



CONCURRENCE

EMMANUEL COMBE *

Haro sur les cartels : quelles sanctions contre les ententes illicites ?

La concurrence constitue le fondement de l'économie de marché. Mais comme elle a pour conséquence de réduire les marges des entreprises, celles-ci ont à son égard une attitude équivoque : elles la défendent en théorie comme élément constitutif du libéralisme, elles cherchent souvent en pratique à la contourner car elle est une contrainte dans leur gestion. Pour la société dans son ensemble, la concurrence est incontestablement avantageuse et la sanction des pratiques anti-concurrentielles est indispensable, tout en respectant le principe selon lequel la punition doit être proportionnée à la faute.

* Professeur à l'Université de Paris-I, professeur affilié à ESCP-EAP, membre du Collège du conseil de la Concurrence. Les opinions exprimées dans cet article ne sauraient engager les institutions auxquelles l'auteur appartient.

« Nos concurrents sont nos amis ; nos clients nos ennemis » : cette formule d'un membre du cartel de la lysine illustre à quel point les pratiques de cartellisation sont contraires aux principes mêmes de l'économie de marché, fondée sur la conquête des clients par les mérites. Face à un comportement aujourd'hui considéré comme un « cancer de l'économie » (Mario Monti), les pays de l'OCDE se sont progressivement dotés depuis les années 1990 de nouveaux instruments de détection, que ce soit au travers de la prolifération des « programmes de clémence » (c'est-à-dire de la réduction des sanctions en cas de collaboration active d'un membre du cartel), de la signature d'accords d'entraide antitrust, ou de l'élargissement des pouvoirs d'enquête. De même, en matière d'amendes, les autorités antitrust n'hésitent plus aujourd'hui à infliger des montants de plus en plus élevés.

Ce changement d'attitude s'explique par l'ampleur des pratiques de cartel, que ce

soit au niveau local, national ou international et par les surcoûts importants qu'ils infligent aux économies. En effet, au-delà de leur impact redistributif, les cartels induisent de substantielles pertes de bien-être, à la fois statiques (par rationnement de la demande) et dynamiques (faible incitation à innover). Contrairement aux opérations de concentration ou à certaines ententes (ententes technologiques par exemple), la cartellisation des marchés ne génère aucun gain d'efficacité qui pourrait venir compenser l'atteinte à la concurrence. Qui plus est, le pouvoir de marché dont dispose un cartel sur les consommateurs ne repose sur aucun mérite intrinsèque mais résulte seulement d'un accord secret visant à faire « comme si » la concurrence n'existait pas.

Si cette détermination dans la lutte contre les cartels réjouit la plupart des économistes, elle n'emporte toutefois pas complètement leur adhésion : au regard de la probabilité de détection, les sanctions infligées restent encore en-deçà de la « sanction optimale » en termes de dissuasion. Quelles politiques de sanction pourraient être menées aujourd'hui pour rendre plus effective la prohibition des cartels ?

À LA RECHERCHE DE LA SANCTION DISSUASIVE

Selon la théorie du crime (Becker, Posner), la sanction optimale d'une infraction – quelle qu'elle soit – vise à dissuader un agent rationnel d'adopter un comportement inefficace pour la société, c'est-à-dire dont le coût total pour la société l'emporte sur ses gains privés. Si les agents ayant commis une infraction étaient toujours appréhendés, la sanction optimale serait tout simplement égale à la perte infligée aux autres agents (et non au profit retiré par l'auteur de l'action illicite). En effet, une telle règle de « compensation » des pertes assure que les seules infractions commises soient économiquement efficaces, au sens où le bénéfice qu'en retire son auteur excède le coût infligé aux autres agents. Si l'on suppose – ce qui est plus réaliste – que les agents en infraction ne sont pas toujours appréhendés, la sanc-

tion optimale, pour un agent neutre au risque, doit être égale à la perte infligée à la société (notée D) divisée par la probabilité d'être arrêté et condamné (notée p) :

Amende optimale = D/p

Un agent ne commettra pas d'infraction si son profit espéré – noté $E(\)$ – est inférieur à la sanction optimale attendue :

$E(\) < \text{Sanction} = D/p$ (1)

Nous constatons qu'une sanction n'exerce un effet dissuasif sur un agent qu'au regard de la probabilité de détection – plus cette dernière est faible, plus la sanction doit être élevée – et de la comparaison entre le profit et la sanction anticipés.

