

Réflexions sur l'efficacité économique de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles ★

Emmanuel Thibault,

Toulouse School of Economics (Université de Perpignan – CDED).

Réfléchir à la façon de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles est un exercice qui nécessite la prise en compte d'un contexte à la fois juridique, économique et historique. Historique d'abord, car c'est à la Révolution – et dans la loi Le Chapelier de 1791 interdisant aux membres d'une même corporation de se regrouper – que la loi qui contrôla en France les ententes puise ses origines. Dès 1810, et jusqu'en 1986, le Code pénal interdit en effet aux coalitions de manipuler les prix “*au-dessus ou au-dessous de ce qu'aurait déterminé la concurrence libre et naturelle*”¹. Économique ensuite, car la loi Le Chapelier n'est rien d'autre que la traduction d'une idée de 1776 d'Adam Smith (1723–1790) – philosophe et économiste écossais souvent considéré comme le père fondateur de la science économique – selon laquelle “*il est rare que des gens du même métier se trouvent réunis, fût-ce pour quelque partie de plaisir ou pour se distraire, sans que la conversation finisse par quelque conspiration contre le public, ou par quelque machination pour faire hausser les prix (...); mais si la loi ne peut pas empêcher des gens du même métier de s'assembler quelquefois, au moins ne devrait-elle rien faire pour faciliter ces assemblées, et bien moins encore pour les rendre nécessaires*”². Juridique enfin, car les deux grands types de sanctions employés pour prévenir ou punir les comportements anticoncurrentiels font l'objet de nombreux débats tant au niveau national, qu'européen ou international. La sanction pénale s'applique aux personnes morales ou physiques ayant pris part à des pratiques prohibées mais, contrairement aux États-Unis, son utilisation reste en France très limitée. C'est en effet la sanction administrative qui lui est généralement préférée dans les pays de l'Union européenne où, bien que pouvant être protéiforme, elle conduit le plus souvent à une amende.

Pourquoi, pour qui et comment sanctionner les pratiques anticoncurrentielles ? Quels prin-

★. Texte pour les actes du colloque “Sanctions en droit de la concurrence et concurrence des sanctions” organisé par Jean-François Calmette et l'Université de Perpignan (CDED) le 29 septembre 2016 à la CCI de Perpignan.

1. Cité par Wise M., 2005, Droit et politique de la concurrence en France, Revue de l'OCDE sur le Droit et la Politique de la Concurrence, vol. 7, p. 11.

2. Smith A., Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations. Traduction Germain Garnier, édition Otto Zeller, 1966, chap. 10, liv. 1, pp.169-170.

cipes ou éléments guident l'évaluation et le calcul du montant des amendes ? Ces dernières sont-elles devenues excessives en Europe ? Doivent-elles être limitées en période de crise économique ? Peuvent-elles être remplacées par des incitations psychologiques ? Cette présentation cherche à répondre à toutes ces questions de manière simple et brève à l'aide des derniers développements, parfois très novateurs, de la science économique.

La question de la sanction étant éminemment liée à celle de l'étude des comportements stratégiques d'acteurs économiques sur un marché donné, elle est le plus souvent analysée avec les outils les plus récents de la microéconomie – comme la théorie des jeux ou la théorie de l'information. Outre l'examen approfondi de ses fondements microéconomiques, une des originalités de cette présentation est aussi de porter une attention toute particulière sur les incidences macroéconomiques de la politique de la concurrence.

Dans un souci de concision, c'est le plus souvent la même modalité de sanctions, le même type de pratiques anticoncurrentielles et le même espace économique qui vont être privilégiés. Le choix de l'amende comme modalité de sanction est le plus naturel : c'est en effet la sanction la plus fréquente dans le cas des infractions les plus graves. Concernant le type de pratiques anticoncurrentielles, se concentrer sur l'analyse des cartels paraît judicieux tant elle constitue un sujet ancien et débattu de la science économique. En 1964, son point de départ est un célèbre article³ de l'économiste américain – Prix 1982 de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel – Georges Stigler (1911–1991) dans lequel la nature instable des cartels est explicitée⁴. Enfin, l'espace retenu est celui de l'Union européenne car, depuis les traités de Rome de 1957, la politique de la concurrence est une compétence européenne. Opter pour un espace plus grand (comme les États-Unis) ou plus petit (comme la France) n'a significativement pas d'influence notable sur les conclusions obtenues. Récemment effectuée par Hutin et Monnier (2016), la comparaison de la politique de sanctions des cartels français conduite par l'Autorité de la concurrence avec celle menée par la Commission européenne dans le cas des cartels européens révèle, par exemple, que “*la politique de sanction de l'Autorité s'avère, quant à elle, cohérente et proche de celle mise en oeuvre par la Commission européenne*”⁵.

3. Stigler G., 1964, A theory of oligopoly, *Journal of Political Economy*, vol. 72, pp. 44-61.

4. Les entreprises sont dans un dilemme de la concurrence (ou dilemme du prisonnier) : collectivement, elles ont intérêt à coopérer pour relâcher la concurrence, mais, individuellement, chacune est tentée d'adopter un comportement opportuniste en baissant son prix afin d'augmenter son profit.

5. Hutin A. et Monnier C., 2016, Les cartels en France : analyse économique de leurs caractéristiques et de leurs sanctions, *Concurrences - Competition Law Journal*, vol. 2-2016, p. 59.

I – Une approche économique de la sanction

Lutter contre les pratiques anticoncurrentielles doit être encouragé pour garantir une meilleure répartition des ressources économiques et, *in fine*, défendre ceux qui auraient pu avoir accès à un bien ou un service marchand auparavant mais qui ne le peuvent plus en situation de concurrence imparfaite (A). Loin de ne protéger que les consommateurs, la politique de la concurrence est avant tout un instrument au service des entreprises, de l'innovation, de la croissance économique et même, contrairement à une idée répandue, de l'emploi (B). Mettre en place des sanctions pécuniaires dissuasives s'avère être la méthode la plus efficace à condition de veiller à ce que ces sanctions ne soient pas sur-dissuasives ; elles conduiraient alors à la disparition d'entreprises efficaces et, par ricochet, à une baisse de l'intensité concurrentielle (C).

A – La justification économique de la sanction

Le concept d'efficacité économique étant normatif, il en existe différentes définitions ; le plus souvent énoncées par d'illustres économistes ou philosophes. Celle qui est de nos jours généralement retenue est due à Vilfredo Pareto (1848–1923), sociologue et économiste italien qui succéda à Léon Walras (1834-1910) – l'un des pères de la révolution marginaliste – à la chaire d'économie de Lausanne. Elle contient l'idée que l'efficacité est atteinte quand il est impossible de déplacer une ressource économique d'un usage vers un autre sans qu'au moins quelqu'un en pâtisse. Ainsi un optimum au sens de Pareto est défini comme étant un état de la société tel qu'on ne peut pas améliorer la situation d'une personne sans détériorer celle d'au moins une autre. A y regarder de plus près, cette notion d'efficacité n'est simplement qu'une façon de signifier que les ressources ne sont pas gaspillées. Elle ne relève donc pas forcément d'un partage juste ou équitable. Tout donner à un unique individu et rien au reste de l'humanité est, par exemple, un optimum au sens de Pareto. Par conséquent, un grand nombre d'optima au sens de Pareto existe ; des répartitions considérées par Vilfredo Pareto comme toutes équivalentes.

Si d'autres définitions de l'efficacité économique existent, elles ne font pas consensus chez les économistes car elles dépendent de la sensibilité politique (au sens noble et non au sens politicien) de chacun. Quoi qu'il en soit, la notion d'optimum au sens de Pareto est essentielle lorsqu'il s'agit de comprendre pourquoi combattre les pratiques anticoncurrentielles. En effet, cette justification repose sur l'un des résultats fondamentaux de la théorie économique :

contrairement à la concurrence imparfaite, la concurrence pure et parfaite assure une allocation optimale au sens de Pareto des ressources économiques.

