Zeitschrift: Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales

Herausgeber: Société d'Etudes Economiques et Sociales

Band: 64 (2006)

Heft: 4: L'organisation comme forme aboutie de la domination ; Economie de l'entreprise et capital humain. IV

Artikel: Détection et sanction des ententes anticoncurrentielles : l'éclairage de l'analyse économique du droit

Autor: Deschamps, Marc / Marty, Frédéric

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-141855

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 09.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

DÉTECTION ET SANCTION DES ENTENTES ANTI-CONCURRENTIELLES: L'ÉCLAIRAGE DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT[1]

MARC DESCHAMPS
CNRS – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis
marc.deschamp@idefi.cnrs.fr

FRÉDÉRIC MARTY
CNRS – GREDEG – Université de Nice Sophia-Antipolis
OFCE – Département Concurrence et Innovation
frederic.marty@idefi.cnrs.fr

L'objet de cet article est d'offrir une lecture des évolutions récentes en matière de sanction des ententes anti-concurrentielles (aux Etats-Unis, en France, au sein de l'Union Européenne et en Suisse), à la lumière des prescriptions de l'analyse économique du droit. Nous montrerons qu'à la nette tendance à l'aggravation des sanctions s'ajoute un élargissement de ces dernières, allant des sanctions concurrentielles aux sanctions pénales, en passant par les sanctions civiles. De telles évolutions font sens au regard des enseignements offerts par la théorie de la sanction optimale, mais aussi par les théories de la gouvernance d'entreprise. Cependant, il n'en demeure pas moins possible de s'interroger sur leur réelle praticabilité et sur les possibles contradictions qui peuvent apparaître entre stratégies concurrentielles et actions civiles, notamment dans le cadre des programmes de clémence.

Mots-clés: ententes anti-concurrentielles, théorie de la sanction optimale, incitations, programmes de clémence.

La lutte contre les ententes anti-concurrentielles constitue un des domaines d'intervention majeure des autorités de concurrence[2]. Le Conseil de la Concurrence français a ainsi récemment traité d'affaires relatives aux opérateurs de téléphonie mobile[3] et à certains grands hôtels parisiens[4], alors que la Commission européenne a par exemple, de son côté, condamné le 3 mai 2006, sept chimistes européens pour s'être entendus dans le secteur des

---

1 Les auteurs tiennent à adresser leurs remerciements à Patrice Reis (CNRS-GREDEG) et Céline Savard-Chambard. Ils demeurent cependant pleinement responsables de toute erreur ou imprécision.

2 On peut se reporter ici au «Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998 sur les ententes injustifiables» par l'OCDE (2005).

3 Décision 2005-D-65 du 30 novembre 2005.

4 Décision 2005-D-64 du 25 novembre 2005.

agents blanchissants entre 1994 et 2000[5]. Aux Etats-Unis, la division antitrust du DOJ et la FTC sont sur les mêmes positions comme le démontre, par exemple, les condamnations dans l'affaire des produits chimiques pour caoutchouc[6] ou dans celle portant sur les mémoires informatiques DRAM[7]. La loi sur les cartels, l'ordonnance OS LCart, les communiqués de presse ainsi que les rapports de la Commission de la concurrence (Comco) (de 2000[8] à 2005) démontrent qu'il en est de même pour la Suisse.

L'une des principales caractéristiques des évolutions actuelles, en matière de lutte contre les ententes, tient à la hausse du montant des amendes prononcées par les autorités de concurrence. Les 31 décisions prises par la Commission Européenne en matière d'ententes, entre 2001 et 2005, se sont ainsi traduites par des sanctions pécuniaires cumulées de quatre milliards d'euros. L'amende, de plus de 388 millions d'euros, à laquelle viennent d'être condamnés les membres du cartel des agents blanchissants, ne constitue donc plus un montant inédit. Ainsi, en 2001 le démantèlement du cartel des vitamines avait donné lieu à une sanction de près de 855 millions d'euros, pour les huit chimistes impliqués[9], et en 2002, quatre firmes de BTP, dont le français Lafarge, avaient fait l'objet d'une condamnation à 478 millions d'euros, pour une entente portant sur les plaques de plâtre[10].

