011), « Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program », CCP Working Paper n° 11-13, pp. 8-9.
- 64 Article 26 du Décret-loi 211.
- 65 Lignes directrices, paragraphe 29, tiret 4.
- 66 Lignes directrices américaines sur la détermination de la peine, paragraphe 8C2.5, alinéa g.
- 67 Voir Andrea Oršulová et David Raus, *Competition Law in the Slovak Republic*, p. 74.
- 68 Article 37 de la Loi sur la concurrence de la République de Lituanie, disponible à l'adresse suivante : <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=q8i88mf0v>.

- 69 Voir OCDE (2011), *Promoting Compliance with Competition Law*.
- 70 Voir Douglas Ginsburg et Joshua Wright (2010), « Antitrust Sanctions », *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, pp. 3-39.
- 71 Dans un discours prononcé en 2011, Joaquin Almunia, alors Vice-président de la Commission européenne et responsable de la politique de la concurrence, a réaffirmé que les programmes de conformité mis en place par les entreprises qui enfreignaient le droit européen de la concurrence n'avaient pas rempli leur rôle et ne pouvaient donc pas être considérés comme un facteur atténuant dans l'évaluation du montant de l'amende à infliger. (« L'efficacité d'un programme de conformité constitue sa propre récompense. Sa récompense première est d'éviter à l'entreprise d'adopter un comportement illicite. Si une entreprise participe à une entente, elle ne devrait pas attendre de récompense de notre part parce qu'elle dispose d'un programme de conformité, puisque ce programme serait par définition inopérant ». Voir cote SPEECH/11/268, 14 avril 2011).
- 72 <http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines>.
- 73 Dans l'affaire États-Unis contre Kayaba Industry Company, le DOJ a recommandé une amende allégée de 62 millions USD en partie en raison de l'instauration d'un programme de conformité approprié. En outre, dans un discours prononcé lors du Sixième forum annuel de Chicago sur les questions de concurrence dans le monde qui s'est tenu en juin 2015, le vice-procureur général adjoint Brent Snyder a déclaré : « [L]a Division antitrust est disposée à prendre en compte les efforts réalisés en matière de conformité dans sa recommandation concernant le montant de l'amende à infliger lorsque l'entreprise déploie des efforts extraordinaires non seulement pour mettre en place un programme de conformité mais aussi pour changer la culture d'entreprise qui a permis à l'infraction d'entente de se produire. »
- 74 Voir Wouter P.J. Wils (2006), « Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice », *World Competition: Law & Economic Review*, vol. 29, n° 2. Voir également C-189/02 P Dansk Rørindustri e.a. contre Commission des Communautés européennes, arrêt du 28 juin 2005, point 281.
- 75 Wouter P.J. Wils, *supra*, note 74.
- 76 Soit par exemple A et B, deux entreprises participant à une entente aux États-Unis. A est une entreprise multi-produits et son chiffre d'affaires mondial s'élève à 600 millions EUR tandis que B est une entreprise mono-produit et son chiffre d'affaires est de 60 millions EUR. Supposons qu'elles soient impliquées dans la même infraction anticoncurrentielles et que la valeur des ventes concernées par l'infraction ne représente que 10 % du chiffre d'affaires mondial de A, soit 60 millions EUR, ce qui correspond à la valeur de l'ensemble des ventes de B, soit 100 % de son chiffre d'affaires. Supposons également que le pourcentage de la valeur des ventes utilisé pour calculer le montant de base de l'amende est de 20 % pour les deux entreprises. Alors, le montant de base de l'amende infligée s'élève à 12 millions EUR, pour A et pour B. Il s'agit également du montant final de l'amende déterminée en fonction de la gravité de l'infraction, en excluant de l'analyse par souci de simplicité d'autres facteurs prévus dans les Lignes directrices, comme la durée de l'infraction et les circonstances aggravantes et atténuantes. L'application d'un plafond égal à 10 % du chiffre d'affaires annuel est au seul avantage de B, dont l'amende baisse à 6 millions (10 % de 60 millions). Mais pour A, l'amende de 12 millions EUR n'excède pas 10 % du chiffre d'affaire mondial. C'est pourquoi, l'amende finale infligée à A est de 12 millions EUR, contre 6 millions EUR pour B. Voir Manzini, Pietro (2015), « The Proportionality of Antitrust Fines », <http://www.clgitalia.it/docs/The%20Proportionality%20of%20Antitrust%20Fines.pdf>.
- 77 Voir OCDE (2008), Rapport annuel sur les développements en matière de politique de la concurrence en Corée, disponible à l'adresse suivante : [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2008\)18/29&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2008)18/29&docLanguage=En).
- 78 Les amendes doivent être calculées de sorte que seules les infractions les plus graves comme l'entente sur les prix sur une longue période puissent être sanctionnées par une amende correspondant à 10 % du chiffre d'affaires mondial ; Ioannis Lianos, Frédéric Jenny, Florian Wagner-von Papp, Evgenia Motchenkova et Eric David *supra*, note 31, p. 158, « Si le seuil de 10 % n'était qu'un simple plafond, l'autorité pourrait décider d'infliger une amende supérieure à 10 % du chiffre d'affaires pour sanctionner non seulement les

