

QUELLES SANCTIONS CONTRE LES CARTELS ?

Une perspective économique

Emmanuel Combe

De Boeck Supérieur | « *Revue internationale de droit économique* »

2006/1 t. XX, 1 | pages 11 à 46

ISSN 1010-8831

ISBN 2-8041-5153-0

Article disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2006-1-page-11.htm>

Pour citer cet article :

Emmanuel Combe, « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *Revue internationale de droit économique* 2006/1 (t. XX, 1), p. 11-46.
DOI 10.3917/ride.201.0011

Distribution électronique Cairn.info pour De Boeck Supérieur.

© De Boeck Supérieur. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

QUELLES SANCTIONS CONTRE LES CARTELS ?

Une perspective économique

Emmanuel COMBE*

Résumé : *En dépit d'une augmentation depuis les années 1990, le niveau des amendes infligées par les autorités antitrust aux cartels semble encore insuffisamment dissuasif au regard du gain illicite et de la faible probabilité de détection. Nous montrons, en nous appuyant sur la théorie des sanctions optimales, que le renforcement de la dissuasion passe non seulement par un accroissement des sanctions administratives, mais aussi par une double extension du champ d'application des lois antitrust en direction d'actions civiles et de sanctions pénales.*

- 1 Introduction
 - 2 À la recherche de la sanction dissuasive
 - 2.1 La sanction dissuasive : le cas d'un cartel
 - 2.2 Variations sur la sanction optimale
 - 2.3 La pratique des autorités antitrust
 - 3 Vers une dissuasion élargie ?
 - 3.1 L'opportunité d'actions civiles
 - 3.1.1 La multiplicité des victimes et la question du *passing on*
 - 3.1.2 La difficile évaluation du dommage
 - 3.1.3 Les limites de l'action civile
 - 3.2 L'opportunité de sanctions pénales
 - 3.2.1 Les fondements économiques des sanctions pénales
 - 3.2.2 Quels types de sanctions pénales ?
 - 4 Conclusion
 - 5 Bibliographie
- Summary*

* Professeur à l'Université Paris 1, professeur affilié à l'ESCP-EAP, chercheur au PRISM, membre du Collège du Conseil de la concurrence. Les opinions émises par l'auteur ne sauraient engager en aucun cas les institutions auxquelles il appartient. Adresse professionnelle : UFR 06, 17, rue de la Sorbonne, 75005 Paris ; adresse mail : combe.emmanuel@wanadoo.fr.

1 INTRODUCTION

« Nos concurrents sont nos amis ; nos clients nos ennemis » : cette formule désormais célèbre¹ d'un membre du cartel de la lysine illustre à quel point les pratiques de cartel sont contraires aux principes mêmes de l'économie de marché, en fonction desquels la conquête des clients est seulement fondée sur le mérite des entreprises. Face à un comportement aujourd'hui considéré comme un véritable « cancer de l'économie » (Monti, 2001), voire « le Mal suprême de l'antitrust » (décision Verizon/Trinko, cité par l'OCDE, 2005a), les pays de l'OCDE se sont progressivement dotés, à partir des années 1990, de nouveaux instruments de détection, que ce soit au travers de la prolifération des « programmes de clémence », de la signature d'accords bilatéraux et multilatéraux d'entraide antitrust², de la création d'unités dont l'expertise est dédiée spécifiquement à la lutte contre les cartels³ ou de l'élargissement des pouvoirs d'enquête des autorités antitrust⁴. De même, en matière d'amendes, la tendance a clairement été au renforcement : les autorités antitrust n'hésitent plus aujourd'hui à infliger aux firmes des montants élevés en valeur absolue, et jusqu'ici inusités. Ainsi, la Commission européenne a imposé des amendes d'un montant unitaire supérieur à 100 millions d'euros à 12 cartels au cours de la période 1998-2002, pour un total de près de 3 milliards d'euros. Au niveau législatif, on a par ailleurs assisté dans plusieurs pays au relèvement de la borne supérieure de l'amende⁵ et au développement de sanctions pénales⁶.

Ce changement d'attitude – plus récent en Europe qu'aux États-Unis – s'explique sans doute par l'ampleur et la fréquence des pratiques de cartel, que ce soit au niveau local, national ou mondial, et par les surcoûts importants qu'elles semblent infliger aux économies. À titre d'exemple, l'enquête réalisée par le Comité de la concurrence de l'OCDE (2002) auprès d'un échantillon de pays membres et non-membres a permis de prendre la mesure – même si elle reste approximative – des pratiques de cartel au cours de la période 1996-2000 : parmi les 133 cas recensés, l'OCDE a estimé la valeur des transactions affectées par 16 grands cartels internationaux à près de 55 milliards de dollars.

-
1. Voir par exemple le titre de l'ouvrage de Connor (2001).
 2. À titre d'exemple, l'Australie a conclu en 1997 un accord avec les États-Unis prévoyant l'échange, dans certaines circonstances, d'informations confidentielles.
 3. Ainsi, en mars 2005, la nouvelle commissaire à la concurrence, Neelie Kroes, a annoncé la création d'une nouvelle direction au sein de la Direction générale de la concurrence, exclusivement dédiée à la lutte contre les cartels (*Cartel Task Force*) et qui regroupera l'ensemble des ressources précédemment disséminées au sein des différentes directions sectorielles.
 4. Ainsi, depuis mai 2004, la Commission européenne est en droit de faire apposer des scellés sur tout ou partie des locaux d'une entreprise. Elle a également le pouvoir de poser des questions orales à tout membre du personnel. Enfin, elle peut inspecter des locaux autres que ceux d'une entreprise, y compris les domiciles privés, après autorisation préalable d'un tribunal national.
 5. À titre d'exemple, à la suite de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, la France a relevé le niveau maximal de sanction pécuniaire, qui est passé de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes.
 6. Comme cela est le cas au Royaume-Uni depuis 2002 (cf. *infra*).

Si cette détermination renforcée dans la lutte contre les ententes illicites réjouit la plupart des économistes, elle n'emporte toutefois pas complètement leur adhésion : au regard de la probabilité de détection, les sanctions infligées par les autorités de régulation semblent rester encore inférieures à ce que préconise l'analyse économique fondée sur la « sanction optimale ». Cette dernière devrait être déterminée en partant du principe selon lequel les sanctions doivent exercer une fonction dissuasive plutôt que rétributive : la sanction optimale doit créer *ex ante* une menace telle qu'une firme n'ait plus intérêt, sur la base d'un calcul rationnel, à former un cartel. Plusieurs faits semblent d'ailleurs conforter le scepticisme des économistes quant à l'efficacité actuelle des sanctions : bien que la politique antitrust existe depuis maintenant plus d'un siècle aux États-Unis et depuis près de cinquante ans en Europe, l'activisme des firmes en matière de cartel ne semble pas avoir décliné, si l'on en juge par le nombre de cartels découverts chaque année⁷ ; de plus, les cas de récidives de firmes sont légion, notamment dans des industries telles que les matériaux pour travaux publics (ciment, etc.), le BTP ou la pharmacie.

La littérature économique sur la sanction optimale – assez récente dans son application aux cartels⁸ – parvient à des conclusions radicales quant au montant et à la forme des sanctions devant être infligées aux membres d'un cartel. Le message délivré apparaît en effet sans ambiguïté : d'une part, une politique efficace impliquerait de renforcer drastiquement le niveau des amendes infligées par les autorités de régulation ; 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, en favorisant les actions civiles et en permettant des poursuites pénales à l'encontre des individus prenant activement part à la formation de cartels.

