

LA DÉCISION DU MOIS

Google condamné par l'AdC pour avoir favorisé ses propres technologies d'intermédiation publicitaire.

Saisie par certains éditeurs de presse de pratiques d'auto-préférence de Google sur le marché des serveurs publicitaires pour éditeurs de sites en ligne et applications mobiles, l'Autorité de la concurrence a sanctionné le GAFAM à hauteur de 220 millions d'euro. Concrètement, les plaignants qui utilisent le serveur publicitaire Doubleclick for publishers (DFP) et la plateforme de mise en vente programmatique d'espaces publicitaires Doubleclick AdExchange (AdX) de Google pour monétiser le contenu de leurs sites Internet et de leurs applications mobiles via la fourniture d'espaces publicitaires, reprochaient aux deux technologies de Google, DFP et AdX, de s'avantager réciproquement, au détriment, d'une part, des fournisseurs de technologies concurrents et, d'autre part, du rendement de leurs propres inventaires publicitaires.

Après avoir défini les marchés pertinents - en l'espèce, le marché serveurs publicitaires pour éditeurs de sites web et d'applications mobiles et celui des plateformes d'intermédiation publicitaire -, l'Autorité estime que Google, par l'intermédiaire de son serveur publicitaire DFP, dispose d'une position dominante sur le marché européen des serveurs publicitaires pour éditeurs au regard à sa part de marché - supérieure à 50% depuis 2014 et estimée en 2019 à 60-70 % -, à l'existence de barrières significatives à l'entrée, au maintien et à l'expansion du marché liées notamment au fait que le changement de serveur publicitaire est une opération longue, coûteuse et risquée, à l'absence de puissance d'achat compensatrice, à sa notoriété sans équivalent et à l'existence d'effets de réputation, et à sa position à tous les échelons de la chaîne de valeur de la publicité en ligne et aux synergies qui en résultent. Sur le marché des plateformes de mise en vente d'espaces publicitaires non liés aux recherches, Google détient une position à tout le moins prééminente compte tenu de l'attractivité inégalée de sa plateforme

AdX, de sa capacité à s'émanciper des standards du marché en étant le seul à avoir imposé aux fournisseurs concurrents ses propres solutions techniques et aux éditeurs des règles d'utilisation de ses services qui leur sont défavorables, de l'absence de puissance d'achat compensatrice et de la pression concurrentielle inexistante exercée par les ventes directes, sa position étant par ailleurs renforcée par sa notoriété et les synergies résultant de son intégration sur l'ensemble de la chaîne de valeur.

Le seul respect des engagements proposés dans le cadre de la transaction n'exonère pas Google d'un nouveau risque de sanction si les engagements pris ne sont pas suffisants pour remédier à l'infraction sanctionnée.

Sur les abus reprochés, l'Autorité considère que le fait, pour Google, de favoriser par l'intermédiaire de son serveur publicitaire, DFP, sa plateforme de mise en vente d'espaces publicitaires, AdX, en indiquant à celle-ci le prix proposé par les autres plateformes d'intermédiation publicitaire, afin qu'elle puisse optimiser son processus d'enchères en faisant varier la commission perçue sur les impressions vendues en fonction de l'intensité concurrentielle, constitue une pratique d'auto-préférence abusive. Il en va de même de l'imposition par le GAFAM, de limitations techniques et contractuelles à l'utilisation de sa plateforme Adx par l'intermédiaire d'un serveur publicitaire autre que le sien (DFP), qui conduit à restreindre les modalités d'interaction offertes aux clients des serveurs publicitaires tiers par rapport aux modalités d'interaction existant entre DFP et AdX, ce qui pénalise tant les plateformes d'intermédiation publicitaire tierces que les clients éditeurs. Selon l'Autorité, ces pratiques, d'une particulière gravité, car mises en oeuvre sur un marché émergent et en forte croissance, ont causé un dommage à l'économie certain et significatif, dès lors qu'elles ont limité

l'attractivité de l'ensemble des serveurs publicitaires et des plateformes tierces pour les éditeurs de logiciels et que de nombreux concurrents de leur auteur ont connu des difficultés financières alors qu'il a été en mesure d'augmenter ses parts de marché et de maintenir ses revenus.

Google, qui ne contestait pas les griefs et avait demandé à bénéficier de la procédure de transaction prévue à l'article L. 464-2, III, du Code de commerce, a présenté des engagements qui modifieront la façon dont fonctionnent son service publicitaire DFP et sa plateforme AdX, en vue d'un meilleur accès et d'une meilleure interopérabilité des opérateurs tiers à ses services. Ces engagements ont été rendus obligatoires pour une durée de trois ans par l'Autorité qui a prononcé une amende dont le montant se situe dans les fourchettes prévues au procès-verbal de transaction.