Notre propos sera ici de relier les évolutions récentes de la lutte menée par les autorités de la concurrence dans le domaine des ententes anti-concurrentielles et l'analyse économique du droit. Nous montrerons, tout d'abord, que l'augmentation des amendes prononcées et l'élargissement des sanctions, à des dimensions civiles et pénales,-et non plus seulement administratives-, peuvent s'expliquer dans le cadre de la théorie de la sanction optimale (voir, notamment, E. Combe, 2006). Nous exposerons ensuite les raisons pour lesquelles la dissuasion de tels comportements ne peut pas passer uniquement par l'aggravation des sanctions. Nous expliquerons enfin, pourquoi et comment les autorités concurrentielles utilisent diverses techniques pour «externaliser», en partie, le coût de détection; notamment au travers des mécanismes de réduction des sanctions en cas de non contestation des griefs ou de programme de clémence.

1. LA THÉORIE DE LA SANCTION OPTIMALE COMME CLÉ DE LECTURE DES TENDANCES ACTUELLES EN MATIÈRE D'ANTITRUST

La théorie de la sanction optimale, issue de l'article fondateur de G. Becker (1968), permet de rendre compte des pratiques des autorités antitrust, notamment quant à l'arbitrage réalisé par ces dernières entre le «montant des sanctions» et la «détection»[11], pour dissuader les firmes à s'engager dans des stratégies anticoncurrentielles. L'efficacité d'une prohibition doit, en effet, se juger en termes de punition des délinquants, mais aussi, et surtout, de signal

---

5 Voir la Communication IP/06/560 de la Commission en date du 3 mai 2006 car, du fait de questions liées au secret des affaires et à la confidentialité de certaines données, il n'y a pas, actuellement, de version publique de la décision.

6 Décision US vs Crompton Corporation, 2004.

7 Décision US vs Infineon Technologies AF, 2004.

8 Le rapport de la Comco (2000, p 2) souligne que «dans le domaine des restrictions privées à la concurrence, la pratique de la Commission de la concurrence (Comco) a montré que les cartels rigides sont économiquement nuisibles. La lutte contre les accords sur les prix, les quantités et la répartition territoriale entre concurrents directs est devenue ainsi la première priorité à long terme».

9 Décision COMP/E-1/37.512 de la Commission européenne –Vitamines du 21 novembre 2001.

10 Décision de la Commission européenne du 27 novembre 2002 (affaire COMP 37/152).

11 On fait ici l'hypothèse selon laquelle toute infraction détectée est systématiquement sanctionnée.

dissuasif pour des entreprises qui seraient sur le point de passer à l'acte[12].
Dans ce cadre théorique, un individu rationnel ne mettra en œuvre un comportement délinquant que s'il estime que son espérance de revenus additionnels dépasse l'espérance mathématique de la sanction qu'il devra supporter. Cette espérance de sanction, seule à même de dissuader un individu à s'engager dans une activité délictueuse, sera égale au produit de la sanction maximale encourue avec la probabilité d'être détecté.
L'espérance mathématique de la condamnation va dépendre de la sanction moyenne (notée S) et de la probabilité d'être détecté (notée p). Le gain provient de la différence entre le profit résultant d'un comportement anti-concurrentiel (π_{ac}) et le profit «concurrentiel» (π_c).

Si $\pi_{ac} - \pi_c > pS$, la firme a intérêt à mettre en œuvre une stratégie anti-concurrentielle

Si $\pi_{ac} - \pi_c < pS$, la firme a intérêt à ne pas commettre d'infraction

Pour que la sanction soit efficace, il faut donc que $S > (\pi_{ac} - \pi_c) / p$.
En d'autres termes, si la sanction se limitait au remboursement du profit illicitement réalisé, il serait nécessaire que la probabilité de détection soit de 100 %, pour que les firmes ne soient pas incitées à constituer des cartels[13]. Il convient donc d'augmenter d'autant plus les sanctions pécuniaires que la probabilité de détection d'une entente est faible. L'OCDE (2003) considère sur ce point que la probabilité moyenne de détection d'un cartel est de 30 %. Il s'ensuit donc que la condamnation doit être au moins trois fois supérieure au surprofit réalisé du fait de l'entente. Les modèles microéconomiques conduisent dès lors, compte tenu de la probabilité de détection des cartels et du coût économique qui leur est imputé, à une sanction optimale s'élevant à 6,6 fois la perte de surplus du consommateur (E. Combe, 2005). Il en résulte que le niveau effectif des sanctions maximales encourues devant l'antitrust s'avère souvent insuffisant pour désinciter une firme, qui réaliserait un arbitrage rationnel, avant de s'engager dans une manœuvre anticoncurrentielle.
Dans le cas du cartel de la lysine, l'amende infligée à l'un des contrevenants par la Commission Européenne s'est établie à un niveau supérieur à celui du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise pour le produit incriminé. Pour l'ensemble des participants, le montant cumulé était quasiment équivalent au chiffre d'affaires concerné. Toutefois, aussi important que soit ce montant, il ne peut être considéré comme désincitatif que si et seulement si les gains totaux, liés au cartel, n'ont pas représenté plus d'un an de chiffre d'affaires sur le produit. La Commission de la Concurrence suisse (2002, p 12) souligne d'ailleurs ce point, de manière générale, en ces termes: «les comportements restreignant la concurrence ne doivent pas être lucratifs».
Deux voies peuvent dès lors être suivies pour renforcer le caractère dissuasif de la législation. La première tient à l'augmentation des sanctions encourues et à leur accompagnement de sanctions pénales (notamment à l'encontre des cadres dirigeants) et civiles (au titre des dom-

