

Gianfranco ROCCA

Directeur Général Adjoint,
Direction Générale de la Concurrence,
Commission Européenne

**« La politique de la Commission en
matière d'amendes antitrust : récents
développements, perspectives
d'avenir »**

Check Against Delivery
Seul le texte prononcé fait foi
Es gilt das gesprochene Wort

Université Libre de Bruxelles,
Institut d'Études Européennes,
Mardi 4 février 2003

Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi d'abord de vous remercier de m'avoir invité à vous parler ce soir de la politique d'amendes de la Commission en matière antitrust. J'apprécie à leur juste valeur les « Mardis de la Concurrence », ce lieu d'échange informel entre universitaires et praticiens, qui permet d'aller « au fond des choses ». Des représentants de la DG COMP y participent fréquemment, avec un intérêt constant.

Je rappellerai d'abord, à titre liminaire, que la politique d'amendes de la Commission trouve son fondement juridique dans l'article 15(2) du règlement 17 (bientôt article 23(2) du règlement 1/2003). Cet article lui permet, par voie de décision, d'infliger aux entreprises et associations d'entreprises coupables d'infraction au droit communautaire une amende pouvant s'élever jusqu'à un maximum de 10% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédant la date d'adoption de la décision.

Ce pouvoir de la Commission d'imposer des sanctions pécuniaires élevées est une question délicate, car ses conséquences sont *spectaculaires*. La politique suivie en la matière suscite donc un intérêt médiatique fort, notamment depuis la forte augmentation du niveau des sanctions et de la montée en puissance de la lutte contre les cartels.

Parler de la politique d'amendes revient à parler de la pratique définie dans les lignes directrices sur les amendes¹, publiées par la Commission en janvier 1998. Pour intervenir sur ce thème, la date d'aujourd'hui est particulièrement pertinente : Nous venons de clôturer une deuxième année d'activité sans précédents en matière d'amendes, notamment dans le domaine des cartels. En outre, lignes directrices ont été adoptées et appliquées pour la première fois en janvier 1998 (*Extra d'alliage*). On dispose donc aujourd'hui d'une expérience qui s'étend sur 5 ans, avec une application dans 42 décisions.

¹ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n°17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA, JO de l'Union Européenne n°C9/3 du 14 janvier 1998.

La politique d'amendes représente un enjeu considérable, tant pour les entreprises et leurs conseils juridiques que pour la Commission. *Du point de vue des entreprises*, les chiffres parlent d'eux mêmes: En 5 ans, la Commission a imposé quasiment 4 milliards d'euros d'amendes, dont plus de 3 milliards uniquement sur ces deux dernières années. Cela démontre non seulement l'importance critique du respect du droit de la concurrence par les entreprises mais aussi la nécessité d'une maîtrise, par ces dernières et leurs conseils, des mécanismes de calcul du montant des sanctions. *Du point de vue de la Commission*, l'enjeu est de garantir une *dissuasion effective*. Son objectif essentiel est d'*appliquer les lignes directrices d'une manière équilibrée et cohérente*, compte tenu des enjeux directs pour les entreprises.

Après un rappel des *principes de base* qui guident notre politique, je dresserai un *rapide bilan de notre pratique sur ces 5 dernières années*, avant d'en tirer quelques *enseignements* et d'esquisser les *pistes* qui doivent guider la poursuite de notre réflexion en la matière.

1) Fondements théoriques de la politique d'amendes de la Commission

L'imposition d'une amende répond à un *double objectif*. Le premier est de *restaurer des conditions de concurrence normales sur le marché*. L'amende est un signal que l'infraction doit cesser immédiatement et représente une confiscation des profits illicites. Le deuxième objectif est de d'avoir *un effet de dissuasion*. L'amende doit démontrer qu'un comportement illégal est dénué de toute rationalité car il aboutit à une sanction plus lourde que les profits illicites réalisés. Cette dissuasion doit jouer à la fois *vis-à-vis de l'entreprise concernée* pour décourager toute récidive, mais aussi *vis-à-vis de l'ensemble des acteurs de l'économie*.