Un marché est considéré en concurrence pure et parfaite lorsque cinq conditions sont vérifiées. Trois – l’atomicité des acteurs, la libre entrée sur le marché et l’homogénéité des biens produits – assurent que le marché est pur de tout élément de monopole alors que deux – la libre circulation des facteurs de production et la transparence de l’information – garantissent que les mécanismes de concurrence peuvent jouer parfaitement. La caractéristique principale d’un tel marché est que les prix concurrentiels sont fixés de manière impersonnelle par la confrontation mécanique entre l’offre des entreprises et la demande des consommateurs. Dans ce contexte, la stratégie des entreprises est limitée : elles ont intérêt à augmenter leur production jusqu’à ce que leur coût marginal de production (i.e. le coût supplémentaire de la dernière unité produite) soit égal au prix de vente. A contrario, les entreprises disposent d’un pouvoir de marché lorsque la concurrence est imparfaite. Afin de faire des profits, elles peuvent alors proposer des prix plus élevés que leur coût marginal de production.

La notion de surplus est celle qui permet le mieux d’apprécier l’efficacité d’un équilibre économique sur un marché donné. Le surplus total d’une économie caractérise le gain global à l’échange et correspond à la somme des surplus des consommateurs et des entreprises. Le surplus des consommateurs est défini comme étant la différence entre le prix que les consommateurs étaient prêts à payer et celui qu’ils paient effectivement ; celui des entreprises comme la différence entre le prix pratiqué et le prix minimum que les entreprises auraient accepté.

Une analyse en termes de surplus permet d’établir que la concurrence pure et parfaite est la configuration de marché où le surplus total d’une économie est à son maximum. En effet, un prix supérieur au coût marginal de production conduit à ce que certaines transactions génératrices de surplus ne soient pas réalisées ; les économistes parlent alors de perte sèche ou de coût social. Ce dernier ne concerne pas tant les consommateurs qui ont acheté un bien à un prix de marché plus élevé que le prix concurrentiel, que ceux qui auraient pu acheter le bien auparavant (ils étaient prêts à payer au moins un prix couvrant le coût de production de ce bien) mais qui ne le peuvent plus en situation de concurrence imparfaite. C’est donc parce qu’elle garantit - via les prix les plus faibles et la production la plus forte - une meilleure répartition des ressources économiques que la concurrence doit être favorisée, et, par conséquent, que la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles doit être encouragée.

C’est la politique de la concurrence qui recense l’ensemble des mesures et des lois visant

à contrôler ou à modifier les conditions de la concurrence sur un marché. En Europe, elle est depuis les traités de Rome de 1957 une compétence européenne. C'est aujourd'hui la Commission européenne qui définit les principes du droit de la concurrence en vigueur dans les pays membres ; leur application étant partagée avec les autorités nationales (l'Autorité de la concurrence pour la France). Afin de permettre aux consommateurs d'avoir plus de choix et de contribuer, à travers une judicieuse organisation des marchés, à la réduction des coûts et des prix, la Commission européenne surveille et, si besoin, encadre et/ou sanctionne les accords entre entreprises qui visent à restreindre la concurrence, les abus de position dominante, les fusions et autres accords de ce type, les efforts pour ouvrir à la concurrence les marchés de "services d'intérêt économique général" (tels que ceux des transports, de l'énergie, des télécommunications ou des services postaux), les aides d'États aux entreprises et la coopération avec les autorités chargées de la concurrence dans les pays de l'Union européenne.

Si la Commission européenne doit prévenir (ou sanctionner) les comportements anticoncurrentiels des entreprises qui tentent de limiter la concurrence, cela ne signifie pas toujours qu'elle doit coûte que coûte essayer de maintenir (ou de créer) une concurrence entre différentes entreprises. Premièrement, car l'existence d'un nombre important d'entreprises sur le marché n'est pas forcément une condition nécessaire pour obtenir des prix concurrentiels. D'après l'étude de Baumol, Panzar et Willig (1982)⁶, il suffit en effet de veiller à ce qu'un marché soit parfaitement contestable, i.e. que l'entrée et la sortie sur ce marché soient libres, sans coût et qu'il existe des entreprises susceptibles de pénétrer ce marché ; la simple menace d'une concurrence potentielle maintenant les prix à un niveau concurrentiel, quel que soit le nombre d'entreprises présentes. Deuxièmement, car certains secteurs ne se prêtent structurellement pas à la concurrence. L'exemple type est celui des industries de réseau (telles que l'énergie, les télécommunications ou les transports) qui supposent un coût d'infrastructures élevé. L'existence de ce coût fixe est à l'origine de rendements d'échelles croissants : plus une entreprise s'agrandit, plus sa productivité moyenne augmente et donc sa compétitivité est forte. Ces rendements d'échelles croissants conduisent naturellement à l'apparition d'un monopole puisqu'il ne restera à terme sur le marché que l'entreprise la plus efficace. Dans les secteurs d'activités où l'existence de rendements d'échelles croissants est inévitable, il est donc souvent vain (et socialement non souhaitable) de vouloir maintenir la concurrence entre différentes entreprises mais il est indispensable d'intervenir puisque le surplus total n'y est pas maximal. Les enjeux de telles

6. Baumol W., Panzar J. et Willig R., 1982, Contestable markets and the theory of industry structure. New York : Harcourt Brace Jovanovich, Inc

interventions sont tellement importants que l'économiste français Jean Tirole se voit en 2014 attribuer le Prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel pour avoir clarifié la façon de comprendre et de réglementer les secteurs dominés par un très petit nombre d'entreprises.

B – L'importance macroéconomique de la sanction

La politique de la concurrence est avant tout un outil au service des entreprises, de l'innovation, de la croissance et, il ne faut pas s'y tromper, de l'emploi. Loin de ne protéger que les seuls consommateurs, une politique de la concurrence efficace dope en effet la productivité et l'activité économique. Les pratiques anticoncurrentielles restreignant la concurrence, certaines entreprises sont appelées à disparaître et en sont donc les premières victimes. Par conséquent, ces entreprises sont les premières bénéficiaires d'une politique efficace qui favorise leur maintien en permettant une concurrence saine. Sauvegarder cette rivalité entre les entreprises est synonyme de gains de productivité.

Théoriquement, l'effet de la concurrence sur la productivité est incertain. D'un côté, la peur de perdre des parts de marché ou de disparaître peut inciter une entreprise à innover davantage mais, d'un autre, anticiper un faible retour sur investissement dans un environnement jugé trop compétitif peut la dissuader d'engager des coûts de recherche et développement élevés. Empiriquement, les nombreuses études réalisées secteur par secteur permettent néanmoins de trancher : les industries exposées à une concurrence plus forte connaissent une croissance plus rapide de leur productivité. En effet, publiée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en 2014, une fiche d'information recense plus d'une centaine de travaux sur les effets macroéconomiques de la concurrence et de la politique de la concurrence. Sa conclusion concernant le lien réel entre la concurrence et la croissance de la productivité est sans équivoque : *“la concurrence conduit à une amélioration de l'efficacité allocative en permettant à des entreprises plus performantes d'entrer sur le marché et d'y gagner des parts, au détriment d'entreprises moins performantes. Les réglementations ou les comportements anticoncurrentiels qui créent des barrières à l'entrée ou à l'expansion peuvent dès lors s'avérer particulièrement préjudiciables à la croissance économique. Il semble également que la concurrence améliore l'efficacité productive des entreprises, alors que les entreprises exposées à la concurrence sont mieux gérées”*⁷. Depuis les travaux précurseurs de l'économiste autrichien Jo-

7. OCDE, 2014, La politique de la concurrence et ses effets macroéconomiques : une fiche d'information,

seph Schumpeter (1883–1950), la relation entre concurrence et innovation fait elle aussi l’objet de nombreux débats. Cependant, les récentes études empiriques semblent bien attester que les entreprises qui subissent la concurrence d’entreprises rivales innover plus que les entreprises monopolistiques.