2 À LA RECHERCHE DE LA SANCTION DISSUASIVE

D'un point de vue économique, la sanction optimale d'une infraction vise à dissuader les agents, supposés rationnels, d'adopter des comportements inefficients pour la société, c'est-à-dire dont le coût total pour la société l'emporte sur leurs gains

7. On peut bien entendu objecter à cet argument que la constance du nombre de cartels détectés n'est en rien incompatible avec une diminution de ces pratiques : elle peut résulter d'une efficacité accrue de la détection, notamment grâce aux politiques de clémence. On devrait alors observer à long terme une diminution du nombre de cartels poursuivis, faute de candidats. De surcroît, les politiques de clémence peuvent paradoxalement exercer un effet procollusif, en diminuant le niveau de la sanction espéré (voir Motta et Polo, 2003).
8. En effet, les économistes industriels ont plutôt étudié la question de la formation et de la stabilité des cartels, notamment en dressant un « portrait-robot » des secteurs et des firmes les plus exposés à ce type de pratiques. Il est aujourd'hui bien connu que certaines conditions structurelles et comportementales sont propices aux cartels : il s'agit des marchés présentant une forte concentration industrielle, avec des produits homogènes, composés de firmes établies ayant une certaine similitude au niveau de leur fonction de production et de leur préférence pour le présent (pour une synthèse sur le portrait-robot, voir par exemple Levenstein et Suslow, 2001).

privatifs (Becker, 1968 ; Posner, 1998). Dans un monde sans coûts de transaction⁹ et sans erreurs judiciaires, en supposant que les agents qui commettent une infraction soient toujours appréhendés, la sanction optimale doit tout simplement être 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 à présent – ce qui semble plus réaliste – que les agents qui commettent des infractions ne sont pas toujours appréhendés, la sanction optimale, pour un agent neutre au risque, doit être égale à la perte infligée à la société (notée D) divisée par la probabilité que l'auteur de l'infraction soit arrêté et condamné (notée p)¹⁰ :

$$\text{Amende optimale} = D/p$$

Par exemple, si la probabilité de détection est égale à 33 %, la sanction optimale doit atteindre trois fois la perte causée. Un agent ne commettra une infraction que si son profit espéré – noté $E(\Pi)$ – dépasse cette sanction optimale espérée :

$$E(\Pi) > D/p \quad (1)$$

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 élevée¹¹ – et de la comparaison entre le profit espéré et la sanction espérée (Perrot, 2003).

L'inégalité (1) peut, bien entendu, être complexifiée pour tenir compte de différents paramètres, tels que :

- l'aversion au risque des agents (notée r avec $0 < r \leq 1$) : si les agents sont averses au risque ($r < 1$), le niveau de sanction optimale peut être diminué puisqu'ils ne s'engageront pas nécessairement dans une action illicite, même si le profit espéré se révèle supérieur à la sanction optimale ;

9. En réalité, il faut tenir compte du coût de la mise en œuvre de la politique antitrust dans la détermination des sanctions optimales.

10. Il est supposé que la probabilité de détection ne dépend pas du montant de la sanction, ce qui est discutable : en effet, une forte sanction peut rendre plus difficile la probabilité de détection (en l'absence de programme de clémence), en incitant les firmes à mieux dissimuler leurs agissements (Camilli, 2005).

11. Un corollaire important de ce résultat est que pour une perte donnée, les pouvoirs publics peuvent arbitrer entre le niveau de sanction et la probabilité de détection. Toutefois, la détection étant coûteuse, l'économiste préconise de jouer sur le niveau de sanction plutôt que sur la probabilité de détection ; ceci revient à préconiser des probabilités faibles de détection et des sanctions démesurées. Ce type de recommandation se heurte toutefois à deux critiques : premièrement, il n'existe plus aucune relation de proportionnalité entre la sanction infligée et le dommage créé ; deuxièmement, une erreur judiciaire, consistant à punir un « innocent », a des conséquences plus graves.

- les coûts (notés C) que doit supporter l'agent lorsque son comportement illicite est détecté : ces coûts incluent notamment la perte de réputation, les coûts juridiques pour organiser sa défense, etc. Plus ces coûts sont élevés, plus la sanction optimale peut être ajustée à la baisse ;
- la probabilité d'erreur judiciaire : le fait de condamner des agents innocents (c'est-à-dire dont le comportement est en réalité efficient) s'avère d'autant plus dommageable pour la société que la sanction infligée est forte. Une forte probabilité d'erreur (notée q) doit donc conduire à minorer le niveau de sanction optimale. Dans le cas particulier des cartels, la probabilité d'erreur semble négligeable, compte tenu du niveau élevé requis en matière de standard de preuves (faisceau d'indices précis, graves et concordants).

En tenant compte de ces trois paramètres supplémentaires, nous pouvons considérer qu'un agent ne commettra une infraction que si la condition suivante est vérifiée :

$$E(\Pi) > [(D - Cp) r (1 - q)] / p \quad (2)$$

2.1 La sanction dissuasive : le cas d'un cartel

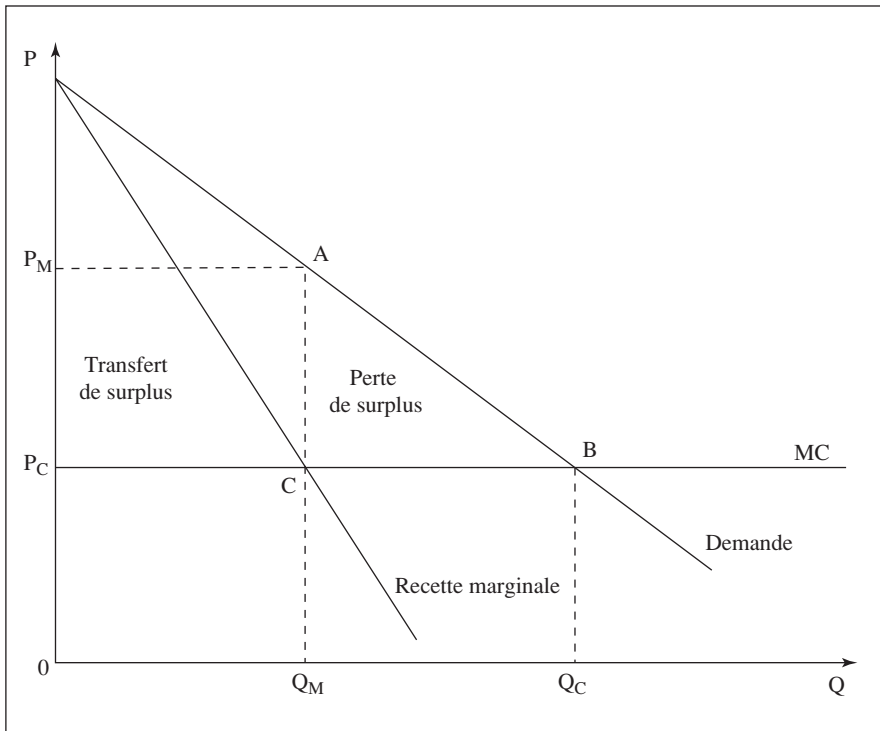
Appliquons la règle générale établie dans l'inégalité (1) au cas des cartels, en faisant pour l'instant abstraction de la nature juridique de cette « sanction » (amende infligée par les autorités antitrust, sanctions pénales, réparations).

La détermination d'une sanction optimale suppose d'abord que soit évalué le dommage économique causé par un cartel. Considérons le cas d'un cartel rassemblant la totalité des firmes d'un secteur et qui parvient à reproduire l'équilibre obtenu en situation de monopole (graphique 1). Par simplicité, nous supposons que la fonction de demande D est linéaire et que le coût marginal est constant (et égal à MC). En concurrence parfaite, le prix serait égal à P_C et la quantité totale à Q_C . En situation de cartel (monopole), le prix se situe au niveau P_M et la quantité diminue par rapport à la situation de concurrence pour atteindre Q_M . Nous constatons que le cartel conduit à un transfert de revenu des consommateurs vers les membres du cartel¹² (*overcharge*), égal à l'aire $P_M ACP_C$, tandis que le surplus total diminue du triangle ABC : ce dernier effet correspond à ce que les économistes dénomment traditionnellement la « perte sèche de bien-être » (*deadweight loss*) et provient du fait que certains consommateurs renoncent à acheter le bien suite à la hausse de son prix¹³.

12. Ce transfert est en réalité partiel dans la mesure où la formation du cartel implique elle-même des coûts de négociation (Posner, 1975) : il faudrait donc déduire de ce transfert les dépenses de « recherche de rente » (*rent seeking*).