Appliquons cette règle générale au cas des cartels, en faisant pour l'instant abstraction de la nature juridique des sanctions (amende, sanctions pénales, réparations). Concernant la probabilité de détection d'un cartel, peu d'études empiriques sont disponibles mais une probabilité de 15 % était l'approximation couramment retenue par les chercheurs avant la mise en place des programmes de « clémence ». Ces derniers ont sans nul doute conduit à accroître la probabilité de détection, qui pourrait atteindre désormais 30 %. Quant au dommage infligé par les cartels, il dépend à la fois de la hausse du prix et de la durée de vie du cartel : plusieurs travaux récents convergent autour d'une durée de vie moyenne comprise entre 5 et 8 ans, tandis que les études de Connor (2004) sur un échantillon de 674 cartels concluent à une hausse médiane de prix de 25 %, avec une médiane à 20 % pour les cartels nationaux et 34 % pour les cartels internationaux.

En prenant un scénario minimaliste (probabilité de détection de 30 %, durée de vie de cinq ans, hausse de prix de 20 %), la sanction optimale doit être égale à 3,3 fois la perte de surplus des consommateurs ou le surprofit des firmes (selon le critère retenu). Si nous prenons comme critère d'évaluation le surprofit des firmes (plutôt que le dommage causé aux

consommateurs), la sanction optimale doit atteindre 275 % du chiffre d'affaires annuel sur le marché concerné.¹

DES AMENDES INSUFFISAMMENT DISSUASIVES

Confrontons l'approche en termes de sanction optimale avec le cadre juridique en vigueur et la pratique des autorités antitrust aux États-Unis et au niveau communautaire.

Au niveau législatif, la plupart des pays de l'OCDE ne font pas explicitement référence au gain illicite ou au dommage infligé dans la détermination de l'amende. Ainsi, au niveau communautaire, l'amende de base est fixée de manière forfaitaire (en fonction de la gravité de l'infraction et de sa durée), puis la Commission module le niveau de sanction en fonction de facteurs aggravants (tels que la récidive) et atténuants (programme de clémence, etc.) pour atteindre le montant final, lequel ne peut légalement excéder 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes des firmes. Le recours à un plafond en chiffre d'affaires repose implicitement sur l'hypothèse selon laquelle le surprofit illicite ou le dommage causé est positivement lié à la taille de l'entreprise. Nous pouvons toutefois remarquer que ce plafond de 10 % introduit un biais en termes de dissuasion : en particulier, une firme mono-produit qui participe à un cartel ne peut risquer plus de 10 % de son chiffre d'affaires total, ce qui est sans doute en-deçà du niveau de sanction optimale.

1. Prenons un exemple numérique simple. Le prix de concurrence est égal à 100 euros et le prix de cartel à 120 euros (soit + 20 %). La quantité vendue au prix de cartel est de 20 unités. Le chiffre d'affaires annuel en situation de cartel est donc de 2 400 euros, tandis que le gain illicite résultant de la cartellisation atteint 400 euros. En tenant compte d'une probabilité de détection de 30 %, l'amende doit être égale à $400 \times 3,3 = 1\,320$ euros, soit 55 % du chiffre d'affaires annuel. Si l'on prend en compte une durée moyenne du cartel de 5 ans, l'amende optimale doit être égale (sans actualisation) à 6 600 euros soit 2,75 fois le chiffre d'affaires annuel. Pour des variantes du scénario de base, voir E. Combe (2006).