La Commission doit non seulement s'assurer que l'amende est *effectivement dissuasive*, mais aussi qu'elle n'est *pas inutilement élevée* : c'est un niveau *optimal* de dissuasion qui doit être recherché. En effet, la mission première

de la Commission est de garantir une *concurrence effective* sur les marchés : *pas d'accabler les entreprises*, mais de les *convaincre rationnellement de renoncer à enfreindre la loi*. Notre politique d'amende se doit de n'être pas seulement *efficace*, mais aussi *efficiente* : la sanction ne doit donc pas excéder ce qui est nécessaire à la discipline du marché.

Les économistes considèrent en général qu'une amende antitrust devrait s'établir au niveau des dommages causés au marché (ou les profits illicites) plus une marge qui garantisse que *l'infraction à la loi ne pourra pas être un calcul rationnel*. Mais cela ne suffit pas : il faut aussi prendre en compte *la probabilité de se faire « attraper »* : si vous encourez une amende de 10 millions d'euros mais que vous avez une chance sur 10 de vous faire prendre, l'effet dissuasif se monte seulement à un million d'euros. *Le niveau théorique optimal d'une amende est donc le montant des profits illicitement réalisés plus une marge, multiplié par la probabilité que l'infraction soit découverte*.

En matière d'antitrust, la probabilité de détection varie fortement en fonction des infractions commises. Les abus de position dominante ou les restrictions au commerce parallèle s'appuient en général sur des pratiques qui ne sont pas purement clandestines. En ce qui concerne en revanche les cartels, ces accords sont totalement secrets et la probabilité de détection est plus faible. *Il est donc normal que les amendes imposées aux cartels soient plus élevées*. Mais dans tous les cas, il est clair que la probabilité de détection d'une infraction en Europe demeure limitée, bien que nous nous employions sans relâche à améliorer cette situation.

Puisque la probabilité de détection est limitée, il est normal, notamment en ce qui concerne les cartels, que les amendes aient augmenté à partir du moment où la Commission s'est volontairement engagée dans la voie d'une meilleure dissuasion, car les amendes imposées jusqu'alors étaient faibles. C'est ce qui s'est passé avec la publication des lignes directrices de 1998. Il faut signaler à cet égard que du fait de la probabilité limitée de détection inhérente aux infractions les plus graves, on considère généralement que les

amendes ne deviendraient réellement dissuasives qu'à des niveaux encore plus élevés que ceux qu'on atteint les amendes en 2001 et 2002.

Mais la Commission se heurte alors à un autre problème. Tout en menant à bien sa mission de dissuasion, elle doit *aussi s'abstenir de créer par son action des conditions de concurrence encore plus difficiles*. Or la disparition d'un acteur du marché, par exemple s'il faisait faillite à la suite d'une amende trop lourde, pourrait aboutir à un affaiblissement de la concurrence sur ce marché. On se trouve donc confronté à deux problèmes simultanés : Premièrement, *comment traiter la question de la « capacité contributive » (« ability to pay »)* si on accepte qu'une amende ne doive pas signer l'arrêt de mort d'une entreprise et deuxièmement : *Comment s'assurer que les amendes, (même s'il y a capacité à payer) ne soient pas excessivement hautes, et donc économiquement inefficaces ?*

Pour comprendre certains aspects de notre politique, il faut à cet égard rappeler qu'à l'heure actuelle, *la Commission ne dispose, pour faire respecter le droit de la concurrence, que des sanctions pécuniaires sur les entreprises*. Aucune poursuite individuelle n'est possible (qu'il s'agisse d'amendes ou de peines d'emprisonnement). Cette situation rend la tâche de la Commission difficile, car dans ce contexte même des amendes « intolérablement élevées » pourraient ne pas être totalement dissuasives. Dans la situation actuelle, ceux qui commettent directement les infractions ne sont pas toujours les payeurs. Ces derniers (les actionnaires) peuvent donc avoir des difficultés à contrôler le management. L'existence de poursuites personnelles pourrait justifier que les amendes infligées aux entreprises soient moins élevées : mais en l'absence de tels pouvoirs, la Commission doit nécessairement imposer des amendes importantes, afin qu'un effort de discipline soit déployé au sein des entreprises.