13. Nous laissons de côté un autre effet adverse des cartels, à savoir le risque d'inefficience dynamique : « Une entente tient ses membres à l'abri des risques liés aux mécanismes de marché, ce qui réduit leur intérêt à maîtriser les coûts et à innover » (OCDE, 2003, p. 9).

Graphique 1. L'impact d'un cartel (parfait) sur l'équilibre du marché



L'assiette de la sanction qu'il convient d'infliger au cartel dépend du type de dommage retenu :

- soit l'on considère que le dommage causé au marché est représenté par la seule perte de bien-être (représentée par le triangle ABC). Cette conception, qui se rapproche certes le plus d'une analyse fondée sur le seul critère du bien-être global et non sur la répartition des gains et des pertes, pose toutefois problème : tout d'abord, lorsque la fonction de demande est localement inélastique au prix (par exemple, dans une situation d'appel d'offres pour un bien de première nécessité), la pratique de cartel n'induit aucune perte de bien-être, mais seulement une redistribution de revenu des clients vers les producteurs et il n'y aurait donc pas lieu d'infliger de sanction pécuniaire aux membres du cartel¹⁴ ; ensuite,

14. Voilà sans doute pourquoi la plupart des législations considèrent que la sanction ne doit pas seulement s'appliquer aux cartels qui ont eu un effet anticoncurrentiel sur le marché, mais à l'acte même consistant à former un cartel. Ainsi, dans le cas américain, les pratiques de cartel relèvent d'une logique de prohibition *per se* : un cartel qui n'a causé aucun dommage à l'économie est toutefois condamnable du seul fait de son existence. De même, au niveau communautaire, il est bien précisé qu'un cartel peut être poursuivi même s'il n'a qu'un « objet » et pas d'« effet ».

cette mesure n'est pas conforme au principe de sanction optimale, dans la mesure où seule une partie du dommage subi par les victimes est prise en compte ; enfin, elle revient à considérer que la violation de la loi n'est pas condamnable en elle-même¹⁵ ;

- soit l'on considère que le dommage causé au marché est égal à la perte totale de surplus des consommateurs, mesurée par la somme du surprofit (transfert de revenu) et de la perte de bien-être (soit l'aire $P_M ABP_C$). Cette méthode est en adéquation avec l'idée de sanction optimale et devrait conduire à la disparition des cartels (Posner, 1998). En effet, comme la perte totale de surplus est toujours plus élevée que le gain du cartel¹⁶, aucune firme n'a plus intérêt à s'engager dans une activité dont le profit espéré est toujours inférieur à la sanction optimale ;
- soit l'on considère que la perte de surplus est négligeable au regard du transfert de surplus (ou qu'elle est difficile à estimer). Dans ce cas, seul le transfert des consommateurs vers les firmes du cartel est mesuré. Ce faisant, on adopte implicitement une perspective redistributive, visant à « restituer » aux consommateurs surtaxés le gain illicitement acquis¹⁷.

Quant à la probabilité de détection¹⁸ d'un cartel, peu d'études empiriques sont disponibles, mais une probabilité de 15 % semble l'approximation la plus couramment retenue par les chercheurs. Ainsi, l'étude de référence de Bryant et Eckard (1991), basée sur un échantillon de cartels aux États-Unis détectés au cours des années 1961-1988, conclut à une probabilité comprise entre 13 et 17 %. De même, sans pour autant fournir d'indications précises sur la méthode de calcul, l'OCDE (2003) estime que « pas plus d'une entente sur six ou sept est détectée et poursuivie » (p. 31), ce qui correspond à une probabilité de l'ordre de 15 %. En règle générale, la plupart des praticiens retiennent une fourchette comprise entre 10 et 20 %¹⁹.

15. Ce qui reviendrait à considérer, par extension, qu'une activité comme le vol n'est pas condamnable d'un point de vue économique, puisqu'elle opère un simple transfert de richesse d'un individu (le volé) vers un autre (le voleur).
16. Sauf si le cartel conduit à une baisse des coûts de production, ce qui n'est pas fréquent. En effet, dans ce cas, le profit supplémentaire généré par la baisse des coûts doit être comparé à la perte sèche : s'il est plus important que la perte sèche, la sanction optimale ne doit pas excéder la perte totale des consommateurs, afin de ne pas dissuader la formation d'un « cartel efficace » (Landes, 1983).
17. On pourrait même considérer qu'en l'absence d'actions civiles (comme cela est souvent le cas en Europe), l'antitrust joue en réalité le rôle d'un intermédiaire, en agissant au nom des consommateurs. Toutefois, d'un point de vue formel, les amendes infligées le cas échéant par les autorités de régulation ne reviennent pas à des victimes individualisées, mais à la collectivité dans son ensemble, au nom du dommage causé à l'ordre public économique.
18. Par simplicité, nous ne distinguons pas la probabilité de détection de la probabilité de condamnation. Pourtant, Connor (2003b) estime la probabilité de détection d'un cartel entre 10 et 20 % et la probabilité de condamnation une fois l'enquête ouverte entre 50 et 75 %, ce qui conduit à une probabilité de sanction très faible.
19. Ainsi, Douglas Ginsburg, procureur général adjoint de la Division antitrust du *Department of Justice*, estimait en 1986 qu'environ 10 % des cartels étaient détectés (cité par Connor et Lande, 2004). De son côté, Calvani (2005) remarque, par analogie, que la probabilité d'arrestation d'un voleur aux États-Unis est de l'ordre de 19 %.

Pour ce qui concerne la durée de vie des cartels, plusieurs travaux convergent autour d'une valeur moyenne de cinq ans. Dans leur synthèse sur ce sujet, Levenstein et Suslow (2001) rappellent ainsi que la durée de vie moyenne oscille selon les études entre 3,7 et 7,5 années.

Quant à la hausse de prix induite par les cartels, les études empiriques font ressortir une très grande dispersion des hausses de prix (cf. *infra*). Pour notre part, à la suite de Wils (2001), nous retiendrons une hypothèse conservatrice, en supposant qu'un cartel entraîne en moyenne une hausse de prix de 10 %, soit une augmentation de 10 % du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises sur le marché. Cette hypothèse correspond notamment à celle qui est retenue par les *US Sentencing Guidelines* (cf. *infra*) dans l'estimation du gain illicite réalisé par un cartel.

Sur la base de ces différents paramètres de probabilité, d'assiette de sanction, de durée d'un cartel et de hausse du prix, nous pouvons à présent déterminer le montant de la sanction optimale. Compte tenu de la probabilité de détection, la sanction optimale doit être égale à 6,6 fois la perte de surplus des consommateurs ou le surprofit des firmes (selon le critère retenu). Si nous prenons comme critère le surprofit des firmes, la sanction optimale doit être fixée à près de 60 % du chiffre d'affaires total réalisé sur le marché concerné. Si nous évaluons la sanction par rapport au chiffre d'affaires annuel sur le marché affecté et à la durée de vie moyenne d'un cartel, elle doit atteindre 300 %²⁰ !

2.2 Variations sur la sanction optimale

Si elles sont les plus couramment usitées, les hypothèses concernant nos paramètres méritent toutefois d'être discutées.