---

12 Louis XI écrivait dans *Le Rosier des Guerres*, testament politique destiné au Dauphin, «On ne punit pas le malfaiteur pour le mal fait, mais pour l'exemple aux autres; qu'ils ne s'enhardissent pas de mal faire» (cité par Heers, 2003). Le rapport de la Comco (2002, p 12) souligne également cet aspect puisqu'il indique que: «l'efficacité d'un droit de la concurrence dépend de manière décisive de son effet préventif».

13 Elles seraient, dans ce cas, indifférentes.

mages et intérêts exigés par les consommateurs lésés). La seconde tient, quant à elle, à l'augmentation de la probabilité de détection et de condamnation des firmes contrevenantes.
Les pouvoirs publics tendent logiquement à privilégier la variable «sanctions»[14], au détriment de la variable «détection» qui nécessite un investissement coûteux. En effet, à titre d'exemple, on estime que le coût d'une affaire traitée par le Conseil de la Concurrence s'échelonne entre 75 et 150 000 [15]. En conséquence, il existe un niveau optimal d'investissement public dans la détection des ententes injustifiables. Ce seuil peut s'exprimer de la façon suivante: le coût d'instruction d'une affaire ne doit pas s'élever au-delà du gain escompté en termes de bien-être collectif lié à la disparition du cartel. A ce titre, privilégier la variable «sanction» peut apparaître comme une solution particulièrement attractive[16].

2. LE RENFORCEMENT ET LA DIVERSIFICATION DES SANCTIONS

Le renforcement des sanctions concurrentielles

Les ententes anti-concurrentielles sont prohibées aux Etats-Unis depuis le Sherman Act. Promulgué en 1890, celui-ci stipule que «tout contrat, coalition, sous forme de trust ou selon d'autres modalités, pour restreindre les échanges ou le commerce entre les différents Etats de l'Union ou avec les nations étrangères est considéré comme illégal». Les sanctions associées aux ententes anti-concurrentielles y sont particulièrement sévères. Ainsi, entre 1997 et 2005, le cumul des amendes au titre de la violation de la section 1 du Sherman Act s'est élevé à 3 milliards de dollars (J.H. Johnson, 2006). En 2004, les sanctions encourues ont été accrues par l'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act (ACPERA). Outre la sanction pouvant conduire à rembourser deux fois les gains, l'amende maximale pour une personne morale peut désormais atteindre le plafond de 100 M$, et celle applicable à une personne physique peut s'élever jusqu'à 1 M$. Dans le même temps, la peine d'emprisonnement peut aller jusqu'à 10 ans.
Longtemps, dans le cas français, les sanctions pécuniaires ne se sont avérées que très modérément dissuasives. Non seulement leur valeur moyenne était limitée à 0,9 % du chiffre d'affaires de l'entreprise, mais en outre, les condamnations prononcées par le Conseil de la Concurrence étaient quasi-systématiquement réduites par la Cour d'Appel de Paris (P. Hubert, 2000). Cependant, suivant la tendance américaine, un réel durcissement de la législation antitrust est apparu, ces dernières années. La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques (NRE) de mai 2001 fit ainsi passer la sanction maximale de 5 % du chiffre d'affaires national, hors taxes de l'entreprise, à 10 % du chiffre d'affaires mondial, hors taxes du groupe. La prise en compte de la responsabilité du groupe permettant d'éviter des comportements d'extinction progressive de l'activité d'une filiale, le long d'une procédure, de façon à préparer son insolvabilité le jour de la condamnation (P. Reis, 2001).
La situation suisse est emblématique d'une telle évolution vers le renforcement des sanctions encourues par les entreprises qui noueraient des accords anti-concurrentiels. Malgré

---

14 La Comco (2002, p 12) considère ainsi que: «le cadre des sanctions doit être conçu aussi largement que possible, de manière à ce qu'il ne soit pas rentable pour une entreprise de violer la loi sur les cartels».