2) La pratique développée sur la base des lignes directrices de 1998

En 1998, la publication des lignes directrices a résulté d'une volonté d'introduire *davantage de transparence* dans le calcul des amendes par la

Commission. Les lignes directrices ont aussi marqué *une inflexion très nette de l'approche*. Jusqu'à cette date, les amendes étaient pour l'essentiel calculées en (faible) proportion du chiffre d'affaires réalisé sur le marché pertinent concerné. Cela aboutissait à des amendes excessivement basses, eu égard notamment à la probabilité limitée de détection dont j'ai déjà parlé. Il pouvait dès lors demeurer rationnel, pour une entreprise, de prendre part à un cartel, malgré certains avertissements spectaculaires, comme les décisions *Carton* et *Ciment* en 1994.

Avec les lignes directrices, on s'inscrit désormais dans une *logique de forfait*, le montant de départ de l'amende étant fonction de la gravité intrinsèque de l'infraction et de son impact, notamment géographique. On a ainsi prévu trois catégories d'infraction : peu grave (montant de départ de 1000 à 1 million d'euros), grave (de 1 à 20 millions) et très grave (au-delà de 20 millions). Cette logique de forfait poursuit un objectif de dissuasion accrue, grâce à la déconnexion du montant de l'amende vis-à-vis de la valeur du marché concerné. L'approche forfaitaire a *un effet psychologique fort*, mais elle crée des *difficultés*, notamment pour le traitement des infractions collectives que sont les cartels.

Les lignes directrices ont toutefois prévu des mécanismes permettant, tout en respectant le principe d'égalité de traitement, un traitement différencié des entreprises en fonction de certains critères objectifs. Sur la base de ces mécanismes, *la Commission a progressivement développé et raffiné sa pratique décisionnelle*, afin de prendre en compte la situation spécifique de chaque entreprise. Le développement de cette « jurisprudence » sophistiquée - car chaque affaire est un cas particulier – a pu être confronté à des accusations *complexité, voire d'opacité et d'excessive imprévisibilité de notre politique*. Mais je veux insister sur les efforts que nous déployons, malgré tout, pour garantir *transparence* et *cohérence* dans notre approche. Le raisonnement détaillé, reprenant chaque étape des lignes directrices, qui vient à l'appui de nos décisions, contribue à cette transparence.

Avant de détailler notre pratique, je voudrais faire un premier constat: quoique les lignes directrices aient été appliquées à *l'ensemble* des décisions avec amendes, *les sanctions sont restées assez nettement différenciées selon le type d'infraction visé*. Les abus de position dominante et les restrictions au commerce parallèle ont donné lieu à des amendes tendancielllement moins élevées, ce qui après analyse, se justifie par les caractéristiques propres à chaque type d'infraction. Cette différenciation témoigne à mon sens de la cohérence et de la souplesse de notre méthodologie.

En ce qui concerne plus particulièrement les infractions collectives, (qui ont représenté exactement les 2/3 de nos décisions sous les lignes directrices), j'ai signalé qu'une véritable jurisprudence s'est peu à peu développée, du fait de la nécessité, par delà l'approche forfaitaire, d'adapter le montant de l'amende à la situation propre de chaque entreprise. Cette approche a été avalisée par le TPI dans les affaires *Conduites pré-calorifugées* et *British Sugar*. Voyons maintenant quelles sont les principales étapes de notre pratique.

Le calcul du **montant de départ** est le cœur de notre politique d'amendes. Il détermine pour une large part le montant final et porte une appréciation sur la gravité d'ensemble de l'infraction. C'est notamment vis-à-vis de ce calcul que notre politique s'est affinée.