D'un côté, on peut considérer que l'estimation fournie est excessive, dans la mesure où la probabilité de détection retenue est basée sur une étude empirique ancienne, qui ne prend pas en compte la mise en place récente de programmes de clémence. Or ces derniers ont sans nul doute conduit à accroître la probabilité de détection (qui pourrait être désormais de 30 % selon Wils, 2005) et donc à réduire le montant de l'amende optimale : en ne modifiant pas les autres paramètres, l'amende optimale devrait être désormais égale à 3,3 fois la perte de surplus des consommateurs ou le surprofit des firmes. Si nous prenons comme critère le surprofit des firmes, la sanction optimale correspond à 30 % du chiffre d'affaires total du cartel sur le marché affecté ou... 150 % du chiffre d'affaires annuel sur ce marché (les paramètres

20. Prenons un exemple numérique simple. Le prix de concurrence est égal à 100 euros et le prix de cartel à 110 euros (soit + 10 %). La quantité vendue au prix de cartel est de 20 unités. Le chiffre d'affaires annuel en situation de cartel est donc de 2 200 euros, tandis que le gain illicite résultant de la cartellisation atteint 200 euros. En tenant compte d'une probabilité de détection de 15 %, l'amende optimale doit être égale à $200 \times 6,6 = 1\,320$ euros, soit 60 % du chiffre d'affaires annuel. Si l'on prend en compte une durée moyenne du cartel de cinq ans, l'amende optimale doit être égale (sans actualisation) à 6 600 euros, soit 3 fois le chiffre d'affaires annuel.

de hausse de prix et de durée du cartel étant inchangés). De même, nous avons considéré que les agents étaient neutres au risque, ce qui n'est généralement pas vérifié : dès lors qu'ils ne sont pas enclins au risque, une sanction plus faible suffirait à dissuader les comportements de cartel.

A contrario, l'hypothèse d'une hausse de prix de 10 % induite par un cartel apparaît aujourd'hui peu réaliste, à la lumière des études empiriques récentes. En effet, les économistes ne disposaient pas avant les années 1990 d'estimations très fiables, les quelques études disponibles (telle celle de Cohen et Scheffman, 1989) reposant sur des échantillons trop étroits (7 cartels dans le cas de l'étude de Cohen et Scheffman). Au cours des années 1990, des enquêtes plus systématiques ont été conduites : sur la base d'un échantillon de 14 cartels, l'OCDE (2002) constate que la hausse moyenne de prix est comprise entre 15 et 20 %. De même, sur la base d'un échantillon de 15 cartels internationaux, Levenstein et Suslow (2001) estiment que l'augmentation de prix induite par la cartellisation du marché oscille entre 10 et 100 %²¹, avec une valeur médiane de 25 %. Plus récemment, les études systématiques de Connor (2004), Connor et Lande (2004), Connor et Bolotova (2005) sur un vaste échantillon de 674 cartels concluent à une hausse médiane de prix de 25 %, avec une médiane à 20 % pour les cartels domestiques et 34 % pour les cartels internationaux²². Si nous retenons l'hypothèse d'une hausse de prix de 20 %, la sanction optimale correspond à 110 % du chiffre d'affaires total sur le marché affecté ou... 550 % du chiffre d'affaires annuel sur ce marché (les paramètres de probabilité de détection et de durée du cartel étant inchangés).

Pour ce qui est de la durée de vie moyenne des cartels, elle semble minorée dans les études empiriques : la date retenue pour la fin du cartel est en effet généralement celle de sa découverte par les autorités antitrust. De même, la datation de la naissance d'un cartel dépend d'indices matériels attestant d'une première concertation : le cartel peut avoir commencé bien avant. Il est donc probable que la durée de vie moyenne des cartels (détectés et non détectés) soit supérieure à cinq années. Dans leur recension des études sur ce sujet, Levenstein et Suslow (2001) montrent par exemple que le pourcentage de cartels détectés ayant duré plus de cinq années oscille entre 40 et 60 %. De leur côté, sur la base d'un échantillon de 184 cartels détectés, Bryant et Eckard (1991) estiment que la durée moyenne et médiane est respectivement de 7,27 et 5,8 années et que 22 % des cartels ont duré plus de dix ans. Si l'on retient une durée moyenne de huit ans, la sanction optimale correspond à 60 % du chiffre d'affaires total réalisé sur le marché affecté ou 480 % du chiffre d'affaires annuel sur ce marché.

-
21. La hausse de 100 % concerne le cartel à l'exportation sur l'acier inoxydable ; des hausses significatives sont également observées dans le cas du cartel international du phosphore d'aluminium (48 %), de l'acide citrique (50 %), des électrodes au graphite (50-60 % aux États-Unis, 90 % au Canada), de la lysine (41 %), des vitamines (20 % aux États-Unis, 30 % au Canada).
 22. Werden (2003) propose une brève synthèse des estimations de hausse de prix dans le cas d'ententes lors d'appels d'offres : les augmentations de prix sont très variables, mais généralement supérieures à 10 %.

Sur la base de ces différentes valeurs des paramètres, nous pouvons déterminer plusieurs niveaux de sanction optimale et proposer une fourchette basse (existence d'un programme de clémence) et une fourchette haute (« scénario maximaliste ») : il apparaît que la sanction optimale serait comprise entre 150 et 880 % du chiffre d'affaires annuel sur le marché affecté ou entre 30 et 110 % du chiffre d'affaires total sur ce marché (tableau 1). L'ampleur de la fourchette peut susciter à première vue la circonspection, mais en réalité, les résultats obtenus doivent être considérés à l'aune de la pratique actuelle. De plus, le niveau des sanctions peut paraître très élevé, même dans le scénario minimaliste, mais une erreur fréquemment commise consiste à confondre le montant *ex post* de la sanction, qui est en effet disproportionné par rapport au gain illicite, avec le montant *ex ante*, qui intègre la probabilité pour un cartel d'être détecté.

Tableau 1. Estimations de la sanction optimale

Variante du scénario de base	Sanction optimale en % du CA annuel sur le marché affecté	Sanction optimale en % du CA total sur le marché affecté
Probabilité de détection avec un programme de clémence ($p = 0,3$)	150 %	30 %
Hausse de prix de 20 %	550 %	110 %
Durée de vie moyenne d'un cartel : 8 ans	480 %	60 %
Scénario maximaliste ($p = 0,15$; hausse de prix de 20 % ; durée de vie moyenne d'un cartel : 8 ans)	880 %	110 %

N.B. : le scénario de base repose sur cinq hypothèses : une hausse de prix de 10 % ; une élasticité-prix de 1 ; une durée de vie du cartel de cinq ans ; une probabilité de détection de 15 % ; nous ne prenons pas de taux d'intérêt en compte.

2.3 La pratique des autorités antitrust

Confrontons ces différentes estimations sur la sanction optimale avec le cadre législatif en vigueur et la pratique des autorités antitrust en matière d'amende, principalement aux États-Unis et au niveau communautaire. Nous centrons donc ici notre attention sur les seules amendes infligées par les autorités de régulation au nom du dommage causé au marché ; nous faisons abstraction temporairement d'autres types de paiements, tels que les dommages et intérêts (actions civiles) ou les sanctions pénales qu'un cartel pourrait supporter. La question posée est alors de savoir si les

amendes infligées par l'antitrust sont suffisantes au regard de l'objectif de dissuasion.

Au niveau législatif, la plupart des pays de l'OCDE fixent l'amende maximale en pourcentage (le plus souvent 10 %) du chiffre d'affaires total de l'entreprise et non par rapport au chiffre d'affaires réalisé sur le marché affecté, ce qui rend difficile toute comparaison avec nos estimations. On notera toutefois que dans trois pays – à savoir l'Allemagne, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis –, l'amende maximale est exprimée 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 en valeur absolue (jusqu'à 100 millions de dollars depuis la dernière réforme de juin 2004), le *Criminal Fines Improvement Act*²³ énonce que la sanction maximale peut atteindre jusqu'à deux fois le surprofit réalisé par la firme ou la perte de surplus des consommateurs. Nous voyons ici que la référence à une grandeur mesurable dans la détermination de la sanction s'inspire directement d'une logique économique ; de surcroît, si l'on tient compte de la règle des « triples dommages » (cf. *infra*) en matière d'actions civiles, le niveau maximal de sanction aux États-Unis pourrait atteindre jusqu'à cinq fois (2 + 3) la perte de surplus des consommateurs ou le profit illicite.