CONCURRENCE

**Les 10 plus fortes amendes infligées par la Commission européenne
(cartels – années 2001-2005)**

Cartel	Nombre de firmes condamnées	Amende totale (en millions d'euros)
Vitamines (2001)	8	855,23
Plaques de plâtre (2002)	4	478,00
Papier autocop. (2001)	10	313,69
Sacs industriels en plastique (2005)	16	290,00
Tubes sanitaires en cuivre (2004)	12	222,29
Électrodes au graphite (2001)	8	218,80
Acide monochloracétique (2004)	5	216,91
Sorbates (2003)	5	138,40
Acide citrique (2001)	5	135,22
Méthionine (2002)	2	127,00

On notera toutefois que dans certains pays comme l'Allemagne, la Nouvelle-Zélande ou les États-Unis, l'amende s'exprime en termes de multiple d'une grandeur économique. Par exemple, le cas américain repose sur un système mixte, combinant un plafond en valeur absolue et une approche en termes de multiples : en effet, si le *Sherman Act* plafonne l'amende à 100 millions de dollars depuis sa dernière réforme de juin 2004, le *Criminal Fines Improvement Act*, introduit en 1984 et modifié en 1987, énonce que la sanction maximale peut atteindre jusqu'à deux fois le surprofit réalisé par la firme ou la perte des consommateurs.

Si l'on considère à présent les amendes effectivement infligées, on peut constater que les pays de l'OCDE tendent à accroître leur niveau. Aux États-Unis, au cours des années 1990, l'amende médiane a été ainsi multipliée par cinq. De même, au niveau communautaire, les 15 principaux cartels sanctionnés par la Commission sur la période 1969-1984 se sont vus infliger une amende moyenne de 2,4 millions d'euros, alors qu'au cours de la période 1998-2002, les 32 principaux cartels ont payé en moyenne une amende de 117 millions d'euros. Pourtant, au regard de l'objectif de dissuasion, les amendes infligées semblent encore insuffisantes ; l'enquête de l'OCDE (2003) sur un échantillon de 11 cartels met en évidence une forte

disparité des amendes exprimées par rapport au gain illicite du cartel : entre 3,3 % dans le cas du cartel hôtelier en Espagne et 189 % dans le cas du cartel de la lysine aux États-Unis (incluant dans ce cas à la fois les amendes et les paiements au titre des actions civiles). Si la faible taille de l'échantillon ne permet pas d'inférer de conclusions générales, nous pouvons toutefois constater que les plus fortes amendes relatives sont infligées par les autorités américaines.

Comment expliquer ce décalage entre l'amende optimale et les sanctions administratives effectivement infligées ? Il est difficile de répondre catégoriquement à cette question et nous ne pouvons qu'émettre quelques conjectures :

– l'application d'une sanction optimale se heurte au principe juridique de proportionnalité des peines. L'approche économique délaisse en effet la fonction rétributive des amendes pour se centrer sur leur seule fonction dissuasive ;

– on ne saurait infliger, en vertu du principe d'individualisation des peines, une amende sur la base d'un raisonnement statistique en termes de moyenne (notamment concernant la hausse de prix et la durée de vie du cartel). Il est donc nécessaire de calculer l'amende optimale au cas par cas, ce qui peut être

difficile compte tenu du manque d'informations ;

– en Europe, la culture de la concurrence reste encore peu développée et les comportements de cartel ne font pas l'objet d'une condamnation morale forte au sein de la population (Harding & Joshua 2003). Dans ces conditions, l'imposition d'une amende élevée apparaîtrait comme difficilement justifiable aux yeux de l'opinion publique. Il existe donc une contrainte politique dans la détermination de la sanction, qui n'est pas prise en compte par l'analyse économique ;

– une amende élevée peut acculer la firme à la faillite, ce qui aurait paradoxalement pour effet de... réduire la concurrence.

Afin de se rapprocher de l'amende optimale, une première solution consisterait à accroître la probabilité de détection, à défaut d'augmenter la sanction. Tel est précisément l'objet des politiques de clémence mises en œuvre dans nombre de pays aujourd'hui : la première firme à dénoncer son appartenance à un cartel non détecté peut bénéficier, sous certaines conditions, d'une immunité totale². Une seconde voie vise à modifier le mode de calcul de l'amende pour mieux prendre en compte le gain illicite ou la perte subie par les consommateurs, ce qui reviendrait à accroître significativement le niveau des sanctions. Une troisième voie conduit à élargir le champ d'application du droit de la concurrence : il conviendrait peut-être d'encourager les victimes à engager des actions civiles et de pénaliser les pratiques de cartel.