Pour chaque infraction, un *montant de départ de référence* est fixé. Ce montant est défini *par rapport à l'infraction elle-même*, et non par rapport à chaque entreprise dans le cas d'infractions collectives. Ce montant est défini par référence *aux trois catégories de gravité* définies dans les lignes directrices. De facto, la catégorie des infractions « peu graves » n'a été utilisée qu'une fois, dans l'affaire *Nathan-Bricolux*, concernant des restrictions verticales sur un territoire très limité. Cette « sous-utilisation » n'est pas surprenante, car la plupart des infractions concernées n'ont pas vocation à être traitées au niveau communautaire. D'ailleurs, un fois le nouveau règlement 1/2003 entré en vigueur, la Commission n'aura

normalement plus à traiter des infractions concernant uniquement un, deux voire trois États membres. Cette catégorie est donc vouée à « disparaître ».

En revanche, le choix de la classification en « grave » ou « très grave » revêt une importance « critique » puisque la fourchette indicative va de 1 à 20 millions d'euros pour une infraction « grave », alors que le montant de départ indicatif pour les infractions « très graves » s'établit à un minimum de 20 millions. A cet égard, trois critères sont applicables, qui sont cités dans les lignes directrices : i) *gravité par nature*, ii) *impact concret lorsqu'il peut être mesuré*, et iii) *taille du marché géographique concerné*. L'analyse cumulative de ces trois critères permet de conclure.

En ce qui concerne le poids relatif de ces trois critères et la pratique de la Commission, on peut souligner les points suivants : *la nature intrinsèque de l'infraction joue un rôle assez décisif dans la classification finale*. Une infraction très grave par nature, telle que le « price fixing » pourra déboucher sur une classification en infraction très grave même si l'impact concret a été faible voire nul, et même si la taille du marché géographique est limitée à un Etat membre (ex : *Bières belges, Banques autrichiennes, Ronds à béton*).

En ce qui concerne le critère de *l'impact concret sur le marché*, la Commission a volontairement adopté une approche extrêmement prudente, consistant à ne jamais faire de l'allégation d'absence d'impact une sorte de « circonstance atténuante ». La première raison est que dans le cas des restrictions « hard core », nous estimons que même une absence d'impact ne serait pas de nature à atténuer la gravité de l'infraction commise. La deuxième raison est que l'impact spécifique d'une infraction est quasi-impossible à établir. Il est en effet *impossible d'isoler de manière certaine les effets produits par un cartel d'autres phénomènes économiques simultanés*. S'il est souvent impossible pour la Commission de prouver qu'il y a eu un impact, il l'est tout autant pour les entreprises de prouver qu'il n'y a pas eu d'impact. Notre pratique a donc largement consisté à dire *qu'à partir du moment où un accord est effectivement mis en œuvre (réunions, échanges de données, annonces de hausses de prix etc.), il y a nécessairement eu un*

impact concret. D'ailleurs il faut rappeler que les lignes directrices parlent d'impact concret « *lorsqu'il est mesurable* ». Notre interprétation est donc que l'impact ne rentre en ligne de compte dans les conclusions sur la gravité que dans les cas très exceptionnels où il serait possible de quantifier précisément un impact ou au contraire une absence totale d'impact.

En ce qui concerne *la taille du marché géographique*, (je l'ai déjà mentionné), notre analyse a toujours été qu'un marché géographique limité n'entraîne pas nécessairement une classification en infraction « grave » au lieu de « très grave ». Ainsi en 2001 et 2002, des infractions ne concernant qu'un seul État membre ont été finalement considérées comme très *graves* (*Bières Belges, Banques Autrichiennes, Ronds à béton*). Mais cette pratique n'est pas systématique et des infractions « hard-core » ont pu être considérées comme « graves » en fonction de circonstances spécifiques (*Banques allemandes ; Gaz industriels*). Il existe en effet une marge légitime de discrétion pour la Commission, associée à d'autres critères, tels que la *part de la production européenne totale*, voire la *part de la population européenne totale* couverte par l'infraction. Ces critères pourront donc éventuellement rentrer en compte. Par ailleurs, *la taille du marché en valeur* est inévitablement prise en compte. Il faut donc relativiser les accusations selon lesquels notre politique ne prend pas en compte la situation spécifique de chaque affaire.