15 L'estimation provient notamment de P. Hubert (2000), alors rapporteur général au Conseil de la concurrence.

16 La Comco (2001, p 12) explique ainsi qu'un «règlement amiable dans les premiers temps de la procédure permet d'éviter que d'intenses investigations soient effectuées pour un cas «bagatelle». Les ressources ainsi libérées peuvent [alors] être utilisées pour de problèmes plus importants». Ce point semble d'autant plus important que l'OCDE (2006b) souligne que, même si la Suisse est «encore un pays prospère», elle se trouve confrontée à une croissance faible et à des difficultés quant à la maîtrise de ses dépenses publiques.

quelques succès, notamment le démantèlement de cartels bancaires, la première loi suisse sur les cartels, promulguée en 1962, s'avérait bien trop peu dissuasive. Celle-ci ne dotait pas les autorités de la concurrence de pouvoirs décisionnels suffisants et accordait de trop nombreuses dérogations au titre de la promotion de l'efficience économique (OCDE, 2006a). La nouvelle loi sur les cartels de 1995 n'avait que partiellement remédié à ces limites incitatives. La Comco ne pouvait, en effet, imposer de sanctions financières qu'en cas de violation d'une première décision constatant une infraction. Cependant, un même phénomène de convergence se fit jour. La révision de la loi en 2003 (appliquée à partir du 1er avril 2005) permit d'aligner la législation suisse avec les standards de l'OCDE en prévoyant, notamment, des sanctions financières pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par l'entreprise en cause, au cours des trois dernières années.

Ce durcissement se retrouve également au niveau communautaire. En novembre 2002, la Commission décida d'augmenter les sanctions à l'encontre des récidivistes. Parallèlement, l'accroissement des sanctions contre les personnes physiques est de plus en plus présenté comme un moyen de garantie de l'effectivité du caractère dissuasif des procédures antitrust. Pourtant, la prise en compte du risque de faillite encouru par les entreprises poursuivies, conduirait les tribunaux à fixer les sanctions à un niveau sous-optimal. Il apparaît donc nécessaire de renforcer les sanctions sur les individus et ce d'autant plus que ces derniers seraient encore plus enclins à coopérer avec la Justice s'ils étaient exposés à un risque portant sur leur patrimoine personnel.

Imputation individuelle et diversification des sanctions[17]

Le durcissement des sanctions encourues par les participants à des ententes anti-concurrentielles se combine avec un phénomène parallèle d'élargissement des sanctions, lesquelles ne se cantonnent plus au seul volet concurrentiel mais s'étendent aux volets pénal et civil.

Les sanctions pénales

Les sanctions pénales peuvent tout d'abord apparaître comme un instrument permettant de pallier le risque de sous-optimalité du niveau de la sanction concurrentielle. Ensuite, des sanctions pénales peuvent résoudre un problème de *corporate governance* en responsabilisant les managers. En effet, ceux-ci pourraient être incités à prendre des risques durant leur mandat en anticipant que les sanctions seraient *in fine* réglées par les actionnaires, bien après leur départ de la société. La mise en cause de leur responsabilité pénale pourrait donc permettre d'aligner leurs intérêts avec ceux des actionnaires.

Aux Etats-Unis, il s'agit bien souvent de condamnations avec sursis dont le rôle est de stigmatiser le dirigeant indélicat. Cependant, les peines d'emprisonnement à l'encontre des personnes physiques ne constituent pas qu'une menace potentielle. A titre d'exemple, le démantèlement, en octobre 2003, d'un cartel portant sur le transport maritime de produits liquides par tankers a débouché sur des condamnations à la prison ferme, pour les principaux dirigeants. Les sanctions financières encourues par les personnes physiques font, de la même façon, l'objet d'une application effective comme en a attesté la condamnation à une

---

[17] La doctrine juridique distingue les sanctions administratives, les sanctions civiles et les sanctions pénales.
Pour une synthèse sur les cas français et européen, voir notamment, Frison-Roche M-A., et Payet M-S., (2006) et Brault D., (2004).

amende d'un million de dollars pour l'un des dirigeants d'une société s'étant livrée à une entente dans le cadre d'un appel d'offres de l'Etat de New York pour les cantines scolaires (OCDE, 2002)[18].

L'idée du recours à des poursuites pénales se diffuse largement dans les pays européens. La France dispose même du mécanisme légal puisque le Conseil de la Concurrence peut, au titre de l'article L 420-6 du Code de Commerce, transmettre une affaire au Procureur de la République. Aux termes de cet article, toute personne ayant pris part à une entente anti-concurrentielle peut, en effet, être condamnée à quatre ans de prison ferme et à une amende de 75 000 [19].