infractions les plus graves mais aussi des infractions mineures ou modérées. L'amende serait ensuite en tout état de cause plafonnée à 10 % du chiffre d'affaires. De ce fait, cette situation contreviendrait aux règles généralement admises applicables aux sanctions concernant les infractions pénales et administratives, qui requièrent que la sanction soit proportionnée à l'infraction et que l'amende la plus lourde soit réservée aux cas les plus graves. »

79 Voir Recent developments in German competition law, disponible à l'adresse suivante : <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c24c8ef2-b678-4b17-b3a1-ebc4af2ca91b>.

80 KRB 20/12 du 26 février 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=cd8f8f4e149023d9a8f8d3069a8ff38b&nr=63748&pos=0&anz=1>.

81 RIC (2008), *supra*, note 14, p. 26 et p. 44. Seules quatre autorités répondantes (Hongrie, Jordanie, Mexique et Pays-Bas) ont indiqué qu'il leur était impossible de prendre cette circonstance en compte. Il convient toutefois de noter que deux de ces quatre autorités peuvent indirectement prendre en considération le statut financier (Mexique) ou le risque de faillite (Pays-Bas). Il ressort par conséquent que l'incapacité de payer une amende est un élément généralement pris en compte d'une façon ou d'une autre dans l'ensemble des juridictions.

82 D'après le paragraphe 35 des Lignes directrices de la Commission européenne en matière d'amendes, « [d]ans des circonstances exceptionnelles, la Commission peut, sur demande, tenir compte de l'absence de capacité contributive d'une entreprise dans un contexte social et économique particulier. Aucune réduction d'amende ne sera accordée à ce titre par la Commission sur la seule constatation d'une situation financière défavorable ou déficitaire. Une réduction ne pourrait être accordée que sur le fondement de preuves objectives que l'imposition d'une amende, dans les conditions fixées par les présentes Lignes directrices, mettrait irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise concernée et conduirait à priver ses actifs de toute valeur. »

83 La Commission européenne a accordé des réductions d'amendes à 13 entreprises au titre de l'incapacité de payer entre novembre 2009 et décembre 2012.

84 Walch, Jessica (2013), « "Inability to pay" – how final is a fines decision? », disponible à l'adresse suivante : <http://kluwercompetitionlawblog.com/2013/01/31/inability-to-pay-how-final-is-a-fines-decision/>.

85 Damien Geradin, *supra*, note 16, p. 36.

86 Levenstein, Margaret C. et Valérie Y. Suslow (2010), « Constant Vigilance: Maintaining Cartel Deterrence During the Great Recession », *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2, pp. 145-162, automne 2010.

87 <http://globalcompetitionreview.com/news/article/32820/crt-cartelist-obtains-record-inability-to-pay-fine-cut/>.

88 International Cooperative Legal Guides (ICLG), *India, Cartel & Leniency 2016*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-leniency/cartels-and-leniency-2016/india>.

89 Voir « The heavy hand of the competition commission », disponible à l'adresse suivante : <http://www.nortonrosefulbright.com/news/44650/the-heavy-hand-of-the-competition-commission>.

90 Voir Londiwe Senona, « The dichotomy between the penalty regime in competition law and the firm's ability to pay: South Africa's experience », disponible à l'adresse suivante : <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/Londiwe-Senona-Article-Administrative-penalties-2.pdf>.

91 La section 7 des Lignes directrices dispose :

7. CAPACITÉ DE PAYER LA SANCTION ADMINISTRATIVE

7.1. Après avoir fixé une sanction administrative adéquate et dans des circonstances exceptionnelles, la Commission a la possibilité de prendre en considération la capacité de l'entreprise à payer la sanction administrative. Il s'agit d'une exception et il convient de ne pas compter sur une adaptation de la sanction administrative pour ce motif. Dans ces circonstances, la Commission sera attentive à la position financière de

l'entreprise et à la situation sur le marché afin d'éviter d'imposer à une entreprise un préjudice important qui pourrait entraîner une diminution considérable de la concurrence. Cela n'invalide pas l'impératif de prendre en considération les principes de proportionnalité et d'équité.