De fait, malgré notre approche « forfaitaire », la valeur du marché concerné a *de facto* été prise en compte dans la fixation des montants de départ. Cela nous a même parfois conduits à sortir à la baisse des fourchettes indicatives des lignes directrices : Certaines infractions ont été considérées comme « très graves » mais le montant de départ choisi a été largement inférieur à 20 millions d'euros du fait des caractéristiques propres de l'affaire (*Phosphate de Zinc, Ronds à béton*). Si les lignes directrices ont donc abouti à une déconnexion du montant des amendes vis-à-vis du chiffre d'affaires réalisé sur le marché, cet aspect continue à être pris en compte.

Afin de permettre un traitement différencié des entreprises malgré la fixation d'un seul montant de départ par infraction, la pratique dite des « groupings » s'est généralisée. Elle permet d'ajuster le montant de départ *au degré de responsabilité propre de chaque entreprise dans la commission de l'infraction*. Nous considérons que ce degré de responsabilité propre est fidèlement reflété par *la part de marché de l'entreprise sur le marché en cause*. Cette technique consiste donc à regrouper les entreprises ayant des parts de marché assez proches dans un nombre limité de groupes. Le groupe des entreprises ayant les plus grandes parts de marché se verra attribuer le montant de départ déterminé pour l'infraction. Le montant attribué aux autres groupes reflètera en général le rapport de proportion existant entre la part de marché moyenne des entreprises du groupe concerné par rapport à celle du premier groupe.

Il est intéressant de préciser qu'en ce qui concerne les cartels mondiaux, notre pratique consiste à prendre en compte, pour le calcul des « groupings », les parts de marché des entreprises au niveau mondial, et pas seulement au niveau européen. En effet, puisque l'objectif des « groupings » est d'évaluer la responsabilité de chaque entreprise dans le cartel, c'est la part de marché mondial qui est représentative dans le cadre d'un cartel mondial.

Puisque les « groupings » reflètent la responsabilité de l'entreprise dans le cartel à travers sa part de marché, ils ne tiennent pas compte de la taille globale de l'entreprise. Dès lors des entreprises de très grande taille placés dans le second ou troisième groupe peuvent se voir attribuer des montants de départ faibles pour des infractions « très graves ». Il existe donc un risque que l'effet dissuasif soit trop faible.

Nous avons donc rapidement été jugé nécessaire d'appliquer au montant de départ de certaines entreprises un facteur multiplicateur reflétant *le besoin d'augmenter l'amende afin de garantir son effet suffisamment dissuasif*. Cette pratique a été amorcée avec la décision *Conduites pré-calorifugées* de 1998, où ABB s'est vu appliquer un facteur multiplicateur de 2,5. Jusqu'à

présent les facteurs multiplicateurs les plus courants sont de 2 ou 2,5. Le facteur le plus grand (5) a été appliqué à Interbrew dans l'affaire de la *Bière luxembourgeoise*, mais le montant initial était très faible vu la taille du marché.

Avec l'introduction des facteurs multiplicateurs, on notera que *l'amende est devenue pour une part fondée sur la taille globale de l'entreprise, et non plus en référence à la taille du marché concerné*. Cette approche est parfois critiquée par des commentateurs qui estiment que la dissuasion doit être calculée en référence au chiffre d'affaire sur le produit concerné, c'est à dire au niveau de la « *business unit* » concernée par l'infraction. En clair: si une « *business unit* » est impliquée dans un cartel, la dissuasion devrait être calculée uniquement en référence à cette « *business unit* », car il suffirait d'imposer une amende équivalente aux profits illicites de cette *seule* « *business unit* » pour obtenir une dissuasion suffisante.