DÉVELOPPER LES ACTIONS CIVILES ?

Les actions civiles constituent aux États-Unis depuis les années 1960 une arme redoutable à l'encontre des membres d'un cartel – les réparations

2. Pour une présentation générale des politiques de clémence, voir par exemple E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz/précis, 2005.

demandées dépassant bien souvent le montant des sanctions administratives – et représentent aujourd’hui plus de 90 % des affaires de concurrence au niveau fédéral. Plusieurs facteurs expliquent cet engouement pour le « *private enforcement* » :

– le montant des dommages alloués aux victimes va au-delà de la simple restitution pour présenter une dimension punitive (« *punitive damages* ») : les sections 7 du *Sherman Act* et 4 du *Clayton Act* prévoient en effet la possibilité d’obtenir le versement de « *triples damages* » ;

– le modèle américain se fonde largement sur le système des actions collectives (« *class actions* »), l’agrégation d’innombrables demandes permettant de réaliser des économies d’échelle au niveau de la procédure ;

– les modes de rémunération des cabinets d’avocat facilitent les actions civiles, les paiements contingents ou le système des bonus étant d’usage fréquent tout comme le démarchage juridique, notamment sous la forme de collecte en ligne de mandats de représentation.

Comparées au cas américain, les actions en réparation restent encore marginales dans les autres pays de l’OCDE – et tout particulièrement en Europe – même si plusieurs réformes ont été entreprises. Ainsi, au Royaume-Uni, le nouvel *Enterprise Act* (2002) accorde une place de choix aux actions privées. Au niveau communautaire, on notera la publication d’un rapport en 2004 sur le rôle des actions civiles dans l’effectivité des règles antitrust, et le nouveau Commissaire à la concurrence, Nelly Kroes, a ouvert le débat au travers de la publication d’un Livre vert en décembre 2005³.

Au regard de l’objectif de dissuasion, l’opportunité d’encourager les actions civiles peut se justifier par la relative faiblesse des amendes administratives. En d’autres termes, les réparations, bien qu’elles soient juridiquement d’une nature différente des amendes, viendraient compléter l’action publique, pour se rapprocher du niveau de sanction optimale. Cette justification des actions civiles apparaît particulièrement pertinente dans le cas américain : si l’on considère par exemple

le cartel des vitamines, les amendes infligées par les autorités antitrust en 1999 ont certes atteint un montant record en valeur absolue (915 millions de dollars) mais ne représentaient en moyenne qu’entre 43 % et 55 % du surprofit total réalisé par le cartel. Mais si l’on tient compte des réparations versées aux victimes, le résultat apparaît alors très différent : selon Connor, les réparations se situeraient entre 2,2 et 2,7 milliards de dollars, soit un paiement total (défini ici comme la somme de l’amende et des réparations) supérieur à 170 % du gain illicite réalisé par le cartel sur chaque marché de vitamines.

L’essor des actions civiles en Europe impose toutefois que plusieurs incertitudes soient levées : quel standard de preuve doit être requis pour évaluer la faute et le préjudice subi ? Comment faciliter l’accès des victimes au juge, notamment lorsqu’elles sont nombreuses (ce qui est le cas des consommateurs) ? Quel montant de réparation doit-on accorder aux victimes ? L’attention des économistes s’est en particulier focalisée sur la question de la recevabilité des demandes en réparation, notamment lorsqu’elles émanent de victimes indirectes du cartel : doit-on prendre en compte l’argument du *passing on*, consistant pour un client du cartel à reporter la hausse de prix qu’il subit sur les consommateurs ?