Les sanctions civiles

Une autre voie d'élargissement des sanctions peut tenir à la facilitation des actions en dommages et intérêts entamée par les particuliers. Il est espéré que celles-ci permettent d'augmenter le risque potentiel, pesant sur les entreprises s'engageant dans des accords de cartels. La logique est alors d'adjoindre aux actions au titre du *public enforcement*, motivées par la perte sèche de bien-être lié au cartel, des actions relevant du *private enforcement*, motivées par le détournement de surplus du consommateur par les entreprises ayant commis ce délit. Il s'agit donc de favoriser les demandes de réparations portées par les consommateurs individuels, victimes d'un cartel. Bien que cette pratique demeure assez rare en France où «la sanction a occulté la réparation» (Fasquelle, 2000), son développement est très net aux Etats-Unis, où plus de 90 % des affaires traitées par l'antitrust se doublent d'actions au civil (C. Jones, 1999).

Il faut pourtant admettre que le développement de telles actions ne va pas de soi en France. Tout d'abord, le préjudice subi par les consommateurs est souvent diffus. Les victimes d'une entente sont souvent nombreuses. Aussi, avant d'intenter une action, ces dernières mettent en balance les coûts du recours à la justice avec leur perte individuelle et, partant de là, leur espérance de gain. Ensuite, les procédures sont souvent considérées comme lentes. Enfin, l'obtention de dommages et intérêts est conditionnée, du fait de l'engagement de la responsabilité civile, à la démonstration d'une triple preuve (l'existence d'une faute, d'un préjudice et la démonstration d'un lien de causalité entre les deux).

Le rôle joué par les consommateurs aux Etats-Unis est inséparable de plusieurs spécificités du droit américain. Celles-ci tiennent, par exemple, à la possibilité de recourir à des actions collectives (*class actions)*, ou actions de groupe pour reprendre la terminologie française. Ces dernières permettent de mutualiser les coûts d'un recours à la justice et d'augmenter le gain potentiel lié à celui-ci. Deux autres facteurs peuvent contribuer à expliquer un recours plus fréquent aux procédures civiles. Il s'agit, tout d'abord, de la possibilité de rémunérer les avocats par le biais d'un intéressement aux gains du procès et non plus seulement au moyen d'honoraires à régler par le plaignant, quelle que soit l'issue de l'action en justice. Il s'agit, ensuite, de la règle du triple dommage (*treble damages*), introduite par la section 4 du Clayton Act de 1914, laquelle permet au plaignant de demander au titre des dommages

---

18 On peut également se reporter à l'affaire impliquant Christie's et Sotheby's, où le président de cette dernière, Mr A. Alfred Taubman à été condamné à une peine d'un an et un jour d'emprisonnement et à une amende de 7,5 millions de dollars.

19 Cette disposition n'a, à notre connaissance, été utilisée que deux fois depuis 1986.

et intérêts trois fois le dommage subi plus le remboursement des frais de justice. Sachant que le juge peut, en outre, ajouter des *punitive damages* aux *compensatory damages*, de façon à aller au-delà de la réparation des dommages induits par le cartel, les actions civiles peuvent représenter des montants nettement supérieurs à la sanction administrative, ce qui d'ailleurs peut augmenter d'autant le risque de faillite de l'entreprise convaincue d'entente anti-concurrentielle et affaiblir, par la même, l'efficacité du schéma incitatif (W. Wils, 2003). Notons, en effet, qu'aux Etats-Unis, 60 % des firmes condamnées pour ententes anti-concurrentielles, entre 1955 et 1993, ont fait faillite (J. Craycraft et J. Gallo, 1997).

3. LES LIMITES DE L'AGGRAVATION DES SANCTIONS

De notre point de vue, la polarisation de l'attention des décideurs publics sur le seul volet des sanctions peut conduire à une certaine impasse. Il convient, de ce fait, de s'interroger sur la possibilité et sur l'opportunité de jouer sur le second levier de commande disponible: le renforcement de la probabilité de détection.