Notre réponse à cette critique est claire : l'existence de multiplicateurs importants peut s'analyser comme une compensation de la probabilité limitée de détection qui caractérise les infractions les plus graves. Si les facteurs multiplicateurs n'existaient pas, vu la probabilité limitée de détection, les grands groupes diversifiés pourraient être tentés de multiplier les cartels sur différentes lignes de produits (il existe hélas de nombreux exemples concrets). L'objectif de dissuasion effective doit donc nous conduire à augmenter l'amende. On remarquera toutefois que les facteurs multiplicateurs sont utilisés uniquement dans le cas de très grands groupes pour lesquels les amendes seraient sinon dérisoires, et toujours dans des cas où il existe une disparité très forte, au sein d'une même affaire, de la taille des entreprises. En outre, les facteurs multiplicateurs ont jusque là été plafonnés, en moyenne à 2, donc leur progression n'est donc évidemment pas linéaire.

En ce qui concerne la **durée**, il y a peu de choses à dire. La pratique s'est établie de considérer que chaque année pleine d'infraction conduit à une

augmentation de 10% du montant de départ. En dessous d'une année pleine, toute période supérieure à 6 mois justifie une augmentation de 5%.

Il est important de souligner cependant qu'au regard des dommages causés au marché sur l'ensemble de la période d'infraction, la méthode de calcul des amendes tend à sous-estimer ces effets puisque la durée ne rentre en compte que de manière assez limitée dans le calcul des amendes. Notre pratique joue donc à l'avantage des entreprises et il faut donc relativiser le niveau actuel d'amendes : si on définissait un montant par année et qu'on le multipliait par le nombre d'années, ce qui serait logique, les montants seraient beaucoup plus élevés pour des infractions de longue durée.

En ce qui concerne les **circonstances aggravantes ou atténuantes**, notre pratique est riche et je n'entreprendrai pas de tout détailler. Je m'arrêterai sur quelques points marquants.

Eu égard aux *circonstances aggravantes*, deux points principaux sont à retenir, à savoir la qualification de « *chef de file* » de l'infraction et la *récidive*. Dans chacune de ces circonstances, l'augmentation d'amende la plus fréquente est de 50%, ce qui est considérable. Cette politique s'explique parfaitement par la volonté de garantir l'effet préventif et dissuasif des amendes imposées. L'augmentation de l'amende imposée au chef de file a pour objectif *de dissuader toute entreprise de jouer un rôle moteur dans une infraction*. Quant à la sanction des récidivistes, elle est forte dans la mesure où elle *prend acte que la première sanction imposée n'a pas été assez dissuasive*.

Au chapitre des *circonstances atténuantes*, il faut noter qu'au moins en ce qui concerne les restrictions par objet, *l'argument de l'absence d'impact sur le marché*, bien qu'il soit systématiquement invoqué par les entreprises, *ne peut pas être retenu comme circonstance atténuante*. La notion de « non-application effective », qui figure dans la liste dressée par les lignes directrices, ne doit surtout pas être confondue avec l'absence d'effets. La « non-application effective » ne peut être retenue que pour des entreprises

qui se seraient systématiquement et clairement abstenue de mettre en pratique les accords restrictifs. Le simple fait de « tricher » dans le dos des autres membres d'un cartel ne constitue pas une circonstance atténuante, comme l'a confirmé la Cour.

Lors des deux dernières années, avec la très forte augmentation du nombre de décisions et des montants élevés des amendes, de **nouvelles questions** se sont posées, auxquelles la Commission s'est efforcée de répondre.

Compte tenu des enjeux financiers en cause et de la méthode utilisée, *la question de l'imputation de l'infraction* à telle ou telle entité juridique à l'intérieur d'un groupe d'entreprise joue un rôle déterminant. On a vu des entreprises tenter certaines manipulations à cet égard. La Commission entend donc désormais être particulièrement vigilante, notamment en s'appuyant sur la notion de responsabilité solidaire pour éviter ce genre de manœuvres.

Compte tenu de la taille désormais mondiale d'une grande partie des cartels, les invocations du principe *non bis in idem* au regard des amendes déjà imposées notamment aux États Unis se sont multipliées. La Commission a toujours fermement rejeté ces demandes, car les sanctions américaines ne visent que les dommages causés à l'économie américaine, tout comme les amendes européennes ne concernent que les effets du cartel sur le territoire européen.