En pratique, dans le cas américain, comme le calcul précis du surprofit ou de la perte nécessite des données qui ne sont généralement pas disponibles (prix, quantité, élasticité de la fonction de demande), les *Sentencing Commission Guidelines* fixent l'amende de base à 20 % du volume des transactions affectées par le cartel, ce qui correspond à une évaluation forfaitaire d'une hausse de prix induite par le cartel de 10 % (surprofit) et à une majoration de 10 % au titre de la perte de bien-être. Puis, des facteurs aggravants (tels que la récidive) et atténuants sont pris en compte, qui peuvent conduire à une amende comprise entre 15 et 80 % des transactions affectées. Lorsqu'elles procèdent à une estimation, les autorités antitrust américaines prennent comme critère le gain illicite réalisé par le cartel, ce qui laisse de côté la perte de bien-être induite par ce comportement et minore donc le dommage causé. Le critère du gain illicite présente l'avantage d'être facilement mesurable, alors que l'évaluation de la perte de bien-être nécessite de disposer d'une estimation de l'élasticité-prix de la demande. Le gain illicite (appelé aussi « surprofit » et noté Π) est égal au produit de la marge supplémentaire induite par la cartellisation (différence entre le prix de cartel P_M et le prix de concurrence P_C) et du volume des transactions commerciales T affectées par le cartel, soit :

$$\Pi = (P_M - P_C) \times T$$

Au niveau communautaire, la pratique de la Commission consistait avant 1998 à déterminer l'amende en pourcentage du chiffre d'affaires annuel réalisé sur le

23. *Criminal Fines Improvement Act*, 18 USC 3571(d) (1984) as amended in 1987.

marché affecté par le cartel. Bien que la Commission n'indiquait pas en général la valeur de ce pourcentage, Wils (2001) estime qu'il oscillait entre 2 et 9 %, ce qui semble faible au regard de l'amende optimale. Après 1998 et la mise en place de *Lignes directrices*²⁴, la méthode de calcul de l'amende a été modifiée dans le sens d'une approche principalement forfaitaire, même si l'objectif de dissuasion n'est pas complètement absent. En pratique, la détermination de l'amende s'effectue en quatre temps. L'amende de départ (*starting amount*) dépend de la gravité de l'infraction, laquelle est mesurée sur une échelle à trois niveaux : sauf exception, les cartels sont généralement considérés par nature comme l'infraction la plus grave et le forfait de base se situe au-dessus de 20 millions d'euros pour la firme principale. Les autres membres du cartel, après avoir été regroupés selon leur part de marché (méthode dite du « *grouping* ») se voient appliquer un pourcentage de l'amende forfaitaire infligée à la firme principale. Dans un deuxième temps, l'amende de départ est éventuellement ajustée à la hausse pour exercer un effet dissuasif, sur la base d'un coefficient multiplicatif (en général de deux), afin de tenir compte de la taille des firmes et/ou du marché. La Commission prend en compte, dans une troisième étape, la durée du cartel : si le cartel a fonctionné entre un et cinq ans, l'amende peut être majorée jusqu'à 50 % ; si le cartel a survécu plus de cinq ans, l'amende est majorée de 10 % par année. Nous pouvons constater que ce mode de calcul peut conduire paradoxalement à punir proportionnellement moins les cartels de longue durée. Dans un dernier temps, 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 excéder 10 % du chiffre d'affaires mondial des firmes incriminées (sur la base de l'exercice précédant l'année de la décision)²⁵. Nous voyons que la pratique européenne ne fait pas directement référence aux notions de gain illicite ou de perte de surplus – si ce n'est de manière accessoire²⁶ –, ce qui rend difficile toute comparaison avec notre approche en termes de sanction optimale. Quant au recours à un plafond exprimé en chiffre d'affaires total, il repose sur l'hypothèse selon laquelle le surprofit illicite est positivement lié à la taille de l'entreprise. Nous pouvons simplement remarquer que ce plafond de 10 % du chiffre d'affaires mondial introduit un biais en termes de dissuasion : en particulier, une firme monoproduit qui participe à un cartel ne peut risquer plus de 10 % de son chiffre d'affaires total, ce qui est en deçà du niveau de sanction optimale.

Si l'on considère à présent les amendes effectivement infligées, on constate de prime abord 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

24. Commission européenne, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n° 17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA, *JOCE*, C9, 14 janvier 1998, 3.

25. Le plafond fixé à 10 % n'a pas de véritable justification économique, mais est sans doute motivé par le souci de sécurité juridique des firmes incriminées.

26. « Augmentation du montant de base pour les circonstances aggravantes telles que, par exemple : (...) – nécessité de majorer la sanction afin de dépasser le montant des gains illicites réalisés grâce à l'infraction lorsqu'une telle estimation est objectivement possible ».

même, au niveau communautaire, les 15 principaux cartels sanctionnés par la Commission au cours de 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 rester encore insuffisantes : selon Wils (2001), elles représenteraient en Europe au mieux 15 % du chiffre d'affaires annuel des firmes sur le marché affecté par le cartel, ce qui est fort éloigné de l'estimation qu'il fait de l'amende optimale (150 %). De même, 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 à chaque fois infligées par les autorités américaines. En ce sens, on peut considérer que la pratique outre-Atlantique se rapproche le plus d'une logique d'« amende optimale ». L'enquête de l'OCDE fournit également quelques estimations des amendes en pourcentage des transactions commerciales affectées : le chiffre oscille entre moins de 1 % (dans le cas du cartel hôtelier en Espagne) et 46 % (dans le cas du cartel de la construction maritime aux États-Unis) ; à nouveau, le niveau d'amende imposé par les autorités américaines apparaît plus concordant avec l'objectif de dissuasion que celui adopté par d'autres pays de l'OCDE²⁷.

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

- l'application d'une sanction optimale se heurte à un principe juridique fondamental, celui de la proportionnalité des peines. L'approche économique délaisse en effet la fonction rétributive des amendes pour se centrer sur la seule fonction dissuasive. Or, en Europe par exemple, l'article 49(3) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne rappelle clairement que « l'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction » ;
- 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 et 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 (cf. *infra*) ;

27. D'ailleurs, certains économistes se sont alarmés du niveau élevé des sanctions aux États-Unis et redoutent même un excès de dissuasion (*overdeterrence*) ; voir par exemple Cohen et Scheffman (1989).

- en vertu du principe d'individualisation des peines, on ne saurait infliger une amende particulière sur la base d'un raisonnement statistique fondé sur une moyenne (notamment concernant la hausse de prix induite par le cartel et la durée de vie du cartel). Il est donc nécessaire de calculer l'amende optimale au cas par cas, ce qui ne facilite pas la tâche des autorités antitrust ;
- l'approche en termes d'amende optimale implique qu'un cartel qui n'a eu aucun effet (par exemple parce qu'il n'a pas été mis en œuvre) ne doit faire l'objet d'aucune sanction. Or on peut considérer *a contrario* que l'objet anticoncurrentiel du cartel prime sur son effet ; dans ce cas, le calcul d'une sanction assise sur le gain illicite (ou le dommage causé) devient accessoire, pour ne pas dire inutile. Telle est sans doute la justification principale de l'approche forfaitaire retenue par la Commission européenne ;
- l'imposition d'une amende assise sur le dommage ou le gain illicite expose les autorités de concurrence à de fréquents recours sur le mode de calcul de l'amende.

Au terme de cette première partie, quelles conclusions normatives peut-on tirer de la littérature récente sur la sanction optimale des cartels ?

Une première réponse consiste à préconiser le relèvement des seuils maximaux d'amendes en pourcentage (Frese, 2005) ou en valeur absolue, et surtout le relèvement du niveau des amendes effectivement infligées par les autorités antitrust (Connor, 2004 ; Wehnhörner, 2005 ; OCDE, 2005a), en dépit des obstacles culturels que nous avons mentionnés. En particulier, dans le cas de l'Union européenne, compte tenu de l'absence de sanctions pénales et de la faible occurrence d'actions civiles, un accroissement des amendes apparaît nécessaire pour se rapprocher de l'amende dissuasive²⁸.

Une deuxième voie met l'accent sur le renforcement de la probabilité de détection : à défaut d'augmenter la sanction, il faudrait augmenter les chances de détecter les cartels, ce qui a un effet tout aussi dissuasif. Tel est précisément l'objet des politiques de clémence mises en œuvre dans nombre de pays aujourd'hui.