7.2. Pour que ce motif soit pris en compte, l'entreprise doit fournir à la Commission des preuves objectives du fait que l'imposition de la sanction administrative prévue dans ces lignes directrices compromettrait irrémédiablement sa capacité à poursuivre son activité ou à sortir du marché. Il peut notamment s'agir d'états financiers vérifiés attestant de l'exactitude de la situation financière de l'entreprise. La Commission tiendra compte de la viabilité financière de l'ensemble de l'entreprise et non d'un service en particulier.

92 Voir Margaret C. Levenstein et Valerie Y. Suslow, *supra*, note 86.

93 Voir Communiqué de presse, 22 août 2016, disponible à l'adresse suivante : <http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2016/01/Press-release-ArcelorMittal-final-1.pdf>.

94 Wouter P.J. Wils (2008), *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, Hart Publishing, p. 137. Wils soutient que « les ententes qui fonctionnent sont des organisations complexes capables d'apprendre. On peut donc affirmer que les participants vont chercher à adapter leur organisation aux mesures de clémence, non seulement pour limiter l'effet déstabilisateur de ces mesures, mais aussi, le cas échéant, pour en tirer parti afin d'augmenter les chances de création et de maintien des ententes. »

95 Samuel Miller et Ryan Sandrock, « Parental Liability For A Subsidiary's Antitrust Violations Under U.S. Law », *CPI Antitrust Chronicle*, novembre 2009, p. 2, disponible sous https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/SandrockNOV-09_1_.pdf.

96 Id. p. 2 ; Voir également Eggert, David et Hou, Jingbo (2009), « Liability of a Parent for the Antitrust Violations of a Subsidiary Under Asian Antitrust Law », *Competition Policy International Chronicle*, novembre 2009, disponible sous <https://www.competitionpolicyinternational.com/liability-of-a-parent-for-the-antitrust-violations-of-a-subsiary-under-asian-antitrust-law/>.

97 Affaire COMP/E-1/36.490 – Graphite electrodes, par. 123, « *Enfin, la Commission considère que le recouvrement d'une amende éventuelle auprès d'une société dormante n'exerçant aucune activité commerciale et dont le maintien en vie dépend entièrement des avantages fiscaux qu'elle procure à VAW Aluminium AG pourrait poser des problèmes.* »

98 Damien Geradin, *supra*, note 16, p. 16.

99 C-123/13 P *Versalis SpA et Eni SpA c. Commission*, arrêt du 5 mars 2015.

100 C-123/13 P *Versalis SpA et Eni SpA c. Commission*, arrêt du 5 mars 2015, par. 96.

101 Id.

102 C-580/12 P *Guardian Industries et Guardian Europe c. Commission*, arrêt du 12 novembre 2014.

103 C-231/14 P *InnoLux Corp. c. Commission*, arrêt du 9 juillet 2015, EU:C:2015:451, par. 63.

104 C-231/14 P *InnoLux Corp. c. Commission*, arrêt du 9 juillet 2015, EU:C:2015:451, par. 56.

105 Voir OCDE, Ententes portant sur des biens intermédiaires, DAF/COMP/WP3(2015)18.

106 Voir Elizabeth Coleman, *InnoLux Corp. v European Commission: How to Calculate the Fine When the Cartel Concerned Components of Final Products*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2016, vol. 7, n° 3.

107 Voir Lukas Ritzenhoff, *Indirect Effect: Fine Calculation, Territorial Jurisdiction, and Double Jeopardy*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, vol. 6, n° 10.

108 D. Sokol et Ioannis Lianos, *The Global Limits of Competition Law* (2012) : il existe deux systèmes de contrôle judiciaire, appelés respectivement révision en appel et contrôle juridictionnel. La révision en appel

est le terme générique utilisé pour désigner le processus par lequel une juridiction supérieure examine une affaire tranchée par un tribunal de degré inférieur, alors que le contrôle juridictionnel fait référence au pouvoir absolu dont dispose le tribunal de déterminer si une décision administrative est juridiquement viciée.

109 Voir RIC, Competition and the Judiciary: A Report on a Survey on the Relationship Between Competition Authorities and the Judiciary (2006) : pour 47 % des répondants, le fait d'interjeter appel a des effets suspensifs. Dix-huit autorités de la concurrence, appartenant à 17 pays, ont répondu au questionnaire.