Compte tenu du montant élevé des amendes et de la situation financière parfois très délicate des entreprises impliquées dans ces cartels, *l'incapacité à payer* a été évoquée à plusieurs reprises à l'appui d'une demande de réduction de l'amende. Il s'agit d'une question très épineuse pour la Commission. A cet égard, la Commission a développé une approche très restrictive. Tout en procédant à un examen précis, fondé sur certains ratios financiers, de la situation des entreprises concernées, elle jusqu'ici toujours refusé de réduire une amende au titre de l'incapacité à payer, conformément d'ailleurs à la jurisprudence développée par la Cour, qui est extrêmement

stricte en la matière. En outre, il est virtuellement impossible, compte tenu de la multitude de facteurs qui rentrent en jeu, de déterminer au moment de la décision le seuil à partir duquel la vie de l'entreprise serait irrémédiablement mise en danger. Toute politique laxiste en la matière pourrait avoir pour effet de créer un sentiment d'immunité dans le chef d'entreprises en mauvaise santé financière.

Avec la multiplication des décisions et compte tenu de l'implication des entreprises dans plusieurs cartels, la question s'est posée de la légitimité *de l'imposition successive d'amendes élevées dans un laps de temps très court*, et alors que les infractions ont été commises de manière simultanée. D'une manière générale, le fait d'avoir récemment reçu des amendes ne justifie en aucune manière qu'une nouvelle amende doive être réduite, ce qui reviendrait à conférer de facto une immunité d'amendes à certaines entreprises. Toutefois le problème s'est posé d'entreprises en situation financière délicate auxquelles de lourdes amendes avaient été imposées. A titre tout à fait exceptionnel, la Commission a tenu compte de la conjonction de ces deux facteurs et a octroyé, à ce titre, une réduction d'amende à une entreprise (*Spécialités graphites*).

3) Enseignements et perspectives d'évolution

Au terme de cinq ans de mise en pratique, il est possible de *tirer un certain nombre d'enseignements*, qui permettent de dessiner en pointillé les principaux axes qui doivent conduire notre réflexion sur le futur de notre politique d'amendes.

Les lignes directrices ont permis de rendre *plus transparente* la politique d'amendes, en rendant publique une véritable méthodologie. Les critères rentrant en compte dans la détermination des montants sont désormais connus. Par ailleurs, après plus de 40 décisions, une véritable jurisprudence s'est développée, même si chaque cas revêt ses spécificités. Les entreprises et leurs conseils sont donc en mesure d'évaluer la fourchette de leur exposition.

Certes, les entreprises nous reprocheront toujours une prévisibilité insuffisante. Il faut à cet égard insister sur deux choses. En premier lieu, chaque affaire présente par définition des spécificités propres. En *outre la politique d'amendes est, comme son nom l'indique, une « politique » qui ne peut s'appliquer mécaniquement.* Il est donc légitime que la Commission dispose à cet égard d'une marge significative de discrétion. Enfin, pour être efficace une politique de dissuasion doit se garder d'opérer une « tarification » des infractions : *un certain degré d' « imprévisibilité »* permet d'empêcher les entreprises de céder à la tentation du simple bilan « coût/bénéfices » d'une infraction à la loi.

Cela dit, *toute méthodologie à vocation à s'améliorer* et il faut réfléchir à la manière de remédier aux faiblesses éventuelles identifiées. Quelles sont-elles ? D'abord je dirais que si réflexion de fond il devait y avoir, elle devrait porter surtout sur *trois éléments*, à savoir la méthode de calcul du montant de départ (c'est le cœur de l'amende), la composante « durée » d'une amende et l'estimation de la capacité contributive réelle de l'entreprise.