Si la question des actions civiles retient aujourd’hui l’attention, l’opportunité de leur développement ne fait toutefois pas l’unanimité. En premier lieu, les actions civiles ne résolvent pas le problème de l’incapacité à payer des firmes. En second lieu, le *private enforcement*, loin de venir compléter le *public enforcement*, peut en entraver le cours. En particulier, l’effectivité des programmes de clémence peut être altérée dès lors que les participants au cartel anticipent qu’une collaboration active avec les autorités antitrust risque d’accroître la probabilité d’une action au civil. En effet, la nature même d’un programme de clémence conduit logiquement les firmes incriminées à reconnaître leur implication dans le cartel, ce qui peut faciliter ensuite pour les victimes les demandes en réparation. Ce risque

apparaît particulièrement marqué dans le cas des États-Unis, où le *private enforcement* représente une menace réelle pour les membres d’un cartel. Voilà sans doute pourquoi, en juin 2004, le Congrès américain a adopté l’*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* qui limite le montant des réparations payé par le premier membre d’un cartel coopérant avec le Département de la Justice : au lieu de s’exposer au paiement des « *triples damages* », le collaborateur ne doit plus que les dommages simples (on parle alors de « *de-trebling* »).

VERS DES SANCTIONS PÉNALES ?

À u-delà des poursuites civiles, la dissuasion des pratiques de cartel peut également emprunter la voie pénale à l’encontre des individus, que ce soit sous la forme d’amendes, d’incapacitation ou de peines d’emprisonnement.

En la matière, le cas américain fait à nouveau figure d’exception. D’une part, la législation américaine a prévu dès le *Sherman Act* (1890) la possibilité de sanctions pénales et les textes ont évolué à plusieurs reprises dans le sens d’un relèvement des plafonds : depuis juin 2004 et l’adoption de l’*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, la sanction infligée à un individu est désormais fixée à 1 million de dollars tandis que la peine maximale de prison peut atteindre jusqu’à 10 ans. D’autre part, on a pu assister à partir des années 1970 à un recours systématique des autorités américaines aux peines de prison dans des affaires de cartel et cette tendance s’est accentuée au cours des années 1990, notamment à l’occasion du démantèlement de cartels internationaux. L’usage de poursuites criminelles s’explique en partie par la forte réprobation morale des comporte-

3. Livre vert « Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante », COM (2005) 672 ; disponible en ligne : http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp.html

DU CARTEL À LA PRISON : L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

À l'occasion de grandes affaires de cartels, la division Antitrust du Département américain de la Justice n'hésite pas à engager des poursuites pénales à l'encontre des dirigeants d'entreprise. Ainsi, au cours de la période 1995-2004, 298 personnes se sont vues infliger des peines de prison, dont la moitié sous la forme de prison ferme pour une durée moyenne d'un an. Qui plus est, ces peines ont été requises non seulement à l'encontre d'individus de nationalité américaine mais également de personnalités étrangères. Ainsi, dans l'affaire récente du cartel des mémoires Dram, la division Antitrust, après avoir infligé à la firme allemande Infineon une amende de 160 millions de dollars, a requis en décembre 2004 des peines de prison variant entre 4 et 6 mois à l'encontre de trois citoyens allemands et d'un citoyen américain, assorties d'une amende pénale d'un montant individuel de 250 000 dollars. Les dirigeants de la firme coréenne Hynix, condamnée à une amende de 185 millions de dollars dans la même affaire, risquent également des poursuites pénales.

La condamnation la plus médiatisée reste à ce jour celle d'Alfred Taubman, président de Sotheby's⁴. Christie's et Sotheby's, qui forment un quasi-duopole mondial sur le marché des ventes d'œuvres d'art aux enchères, se sont entendus durant les années 1990 pour fixer le montant des commissions, au détriment des clients. Christie's a dénoncé en 1999 l'existence du cartel et a bénéficié d'une double immunité (amendes et poursuites pénales) au titre de la clémence ; de son côté, Sotheby's a été condamné à une amende de 45 millions de dollars et des poursuites pénales ont été engagées à l'encontre des dirigeants. En dépit de son âge avancé (78 ans) et de son état de santé critique, le président Alfred Taubman a été condamné en décembre 2001 à 1 an et ... 1 jour (afin d'être éligible à une remise de peine pour bonne conduite) de prison ferme ainsi qu'à une amende personnelle de 7,5 millions de dollars, tandis que la directrice générale de Sotheby's, Diana Brooks, écopait d'une peine de 6 mois d'assignation à domicile avec port du bracelet électronique.

ments de cartel au sein de la société américaine, attachée à l'idée d'une concurrence par les mérites.