Une troisième proposition conduit à porter son attention sur un éventuel élargissement du champ d'application des lois antitrust : dès lors que les amendes à l'encontre des firmes s'avèrent insuffisantes au regard de l'objectif de dissuasion, il convient peut-être d'encourager les victimes à demander des réparations (actions civiles) et d'inciter les autorités judiciaires à poursuivre pénalement les individus qui se livrent aux pratiques de cartel.

28. Selon Connor et Bolotova (2005), cette augmentation des amendes serait également justifiée par le fait qu'un cartel pratique des prix plus élevés en Europe qu'aux États-Unis : « *Overcharges imposed by cartels operating in Europe are higher than those in North America. From an optimal-deterrence perspective, this result may justify higher fines (as a percentage of affected sales) on local cartels by the EU and its member states than local cartels in North America* », p. 44.

3 VERS UNE DISSUASION ÉLARGIE ?

Au-delà des amendes infligées par les autorités de concurrence au nom du dommage causé au marché, les pratiques de cartel peuvent donner lieu à des actions civiles en réparation – ce que les Anglo-Saxons désignent sous le terme de *private enforcement*, par opposition au *public enforcement* –, voire à des poursuites pénales à l'encontre des individus ayant pris part à un cartel. La question de l'élargissement du champ d'application des lois antitrust fait aujourd'hui l'objet de débats au niveau communautaire, dans un contexte marqué par l'insuffisance des amendes au regard de l'objectif de dissuasion optimale (cf. *supra*) et par l'effet d'attraction qu'exerce le modèle américain basé sur le *private enforcement* et les poursuites pénales sous la forme de prison.

Cette approche élargie des sanctions nous conduit à reformuler l'arbitrage de Becker envisagé précédemment : en supposant que les différentes sanctions sont commensurables²⁹ et en faisant abstraction de leur différence de nature juridique, la décision de former un cartel, pour un individu neutre au risque, dépend désormais de la comparaison entre le gain espéré du cartel et le montant espéré de la totalité des sanctions encourues. Outre les amendes, ce montant inclut :

- la probabilité d'une procédure civile, laquelle peut être d'ailleurs conditionnée par l'issue de la saisine auprès des autorités de concurrence ;
- le montant moyen des dommages alloués aux victimes ;
- la probabilité de poursuites pénales ;
- le montant moyen de la sanction pénale.

3.1 L'opportunité d'actions civiles

Dans le cas américain, les actions civiles et le paiement de dommages qui en résulte constituent, depuis les années 1960³⁰, des armes redoutables à l'encontre des membres d'un cartel. Quelques faits permettent de mieux appréhender le rôle essentiel de ce *private enforcement* outre-Atlantique : dans les grandes affaires de cartel, les réparations demandées dépassent bien souvent le montant des sanctions pécuniaires infligées par les autorités antitrust³¹. Selon Jones (1999), les actions privées représen-

29. Ce qui suppose, dans le cas de sanctions pénales, qu'elles prennent une forme monétaire ou bien que la peine de prison infligée aux personnes puisse être « convertie » en équivalent monétaire (par exemple, nous pouvons raisonner en termes de manque à gagner pour le dirigeant incarcéré, qui de ce fait ne peut exercer son activité professionnelle, etc.).

30. La première grande action civile remonte à 1960, lorsque 1 800 demandes de réparation ont été déposées par des entreprises de production d'électricité à l'encontre des membres du cartel du gros équipement électrique (General Electric, Westinghouse, etc.).

31. Plusieurs affaires célèbres attestent du montant élevé des demandes de réparation : dans l'affaire Visa MasterCard, les millions de commerçants emmenés par le groupe Wal-Mart réclament plus de

taient à la fin des années 1990 plus de 90 % du total des affaires de concurrence au niveau fédéral. Plusieurs facteurs contribuent à expliquer cet « activisme » en matière d'actions en réparation. En premier lieu, le montant des dommages alloués aux victimes prend une forme particulière, dans la mesure où il va au-delà de la simple restitution, qui consiste par nature à compenser la perte subie du fait de la pratique de cartel, pour présenter une dimension punitive (*punitive damages*) : les sections 7 du *Sherman Antitrust Act* (1890) et 4 du *Clayton Antitrust Act* (1914) prévoient en effet la possibilité pour la victime d'obtenir le versement de « triples dommages ». En deuxième lieu, le modèle américain se fonde largement sur le système des actions collectives (*class actions*) : plusieurs plaignants (notamment des consommateurs finaux ou de petites firmes) décident de joindre leurs demandes en réparation sur un même dossier (ce qui suppose que les revendications soient similaires) et de poursuivre collectivement une firme, en remettant la défense de leurs intérêts à un intermédiaire unique agissant en leur nom collectif. Cette procédure a le mérite d'inciter de nombreuses victimes ayant subi un dommage mineur au niveau individuel (mais élevé au niveau global, compte tenu du grand nombre de victimes) à entreprendre une action : s'il n'est économiquement pas rentable d'engager une procédure seul, compte tenu des coûts fixes et de la faiblesse du gain espéré, la mise en commun des revendications permet de réaliser des économies d'échelle. En troisième lieu, les modes de rémunération des cabinets d'avocats facilitent les poursuites civiles : les paiements contingents (le paiement n'est effectué qu'en cas de succès de la procédure, sur la base d'un pourcentage du dédommagement obtenu par la victime ou sur la base d'une somme fixe) ou le système des bonus (le paiement prend la forme d'un tarif binôme, avec une redevance fixe et une redevance variable, fonction du succès de la procédure) sont d'usage fréquent. En quatrième lieu, la possibilité pour les cabinets d'avocats de démarcher les victimes, par exemple sous la forme de collecte en ligne de mandats de représentation, permet le développement d'un « marché » de l'action au civil. En dernier lieu, la procédure de *discovery* permet à une partie d'obtenir avant le déroulement du procès la divulgation par la partie adverse des documents relatifs à la plainte : cette facilité conduit plus rapidement à l'établissement de la preuve, notamment en l'absence de décision préalable des autorités antitrust.

Comparées au cas américain, les actions en réparation restent encore marginales dans les autres pays de l'OCDE – et tout particulièrement en Europe (Jones, 1999). Ce faible développement³² s'explique notamment par le coût et la longueur des procédures, l'absence d'actions collectives, le faible montant des dommages généralement accordés par le juge civil (souvent en deçà de la simple réparation), la difficulté pour les victimes de prouver la faute et le préjudice subi, etc. On peut

2 milliards de dollars ; dans le cartel des vitamines, le montant des réparations pour le seul cas américain dépassait déjà le milliard de dollars en 2002.

32. En réalité, la réparation existe en Europe en matière de concurrence, mais elle emprunte la voie de la transaction plutôt que celle des tribunaux.

toutefois souligner une inflexion récente au niveau législatif dans plusieurs pays. Ainsi, au Royaume-Uni, le nouvel *Enterprise Act* (2002)³³ accorde une place de choix aux actions privées, au travers des sections 47 A et B, qui autorisent les actions collectives de consommateurs pour une même infraction. De même, le Japon et la Nouvelle-Zélande ont réformé leur législation dans les années 1990, afin d'encourager l'octroi d'une compensation aux victimes de cartels. Au niveau communautaire, on notera la publication, en 2004, d'un rapport réalisé par le cabinet Ashurst sur le rôle possible des actions civiles dans l'effectivité des règles antitrust³⁴ ; et Neelie Kroes, la nouvelle commissaire à la concurrence, souhaite aujourd'hui un débat sur ce thème au travers de la publication, en décembre 2005, d'un *Livre vert*³⁵. De même, dans son arrêt *Courage et Crehan*, la Cour de justice européenne rappelle que tout agent ayant subi un dommage à la suite d'une pratique anticoncurrentielle relevant de l'article 81 est en droit de demander des réparations³⁶.