En ce qui concerne *le montant de départ*, trois “points faibles” peuvent être identifiés. En premier lieu, le système forfaitaire, s'il a servi de signal fort aux marchés, a abouti à des systèmes correctifs assez complexes qui ont pu être considérés comme insuffisamment objectifs car ils ne se basent pas sur des données quantitatives strictes, mais davantage sur des « ordres de grandeur », d'où parfois une accusation d'arbitraire. En second lieu, la méthode actuelle mêle intimement des considérations relatives la gravité et des données objectives sur les entreprises (part de marché, taille globale). D'où le risque que les entreprises perçoivent le calcul des montants de départ comme une « boîte noire ». Enfin, troisièmement, malgré les systèmes correctifs l'approche forfaitaire conduit toujours à un niveau relativement faible des amendes imposées aux très grandes entreprises, et à une rigidité à la baisse des amendes aux petites entreprises dans le cas d'infractions très graves, au risque que la Commission soit accusée de les punir de manière excessive.

Notre réflexion encore tout à fait *exploratoire*, se développe donc autour de ces problématiques. En premier lieu, il pourrait être souhaitable d'utiliser pour le calcul certaines données objectives, telles que la valeur du marché et la puissance de marché de l'entreprise. Le besoin éventuel de dissuasion pourrait en outre faire l'objet d'une méthode de calcul mieux définie. En second lieu, tous les éléments pertinents relatifs à la gravité de l'infraction pourraient être regroupés dans une sorte de *grille d'analyse systématique* qui débouche sur un diagnostic précis en matière de gravité. Le montant de départ final pourrait résulter de l'application à une « base objective » de l'amende d'un certain « pourcentage de gravité ». Une telle approche aurait le mérite de clairement *dissocier ce qui relève de la pure objectivité de ce qui relève de la sphère plus discrétionnaire de l'analyse « politique » de la gravité*. Elle permettrait à une entreprise de procéder à certaines estimations de son « exposition » tout en préservant, en ce qui concerne l'analyse de la gravité, la marge discrétionnaire qui revient à la Commission.

Il faudrait ensuite examiner la composante de durée de l'infraction, qui représente actuellement une partie faible de l'amende globale imposée. Or les dommages causés sont quant à eux strictement proportionnels à la durée de l'infraction. *Il serait donc logique que l'amende augmente proportionnellement à la durée de l'infraction*. C'est une piste à explorer.

Enfin, nous devons nous interroger sur l'approche la meilleure en termes *d'analyse de la capacité contributive réelle de l'entreprise*, qui est un élément clé du succès d'une politique de dissuasion optimale. La Commission doit se pencher sur ce problème car elle devra faire face à des demandes récurrentes de la part des entreprises.

Vous noterez que la Commission considère que sa politique d'amendes peut et doit être évolutive, mais qu'elle doit rester inspirée par les principes de *dissuasion* (plus que de répression) et de transparence maximale, sans préjudice toutefois de la marge de discrétion qui est inhérente à toute politique. Les lignes directrices de 1998 ont constitué un progrès majeur,

même si elles ne résolvent pas tous les problèmes. Une réflexion est entamée sur les éventuelles améliorations à apporter.

Mais je ne voudrais pas conclure cette intervention sans évoquer deux autres questions qui, sans relever directement de la politique d'amendes, entretiennent un lien étroit avec elle. Il s'agit de la nouvelle politique de clémence de la Commission et de l'enjeu des actions en dommage et intérêts pour la mise en œuvre d'une politique de concurrence efficace.

La nouvelle communication sur la clémence de février 2002 a marqué une inflexion très nette dans la politique en la matière. La possibilité d'obtenir de la Commission une immunité conditionnelle d'amendes devrait conduire les entreprises à saisir une occasion unique de se mettre en règle avec les règles de concurrence. En effet, la nouvelle politique de clémence devrait contribuer à une augmentation très nette de la probabilité de détection. Cette situation devrait renforcer le caractère dissuasif des amendes, même si leurs montants devaient rester à des niveaux similaires à ceux que l'on connaît actuellement.

Par ailleurs, vous savez que *la Commission porte un grand intérêt au développement de l'action en dommages et intérêts dans les affaires de concurrence*. La culture de l'action privée est encore peu développée en Europe, mais cela pourrait changer rapidement. Un tel développement pourrait contribuer de manière décisive à la discipline des marchés.