La solution de l'augmentation des sanctions est significativement moins coûteuse pour la collectivité, mais il n'en demeure pas moins qu'elle peut présenter plusieurs inefficiences. Tout d'abord, la sanction peut s'élever à un niveau collectivement sous-optimal. Il est d'autant plus nécessaire d'accroître le montant que les investissements publics engagés en matière de détection sont faibles. L'antitrust fait alors face non seulement au risque de ne pas sanctionner des activités délictueuses, mais il fait également augmenter, dans le même temps, les conséquences potentielles d'une éventuelle «erreur judiciaire» s'il venait à sanctionner, à tort, une firme. En outre, il faut envisager un second facteur d'inefficience qui consiste à acculer à la faillite, toute firme condamnée, du fait d'un niveau de sanction largement supérieur à ses capacités de paiements. Enfin, si le coût potentiel de l'activité délictueuse (i.e. la peine maximale encourue) devient très élevé, il sera rationnel du moment où l'on s'engage dans une stratégie anti-concurrentielle d'opter pour une fuite en avant.

Il faut noter, de plus, que l'augmentation des sanctions ne peut être que faiblement désincitative s'il apparaît aux entreprises que les autorités de la concurrence subissent une asymétrie d'information telle qu'elles ne pourront apporter des preuves déterminantes de l'existence de l'entente. Les anticipations des agents économiques peuvent alors limiter le caractère incitatif de la sanction (L. Kaplow, 1995). *Ex ante*, le délinquant va prendre en considération, la sanction encourue, la probabilité de détection mais aussi la probabilité selon laquelle l'ambiguïté des termes de la loi ou la situation d'asymétrie informationnelle (dont il bénéficie) lesquelles pourraient le faire échapper à une condamnation.

Il apparaît donc, sans même considérer son réalisme juridique, que la solution d'une augmentation «exponentielle» des sanctions peut s'avérer inefficiente au point de vue économique. L'investissement dans le public *enforcement* apparaît donc indispensable, malgré son coût, qui peut s'avérer d'autant plus élevé que les exigences en termes de preuve sont élevées[20]. Notons, par exemple, que dans le cadre de l'affaire du cartel du sucre, en 1975, le CJCE avait produit un jugement de quelques 200 pages. En 2000, le jugement du TPICE

[20] La difficulté est d'autant plus significative dans le cadre de la législation suisse que celle-ci se fonde davantage sur le principe de l'abus que sur celui de l'interdiction de principe des accords restrictifs. La Comco doit, ce faisant, faire face à des exigences encore plus significatives en matière de charge de la preuve (problème de l'étendue de la *maxime inquisitoire*), et ce, malgré le renforcement des ses pouvoirs d'investigations (OCDE, 2006c).

sur le cartel du ciment couvrait 1200 pages (M. Wise, 2005). Il est alors nécessaire, pour que l'action publique en matière d'*enforcement* soit efficace, au point de vue économique, que les sanctions encourues soient suffisamment élevées pour que les coûts d'établissement de la preuve et de jugement leur demeurent inférieurs, et que ces derniers ne viennent pas à l'emporter sur le gain économique lié au démantèlement de l'entente. Il apparaît alors que les leviers «sanction» et «détection» n'entretiennent pas seulement des rapports de substituabilité, mais aussi de complémentarité...

4. UN NÉCESSAIRE INVESTISSEMENT PUBLIC DANS LE RENFORCEMENT DE LA PROBABILITÉ DE DÉTECTION DONT IL EST POSSIBLE, DANS UNE CERTAINE MESURE, DE LIMITER LE COÛT

L'investissement public nécessaire à l'accroissement de la probabilité de détection et de condamnation des ententes injustifiables passe à la fois par le renforcement des capacités internes (tant en termes d'effectifs que de compétences)[21] mais aussi, par le renforcement des pouvoirs d'investigation dévolus aux autorités antitrust. La Commission européenne a ainsi significativement augmenté, ces dernières années, ses capacités de détection. Non seulement, elle dispose de réels pouvoirs d'investigation (demande d'information par voie de décision, perquisitions impromptues dans les sièges des sociétés ou aux domiciles privés de leurs dirigeants)[22], mais elle s'est dotée, en juin 2005, d'une direction spécialisée en matière de cartels, pour faire face aux spécificités des questions juridiques et des méthodes d'investigation, liées à ces affaires.

Le renforcement de la probabilité de détection et de condamnation des cartels suppose donc de réaliser un investissement public des plus coûteux et dont la rentabilité est relativement incertaine dans la mesure où, le très haut degré de complexité des affaires rend très difficile l'apport de la preuve. Pour sortir d'une telle impasse, les autorités de la concurrence peuvent mettre en œuvre un ensemble de procédures visant à mutualiser le coût de l'instruction des dossiers (que cela passe par des coopérations transatlantiques ou par le Réseau Européen de la Concurrence[23]), mais aussi externaliser le coût auprès de tiers, notamment des entreprises concernées.