Au regard de l'objectif de dissuasion, l'opportunité d'encourager les actions civiles peut être justifiée par la relative faiblesse des amendes infligées par les autorités de régulation. En d'autres termes, les réparations, bien qu'elles soient juridiquement d'une nature différente des amendes, permettraient de se rapprocher du niveau de sanction optimale, que les amendes seules ne parviennent pas à atteindre³⁷. 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 ont certes atteint un montant record en valeur absolue (915 millions de dollars), mais elles ne représentent en moyenne, selon Connor (2005b), qu'entre 43 et 55 % du surprofit total réalisé par le cartel aux États-Unis (tableau 2). Dans 2 cas (vitamines B2 et B3) sur 16 seulement, l'amende dépasse les 100 % du gain illicite. Ces pourcentages doivent être mis en relation avec la sanction optimale, qui requiert un multiple de 6,6 fois le gain illicite (pour une probabilité de détection de 15 %) ou de 3,3 fois le gain illicite (pour une probabilité de détection de 30 %, grâce aux programmes de clémence). En d'autres termes, la seule amende infligée par les autorités antitrust américaines au cartel des vitamines s'avère insuffisante pour exercer à elle seule un effet dissuasif. Un constat similaire peut être établi au niveau communautaire : à l'exception du marché du choline

33. <http://www.dti.gov.uk/ccp/enterpriseact/intro.htm>.

34. Ashurst, *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case on Infringement of EC Competition Rules*, http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/comparative_report_clean_en.pdf.

35. Commission européenne, *Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, décembre 2005, COM(2005) 672, http://europa.eu.int/comm/off/green/index_fr.htm.

36. CJCE, 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, *JOCE*, I-6297.

37. En termes de dissuasion, seul le niveau total de la sanction est important et non sa composition intrinsèque ; autrement dit, il est économiquement (mais pas juridiquement) équivalent d'imposer 1 euro au titre des réparations ou 1 euro au titre de l'amende infligée par les autorités de régulation. Le raisonnement s'étend également aux sanctions pénales, dès lors qu'elles sont commensurables.

chloride³⁸ (vitamine B4) et de la vitamine D3, le niveau moyen des amendes exprimé en pourcentage du gain illicite apparaît peu dissuasif ; il serait compris entre 26 et 40 % du gain illicite. Toutefois, dans le cas américain, les réparations obtenues par les victimes viennent modifier significativement le niveau de la sanction totale, qui apparaît en réalité peu éloigné du bas de notre fourchette de sanction optimale (soit 3,3 fois le gain illicite) : en effet, les réparations étant d'un niveau absolu élevé (entre 2,2 et 2,7 milliards de dollars au total, selon les estimations de Connor), la sanction totale (définie ici comme la somme de l'amende et des réparations) oscillerait entre 171 et 208 % du gain illicite ! Dans le cas de la vitamine B2, la sanction totale atteint même 400 % du gain illicite.

Tableau 2. Les sanctions du cartel des vitamines (en % du profit illicite)

Marché de vitamines	Amendes États-Unis (en %)	Réparations États-Unis (en %)	Total États-Unis (en %)	Amendes UE (en %)
Bêta-carotène	62	142-167	204-239	48
Biotin (H)	0	235-261	235-261	0
Choline Chloride (B4)	8-11	110-146	118-157	239-277
Vitamine A	44	109	153	30
Vitamine B1	0	125	125	0
Vitamine B2	127	273	400	81-129
Vitamine B3	84-173	124-256	208-429	0
Vitamine B5	77	131-155	208-232	80-90
Vitamine B6	0	59-94	59-94	0
Vitamine B12	0	163-190	163-190	0
Vitamine C	63-88	144-176	207-264	30-60
Vitamine D3	0	0	0	126-152
Vitamine E	42-46	110-130	152-176	21-55

Source : extrait de Connor (2005b), tableau 1.

À supposer qu'il faille encourager les actions civiles au nom de la dissuasion, la question de leur mise en œuvre reste toutefois largement ouverte, notamment sur deux points : la recevabilité des demandes et la méthode d'évaluation du préjudice.

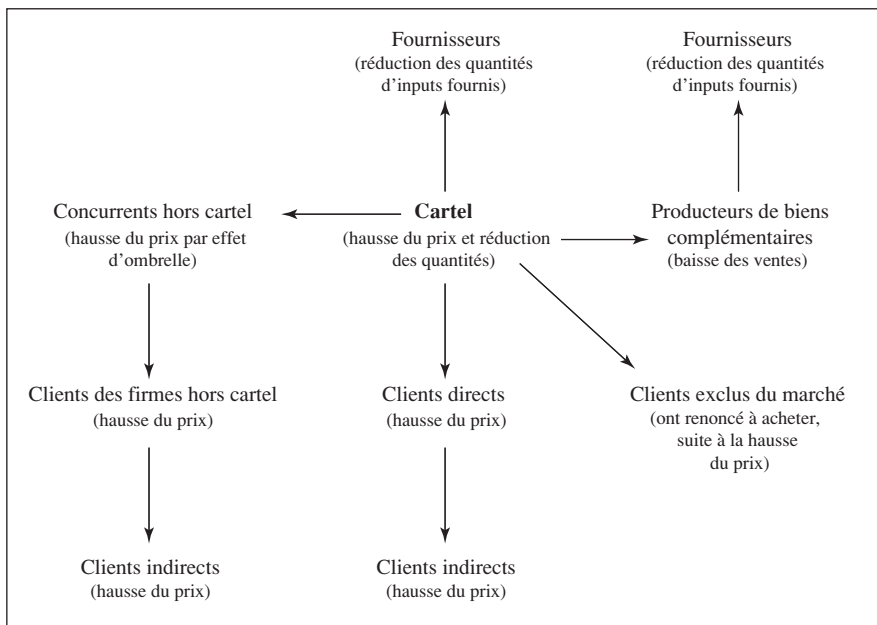
38. Cette sanction correspond à la première amende infligée sous la direction de la nouvelle commissaire à la concurrence, Neelie Kroes.

3.1.1 La multiplicité des victimes et la question du *passing on*

Concernant la recevabilité des demandes, il convient de noter d'emblée que les victimes d'un cartel sont potentiellement nombreuses, dès lors que l'on prend en compte les effets indirects d'une hausse de prix (tableau 3) :

- les clients directs du cartel – c'est-à-dire ceux qui continuent à s'approvisionner à un prix supérieur à celui de concurrence – sont directement concernés ;
- les clients indirects peuvent être affectés par le cartel, dès lors que les clients directs du cartel reportent sur eux une partie de la hausse de prix qu'ils ont subie (cf. *infra*) ;
- si un cartel ne contrôle pas la totalité du marché, il est possible que les firmes de la frange augmentent également leur prix dans la lignée du cartel (stratégie dite « de l'ombrelle ») : les clients de ces firmes de la frange sont indirectement affectés par le comportement du cartel ;
- les clients qui achetaient au prix de concurrence, mais qui ont renoncé à acheter le bien cartellisé (ce qui correspond à la « perte de bien-être ») sont également concernés, tout comme ceux qui ont dû se tourner vers des fournisseurs de produits imparfaitement substituables à ceux du cartel. En pratique, il est toutefois difficile de prouver l'existence d'un tel dommage, en l'absence de

Tableau 3. Les victimes potentielles d'un cartel



Source : à partir de European Commission (2004), p. 2-13.

transactions effectives ; de plus, l'identification précise des victimes est délicate, tout agent pouvant prétendre qu'il aurait acheté le bien s'il n'avait pas été cartellisé ;

- les fournisseurs directs du cartel sont affectés par la réduction de la production en aval ;
- les firmes offrant des biens complémentaires de ceux du cartel sont également pénalisées : la hausse du prix du cartel conduit les clients à diminuer la quantité achetée du bien offert par le cartel, mais également celle de biens complémentaires ;
- les fournisseurs des firmes offrant des biens complémentaires voient leurs ventes diminuer.

Face à cette multiplicité de demandeurs potentiels, l'attention des économistes s'est focalisée sur la question du *passing on* (ou *pass through*), c'est-à-dire la possibilité pour un client du cartel de reporter la hausse de prix en aval. La défense fondée sur le *passing on* consiste alors pour le défendeur à nier l'existence d'un dommage causé à l'acheteur direct, au motif que ce dernier aurait répercuté la hausse du prix sur ses propres clients en aval. Symétriquement, le *passing on* peut être invoqué par un acheteur indirect à l'encontre des membres du cartel, en vue de l'obtention d'une réparation.