La situation des autres pays de l'OCDE contraste singulièrement sur ce point avec l'exemple américain : sur 13 pays de l'OCDE disposant d'une législation pénale, trois seulement – à savoir l'Allemagne, l'Australie, le Canada – ont infligé des amendes à des individus sur la période 1996-2000 et seul le Canada a prononcé des peines de prison ferme (OCDE 2005). Au niveau communautaire, si la Commission ne possède pas par nature de compétence pénale, le Règlement I/2003 n'exclut toutefois pas la possibilité pour chaque pays membre d'infliger au niveau national des sanctions pénales aux individus en cas de violation des articles 81 et 82 du traité de l'Union européenne. En dépit de cette possibilité, les comportements anti-concurrentiels sont rarement pénalisés et, lorsqu'ils le sont, l'effectivité des textes reste faible. Selon Harding & Joshua (2003), cette faible pénalisation en Europe s'explique d'abord par l'absence de condamnation morale, dans des pays qui ont été longtemps méfiants vis-à-vis des bienfaits de la concurrence et tolérants vis-à-vis des pratiques de cartel. On notera toutefois un mouve-

ment inverse et récent de criminalisation dans des pays de tradition anglo-saxonne comme l'Angleterre, l'Irlande et plus récemment l'Australie.

Dans quelle mesure l'objectif de dissuasion des pratiques de cartel peut-il légitimer le recours à des sanctions pénales à l'encontre d'individus, notamment sous la forme de peines de prison ?

Le principal argument économique repose sur l'incapacité des firmes à s'acquitter de l'amende optimale : eu égard à la faible probabilité de détection des cartels et à l'ampleur des dommages infligés au marché, l'amende optimale a de fortes chances d'être supérieure aux moyens financiers dont disposent la majorité des firmes.

Un second argument, relatif au *corporate governance* peut être également invoqué. Les managers peuvent avoir intérêt à engager la firme dont ils ont (provisoirement) la direction dans des activités de cartel, afin d'accroître rapidement et à court terme le profit : ces « *performances* » conduiront à augmenter ainsi leur rémunération et leur prestige. À long terme toutefois, cette stratégie ne crée pas de valeur pour les actionnaires : une fois le cartel détecté, la sanction infli-

gée à la firme est supportée par ces derniers, alors même que le manager aura sans doute quitté la firme. Dans cette perspective, les sanctions pénales conduisent à réduire le conflit d'intérêt potentiel entre actionnaires et managers, en incitant ces derniers à maximiser le profit à long terme, en usant de stratégies licites et efficaces (innovation, etc.). Plus généralement, les poursuites pénales à l'encontre d'individus peuvent se justifier par la difficulté des firmes à surveiller efficacement le comportement de leurs employés, bien qu'elles puissent mettre en œuvre des programmes d'information sur le respect des lois antitrust.

À supposer qu'il faille poursuivre les individus qui organisent un cartel, doit-on privilégier des amendes ou bien plutôt des peines de prison ?

Les économistes comme Becker ont longtemps douté de l'opportunité de peine de prison, préférant s'en remettre aux seules sanctions pécuniaires. En

4. Voir sur ce sujet le passionnant livre de Ch. Mason, *Art of the steal: inside the Sotheby's-Christie's auction house scandal*, Putnam Publishing, 2004.

effet, dès lors qu'une peine de prison peut être transformée en équivalent monétaire, il est plus économique pour la société d'imposer des sanctions pécuniaires, afin d'éviter des coûts d'incarcération. Pourtant, plusieurs économistes ont récemment défendu l'idée selon laquelle la prison constituait le moyen adéquat de dissuader les cartels (Werden & Simon 1987 ; Wils 2005) :

– les amendes sont souvent plafonnées à de faibles niveaux, au regard des revenus des dirigeants d'entreprise. De plus, il est toujours possible pour une firme de compenser financièrement l'amende payée par son employé ;