Parmi les procédures permettant d'*externaliser* les coûts d'établissement de la preuve, deux principales peuvent être mises en exergue.

La première correspond aux transactions (non contestation des griefs) avec les firmes concernées, et aux procédures de «plaider coupable». Dans le cas français, le Conseil de la Concurrence peut réduire les amendes de 50 %, à condition que la firme reconnaisse les faits qui lui sont reprochés et s'engage à modifier ses comportements, à l'avenir. Aux Etats-Unis, les procédures de plaider coupable visent souvent à éviter aux entreprises de se voir exposées aux risques d'une décision judiciaire pouvant conduire à rembourser deux fois les gains réalisés.

Les politiques de clémence (*corporate leniency programs*) constituent la seconde procé-

---

21 La Comco (2005, p 16) attire d'ailleurs l'attention sur la perte de postes et sur la difficulté «si aucune contre-mesure n'est prise» de faire respecter la loi anti-cartel. Elle constate que, si la situation actuelle perdure voir se dégrade, l'application de la loi restera certes possible, mais que «sa portée en souffrira néanmoins énormément».

22 Voir, pour les cas français et européen, l'ouvrage de N. Jalabert-Doury (2005)

23 Dont la Suisse ne profite malheureusement pas...

dure privilégiée, à disposition des autorités antitrust, en vue de réduire le coût marginal de traitement des affaires, en incitant des repentis à la coopération. Il s'agit alors d'inciter les contrevenants à apporter eux-mêmes les preuves de l'entente, de façon à pallier les coûts et les difficultés liées à l'établissement de la preuve par les autorités de la concurrence (F. Jenny, 2005). Elles existent aux Etats-Unis depuis 1978 et elles ont été étendues, en 1993, aux affaires déjà en cours d'instruction. Une vingtaine de cas sont traités chaque année par l'antitrust américain. L'historique des politiques de clémence aux Etats-Unis témoigne de la nécessité de renforcer l'aspect incitatif des mesures de clémence pour les firmes.

Introduite en Suisse en 2003, une telle disposition existe au niveau communautaire depuis 1996. Les mesures en faveur des repentis ont été renforcées en février 2002. La première firme à dénoncer un cartel peut bénéficier d'une immunité totale (*first in the door*). Des mécanismes d'échanges de courriers, stipulant les engagements réciproques, visent à augmenter la sécurité juridique du repentir. Mais dans le même temps, le taux de clémence pour les suiveurs est réduit par rapport à ce qu'il était en 1996, passant de 75 à 50 %. La procédure de clémence a été notamment utilisée dans le cadre de l'affaire des agents blanchissants, puisque l'un des membres du cartel, Degussa, a bénéficié d'une immunité totale (alors qu'il encourait une sanction de 130 millions d'euros) dans la mesure où il a fourni les éléments de preuve permettant aux services de la Commission de démanteler le cartel. Si depuis la loi NRE de mai 2001, le Conseil de la Concurrence français peut rendre un avis de clémence en faveur d'un repenti, la première activation du dispositif remonte au mois d'avril 2006, dans le cadre d'une entente anti-concurrentielle nouée entre des fabricants de portes[24].

Les procédures de plaider coupable, à l'instar des programmes de clémence, présentent la particularité de permettre à une entreprise s'étant livrée à des agissements anti-concurrentiels d'échapper à ses responsabilités. Aussi inéquitables que paraissent ces mesures d'immunité partielle ou totale, il convient de noter qu'elles induisent un gain social en réduisant le coût de la détection et en accélérant le démantèlement des cartels. Par ailleurs, le fait de plaider coupable n'induit pas la garantie d'une absence de sanctions financières, comme en attestèrent, aux Etats-Unis, les affaires des cartels de vitamines et de la construction marine. Dans ce dernier cas en effet, l'entreprise qui plaida coupable dès le début de l'enquête et qui apporta une coopération effective fut néanmoins condamnée à acquitter une amende de 49 millions de dollars (T. Reinhart, 2005).