La politique de la concurrence a pour objectif la promotion ou la préservation de la concurrence et ne cherche donc pas directement à augmenter l’innovation et/ou la productivité. Il est donc légitime de se demander si, *in fine*, elle contribue bien à la croissance économique. Là encore, la réponse apportée en 2014 par l’OCDE ne souffre d’aucune contestation : “*tout comme une plus grande compétitivité des marchés accroît la productivité, les mesures qui incitent les marchés à fonctionner de manière plus compétitive – comme l’application du droit de la concurrence et la suppression des réglementations qui entravent la concurrence – entraînent une croissance économique plus rapide*”⁸. Politique de la concurrence et productivité étant positivement corrélées (et les gains de productivité étant le moteur de la croissance), il s’en suit qu’une politique de la concurrence efficace est bien source de croissance économique.

L’impact de la croissance sur l’emploi est une question qui déchaîne souvent les passions. Nombreux sont ceux qui ont pensé (ou pensent toujours) que les hausses de productivités engendrées par le progrès ou la concurrence détruisaient l’emploi. Malgré des progrès faramineux, force est pourtant de constater qu’il reste encore une multitude d’emplois aujourd’hui dans les pays riches. En réalité, une récente note de l’économiste Emmanuel Combe, vice-président de l’Autorité de la concurrence, fourmille d’exemples d’études empiriques qui montrent que la politique de la concurrence n’est pas l’ennemi de l’emploi puisqu’elle “*exerce un effet positif sur l’emploi, mais elle conduit aussi à des réaffectations d’emplois entre entreprises, secteurs d’activité et pays*”⁹. En outre, le fait que les restrictions à la concurrence entraînent une diminution de la production qui fait baisser l’emploi est quelque chose de maintenant largement établi. Enfin, les répercussions d’une concurrence accrue peuvent avoir des impacts dans d’autres secteurs que ceux dans lesquels l’intensité concurrentielle a augmenté. Une concurrence plus vive dans les secteurs en amont peut en effet se répercuter en cascade sur la productivité et l’emploi dans les secteurs en aval, et plus généralement sur toute l’économie.

octobre, pp. 2-3. <http://www.oecd.org/daf/competition/2014-fiche-information-concurrence-online.pdf>

8. *Ibid.*, p. 17.

9. Combe E., 2014, La politique de concurrence : un atout pour notre industrie, fondapol.org, p. 10.

C – Les fonctions économiques de la sanction pécuniaire

Les sanctions diffèrent selon qu'elles sont infligées par des régulateurs¹⁰ ou des juridictions. Si l'amende est le principal instrument de sanction, des injonctions, des astreintes, la nullité d'accords, des dommages et intérêts ou des mesures conservatoires peuvent être prononcés. Des sanctions pénales sont aussi possibles : les personnes physiques qui prennent une part personnelle et déterminante aux pratiques prohibées sont, d'après l'article L. 420-6 du Code de commerce, passibles de 4 ans de prison et 75 000 euros d'amende.

Afin de comprendre comment sont calculées les amendes, l'Autorité de la concurrence a publié le 16 mai 2011 un communiqué relatif à la méthode de déterminations des sanctions pécuniaires¹¹. S'appuyant essentiellement sur l'article L. 464-2 du Code de commerce, il y est stipulé que l'amende doit principalement prendre en compte quatre éléments : la gravité de la pratique anticoncurrentielle, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation individuelle de l'entité fautive et une éventuelle récidive. Les deux premiers éléments servent à estimer le montant de base de la sanction alors que les deux derniers permettent à l'Autorité de la concurrence de l'individualiser. Des ajustements intermédiaires peuvent en effet moduler la sanction selon l'existence de circonstances atténuantes ou aggravantes. Des ajustements finaux prennent eux en compte la capacité contributive du contrevenant ou d'éventuels accords liés aux programmes de clémence. Ils permettent aussi de vérifier que ne soient pas dépassés les plafonds légaux précisés par le quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce : *“si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum est, pour une entreprise, de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre”*¹².

Si la notion d'efficacité de la sanction n'apparaît pas explicitement dans le communiqué méthodologique de l'Autorité de la concurrence de 2011, elle est déjà présente en 2008 dans un document de réflexion et de proposition de l'Association des autorités de concurrence européennes où il est mentionné que *“les sanctions pécuniaires infligées aux entreprises qui en-*

10. Dans cette présentation, le terme de régulateur est employé dans le sens d'entité régulatrice de la concurrence, i.e. d'autorité de la concurrence.

11. Autorité de la concurrence, 2011, Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de déterminations des sanctions pécuniaires.

12. *Ibid.*, p. 2.

freignent des dispositions majeures du droit de la concurrence (...) devraient, de façon efficace, punir le contrevenant, décourager la répétition et dissuader tout autre contrevenant potentiel d'enfreindre le droit de la concurrence"¹³. La dissuasion des comportements anticoncurrentiels y est définie comme étant (ou devant être) "*le principal objectif poursuivi par les sanctions*"¹⁴.

La dissuasion peut être générale ou particulière selon que l'objectif de l'amende est d'avoir une valeur d'exemple qui refroidit d'éventuels contrevenants ou d'éviter seulement qu'un fautif ne récidive. Concernant la dissuasion générale, un de ses principaux vecteurs est lié à la dénonciation. En effet, le caractère dissuasif d'une amende est essentiel pour garantir l'efficacité des programmes de clémence. Savamment choisi, le montant de l'amende peut décourager la formation d'un cartel (ou au moins en être un élément de déstabilisation interne). S'il est assez dissuasif, les (potentiels) participants peuvent décider de ne pas se cartelliser ; à la fois car ils risquent une amende qu'ils jugent trop élevée mais aussi parce qu'avec une telle amende ils anticipent que leurs partenaires vont être trop tentés de les dénoncer.

Mettre en place des sanctions réellement dissuasives s'avère être la méthode la plus judicieuse car c'est à la fois la plus efficace (elle permet l'éradication des pratiques anticoncurrentielles) et la moins coûteuse (elle évite, par exemple, d'avoir à s'interroger sur la réparation d'éventuels préjudices). En d'autres termes, mieux vaut prévenir que guérir et il y a donc un énorme avantage à décourager en amont les comportements anticoncurrentiels plutôt qu'à les sanctionner en aval, même le plus adroitement possible. Cependant la tâche est délicate car le risque est d'être trop sévère et, ainsi, que l'amende devienne sur-dissuasive. La sur-dissuasion est en effet préjudiciable si elle conduit, *in fine*, à la disparition d'entreprises efficaces et, par ricochet, à une baisse de l'intensité concurrentielle. L'enjeu, de taille, est donc de définir un montant optimal de l'amende qui assure qu'une sanction soit suffisamment dissuasive sans être sur-dissuasive.

II – Principes et éléments d'évaluation de l'amende

Décider d'adopter un comportement illégal se réduit pour la plupart des économistes à une analyse coûts-bénéfices. Théoriquement, l'amende optimale doit donc être égale au gain illicite que rapporte un délit divisé par la probabilité que ce dernier soit détecté (A). Empiriquement, l'évaluation du gain illicite est difficile et demeure l'un des terrains de jeu favoris des économistes

13. European Competition Authorities, 2008, Les sanctions pécuniaires des entreprises en droit de la concurrence - Principes pour une convergence, p. 1.

14. *Ibid.*

tant elle est sujette à débats et controverses (B). Au regard de la complexité des procédures de détermination de l'amende, les questions relatives aux traitements de l'information (degré de prévisibilité, niveau efficace de transparence ou gestion des asymétries d'information) sont aussi aujourd'hui au coeur des préoccupations des régulateurs (C).

A – Fondements beckeriens de l'amende optimale

Prix 1992 de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel, l'économiste américain Gary Becker (1930-2014) est récompensé pour "*avoir étendu le domaine de l'analyse microéconomique à un grand nombre de comportements et d'interactions humains, y compris le comportement non marchand*"¹⁵. Les sujets qu'il aborde sont aussi multiples que le capital humain, les discriminations, la famille, la justice ou la criminalité. L'ensemble de son oeuvre peut être considéré comme découlant d'un programme de recherche visant à expliquer les comportements humains au moyen des principes de base de l'analyse néoclassique, fondés sur l'hypothèse de rationalité des individus. Sa démarche consiste donc en une application systématique d'une procédure de choix rationnelle et calculatoire à toutes les situations de décision auxquelles est confronté un individu. Bien que parfois contestable¹⁶, cela a l'avantage d'inscrire l'homme dans un environnement social et affectif qui, la plupart du temps, est négligé par l'analyse économique.

