

Analyse économique du fonctionnement des programmes de clémence

Les programmes de clémence sont devenus un élément clé de la lutte contre les cartels durant ces dix dernières années. Depuis leur mise en place, le nombre de cartels détectés et condamnés s'est multiplié de façon spectaculaire : la Commission Européenne a ainsi traité autant de cas de cartels en 2001 que sur la période 1980-1999, tendance confirmée les années suivantes.

Ces programmes offrent des réductions d'amendes pour les entreprises qui coopèrent avec l'autorité de concurrence lors d'une enquête pour entente collusive. Une entreprise peut obtenir une amnistie totale lorsqu'elle est la première à apporter des preuves concernant une entente non encore suspectée par l'autorité de concurrence. Les réductions d'amende obtenues sont plus faibles si l'enquête antitrust est plus avancée. Le mécanisme utilisé peut donc s'apparenter à une "carotte", associée au "bâton" des amendes.

Les programmes existants

Le premier programme de clémence a été mis en place par le *Department of Justice* aux Etats-Unis dès 1978. Ce programme a été très peu utilisé, en raison principalement de l'incertitude juridique qui y était associée. La nouvelle version établie en 1993 s'est rapidement imposée comme une avancée majeure. Cet exemple a été suivi par l'Union Européenne en 1996 (avec une révision en 2002 rendant la coopération plus attractive) et par la plupart des pays de l'U.E. dès 2000.

Ces programmes sont relativement similaires, mais s'intègrent dans un système différent selon que l'entente est, ou non, passible de sanctions pénales – auquel cas les programmes garantissent aussi une amnistie pénale, comme aux Etats-Unis, au Royaume Uni ou en Irlande.

Les analyses économiques

Les analyses économiques ont permis de mettre en lumière deux effets principaux des programmes. L'un passe par des économies de moyens (financiers et humains) réinvesties dans les enquêtes, lorsque le programme est utilisé par des membres d'un cartel déjà détecté ; l'autre vient d'une rupture dans la "soutenabilité" d'un cartel non encore détecté.

Dans tous les cas, la menace accrue de condamnation en cas de cartel permet de dissuader sa formation même ("*deterrence effect*"). Dans la mesure où il se traduit *in fine* par l'absence de cartels, cet effet des programmes de clémence est difficile à mesurer empiriquement.

Le problème de la soutenabilité

Les cartels font face à un problème fondamental de *soutenabilité* : en déviant d'un accord collusif, une entreprise peut obtenir des profits très élevés puisqu'elle profite du rationnement auquel se soumettent les membres de l'accord pour faire monter les prix. Une déviation de l'accord est la meilleure stratégie quelle que soit celle des autres - c'est une stratégie

dominante - lorsque les membres du cartel n'interagissent qu'une fois. Pour comprendre l'existence de cartels, il est donc nécessaire d'adopter une perspective *dynamique* : c'est à long terme, dans une relation répétée, que le respect de l'accord peut devenir préférable. Une déviation ponctuelle signera en effet la fin de l'entente ; elle déclenchera une guerre des prix et pourra être suivie de représailles par les autres membres du cartel. Le gain immédiat d'une déviation doit alors être comparé à la perte de gains futurs.

Un cartel ne peut donc exister que s'il est, non seulement *profitable* par rapport à une situation de concurrence, mais aussi *soutenable*, c'est-à-dire préférable à une déviation. Contrairement au cas des infractions traditionnelles, des peines plus faibles que le gain procuré par l'action illégale peuvent suffire à déclencher une déviation : elles peuvent rendre un accord non soutenable même s'il reste profitable lorsque ses membres le respectent. Un accord jugé non soutenable ne se formera donc pas.

La clémence facilite la condamnation des cartels détectés

Motta et Polo (2003) ont pris en compte le fait que face à un cartel, l'autorité de concurrence n'est pas toujours en mesure d'apporter des preuves suffisantes qu'il soit condamné. Une fois qu'un cartel a été détecté (ce qui requiert certaines ressources financières et humaines), l'autorité doit continuer à investir en acquisition d'informations (pour obtenir des "*preuves décisives*", en ce qui concerne la DG concurrence de l'UE). La probabilité qu'un cartel soit détecté puis condamné dépend des ressources disponibles.

Si le budget disponible est suffisamment élevé, l'autorité antitrust peut exercer une activité de surveillance assez intense pour dissuader totalement la formation d'un cartel. Les programmes de clémence ne présentent alors aucun intérêt. En revanche, si le budget est trop faible pour permettre la détection de tous les cartels, un programme de clémence peut être utile. Offrir des réductions d'amende aux membres d'un cartel détecté

présente alors un coût direct, susceptible d'être plus que compensé par les économies réalisées dans la collecte de preuves. Ces économies sont "*réinvesties*" dans la détection des cartels, d'où un effet dissuasif.

Harrington (2006) prend en compte les chocs économiques temporaires, qui rendent l'entente collusive plus ou moins attractive. L'étude, techniquement complexe, confirme les principaux résultats de Motta et Polo.

Ces travaux (comme ceux cités *infra*) justifient la restriction de l'amnistie à la première entreprise dénonçant un cartel par des considérations d'ordre budgétaire, mais aussi d'incitations. Cette disposition crée en effet une "course vers les tribunaux" : les membres d'une entente ont intérêt à dénoncer leur participation au cartel au plus vite s'ils s'attendent à ce que les autres utilisent le programme — par exemple à la suite d'un choc de demande (Harrington, 2006).