ABUS DE POSITION DOMINANTE

Autorité de la concurrence

7 juin 2021

LawLex202100003515JBJ



CGV : l'obligation de communication s'impose même si le demandeur a mis en place un système de rétrocessions illicites.

Un établissement pharmaceutique et sa filiale, qui fabrique et commercialise des médicaments non remboursables, découvrent qu'une centrale d'achat pharmaceutique (CAP) propose sur internet la vente de leurs produits aux pharmacies d'officines. Une mesure *in futurum* leur permet de remonter à la source des approvisionnements : des commandes importantes ont été passées par une officine individuelle, membre d'un groupe de sociétés comprenant une structure de regroupement à l'achat (SRA) et la CAP, qui a pu accéder au taux maximal de remise, alors que leur volume ne correspondait pas à ses besoins propres et était en réalité destiné à être revendu sur internet. Un tel stratagème a permis au groupe d'échapper au taux de remise applicable, suivant les conditions générales de vente (CGV) en vigueur, aux achats des SRA et CAP et aux achats d'officines en petit volume.

Les fournisseurs agissent en concurrence déloyale pour faire cesser ces actes de désorganisation. Les premiers juges retiennent l'illicéité de la pratique, mais limitent la réparation accordée à 15 000 euro. En appel, les fournisseurs sollicitent une réévaluation de leur préjudice. A titre reconventionnel, la SRA et la CAP demandent qu'il soit enjoint aux fournisseurs de leur communiquer les CGV sur le fondement desquelles ils négocient avec les officines lorsque celles-ci procèdent à

des achats en direct, afin qu'elles constituent le socle de la négociation annuelle dans leurs relations.

La Cour d'appel de Paris fait droit à cette demande : selon elle, le système de rétrocession illicite mis en place par la SRA et la CAP ne les prive pas du droit de demander la communication des CGV des fournisseurs, car les textes qui imposent cette communication, d'ordre public, relèvent de l'intérêt général (V. déjà, pour des demandes présentées par un partenaire de mauvaise foi, Paris, 28 nov. 1991, *LawLex200200000152JBJ*). Néanmoins, elle rappelle qu'un fournisseur peut refuser de transmettre à un acheteur les CGV applicables à une catégorie de clientèle s'il établit, selon des critères objectifs, que celui-ci n'appartient pas à la catégorie concernée (pour une application au secteur pharmaceutique, v. Cass. com., 29 mars 2017, *LawLex201700000599JBJ*, et, sur renvoi, Paris, 4 juill. 2019, *LawLex201900000886JBJ*). Or, le juge relève (i) que le fournisseur a déjà communiqué à la CAP ses CGV différenciées relatives aux SRA qu'il utilise indistinctement pour ces deux catégories d'opérateurs, et (ii) que la négociation par la CPA en qualité de commissionnaire à l'achat la distingue objectivement des officines avec lesquelles le fournisseur traite directement et auxquelles sont appliquées d'autres CGV. En effet, comme le souligne la cour,

si la CAP négocie pour le compte des officines adhérentes, elle le fait en son nom et le fournisseur ne s'engage qu'à son égard, ce qui constitue une différence objective entre la situation des CAP et SRA et celle des officines, qui justifie que les CGV applicables à ces dernières ne leur soient pas communiquées.

En outre, l'organisation du système de rétrocessions illicites caractérise un acte de concurrence déloyale à l'égard du fournisseur, dès lors que les pharmacies d'officine adhérentes de la SRA, qui se procurent auprès de cette dernière de petites quantités de médicaments non remboursés, bénéficient de remises correspondant au taux maximal applicable à des commandes passées en gros à titre individuel. Outre le préjudice économique, évalué à 224 000 euro, ces pratiques causent un dommage à l'organisation et à l'image commerciale des fournisseurs, évalué à 50 000 euro, dès lors qu'elles ont perturbé le fonctionnement des équipes commerciales distribuant les produits pharmaceutiques et créé la confusion dans l'esprit des pharmaciens, adhérents ou non.

CONDITIONS GÉNÉRALES DE VENTE

Cour d'appel de Paris

2 juin 2021

LawLex202100003577JBJ



La licéité du réseau Coty confortée en justice.