Les travaux de Gary Becker sur l'analyse économique de la criminalité¹⁷ inspirent aussi bien les économistes que les juristes et sont à l'origine du développement de l'analyse économique du droit. A la base, il y a un acte de foi qui consiste à faire l'hypothèse qu'adopter un comportement illégal se réduit à un arbitrage ; plus précisément à une analyse coûts-bénéfices où est mis en balance, plus ou moins astucieusement, les bénéfices et les coûts d'une telle décision. Les pratiques prohibées ne sont ainsi pas envisagées comme commises par des personnes dérangées, mais par des individus rationnels qui comparent le gain qu'ils espèrent retirer de leur acte avec le risque de sanction encouru. Tout est donc avant tout une question de calcul de probabilités.

15. Académie royale des sciences de Suède, communiqué de presse, 13 octobre 1992.

16. De manière caricaturale, le mariage et la vie en couple sont, par exemple, appréhendés comme une relation dans laquelle chaque époux recrute l'autre pour qu'il lui fournisse amour, affection, aide matérielle, descendance, et, en échange, le rémunère de la même manière.

17. Becker G., 1968, Crime and punishment : an economic approach, Journal of Political Economy, vol. 76, pp. 169-217.

Constatant que la criminalité augmente à mesure que les peines déclinent, Gary Becker plaide pour l'alourdissement des sanctions, mais, surtout, pour la certitude de la punition. Ainsi, pour un individu rationnel et neutre au risque, la sanction optimale S^* doit être égale au gain illicite G que lui rapporte son délit divisé par la probabilité p d'être arrêté et condamné, i.e.

$$S^* = \frac{G}{p}$$

Il va de soi que plus la pratique anticoncurrentielle est lucrative, plus la sanction encourue est élevée (i.e. si G augmente, S^* augmente). De même, moins la pratique anticoncurrentielle a de chances d'être détectée, plus elle est sanctionnée lourdement (i.e. si p diminue, S^* augmente). Dans le cas limite où il est certain d'être condamné, il suffit que l'amende soit confiscatoire (i.e. $S^* = G$ lorsque $p = 1$) pour dissuader un éventuel contrevenant. Néanmoins, une pratique anticoncurrentielle ne pouvant jamais à coup sûr être détectée, l'amende optimale est en réalité toujours dissuasive et non seulement confiscatoire (i.e. $S^* > G$ lorsque $p < 1$) et, par conséquent, l'amende optimale est toujours dissuasive et non seulement confiscatoire. Évidemment, l'arbitrage beckerien est ici présenté dans sa forme la plus simple. Comme le rappelle l'étude de Combe (2006)¹⁸, l'amende optimale peut être modulée selon qu'il est intégré dans cet arbitrage des paramètres supplémentaires tels que l'aversion au risque d'éventuels contrevenants, les coûts que doivent supporter les condamnés ou la probabilité d'être victime d'une erreur (judiciaire).

Malgré son caractère dissuasif, l'amende optimale beckerienne est différente de celle définie par les autorités de la concurrence. En particulier, contrairement aux recommandations des régulateurs, elle ne prend pas en compte la capacité contributive du contrevenant (i.e. S^* peut être beaucoup plus grand que les plafonds légaux lorsque p est très faible) et ses circonstances aggravantes ou atténuantes. De plus, elle considère comme assiette le gain illicite et non, comme indiqué dans le communiqué¹⁹ méthodologique de l'Autorité de la concurrence de 2011, le dommage causé à l'économie. Rien d'étonnant dans la logique beckerienne où c'est une entité économique qui prend la décision privée de commettre (ou pas) un acte illégal en comparant le bénéfice privé qu'elle anticipe en retirer avec ce que cela peut lui en coûter. Le coût social de son acte (i.e. les dommages causés aux victimes ou à la société) n'étant pas une des priorités d'un contrevenant, il n'est pas présent dans son analyse coûts-bénéfices. La difficulté est donc de

18. Combe E., 2006, Quelles sanctions contre les cartels? Une perspective économique, *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 20, pp. 11-46.

19. Autorité de la concurrence, 2011, *op. cit.*

concilier les décisions sociales que doivent prendre des régulateurs pour protéger une population dans son ensemble avec celles privées qui guident les comportements individuels.

Empiriquement, force est de constater que la sanction optimale S^* est, *in fine*, la plupart du temps supérieure au dommage social car la probabilité p de déceler une pratique anticoncurrentielle est faible. Les estimations de cette probabilité concernent la plupart du temps la détection des cartels. En se basant sur un échantillon de cartels repérés dans l'Union européenne entre 1969 et 2007, l'étude de Combe, Monnier et Legal (2008)²⁰ aboutit à une probabilité annuelle de 13% très proche de la valeur $p=15\%$ retenue habituellement. L'amende optimale S^* s'avère ainsi presque sept fois supérieure au gain illicite G et est donc bien, selon toutes vraisemblances, supérieure au dommage causé à l'économie. Si, pour certains, l'émergence assez récente des programmes de clémence conduit à faire augmenter la probabilité de détection p , d'autres, soulignent le caractère endogène que peut avoir la dissuasion : une sanction très élevée peut inciter les contrevenants à être plus prudents, à masquer davantage leurs comportements et, ainsi, à diminuer la probabilité d'être repérés. Enfin, le dommage causé à l'économie n'est pas toujours très clair. Dans le cas des stratégies de prédation, les consommateurs semblent, par exemple, être gagnants au moins à court terme. Quoi qu'il en soit, et même s'il est souvent plus facile à déterminer que le dommage causé à l'économie, l'évaluation du gain illicite reste compliquée et constitue l'un des terrains de jeu préférés des économistes.

B – Débats et controverses autour de l'estimation du gain illicite

Le gain retiré d'un comportement illicite dépend de paramètres difficiles à déterminer. D'après les travaux de Combe et Monnier (2007²¹, 2012²²) – qui proposent des analyses théoriques et empiriques détaillées des principaux déterminants du gain illicite d'un cartel – quatre facteurs retiennent le plus souvent l'attention : la durée de vie de la pratique anticoncurrentielle, la taille du marché frappé par cette pratique, la variation de prix qu'elle induit et l'élasticité-prix de la demande sur le marché concerné. L'évaluation de chacun de ces paramètres reste

20. Combe E., Monnier C. et Legal R., 2008, The probability of getting caught in the European Union, Working Paper College of Europe BEER, no 12.2008.

21. Combe E. et Monnier C., 2007, Le calcul de l'amende en matière de cartel : une approche économique, Concurrences - Competition Law Journal, vol. 3-2007, pp. 39-45.

22. Combe E. et Monnier C., 2012, Les cartels en Europe : une analyse empirique, Revue Française d'Economie, vol. 27, pp. 187-226.

néanmoins un sujet de controverses.

Plus une pratique anticoncurrentielle dure longtemps, plus elle devrait être lucrative. Concernant les cartels, la plupart prennent fin car ils ont été détectés : seuls 6 des 86 cartels repérés en Europe entre 1967 et 2007 ont disparu d’eux-mêmes. L’analyse des 111 cartels condamnés par la Commission européenne entre 1969 et 2009 effectuée par Combe et Monnier (2012)²³ tend à faire penser que la durée de vie moyenne d’un cartel européen est comprise entre 7 et 7,5 ans. La volatilité autour de cette moyenne est néanmoins importante : 36% des cartels ont eu une durée de vie inférieure à 5 ans et 19% ont duré plus de 10 ans. Ces résultats plaident pour une détermination au cas par cas (plutôt qu’à l’aide d’analyses statistiques) de la durée de vie d’une pratique anticoncurrentielle. Plus le marché affecté est important, plus grand aussi devrait être le gain illicite. D’après la partie de l’étude de Combe et Monnier (2012) qui s’intéresse à la taille des marchés où sévirent 64 cartels européens condamnés entre 1969 et 2009 “*la majorité d’entre eux affectent un marché annuel de moins de 200 millions d’euros, plus d’un tiers un marché compris entre 200 et 600 millions et moins d’un cinquième un marché supérieur à 600 millions*”²⁴.