Les programmes de clémence posent toutefois, autant des problèmes éthiques qu'incitatifs. Au point de vue éthique, est-il moral, pour reprendre les termes de Y. Chaput (2005), «qu'une personne qui a violé la loi puisse être *absoute* parce qu'elle a dénoncé (hypocritement) ses coauteurs et ses complices»? Au niveau incitatif, il convient de se demander si la prise en compte des mesures ne risque pas de constituer, pour des firmes opportunistes, un encouragement à mettre en œuvre de tels accords, avant de s'engager à modifier leurs comportements à l'avenir, sans pour autant supporter une juste sanction (M. Motta and M. Polo, 2003). Cependant, aussi importantes que soient ces dimensions, il faut considérer en outre que leur efficacité est conditionnée à la garantie d'une sécurité juridique effective en faveur du repenti (Commission européenne, 2006). Il est en effet indispensable que les éléments de

---

[24] Décision n° 06-D-09 du 11 avril 2006 du Conseil de la Concurrence, accompagnée d'un communiqué de procédure sur le programme de clémence français.

preuve apportés par la firme qui demande la clémence ne puissent être utilisés contre elle dans un éventuel procès civil, que celui-ci soit engagé en Europe ou aux Etats-Unis. Ainsi, malgré les vœux de la Commission européenne (2005) et comme le souligne un récent rapport parlementaire français (M. Laffineur, 2006), le public et le *private enforcements* en matière d'ententes ne sont pas toujours complémentaires...

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Becker G., (1968), «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, volume 76, pp. 169-217.

Brault D., (2004), *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 776p.

Chaput Y., (2005), «Philosophie des programmes de clémence et de transaction», *Clémence et transaction en matière de concurrence: premières expériences et interrogations de la pratique*, Colloque de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, CREDA.

Combe E., (2005), *Economie et Politique de la concurrence*, Précis-Dalloz, Paris, 460p.

Combe E., (2006), «Quelles sanctions contre les cartels? Une perspective économique», *Revue Internationale de Droit Economique*, volume XX, n° 1, pp. 11-46.

Commission Européenne, (2005), «Actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante», *Livre Vert*, COM (2005) 672 FINAL, Bruxelles, décembre.

Commission Européenne., (2006), «Consultation de la Commission en date du 23 février 2006 sur les risques liés à l'utilisation, dans le cadre des procédures civiles américaines de *discovery* des données divulguées dans le cadre de ses programmes de clémence», Bruxelles, février.

Conseil de la Concurrence, (2006), *Communiqué de procédure du 11 avril 2006: le programme de clémence français*, 8p.

Craycraft J. and Gallo J., (1997), «Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay», *Review of Industrial Organisation*, pp. 171-183.

Fasquelle D., (2000), «Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle», *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 115

Frison-Roche M-A., et Payet M-S., (2006), *Droit de la concurrence*, Précis, Dalloz.

Heers J., (2003), *Louis XI*, Perrin, collection Tempus, Paris.

Hubert P., (2000), «L'efficacité préventive des décisions en matière d'ententes», *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, n° 118.

Jalabert-Doury N. (2005), *Les inspections de concurrence*, F.E.C, Bruylant

Jenny F., (2005), «Approche économique et internationale de l'expérience française», *Clémence et transaction en matière de concurrence: premières expériences et interrogations de la pratique*, Colloque de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, CREDA.

Johnson J.H., (2006), «Economic Evidence in Criminal Cartel Cases», *NERA Antitrust Insights*, San Francisco, January.

Jones C., (1999), *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press.

Kaplow L., (1995), «A Model of Optimal Complexity of Legal Rules», *Journal of Law, Economics and Organizations*, April, volume 11, n° 1, pp.150-163.

Laffineur M., (2006), *Rapport d'information sur le Livre Vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, Délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union Européenne, 28 juim, 81p.

Motta M. and Polo M., (2003), «Leniency Programs and Cartel Prosecution», *International Journal of Industrial Organization*, n° 21.

OCDE, (2002), *Fighting Hard-Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes.*

OCDE, (2003), *Les ententes injustifiables: progrès récents et défis futurs*, Paris, Juillet, 70p.

OCDE, (2005), *Les ententes injustifiables. Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998*, Paris, Juillet, 63p.

OCDE, (2006a), *Suisse: Saisir les opportunités de croissance*, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation, 204p.

OCDE, (2006b), «Etude économique de la Suisse», *Synthèses*, janvier.

OCDE, (2006c), «Droit et politique de la concurrence en Suisse», Synthèses, mars.

Reinhart T., Muyskens N. and Thierney C., (2005), «The Business of Sentencing: Facing the Facts after Blakely, Booker and Fanfan», *The Antitrust Source*, January.

Reis P., (2001), *La concurrence et les marchés publics*, Presses universitaires du Septentrion, janvier.

Wils W., (2003), «Should Private Enforcement be Encouraged in Europe?», *World Competition*, vol. 26, pp. 473-488.

Wise M., (2005), *Droit et Politique de la concurrence dans l'Union Européenne*, OCDE, octobre, 99p.