La tête d'un réseau de parfumerie découvre qu'une chaîne de télévision a fait la promotion d'un site internet distribuant ses produits sans son autorisation. Elle assigne la chaîne et l'exploitant du site en concurrence déloyale et obtient gain de cause devant les premiers juges. Cependant, la cour d'appel, estimant que le contrat-type du réseau contient des restrictions caractérisées, le déclare illicite et infirme le jugement (Paris, 25 mai 2016, *LawLex201600001002JBJ*). Un nouveau retournement de situation intervient devant la Cour de cassation, qui censure l'arrêt au motif que l'absence d'exemption d'un accord n'empêche pas pour autant sa contrariété à l'article 101, paragraphe 1, TFUE (Cass. com., 16 mai 2018, *LawLex201800000733JBJ*).

Saisie sur renvoi, la Cour d'appel de Paris rappelle que par principe, la question de l'exemption ne se pose que si l'accord est contraire à l'article 101 TFUE. Or, « un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe des produits n'est pas contraire à l'article 101 §1 TFUE, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, et que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire ».

En l'occurrence, la chaîne fait valoir que Coty applique ses critères d'agrément

de manière discriminatoire. En effet, le groupe Marionnaud aurait obtenu de nombreuses dérogations. Cependant, le contrat litigieux a été conclu bien après les faits dénoncés : il n'est donc pas établi que lors de leur commission, le réseau ne fonctionnait pas selon les règles de son contrat-type.

S'agissant de la proportionnalité des restrictions contenues dans le contrat, la cour rappelle que la Commission a déjà validé l'interdiction de la vente par correspondance. *A fortiori*, une clause qui organise les modalités d'une dérogation à cette interdiction en faveur des collectivités ou comités d'entreprise, à condition que leurs adhérents se déplacent en magasin, est licite. Il en va de même, selon la cour, de l'interdiction de vente à des distributeurs non agréés, sans limitation de territoire, même ceux dans lesquels la tête de réseau ne justifie pas pratiquer la distribution sélective. Une telle affirmation, contraire à l'article 4 du règlement restrictions verticales, serait justifiée, au stade de l'examen préalable au titre de l'article 101 TFUE, par la proportionnalité de l'interdiction à l'objectif de protection de l'image de luxe des produits. Enfin, l'interdiction de vente active dans un territoire sur lequel la distribution n'est pas encore autorisée, dans l'année du lancement d'un nouveau produit, est jugée nécessaire pour inciter les distributeurs agréés à réaliser les investissements indispensables au succès de la campagne.

A l'inverse, le juge constate que le comportement du tiers revendeur, qui exploite le site internet en cause, n'est pas exempt de reproches. Il est d'abord constitutif de concurrence déloyale, dès lors que, sans établir la licéité de son approvisionnement, il commercialise sans autorisation les produits contractuels à des prix nettement inférieurs à ceux pratiqués au sein du réseau. De même, il porte atteinte à l'image de marque et parasite le réseau Coty par la vente à prix bradés sur un site qui ne respecte pas les qualités et standards requis pour les produits de luxe et s'affranchit des critères qualitatifs inhérents à un réseau de distribution sélective. Il caractérise également une participation indirecte à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective sur le fondement de l'actuel article L. 442-2 du Code de commerce, ainsi qu'un acte de désorganisation. Enfin, la vente de produits revêtus de la mention selon laquelle ils ne peuvent être revendus que par des distributeurs agréés constitue une pratique commerciale trompeuse. De tels actes justifient une condamnation à 250 000 euro de dommages-intérêts.

DISTRIBUTION SÉLECTIVE

Cour d'appel de Paris

9 juin 2021

LawLex202100003628JBJ





La Cour d'appel de Paris applique rétroactivement la présomption de préjudice posée par la directive sur les actions en réparation.

Des concessionnaires agissent en réparation du préjudice que leur auraient causé les pratiques de prix imposés mises en œuvre par leur concédant, notamment au travers d'une clause contractuelle, de la préprogrammation de leurs logiciels de caisse et d'opérations promotionnelles diffusées auprès de la clientèle. Lors d'une précédente instance, la Cour d'appel de Paris a retenu que la clause de prix figurant au contrat devait être annulée sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce, sans entraîner l'anéantissement de l'entier accord, et invité les demandeurs à conclure sur le principe, l'étendue et l'évaluation du préjudice causé par l'annulation prononcée (Paris, 31 juill. 2019, inédit).