La clémence réduit la soutenabilité des cartels non encore détectés

Aubert, Rey et Kovacic (2006) et Spagnolo (2004) isolent les effets des programmes de clémence sur les cartels non encore détectés. Ils supposent à cet effet, contrairement à Motta et Polo, que la détection d'un cartel permet sa condamnation. Dans ce contexte, le cœur du problème tient aux incitations d'une entreprise à dénoncer l'entente à laquelle ils participent.

Aubert et *al.* (2006) prennent explicitement en compte le fait que les autorités de concurrence condamnent les membres d'un cartel sur la base des preuves de communication qu'elles ont pu obtenir – et non simplement sur leurs actions (le parallélisme des prix n'est ainsi pas jugé suffisant pour une condamnation). Dans ces conditions, une entreprise qui participe aux négociations d'une entente collusive, puis décide de dévier de l'accord, risque d'être condamnée en cas d'enquête antitrust. Elle peut en effet être incriminée par des documents internes des autres participants.

Ce point est important : le programme de clémence devient en effet attractif pour une entreprise qui souhaite dévier — et qui anticipe donc sa non-participation à l'accord dans le futur. Pour une telle entreprise, utiliser le programme constitue une protection contre les enquêtes antitrust et d'éventuelles représailles. Dès lors que la réduction d'amende obtenue est assez forte, les entreprises déviantes vont systématiquement suivre cette stratégie.

Le programme renforce alors les incitations à dévier, rendant la soutenabilité du cartel plus difficile à assurer. Il agit comme un complément de l'intervention antitrust traditionnelle par enquête et amendes.

Aubert et *al.* (2006) et Spagnolo (2004) soulignent l'intérêt d'offrir des récompenses, plutôt qu'une simple clémence, afin de dissuader plus fortement la création de cartels. Ainsi le système "*amnesty plus*" mis en œuvre aux Etats-Unis s'apparente-t-il à une récompense : il s'adresse aux entreprises condamnées pour entente collusive dans une industrie. Si une de ces entreprises dénonce un nouveau cartel inconnu de l'autorité antitrust (par exemple dans une industrie différente), elle obtient non seulement une amnistie totale pour ce nouveau cartel, mais aussi une réduction d'amendes sur le premier cartel — un bonus monétaire, de fait.

Les risques d'instrumentalisation du programme sont faibles

Une entreprise pourrait créer une entente dans le seul but de la dénoncer (et ainsi utiliser le programme comme un outil de prédation). Faut-il alors barrer le programme aux entreprises qui ont été des leaders ou instigateurs de l'entente, comme c'est le cas aux Etats-Unis ?

Du point de vue de l'économiste, ce n'est pas souhaitable, car la crainte d'une telle manœuvre *renforce* le pouvoir dissuasif du programme (Aubert et *al.*, 2006, Spagnolo, 2004). Il est donc préférable de suivre la voie choisie en 2001 par l'Union Européenne, où ne sont exclues du programme que les

entreprises qui auraient usé de moyens coercitifs pour s'assurer la participation d'autres membres.

Enfin, si certains auteurs ont craint que le programme de clémence puisse être utilisé comme une menace permettant de stabiliser un cartel peu soutenable, les études économiques ont montré que ce risque n'existe que dans des contextes statiques, peu satisfaisants pour représenter des activités répétées, ou bien lorsque le programme de clémence est trop peu généreux, comme l'était peut-être la version américaine de 1978.

Références

Aubert, C., P. Rey & W. Kovacic (2006). *The Impact of Leniency and Whistle-blowing Programs on Cartels*, International Journal of Industrial Organization, 24: 1241-1266.

Hammond, S. D. (2005). *An Update of the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, Public Speech, Antitrust Division, U.S. Department of Justice.

Harrington, Joseph (2006). *Optimal Corporate Leniency Programs*, Journal of Industrial Economics, à paraître.

Motta, M. & M. Polo (2003). *Leniency Programs and Cartel Prosecution*, International Journal of Industrial Organization, 21: 347-379.

Spagnolo, G. (2004). *Optimal Deterrence Mechanisms against Cartels and Organized Crime*, Mimeo, Mannheim.

Cécile Aubert

©Microeconomix Juin 2007

Cécile Aubert est Professeure d'économie à l'Université de Bordeaux IV. Elle est docteur en économie de l'Université de Toulouse I et est membre du réseau d'experts partenaires de Microeconomix.

Microeconomix est un cabinet d'analyse économique appliquée au droit. Depuis sa création en 2002, Microeconomix s'est forgé une solide expérience dans les domaines du droit de la concurrence et de la régulation des industries de réseaux. En menant plus de cinquante missions dans des secteurs variés, Microeconomix s'est imposé comme un cabinet de référence en matière d'expertise économique à l'appui des stratégies juridiques des entreprises et de leurs avocats.

Microeconomix réunit autour de ses associés une équipe éprouvée de consultants ingénieurs et économistes hautement qualifiés, et enrichit ses prestations en sollicitant de manière spécifique aux besoins de ses clients, les compétences les plus pointues au cœur de son réseau d'experts partenaires.

Microeconomix
L'analyse économique appliquée au droit
www.microeconomix.com