La variation de prix induite par une pratique anticoncurrentielle est un déterminant clé du gain illicite. Appelée aussi surpris, elle est d’autant plus difficile à évaluer que la durée de la pratique est longue. En effet, il est d’autant plus compliqué de reconstituer le prix concurrentiel d’un marché que ce dernier est (ou a été) depuis longtemps biaisé. En pratique, les régulateurs suivent souvent les recommandations de l’économiste américain John Connor. Concernant les cartels, la méta-analyse de Connor et Lande (2008)²⁵ conclut à une augmentation moyenne de prix variant entre 31% et 49%. Considérant un échantillon plus grand, celle de Connor (2010)²⁶ est basée sur près de 600 études économiques ou décisions judiciaires qui contiennent 1 517 estimations quantitatives du surpris imposé par un cartel. Elle aboutit à un surpris moyen de 50,4% pour les cartels réussis. Parfois sujettes à controverses, toutes ces estimations sont (re)discutées à la fin de la section III.A. Dans les situations de concurrence imparfaite, l’élasticité-prix de la demande²⁷ est aussi un paramètre clé car une entreprise est d’autant plus

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, p. 204.

25. Connor J. et Lande R., 2008, Cartel overcharges and optimal cartel fines, Issues in Competition Law and Policy, S.W. Waller (ed.), vol. 3, AMA Section of Antitrust Law, chap. 88, pp. 2203-2218.

26. Connor J., 2010, Price-fixing overcharges : revised 2nd edition, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1610262>

27. Par définition, l’élasticité-prix de la demande permet de quantifier la baisse de la demande lorsque le prix

encline à augmenter son prix de vente qu'elle anticipe que les consommateurs modifient peu leur comportement (i.e. dans le cas d'une faible élasticité de la demande). L'entreprise réfléchit en effet avant de produire une unité supplémentaire car elle sait que, pour la vendre, elle doit diminuer son prix sur toutes les autres unités. Plus la demande est élastique, plus le nombre de quantités produites (et vendues) diminue et, par conséquent, moins le gain illicite est important.

Concrètement, évaluer le surpris permet de calculer le bénéfice qu'une entreprise peut espérer faire sur une unité produite en optant pour une pratique anticoncurrentielle. L'élasticité-prix et la taille du marché servent quant à elles à déterminer combien d'unités sont produites (sur une période donnée) et donc qu'elle peut être la marge totale de l'entreprise. En utilisant une estimation de la durée de la pratique anticoncurrentielle, une approximation du gain illicite est alors obtenue.

La mesure du gain illicite est parfois controversée et ce principalement pour deux raisons. La première est que, par construction, elle ne s'appuie que sur les pratiques anticoncurrentielles déjà détectées. Ainsi, d'après l'étude d'Allain, Boyer et Ponsard (2011)²⁸, le cadre statique généralement utilisé peut entraîner une surestimation du surpris. Le calcul du gain illicite d'un cartel devrait alors plutôt se fonder sur une analyse en termes de collusion tacite à travers la prise en compte d'un cadre dynamique basé sur le fait que la stabilité d'un cartel dépend de la capacité à prévenir les déviations, qui elle-même dépend des amendes encourues. La seconde critique a trait au fait que les estimations empiriques ne tiennent pas toujours compte des conséquences que peuvent avoir les programmes de clémence. Cependant, le recours à une analyse coûts-bénéfices effectuée par un individu supposé neutre au risque conduit plutôt à sous-estimer la sanction qu'à la surestimer ; à la fois parce que la probabilité de détection est, peut-être, elle-même sous-estimée lorsque les programmes de clémence ne sont pas pris en compte et, aussi, parce que le goût du risque est sans doute une caractéristique répandue chez les fraudeurs.

C – Prévisibilité, proportionnalité et asymétries d'information

Le niveau de l'amende n'étant pas le simple reflet de l'importance de la pratique sanctionnée mais davantage un outil stratégique de dissuasion à la disposition des régulateurs, la question de l'efficacité des sanctions tend à se déplacer de celle du calcul de l'amende optimale vers celle

d'un bien augmente de 1%.

28. Allain M.L., Boyer M. et Ponsard J.P., 2011, The determination of optimal fines in cartel cases : theory and practice, *Concurrences - Competition Law Journal*, vol. 4-2011, pp. 32-40.

de sa modalité d'évaluation. Au regard de la complexité des procédures de détermination du montant de l'amende, son degré de prévisibilité devient un élément crucial : d'un côté parce qu'une certaine incertitude peut augmenter l'effet dissuasif de l'amende ; de l'autre parce que sans un minimum de transparence, les entreprises ne savent pas quoi anticiper et, *in fine*, le marché ne peut pas fonctionner correctement.

En 2011, il ne faut pas s'y tromper, c'est bien un accroissement de la transparence qui est à l'origine du communiqué²⁹ méthodologique de l'Autorité de la concurrence. L'objectif est que les éventuels contrevenants aient une idée précise des principes qui fondent le calcul de l'amende sans que cette dernière ne soit pas totalement prévisible ; elle peut en effet subir des ajustements aussi bien intermédiaires (i.e. modulation selon des circonstances atténuantes ou aggravantes) que finaux (i.e. prise en compte de plafonds ou de programmes de clémence). Dès 2008, l'Association des autorités de concurrence européennes appelle de ses vœux une telle publication car elle “*garantirait un certain degré de prévisibilité et de lisibilité de la politique de sanction menée par les autorités. Elle renforcerait également l'impartialité de leur procédure de prise de décision et augmenterait ainsi l'acceptabilité des sanctions. Enfin, des lignes directrices ou tout moyen d'information similaire faciliteraient le contrôle des décisions par les cours supérieures*”³⁰.

Le débat sur la transparence et la prévisibilité des sanctions vise, de manière plus générale, à déterminer le niveau optimal de flexibilité des règles de droit et, ainsi, ressemble à celui entre politique de règle et politique de discrétion qui agite régulièrement les macroéconomistes. Sous réserve de la confiance accordée aux régulateurs, la flexibilité est souhaitable et des politiques discrétionnaires doivent donc être privilégiées. Cependant, selon les effets d'une annonce sur les anticipations des entreprises, de la non-application des politiques promises ou de la perte de crédibilité des autorités de la concurrence, il peut y avoir des avantages à contraindre les régulateurs à tenir leurs engagements à travers des politiques (de règles) imposées une fois pour toutes.

Dans l'idéal, une politique de la concurrence efficace se doit d'être lisible tout en laissant une certaine marge de manoeuvre au régulateur. Dans la réalité, cette marge existe déjà et peut même conduire à une absence de proportionnalité réelle. Comme le souligne l'économiste français Bruno Deffains, il y a en pratique “*une distance assez considérable entre l'appréciation du dommage à l'économie et la sanction calculé par l'Autorité de la concurrence*”³¹. Pour s'en

29. Autorité de la concurrence, 2011, *op. cit.*, p.3.

30. European Competition Authorities, 2008, *op. cit.*, p. 2.

31. Deffains B., 2016, La sanction des pratiques anticoncurrentielles, Séminaire Nasse, 3 mai 2016.

convaincre, il suffit de penser aux programmes de clémence : quels que soient les dommages causés, l'entreprise qui dénonce la première un cartel est dispensée d'amende.

Prévoir le niveau des sanctions est d'autant plus difficile que le recours à des solutions négociées (comme des engagements ou la non-contestation des griefs) s'est aujourd'hui considérablement développé. Si elles permettent de converger plus rapidement et d'éviter l'engorgement des tribunaux, elles recourent aussi des pratiques juridiquement très disparates et, comme le rappelle avec force et justesse Bruno Deffains, "*l'analyse économique du droit enseigne que les solutions transactionnelles sont adaptées aux relations entre les auteurs des infractions et les victimes mais sans doute moins aux relations entre régulateurs et auteurs de dommages*"³².