En l'occurrence, pour établir leur droit à réparation, les concessionnaires entendent se fonder sur la présomption de préjudice posée par la directive 2014/104. Le concédant leur oppose que les pratiques dénoncées, mises en œuvre entre 2010 et 2013, ne relèvent pas *ratione temporis* du texte de transposition de la directive. De façon très contestable, la Cour d'appel de Paris rejette cet argument et estime même que, « au regard de la date des faits générateurs du dommage entre 2010 et 2013, [...] une entente entre concurrents a nécessairement causé un

trouble commercial lorsqu'elle est recon nue » (Comp. T. com. Lille, 29 avr. 2021, LawLex202100002628JBJ ; Paris, 8 juill. 2020, LawLex202000003136JBJ ; T. com. Paris, 28 janv. 2019, LawLex202100000196JBJ, pour des applications plus orthodoxes de la loi dans le temps). La cour ne saurait davantage être suivie lorsqu'elle indique que le préjudice réparable est celui causé par l'annulation de l'article du contrat relatif à la fixation du prix de revente, alors qu'il s'agissait précisément de l'objet de l'action, plutôt que celui causé par la restriction de concurrence elle-même.

Par ailleurs, le lien de causalité entre la pratique et le préjudice est suffisamment établi, selon la cour, par les retours de clients mécontents des « prix prohibitifs » pratiqués sur demande du concédant et leur refus consécutif des devis proposés.

Pour évaluer le préjudice, les concessionnaires ont proposé de suivre la méthode contrefactuelle proposée par les fiches méthodologiques de la Cour d'appel de Paris, consistant à comparer la part des devis perdus pendant la mise en œuvre des pratiques à celle obtenue après celle-ci. Elle en déduit que le taux de transformation moyen avant/après prix imposés s'élève à 11,66 % pour l'un des demandeurs, à 30,5 % pour l'autre, et qu'il

convient d'appliquer ces taux à la perte de marge nette sur les devis non obtenus au cours de la période contractuelle. La cour approuve sans réserve ce mode de calcul.

Enfin, elle rejette la demande de réparation présentée par la personne physique animatrice des deux sociétés concessionnaires, qui avait invoqué la jurisprudence en vertu de laquelle un tiers au contrat peut se prévaloir, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, d'un manquement contractuel. En effet, selon les juges parisiens, une pratique de prix imposés ne saurait s'analyser en une faute contractuelle.

ACTION EN RÉPARATION

Cour d'appel de Paris

9 juin 2021

LawLex202100003625JBJ



Prêts hypothécaires « Helvet Immo » : du caractère abusif des clauses qui font peser le risque de change sur les consommateurs.

Dans ces affaires, des particuliers ont acquis des biens immobiliers ou des parts de sociétés immobilières au moyen d'un prêt hypothécaire contracté auprès de la BNP Paribas libellé en devise étrangère, dénommé Helvet Immo. Libellé en francs suisses, monnaie de compte, mais géré en euro, monnaie de paiement, le contrat prévoyait un paiement des échéances en euro et la conversion de celles-ci en franc suisse avec imputation prioritaire sur les intérêts. Mis en difficulté à la suite de l'évolution défavorable du taux de change, les acheteurs ont saisi les juridictions nationales du caractère abusif des clauses du contrat Helvet Immo, qui ont interrogé la Cour de justice sur l'application de la directive 93/13 à celui-ci.

A la question relative à l'objet principal du contrat de prêt, la Cour a répondu que les clauses relatives à l'imputation prioritaire des remboursements à échéances fixes sur les intérêts, à l'allongement de la durée du contrat et à l'augmentation du montant des mensualités pour payer la solde du compte pour compenser les variations de parité entre la monnaie de compte et celle de paiement et qui ont pour effet de faire porter le risque de change sur l'emprunteur fixent un élément essentiel caractérisant le contrat de prêt et relèvent de la directive 93/13.

La Cour estime, par ailleurs, que si un délai de prescription de cinq ans opposé à une demande en rembourse-

ment de sommes indûment versées par un consommateur, sur le fondement de clauses abusives, ne semble pas faire obstacle à l'exercice des droits conférés par la directive 93/13, ce délai n'assure pas une protection effective au consommateur lorsqu'il risque d'avoir expiré avant même que le consommateur ait connaissance de la nature abusive des clauses du contrat en cause, ce qui était le cas en l'espèce puisque le délai courait du jour de l'acceptation du prêt. Dans le cas d'un contrat de prêt libellé en devise étrangère qui prévoit que cette dernière est la monnaie de compte et l'euro la monnaie de paiement, la Cour souligne également que la charge de la preuve du caractère clair et compréhensible des clauses contractuelles ne peut reposer sur le consommateur, débiteur de l'exigence de transparence posée à l'article 4, paragraphe 3, de la directive 93/13.