110 Voir Cartels & Leniency 2016, 7. Appeal Process, disponible sous <http://www.iclg.co.uk/practice-areas/cartels-and-lenieny/cartels-and-lenieny-2016>.

111 Voir RIC, Report on the Agency Effectiveness Project Second Phase – Effectiveness of Decisions, présenté lors de la 8^e Conférence annuelle du RIC, Zurich, juin 2009, disponible sous <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc375.pdf>.

112 Voir John M. Connor, supra, note 9.

113 *Competition Commission of India Recovers Just Rs. 1,000 Crore of Rs. 12,000 Crore SoFar* (19 novembre 2014), disponible sous http://articles.economictimes.indiatimes.com/2014-11-19/news/56265816_1_fair-trade-norms-competition-commission-crore-penalties.

114 Voir CNUCED, Voluntary Peer Review of Competition Law and Policy: Ukraine (2013).

115 Voir RIC (2009), supra, note 111.

116 Id.

117 Voir OCDE, Associations commerciales, DAF/COMP(2007)45.

118 Voir Règlement 1/2003 (JO 2003 L1/1), article 23, par. 4.

119 Deuxième Rapport du Conseil de la concurrence concernant la lutte efficace contre les ententes injustifiables, DAF/COMP(2003)2. Selon ce document, « [q]u'il soit ou non légalement possible d'infliger une amende optimale à l'entreprise et pratiquement possible de la calculer dans un cas donné, le fait d'infliger réellement cette amende pourrait poser des problèmes. L'amende optimale pourrait simplement être trop lourde à supporter pour l'entreprise, ce qui entraînerait sa faillite et sa sortie possible du marché, et, dès lors, réduirait la concurrence. On pourrait donc envisager des sanctions contre des personnes physiques, qui leur feraient encourir un risque individuel au titre de leur comportement. Ces sanctions pourraient compléter les amendes infligées à l'entreprise et accroître l'effet dissuasif. »

120 D. Ginsburg & J. Wright, supra, note 70 : « Il se pourrait simplement que les amendes infligées aux entreprises ne produisent pas l'effet recherché, si bien qu'augmenter leur montant est inutile dans le meilleur des cas et pourrait être contre-productif si les entreprises répercutent sur le prix qu'elles facturent aux consommateurs le surcoût induit par l'augmentation des frais liés aux dispositifs de contrôle et de mise en conformité. »

121 Wouter P.J. Wils, supra note 74.

122 D. Ginsburg & J. Wright, supra note 70, selon qui les individus responsables d'activités collusoires, qu'ils y soient engagés, qu'ils en soient complices ou qu'ils négligent de prévenir la fixation des prix, doivent faire l'objet de mesures suffisant à les dissuader de s'engager dans de telles activités.

123 Voir Office of Fair Trading, An Assessment of Discretionary Penalties Regimes, disponible sous <http://londonconomics.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/30-An-assessment-of-the-UK-Discretionary-Penalties-Regime.pdf>.

124 Voir Wouter P.J. Wils (2005), Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?

- 125 William Kolasky, « Criminalizing Cartel Activity: Lessons from the U.S Experience », disponible sous https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/event/kolasky_-_criminalizing_cartel_activity_8-04.pdf.
- 126 Joel I. Klein, « The war against international cartels: Lessons from the battlefield », Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, 14 octobre 1999.
- 127 Voir Keith Jones et Farin Harrison, « Criminal Sanctions: An overview of EU and national case law », e-Competitions Bulletin Criminal sanctions, art. n° 64713, 25 mars 2014.
- 128 Wouter P.J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics* (Pays-Bas : Kluwer Law International, 2002), p. 221.
- 129 Voir OFT, supra note 123.
- 130 William Kolasky, supra note 125.
- 131 Voir A. Jones et R. Williams (2014), « The UK Response to the Global Effort Against Cartels: Is Criminalization Really the Solution? », *Journal of Antitrust Enforcement* 100.
- 132 En juillet 2016, la Chambre haute du parlement chilien a approuvé des dispositions législatives visant à criminaliser les ententes collusoires.
- 133 A. Jones et R. Williams, supra note 131.
- 134 Cette affaire porte sur une soumission concertée d'envergure internationale relative à la fourniture de tuyaux spécifiques utilisés pour transporter des produits pétroliers à partir d'installations offshore et de navires. Les dirigeants ont plaidé coupables des charges d'ententes criminelles au Royaume-Uni, au terme d'un compromis avec le ministère de la Justice américain.
- 135 En 2010, l'OFT a décidé d'abandonner les poursuites pénales contre quatre membres de la direction de British Airways, après la découverte de milliers de documents qui n'avaient pas été divulgués à BA ou examinés par l'OFT.
- 136 Dans cette affaire, un dirigeant a plaidé coupable avant l'ouverture de procès et les deux autres ont plaidé leur innocence, avant d'être acquittés.
- 137 Voir OCDE (2004), supra note 17 ; Voir également A. Jones and R. Williams, supra note 124.
- 138 Le Projet Cartel est un projet de recherche interdisciplinaire financé de 2009 à 2011 par le Conseil australien de la recherche. Voir Caron Beaton-Wells *et al.*, *The Cartel Project: Report on a Survey of the Australian Public Regarding Anti-Cartel Law and Enforcement* (University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 519, 2011), disponible sous http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1743268.
- 139 Voir Caron Beaton-Wells et Christine Parker (2013), « Justifying Criminal Sanctions for Cartel Conduct: A Hard Case », (2013) 1(1) *Journal of Antitrust Enforcement* 198.
- 140 Voir OCDE (2004), supra note 17 ; voir également Paul K. Gorecki and David McFadden, « Criminal cartels in Ireland: the Heating Oil case », (2006) *European Competition Law Review* 27(11), 631-640.
- 141 Voir Aaron Khan, « Rethinking Sanctions for Breaching EU Competition Law: Is Director Disqualification the Answer? », (2012) 35 *World Competition*, Issue 1, pp. 77-102.
- 142 Wouter P.J. Wils, supra note 124, p. 36.