Enfin, les régulateurs sont confrontés au véritable casse-tête qui consiste à devoir gérer l'avantage informationnel des entreprises. D'un côté, les entreprises ont une meilleure connaissance de leur environnement (leurs technologies, leurs coûts d'approvisionnement, la demande) que les régulateurs³³. De l'autre, les actions ou réactions des entreprises affectent le coût et la demande à travers, par exemple, la gestion des ressources humaines, les choix stratégiques de capacités de production, la recherche et développement ou l'image de marque³⁴. L'étude approfondie de tels problèmes d'asymétries d'information à l'aide des outils modernes de la microéconomie (en particulier ceux de la théorie des jeux) vaut à Jean Tirole de recevoir le Prix 2014 de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel. Selon le Comité Nobel : "*en 1986, Jean Tirole et Jean-Jacques Laffont (...) montrèrent comment un ensemble précis de contrats de production permettait de contourner le problème d'information asymétrique sur un marché où l'autorité de régulation ne sait pas exactement quels sont les coûts et les choix de techniques de production opérés par un monopole (...) Durant les années 1980 et 1990, Jean-Jacques Laffont et Jean Tirole appliquèrent leur théorie à toute une série de problèmes. Ils synthétisèrent leurs résultats dans un livre sur les marchés publics et la réglementation publié en 1993, qui a grandement influencé la pratique de la réglementation. Leurs résultats théoriques relatifs à l'efficacité des différents types de réglementation ont par ailleurs été plutôt bien corroborés par des études empiriques portant sur différents secteurs éco-*

<http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/424017>

32. *Ibid.*, p. 33.

33. C'est un phénomène qualifié de sélection adverse où le marché est perturbé par le fait qu'une partie (ici une entreprise) connaît mieux les caractéristiques du bien échangé que l'autre (ici une autorité de la concurrence).

34. C'est une situation qualifiée d'aléa moral où une des parties (ici une autorité de la concurrence) ne peut contrôler l'action de l'autre (ici une entreprise) ou bien n'a pas les moyens d'en évaluer l'opportunité.

*nomiques*³⁵.

III – Les sanctions en question(s)

Les sanctions infligées par la Commission européenne ont augmenté au point qu'il est aujourd'hui légitime de se demander si elles ne sont pas devenues sur-dissuasives. Un examen méticuleux des amendes prononcées dans les cas de cartels semble néanmoins indiquer qu'être plus sévère ne signifie pas l'être trop (A). En période de crise économique il peut aussi paraître raisonnable de limiter les sanctions afin de ne pas rajouter de difficultés supplémentaires aux entreprises. L'analyse des conséquences de la mise en sommeil des lois antitrust décidée par les États-Unis pour sortir de la crise de 1929 révèle combien cela peut s'avérer une fausse bonne idée (B). Enfin, l'essor récent de l'économie comportementale permet d'appréhender dans quelles mesures des incitations psychologiques peuvent se substituer aux sanctions (C).

A – Les sanctions européennes sont-elles devenues excessives ?

Pour lutter contre les pratiques anticoncurrentielles, les autorités de la concurrence ont maintenant choisi de frapper fort et n'hésitent donc plus à infliger des amendes record. Le 19 juillet 2016, Margrethe Vestager, la commissaire européenne à la concurrence, a ainsi prononcé une amende de 2,93 milliards d'euros contre le cartel des camions³⁶ en précisant que "*c'est la plus grosse amende jamais infligée dans un cas de cartels dans l'Union européenne. En gros, le double du dernier record*"³⁷. Ces 20 dernières années, la Commission européenne a infligé en matière de cartels plus de 25 milliards d'euros d'amendes. Une sévérité accrue dont le tournant remonte aux années 2000. En effet, les montants des sanctions passèrent de moins de 293 millions d'euros sur la période 1995-1999 à presque 3,5 milliards sur celle de 2000-2004 avant de se stabiliser aux alentours de 9 milliards aussi bien entre 2005 et 2009 qu'entre 2010 et 2014. Un rythme qui ne faiblit pas puisqu'entre janvier 2015 et mi-juillet 2016 plus de 3,4

35. Académie royale des sciences de Suède, communiqué de presse : Market power and regulation, 13 octobre 2014. Traduction française disponible via http://www.tse-fr.eu/sites/default/files/medias/populareconomicsciences2014_fr.pdf

36. Les six constructeurs concernés (les allemands Daimler et MAN, les suédois Scania et Volvo, le néerlandais DAF et l'italien Iveco) ont reconnu leur participation et ont accepté de conclure une transaction.

37. Commission européenne, communiqué de presse, 19 juillet 2016. http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-2585_en.htm

milliards d'euros d'amendes ont été prononcés. Devant cette intensification des sanctions, il est naturel de se demander si être de plus en plus sévère ne conduit pas à l'être trop, i.e. si les amendes ne deviennent pas sur-dissuasives et, par conséquent, n'entraînent pas – via la disparition d'entreprises efficaces – une baisse de l'intensité concurrentielle.

Afin d'apprécier le bien-fondé des décisions de la Commission européenne, les travaux de Combe et Monnier (2011³⁸, 2013³⁹) comparent les amendes S qu'elle a infligées entre 1969 et 2009 à 64 cartels avec les montants estimés des sanctions optimales S^* . Techniquement, le gain illicite G est recalculé pour chaque cartel sur la base de paramètres économiques évalués (hausse du prix, élasticité de la demande, niveau de marge) ou observés. Dans la moitié des cas, l'amende S s'avère inférieure à l'estimation du gain illicite G la plus favorable aux entreprises. Loin d'être sur-dissuasive, l'amende n'est donc même pas confiscatoire. Concernant les cas où l'amende S est supérieure au gain illicite G , il faut déterminer la probabilité de détection p afin de pouvoir obtenir l'amende optimale S^* (égale à G/p) et la comparer à S . En utilisant la valeur usuelle de $p = 15\%$, une seule des 64 amendes apparaît sur-dissuasive (i.e. est telle que $S > S^*$). Plutôt que de souligner le caractère excessif des amendes européennes, ces résultats mettent en lumière l'ampleur de la sous-dissuasion des cartels en Europe. Une conclusion qui n'est pas toujours partagée par ceux qui pensent que le surpris (et donc le gain illicite) est surestimé⁴⁰ (cf. la fin de la section II.B). Par exemple, l'étude de Boyer et Kotchoni (2015)⁴¹ remet en cause les estimations de Connor et Lande (2008)⁴² ou Connor (2010)⁴³ – qui sont celles les plus souvent utilisées par les autorités de la concurrence – sous prétexte que “*les données utilisées dans ces études sont des estimations obtenues à partir de méthodologies, sources, et contextes différents plutôt que d'observations directes. De ce fait, ces données héritent potentiellement d'erreurs de modélisation et d'estimation, ainsi que de biais d'endogenéité et de publication. L'analyse directe des surpris dans l'échantillon de Connor révèle une distribution asymétrique,*

38. Combe E. et Monnier C., 2011, Fines against hard core cartels in Europe : the myth of over-enforcement, Antitrust Bulletin, vol. 56, pp. 235-275.

39. Combe E. et Monnier C., 2013, Quelle est l'ampleur de la sous-dissuasion des cartels en Europe? Compléments sur nos résultats, Concurrences - Competition Law Journal, vol. 1-2013, pp. 16-26.

40. Plus l'estimation du gain illicite G est faible, plus nombreux sont les cas où l'amende réelle S est supérieure au gain illicite (i.e. $S > G$) et est donc dissuasive.

41. Boyer M. et Kotchoni R., 2015, How Much Do Cartels Overcharge?, Review of Industrial Organization, vol. 47, pp. 119-153.