Enfin, le juge européen considère que ces clauses sont susceptibles de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dès lors que le professionnel ne pouvait pas raisonnablement s'attendre, en respectant l'exigence de transparence à l'égard du consommateur, que ce dernier accepte, dans le cadre d'une négociation individuelle, le risque disproportionné de change qui résulte de ces clauses, la transparence exigeant que le professionnel fournisse au consommateur des informations suffisantes et exactes lui permettant de comprendre le fonctionne-

ment du mécanisme financier et d'évaluer les conséquences économiques négatives en découlant. Elle précise que, au regard des connaissances et des moyens supérieurs du professionnel pour anticiper le risque de change susceptible de se matérialiser à n'importe quel moment au cours de la durée du contrat, la clause qui plafonne le risque de change pesant sur l'établissement financier, tandis que celui qui pèse sur le consommateur est déplaçonné, crée un avantage certain pour le professionnel puisque le consommateur peut, en fonction de l'évolution du taux de change, se trouver devoir un montant de capital supérieur à la somme empruntée au départ, les mensualités ayant presque exclusivement couvert les intérêts. Il reviendra aux juridictions nationales de trancher les litiges dont elles sont saisies au regard de l'interprétation de la Cour de justice.

CLAUSES ABUSIVES

Cour de Justice de l'Union Européenne

10 juin 2021 (2 arrêts)

LawLex202100003592JBJ et

LawLex202100003593JBJ





Pourquoi les entreprises doivent-elles s'attendre à un risque d'amendes de concurrence démultiplié à court terme.

Les sanctions des infractions au droit de la concurrence sont multiples et complémentaires : amendes administratives, dommages-intérêts, nullité des contrats, sanctions pénales pour les personnes physiques ayant participé de manière personnelle, déterminante et frauduleuse aux infractions, mise en cause dans les médias et dépositionnement commercial. Indéniablement, il s'agit d'un droit à prendre très au sérieux. Parmi toutes ces sanctions, les amendes administratives risquent de connaître une hausse sans précédent au cours des prochains mois et des prochaines années. Aux tendances inflationnistes à droit constant viennent en effet s'ajouter des réformes législatives ou de *soft law* et des évolutions de la pratique des autorités qui vont soumettre les entreprises à un risque démultiplié d'amendes.

1. L'inflation des amendes à droit constant.

Même à droit constant, le montant des amendes tend à augmenter de manière irrépressible. En France, la crise sanitaire ne semble pas avoir freiné ce phénomène. De nombreuses causes y contribuent, de façon combinée. En matière d'ententes, il est désormais acquis que la participation à une seule réunion collusoire suffit à caractériser l'infraction et ce, jusqu'à ce que l'entreprise en cause se distancie expressément de l'entente (Cass. com., 10 févr. 2021, LawLex202100000420JBJ). Les autorités de concurrence ont aujourd'hui tendance à poursuivre une grande variété d'accords ou de pratiques en considérant qu'il s'agit d'ententes par objet même si les juridictions essaient d'encadrer le recours un peu trop facile à cette qualification (Cass. com., 29 janv. 2020, LawLex202000000130JBJ). Si les infractions sont souvent traitées avec plus de rigueur au fond, les procédures sont également devenues moins protectrices des entreprises. Les avis des juristes d'entreprise ne sont toujours pas protégés tandis que le secret des correspondances avocat-client a été réduit au strict minimum, à savoir les correspondances présentant un lien avec les droits de la défense (Cass. crim., 25 nov. 2020, LawLex2020000003360JBJ ; 20 janv. 2021, LawLex202100000292JBJ) même si la future loi pour la confiance dans l'institution judiciaire pourrait à nouveau le rétablir. Les taux appliqués en cas d'infraction ont tendance à augmenter et le montant des amendes prononcées contre une seule entreprise peut dépasser en pratique le milliard d'euro comme en témoigne la récente condamnation d'Apple (Aut. conc., 16 mars 2020, LawLex202000000542JBJ).