- ¹⁴³ Pour Ginsburg et Wright, supra note 70, le premier avantage est que l'exclusion, comme l'incarcération, impose un coût d'opportunité direct substantiel aux individus condamnés pour activités de fixation des prix... Le deuxième avantage, qui est un avantage indirect, est que l'exclusion accroît la probabilité et la gravité des risques de réputation sur le marché de l'emploi.
- ¹⁴⁴ Wouter P.J. Wils, supra note 124, p. 39.
- ¹⁴⁵ UK Office of Fair Trading, *The Deterrent Effect of Competition Enforcement by the OFT*, p. 72 (novembre 2007).
- ¹⁴⁶ Voir W. P.J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics* (Pays-Bas : Kluwer Law International, 2002).
- ¹⁴⁷ Wouter P.J. Wils, supra note 124, p. 38 ; voir également Andreas Stephan (2011), « Disqualification Orders for Directors Involved in Cartels », *2(6) Journal of European Competition Law & Practice* 529-536, p. 9.
- ¹⁴⁸ Aaron Khan (2012), « Rethinking Sanctions for Breaching EU Competition Law: Is Director Disqualification the Answer? », *35 World Competition*, Issue 1, pp. 77-102, p. 96 ; Voir également W. P.J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics* (Pays-Bas : Kluwer Law International, 2002).
- ¹⁴⁹ Wouter P.J. Wils, supra note 142, p. 38 ; voir également Andreas Stephan (2011), « Disqualification Orders for Directors Involved in Cartels », *2(6) Journal of European Competition Law & Practice* 529-536, p. 9.
- ¹⁵⁰ Aaron Khan, supra note 148, pp. 94-95.
- ¹⁵¹ Voir OCDE, *Changes in Institutional Design of Competition Authorities Note by Lithuania*, disponible sous [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2014\)136/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2014)136/en/pdf).
- ¹⁵² Chambers & Partners, *Competition: Cartels (Russia)*, disponible sous <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/247/6700/1929-200>.
- ¹⁵³ Art. 38 de la loi n° 12.529 du 30 novembre 2011, disponible sous <http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/regulacao-economica/legislacao/LAW%20No%2012529%202011%20-English%20version%20from%2018%2005%202012.pdf/download>.
- ¹⁵⁴ Article L464-2 I, par. 5 du Code de commerce, disponible sous http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/code_commerce_gb.pdf.
- ¹⁵⁵ Voir OCDE, *Corruption dans les marchés publics - Méthodes, acteurs et contre-mesures* (2007). Dans les pays de l'OCDE, les marchés publics représentent quelque 15 % du PIB ; ce pourcentage est plus élevé encore dans bon nombre de pays non membres de l'OCDE.
- ¹⁵⁶ RIC (2014), *Anti-cartel enforcement manual*, p. 14.
- ¹⁵⁷ Emmanuelle Auriol et Maleke Fourati, « An Economic Analysis of Debarment », TSE Working Paper, n° 15-599, 11 septembre 2015, pp. 25-26.
- ¹⁵⁸ OCDE, *Collusion and Corruption in Public Procurement*, DAF/COMP/GF(2010)6, p. 31, disponible sous <https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf>.