42. Connor J. et Lande R., 2008, *op. cit.*

43. Connor J., 2010, *op. cit.*

une importante hétérogénéité et la présence d'observations aberrantes"⁴⁴. En corrigeant les erreurs et les biais évoqués, la moyenne et la médiane de majorations de prix obtenues sont de l'ordre de 15,47% et 16,01% et ont l'air de suggérer que les amendes européennes demeurent dissuasives, du moins en grande partie. En résumé, les différentes estimations paraissent indiquer qu'être plus sévère ne signifie pas l'être trop. Les sanctions proposées par la Commission européenne semblent en effet rester bien inférieures à celles préconisées par l'arbitrage beckérien.

B – Les sanctions doivent-elles être limitées en période de crise ?

Même si les sanctions pécuniaires ne sont que très rarement sur-dissuasives, il peut être légitime de les diminuer en période de crise pour ne pas rajouter aux entreprises de complications à celles déjà existantes.

Dans le cas de difficultés spécifiques, des ajustements sont déjà prévus par les textes, à travers la notion de capacité contributive. D'après le communiqué méthodologique de l'Autorité de la concurrence de 2011 : *“les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises ou organismes peuvent être prises en compte dans le cadre de la détermination de leur sanction, si ceux-ci rapportent la preuve, chacun en ce qui le concerne, de leurs difficultés contributives”*⁴⁵. Cependant, dès 2008, le document de réflexion et de proposition de l'Association des autorités de concurrence européennes souligne qu'*“une réduction de la sanction liée à la faculté contributive de l'entreprise ne devrait être envisagée que dans des circonstances exceptionnelles”*⁴⁶.

Qu'en est-il lorsque les difficultés sont générales et prennent la forme d'une crise économique ? Pour répondre à cette question, il est instructif d'analyser les conséquences de la mise en sommeil des lois antitrust décidée par les États-Unis pour sortir de la crise de 1929. Le plus souvent, les macroéconomistes étudient un épisode historique en utilisant des modèles dynamiques stochastiques d'équilibre général (DSEG). Une approche méthodologique expliquée de manière intelligible par l'économiste français Franck Portier pour qui un modèle *“de type DSEG peut se résumer à une série de variables exogènes (les chocs) et à un ensemble de mécanismes de propagation de ces impulsions. Analyser un épisode historique à l'aide d'un modèle DSEG, c'est donc : construire une base de données qui permet de mesurer les contreparties observables des variables du modèle, en cohérence avec celui-ci ; utiliser certaines équations du*

44. Boyer M. et Kotchoni R., 2014, How Much Do Cartels Overcharge?, TSE Working Paper n. 14-462, p. 1.

45. Autorité de la concurrence, 2011, *op. cit.*, p. 14.

46. European Competition Authorities, 2008, *op. cit.*, p. 7.

modèle (éventuellement toutes) comme un cadre comptable pour mesurer les chocs ayant affecté l'économie; simuler le modèle en le perturbant avec les séries mesurées de chocs, et comparer ses prédictions avec les séries observées"⁴⁷. Basé sur l'étude de différents modèles DSEG, un consensus se dégage pour expliquer la Grande Dépression aux États-Unis – en tout cas au moins pour la deuxième partie de la période (i.e. celle caractérisée par une absence de reprise après 1933) – à l'aide de choc sur le marché du travail américain. C'est, par exemple, ce que font Cole et Ohanian (2004)⁴⁸ dans une célèbre étude qui modélise la politique de cartellisation suivie par Franklin Roosevelt lors de l'application du New Deal, et se focalise sur les implications du National Industrial Recovery Act (NIRA). Pour que cessent la déflation et les guerres de prix, le NIRA sursoit à l'exécution des lois antitrust et autorise dans certains secteurs les ententes; en contrepartie, les entreprises doivent conserver des salaires élevés et négocier avec les syndicats. En modélisant ces deux contraintes sous la forme de chocs sur le marché du travail, l'étude de Cole et Ohanian (2004)⁴⁹ révèle qu'il est quantitativement possible d'obtenir la stagnation économique constatée entre 1933 et 1939; et ce malgré la reprise de la croissance de la productivité. Le NIRA aurait ainsi retardé la reprise économique de 7 ans. Si ce chiffre est parfois controversé, l'impact du NIRA ne fait guère de doute. Un constat partagé, par exemple, par l'analyse de Romer (1999)⁵⁰ selon laquelle "*le NIRA se définit plus comme une force faisant obstacle à la reprise que comme un facteur important de la baisse de la production*"⁵¹ ou par celle de Taylor (2002)⁵² qui stipule qu'au début de 1934 "*les modèles d'ententes du NIRA eux-mêmes ont entraîné une baisse de 10% de la production manufacturière*"⁵³. L'examen par Taylor (2007)⁵⁴ de sept dispositions de la législation sur les ententes pour déterminer laquelle avait été néfaste valide lui aussi cette conclusion. En différant les restructurations, la mise en

47. Portier F., 2008, Interprétation d'épisodes historiques à l'aide de modèles dynamiques stochastiques d'équilibre général, *Économie & Prévision*, vol. 185, p. 33.

48. Cole H. et Ohanian L., 2004, New deal policies and the persistence of the Great Depression : a general equilibrium analysis, *Journal of Political Economy*, vol. 112, pp. 779-816.

49. *Ibid.*

50. Romer C.D., 1999, Why did prices rise in the 1930s?, *Journal of Economic History*, vol. 59, pp. 167-199.

51. Cité par OCDE, 2014, *op. cit.*, p. 21.

52. Taylor J.E., 2002, The output effects of government sponsored cartels during the New Deal, *Journal of Industrial Economics*, vol. 50, pp. 1-10.

53. Cité par OCDE, 2014, *op. cit.*, p. 21.

54. Taylor J.E., 2007, Cartel code attributes and cartel performance : an industry-level analysis of the National Industrial Recovery Act, *Journal of Law and Economics*, vol. 50, pp. 597-624.

sommeil des lois antitrust a prolongé la récession américaine lors de la crise de 1929.

En règle générale, il n’y a pas vraiment de raisons d’être moins sévère avec les cartels de crise qui ont pour but de répartir les baisses de demande constatées lors d’un ralentissement de l’activité économique. Les membres de ces cartels se substituent donc au marché pour décider comment gérer les crises de surproductions, c’est à dire choisir qui (et à quel rythme) va disparaître. Le coût économique de telles actions est important et, de plus, est supporté en grande partie par les consommateurs puisque la cartellisation induit une distorsion des prix concurrentiels et retarde la réallocation des ressources économiques vers les secteurs les plus performants. En effet, il ne faut pas perdre de vue que les crises peuvent parfois être bénéfiques à l’économie car, selon le concept de “destruction créatrice” cher à Joseph Schumpeter, elles mettent en faillite en priorité les entreprises les moins performantes et les moins innovantes. Les facteurs de productions libérés lors de cette destruction peuvent alors être réemployés dans des entreprises plus productives. Le risque d’une politique visant à combattre les crises est ainsi de retarder ou empêcher ce processus et donc, *in fine*, de ralentir la croissance économique. Cependant, il est vrai que les crises peuvent aussi provoquer des pertes irréversibles et que les entreprises qui disparaissent prématurément peuvent très bien être celles qui ont pris le plus de risques (et donc potentiellement les plus innovantes). En fait, les études empiriques révèlent que tout dépend de l’organisation des marchés du travail et du crédit. Si ces marchés ne sont pas suffisamment flexibles, les récessions sont coûteuses. En revanche, l’instabilité économique n’est pas si grave lorsque, pour contrecarrer une difficulté passagère, les individus peuvent assez facilement retrouver un emploi et avoir accès au crédit. En période de crise, plutôt que d’essayer d’ajuster la politique de la concurrence, les pouvoirs publics doivent donc veiller à rendre le plus flexible possible le marché du travail et celui du crédit.

C – Les sanctions peuvent-elles être remplacées par des incitations psychologiques ?