Le communiqué sanctions du 16 mai 2011 qui est censé apporter une certaine prévisibilité est souvent écarté pour des raisons diverses avec le retour à des amendes forfaitaires (Aut. conc., 30 sept. 2019, LawLex201900001155JBJ ; 28 mars 2019, LawLex201900000404JBJ ; 14 juin 2018, LawLex201800000959JBJ ; 29 sept. 2016, LawLex201600001601JBJ) et une motivation très réduite du montant de la sanction. L'Autorité de la concurrence tend de plus en plus souvent à prononcer une amende par grief notifié aux entreprises (ex. : Aut. conc., 13 mars 2012, LawLex201200000366JBJ ; 20 déc. 2012, LawLex201200002480JBJ ; 13 févr. 2013, LawLex201300000173JBJ ; 28 mai 2013, LawLex201300000872JBJ) de sorte que le plafond de 10 % du chiffre d'affaires du groupe qui s'apprécie par grief peut être dépassé. Toutes ces tendances confondues aboutissent déjà à un risque accru de sanctions qui va se trouver encore amplifié à l'avenir du fait des réformes en cours.

2. Les risques importants induits par la transposition de la directive ECN+ pour les associations d'entreprises et leurs membres.

La directive ECN+ vient d'être transposée en droit français par l'ordonnance du 26 mai 2021 (JO, 27 mai 2021). Elle va exposer les associations et les syndicats professionnels, mais aussi leurs membres, à un risque d'amende démultiplié. Le montant maximum de l'amende qui peut jusqu'à présent être infligé à une association d'entreprises est de 3 millions d'euro. Il va être porté à 10 % du chiffre d'affaires mondial total des entreprises membres de l'association professionnelle actives sur le marché affecté par la pratique. Bien plus, en l'absence de paiement intégral de l'amende par l'association, le texte prévoit un mécanisme de solidarité des membres, à l'exception de ceux qui n'ont pas participé à l'infraction. Ces nouvelles règles s'appliqueront aux faits postérieurs à la publication de la loi de ratification de l'ordonnance du 26 mai 2021, d'ici quelques mois. Les nouvelles sanctions et le risque de solidarité qu'ils encourrent imposent aux associations d'entreprises et à leurs membres de se montrer encore plus prudents.

3. L'inquiétante révision accélérée du communiqué sanctions de juin 2021.

La directive ECN+ implique une révision du communiqué sanctions de l'Autorité, en particulier du fait du nouveau régime applicable aux associations professionnelles et de la suppression du dommage à l'écono-

mie en tant que critère de l'amende. Cependant, sous couvert d'adaptation du texte de 2011 à la directive ECN+, le projet de communiqué sanctions, soumis le 10 juin à une procédure de consultation exprès de 15 jours, organise une augmentation tous azimuts du montant des amendes. Le dispositif bienveillant mis en place de 2011, qui comptabilisait la durée de l'infraction en coefficient 1 la première année et 0,5 les années suivantes, laisse la place, comme à Bruxelles, à un coefficient multiplicateur du nombre d'années de l'infraction, ce qui aboutit à un quasi-doublement du montant potentiel des amendes en France. A ce doublement, viennent s'ajouter la faculté d'infliger un montant additionnel de 15 à 25 % de la valeur des ventes en cas de cartel (mécanisme du droit d'entrée), l'infliction d'amendes en cas de cartel dans le haut de la fourchette et non plus dans la fourchette de 15 à 30 %, et la faculté d'une majoration supplémentaire en cas de gains illicites supérieurs au montant de l'amende.

4. La pénalisation des sanctions sans garantie d'absence de double peine.

Alors que l'ordonnance de 1986 avait clairement entendu dépénaliser le droit français de la concurrence, sauf en cas exceptionnel de participation frauduleuse, personnelle et déterminante de personnes physiques à une pratique anticoncurrentielle, la pratique récente de l'Autorité consiste à utiliser dans de grands dossiers le droit pénal afin de mener plus facilement les investigations sans que les entreprises bénéficient dans ce cadre des droits de la défense prévus par le Code de commerce. Cette nouvelle pratique est très problématique. Outre le fait que le droit pénal n'est pas du tout adapté à l'appréciation de pratiques anticoncurrentielles, l'usage du droit pénal pose le problème d'une double peine possible au titre des amendes correctionnelles et des amendes administratives. Plutôt que d'augmenter sans arrêt le niveau des sanctions et de les appliquer souvent tardivement au terme de longues procédures à quelques entreprises ayant eu le malheur de faire l'objet d'une enquête, alors que les responsables ont le plus souvent changé de poste, ne vaudrait-il pas mieux accélérer le rythme des procédures afin de sanctionner très rapidement les infractions après les faits et augmenter la probabilité de sanction afin de rendre le droit de la concurrence plus efficient ?