– la peine de prison présente un caractère stigmatisant pour l'individu dans la mesure où elle induit un jugement d'immoralité du comportement incriminé. À l'inverse, une sanction pécuniaire repose implicitement sur l'idée selon laquelle il suffit de s'acquitter de la taxe pour que le comportement incriminé soit « blanchi » ;

– l'expérience américaine récente tend à montrer que les cartels mondiaux intègrent la menace de sanctions pénales : ils évitent de conspirer sur le territoire américain alors même qu'ils y sont présents et qu'ils se cartellisent sur les autres marchés géographiques ;

– la menace de prison peut permettre de renforcer l'efficacité des programmes de clémence, dès lors que cette dernière est étendue aux sanctions pénales. En effet, un individu acceptera plus facilement de collaborer avec les autorités antitrust s'il anticipe une immunité pénale. Voilà sans doute pourquoi les États-Unis ont réformé leur programme de clémence en 1993, en garantissant l'immunité de poursuites pénales à tous les membres d'une entreprise bénéficiant de l'immunité de sanctions administratives.

Si la prison apparaît comme la sanction pénale la plus appropriée à l'encontre des individus, faut-il opter pour de longues ou de courtes peines ? La prison fait supporter un coût social à la collectivité : coût social de l'emprisonnement

et coût d'opportunité lié à la perte de productivité des prisonniers. Ce coût d'opportunité est sans doute élevé et croissant au cours du temps pour un « col blanc », dans la mesure où sa productivité dans l'entreprise est importante et diminue rapidement avec l'emprisonnement. D'autre part, l'effet de dissuasion et de stigmatisation du comportement dépend moins de la durée de l'emprisonnement que du seul fait d'aller en prison : le gain marginal d'un allongement de la peine est donc faible. La combinaison d'un coût marginal croissant d'incarcération et d'un gain (en termes de dissuasion) marginal décroissant conduit à préconiser des peines de prison de courte durée.

Au terme de cet article, il apparaît que la dissuasion des cartels nécessiterait à la fois de relever le niveau des amendes administratives et d'élargir le champ d'application des règles de concurrence en direction de sanctions pénales et d'actions civiles. De telles recommandations peuvent sembler disproportionnées au regard de la pratique actuelle et l'on serait donc tenté de les considérer comme de simples curiosités intellectuelles. Ce serait toutefois méconnaître le rôle croissant que joue l'analyse économique dans la définition et la mise en œuvre de la politique de concurrence, en particulier Outre-Atlantique : la littérature sur la sanction optimale des cartels s'est d'ailleurs développée au départ sous la plume d'économistes américains travaillant pour les autorités antitrust, a largement été reprise dans ses principes par des institutions telles que l'OCDE et commence à faire son chemin en Europe⁵. En d'autres termes, si les conclusions de ces études semblent stricto sensu difficilement applicables, elles indiquent toutefois un nouveau cap, caractérisé par le durcissement de la répression en matière de cartels. ■

Bibliographie

- E. Combe, « Quelles sanctions dans la lutte contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique*, à paraître 2006.
- Commission européenne, « Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules », rapport établi par le cabinet Ashurst, 150 p., 2004.
- J. Connor, « Price fixing overcharges: legal and economic evidence », *American Antitrust Institute, Working Paper n° 04-05*, 2004.
- C. Harding, J. Joshua, *Regulating cartels in Europe, a study of legal control of corporate delinquency*, Oxford University Press, 2003.
- OCDE, « Les ententes injustifiables. Troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998 », 2005.
- G. Werden, M. Simon, « Why price fixers should go to prison? », *The Antitrust Bulletin*, pp. 917-137, 1987.
- W. Wils, « La pénalisation du droit communautaire est-elle la solution ? », *Lamy de la concurrence n° 4*, pp. 139-177, 2005.

5. Le lecteur pourra se référer aux actes du colloque « Remedies and sanctions in competition policy » tenu à l'Université d'Amsterdam en février 2005 et organisé par l'Amsterdam Center for Law and Economics (ACLE).