Si l’économie traditionnelle délivre des prédictions et des recommandations dont la valeur dépend de la capacité d’individus dotés de ressources cognitives puissantes à acquérir de l’information et à la traiter de manière optimale, la psychologie cognitive a elle révélé l’importance des biais cognitifs dans la décision. Selon Cass Sunstein, professeur de droit à l’université de Harvard, et Richard Thaler, économiste à l’université de Chicago “*l’homo economicus des manuels d’économie ne possède ni le cerveau d’Einstein, ni les capacités de mémorisation du Big*

*Blue d'IBM, ni la volonté du Mahatma Gandhi*⁵⁵. Pour le psychologue Daniel Kahneman – Prix 2002 de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel, et père, avec Amos Tversky (1937–1996), de la théorie des perspectives – les individus sont plus proches d'Homer Simpson que de Superman et agissent le plus souvent sous l'influence de leur cerveau limbique. Économie et psychologie ont donné lieu à l'économie comportementale qui est aujourd'hui la branche de la science économique qui prend en compte, dans la construction des décisions rationnelles, les limitations cognitives des individus, le rôle des émotions et l'influence des interactions sociales.

Les liens entre la politique de la concurrence et l'économie comportementale sont de plus en plus étudiés car les entreprises peuvent, par exemple, être tentées d'utiliser la rationalité limitée des consommateurs pour augmenter leurs profits. Lorsqu'ils sont victimes de biais cognitifs, le rapport du Conseil d'analyse économique de Gabaix, Landier et Thesmar (2012)⁵⁶ souligne combien la protection des consommateurs se révèle nécessaire et identifie à cette fin trois pistes : leur faciliter le choix, favoriser leur mobilité effective et accentuer les sanctions susceptibles de pénaliser les entreprises déviantes.

S'il est important que les régulateurs prennent en compte la rationalité limitée des acteurs économiques, le font-ils en pratique ? En analysant les décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de contentieux anticoncurrentiels sur la période 2007-2011, les travaux de Deschamps et Ferey (2012) établissent que “*dans un nombre significatif d'affaires, l'Autorité n'envisage pas le comportement des agents économiques sur les marchés comme relevant toujours et partout de la rationalité parfaite. Elle accepte au contraire de considérer que, dans certains contextes ou sur certains marchés, les agents doivent être analysés comme cognitivement biaisés*”⁵⁷. A ce stade se pose alors la question du rôle de l'intervention des régulateurs. Deux types d'interventions peuvent être envisagés selon que l'objectif est le redressement cognitif (i.e. de chercher à corriger les erreurs des individus) ou le paternalisme libertarien (i.e. de chercher à utiliser les biais des individus pour les conduire à des comportements plus adaptés). Concernant le redressement cognitif, la récente étude de Ferey et Deffains (2014) rappelle les trois sens qu'il peut prendre selon Cass Sunstein : “*Premièrement, redresser les individus*

55. Cité par Cappeli P., 2014, Les nudges, force de persuasion, Libération (Ecofutur), 20 janvier 2014.

56. Gabaix X., Landier A. et Thesmar D., 2012, La protection du consommateur : rationalité limitée et régulation, Conseil d'Analyse Économique, Rapport n. 101.

57. Deschamps M. et Ferey S., 2012, Économie comportementale et politique de concurrence. Une étude du cas français, Revue Française d'Économie, vol. 27, pp. 84-85.

consiste à lutter directement contre les biais en cherchant à rendre les individus conscients des erreurs d'interprétation qu'ils font sur le sens du droit ou sur la nature des faits. Deuxièmement, le redressement cognitif doit empêcher que certains agents puissent exploiter à leur profit les biais (...) Troisièmement, le droit doit être suffisamment bien organisé pour disposer de cadres normatifs les moins sensibles possibles à ces imperfections et notamment pour éviter que les autorités judiciaires elles-mêmes soient victimes de biais. On peut penser ici aux travaux sur les biais subis par les jurys ou les juges⁵⁸. Le paternalisme libertarien est lui qualifié ainsi car il a pour but d'organiser les choix sans les forcer. L'un des exemples le plus célèbre est un diptère stylisé : graver une mouche sur chaque urinoir a permis de diminuer de 80% les dépenses de nettoyage à l'aéroport Schiphol d'Amsterdam⁵⁹. Cette fausse mouche est un coup de pouce, ou nudge en anglais, qui permet d'inciter en douceur les gens à changer leur comportement, plutôt que d'employer des contraintes ou des sanctions. Les nudges, popularisés par le livre de Thaler et Sunstein (2008)⁶⁰, ont pour objectif de se servir des principaux⁶¹ biais cognitifs pour proposer des politiques adaptées à la rationalité limitée de chacun. Au final, l'Autorité de la concurrence semble privilégier le redressement cognitif. En effet, selon l'étude conduite en France par Deschamps et Ferey (2012) : *“dans les affaires ayant trait, complètement ou partiellement, aux mécanismes cognitifs, le dispositif de sanctions ne se limite jamais à des sanctions pécuniaires mais s'accompagne toujours soit d'injonctions, soit d'engagements. Parfois même, on ne trouve pas de sanction pécuniaire mais uniquement des engagements”*⁶².

Pour conclure cette présentation, et en accord avec l'analyse d'Emmanuel Combe, il semble que *“le message délivré apparaît sans ambiguïté : d'une part, une politique efficace impliquerait de renforcer drastiquement le niveau des amendes infligées par les autorités de régulation ;*

58. Ferey S. et Deffains B., 2014, Les fonctions cognitives du droit dans la pensée de Cass Sunstein, Revue Économique, vol. 65, p. 272.

59. Cité par Cappeli P., 2014, *op. cit.*

60. Thaler R. et Sunstein C., 2008, Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness, New Haven, Yale University Press, 2008. Traduction française : Nudge, La méthode douce pour inspirer la bonne décision, Vuibert, 2010.

61. Les trois biais les plus fréquents en matière de prise de décisions sont le pouvoir du contexte (i.e. les décisions sont influencées par l'environnement), l'aversion pour la perte (i.e. les individus sont plus sensibles aux perspectives de pertes qu'à celles de gains) et l'effet de dotation (i.e. les individus préfèrent conserver ce qu'ils possèdent).

62. Deschamps M. et Ferey S., 2012, *op. cit.*, p. 103.

*d'autre part, compte tenu de la difficulté pour les autorités antitrust d'infliger une amende dissuasive, le champ de la dissuasion devrait être élargi*⁶³. Afin d'accroître la dissuasion, il préconise alors de favoriser les actions civiles et de permettre des poursuites pénales à l'encontre des contrevenants. En complément, d'autres pistes méritent aussi d'être explorées. Substituer à la sanction des incitations psychologiques est, par exemple, devenu le nouveau Graal et nombreux sont les domaines qui bénéficient déjà de ces coups de pouce (santé publique, fiscalité, sécurité, épargne ou environnement). Une voie que les autorités de la concurrence ont intérêt à emprunter en mettant en oeuvre des décisions qui ne visent plus seulement le redressement cognitif mais, bien au contraire, qui se servent des biais comportementaux pour à la fois pousser les entreprises à mieux se conduire (moins de triches ou plus de dénonciations) et inciter les consommateurs à eux-mêmes améliorer leur bien-être. Loin de n'être qu'anecdotiques, de telles recommandations vont dans le sens de la feuille de route proposée par Jean Tirole au moment de recevoir le Prix 2014 de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel : *“Premièrement, les économistes doivent proposer une analyse rigoureuse du fonctionnement des marchés, tenant compte des spécificités de chaque secteur et de ce que les régulateurs savent et ne savent pas ; ce dernier point invite à préférer des politiques peu gourmandes en informations difficiles à mobiliser de manière fiable. Deuxièmement, les économistes doivent participer au débat public. La crise financière, dont les principales prémices pouvaient être trouvées dans les revues académiques, est une excellente illustration de cet impératif. Bien entendu, la responsabilité opère dans les deux sens : les décideurs et les médias doivent aussi écouter les économistes”*⁶⁴.

63. Combe E., 2006, *op. cit.*, p. 13.

64. Tirole J., 2014, Défaillances de marché et politiques publiques, Traduction de la Nobel lecture présentée à Stockholm le 8 décembre 2014 disponible via http://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/nobel_lecture_fr_30_mars_2015_partenaires_idei.pdf