L'ampleur du *passing on* dépend pour l'essentiel de trois facteurs :

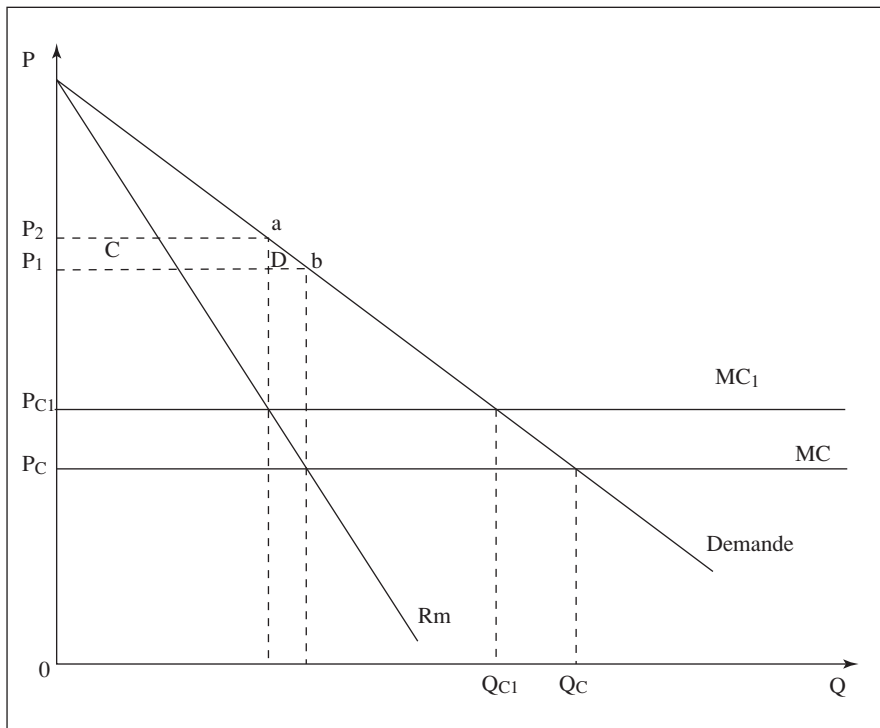
- la structure de marché en aval (Dubow, 2003 ; Hoseinian, 2005) : si le marché en aval est en situation de concurrence parfaite, les firmes victimes du cartel reporteront à long terme la totalité de la surcharge de prix sur leurs clients. En effet, dans la mesure où le prix de vente en concurrence est déterminé uniquement par les coûts variables, la hausse du prix des inputs sera répercutée intégralement dans le prix de vente. Sur le graphique 2, l'équilibre de concurrence avant la surcharge de coût est représenté par la quantité Q_c et le prix P_c . Suite à la hausse du coût marginal de production de MC à MC_1 , la firme en concurrence reporte la totalité de la surcharge sur les consommateurs : le prix de concurrence passe de P_c à P_{c1} . À l'inverse, si la firme victime du cartel est en situation de monopole, seule une partie de la surcharge de prix peut être transférée aux clients en aval. La hausse du coût marginal de production conduit la firme en monopole à accroître son prix de P_1 à P_2 : nous constatons que la hausse de prix est inférieure à l'augmentation du coût marginal de production³⁹. Les consommateurs directs supportent une perte égale à l'aire $(C + D)$, la surcharge de prix transférée au consommateur étant représentée par l'aire C . Nous voyons donc que l'intervalle du *passing on* est compris entre 50 % dans le

39. Avec une fonction de demande linéaire, la hausse de prix est égale à la moitié de l'augmentation du coût marginal.

cas d'un monopole, et 100 % dans le cas d'une firme en situation de concurrence parfaite et en prenant des fonctions linéaires ;

- l'élasticité-prix de la demande : plus la demande est inélastique au prix, plus la part de la surcharge peut être reportée sur la demande en aval. À l'inverse, si la demande est très élastique au prix, la firme victime du cartel devra subir une part importante de la surcharge de prix⁴⁰ ;
- la période de temps retenue : une firme qui subit une augmentation de son prix d'approvisionnement à cause d'un cartel ne peut pas reporter immédiatement cette hausse sur ses propres clients tant que les contrats qui la lient à ces derniers ne sont pas arrivés à échéance. L'ampleur du *passing on* dépend donc de la possibilité de modifier rapidement les contrats : par exemple, dans le cas de consommateurs finaux, il est sans doute plus aisé pour la firme d'accroître le prix à court terme.

Graphique 2. Le *passing on* en situation de monopole



40. Nous pouvons noter que cette question est similaire à celle posée en finances publiques par la répartition de la charge d'une taxe.

En étendant le champ de recevabilité des plaintes aux victimes indirectes, en atténuant le dommage causé à la victime directe, le *passing on* conduit à complexifier considérablement le traitement des dossiers par le juge civil ; voilà sans doute pourquoi les tribunaux américains de niveau fédéral se sont refusés jusqu'ici à considérer l'argument du *passing on*. En effet, dans sa décision *Hanover Shoe*, la Cour suprême a rejeté l'usage défensif du *passing on*, au motif que cela conduirait à diluer la responsabilité du cartel⁴¹. En 1977, dans sa décision *Illinois Brick*, la Cour suprême a également écarté un usage offensif du *passing on*, consistant pour des clients affectés indirectement par le cartel à demander des réparations : seuls les clients directs du cartel peuvent le faire⁴². Ce raisonnement symétrique s'explique par la nécessité de ne pas imposer deux fois des réparations pour un même dommage. L'attitude radicale des autorités américaines peut aisément se justifier par des arguments économiques (Landes et Posner, 1979) : au regard de l'efficacité économique, l'important est d'obtenir une compensation des victimes et non d'identifier précisément le partage des dommages entre les victimes directes et indirectes. Or l'obtention d'une compensation adéquate est plus aisée lorsque seules les victimes directes peuvent poursuivre le cartel :

- si les victimes indirectes sont des consommateurs finaux, l'incitation à poursuivre le cartel est réduite, compte tenu du dommage limité supporté par chaque consommateur, de la difficulté (en dépit des *class actions*) et du coût pour organiser une action collective ;
- les victimes directes disposent de plus d'informations sur le cartel, ce qui accroît la probabilité d'établir un lien clair entre le comportement anticoncurrentiel et le dommage. L'évaluation précise du *passing on* nécessite en effet de disposer de données sur la demande, la structure de marché et la fonction de coût ;
- la multiplication et la dilution des responsabilités risquent de conduire à des procédures longues et coûteuses.

Si la jurisprudence américaine a clairement tranché la question du *passing on*, celle-ci reste encore ouverte en Europe, comme en témoignent les récents jugements contradictoires de tribunaux allemands dans l'affaire du cartel des vitamines⁴³.

3.1.2 La difficile évaluation du dommage

Par définition, l'action au civil nécessite que le plaignant apporte à la fois la preuve de la faute (comportement anticoncurrentiel), celle du préjudice subi et le lien de causalité entre les deux. Pour ce qui concerne l'évaluation du préjudice subi, la

41. US Supreme Court, *Hanover Shoe v. United Shoe Mach.*, 392 US 481 (1968).

42. US Supreme Court, *Illinois Brick co. v. Illinois*, 431 US 720 (1977).

43. En effet, le jugement de la cour du district de Mannheim et de Mayence (LG Mainz du 15 janvier 2004, WuW DE-R 1349) est différent de celui retenu par la cour du district de Dortmund (LG Dortmund du 1^{er} avril 2004, WuW DE-R 1352). En appel, la Cour de Karlsruhe (OLG Karlsruhe du 28 janvier 2004, WuW DE-R 1229) laisse la question du *passing on* ouverte.

victime d'un cartel doit comparer sa situation durant la période de cartellisation du marché avec celle qui aurait prévalu en concurrence. L'estimation de l'équilibre concurrentiel et du prix qui lui est associé (dénommé « *but for price* ») n'est pas chose aisée et peut s'appuyer sur quatre méthodes différentes, qui peuvent d'ailleurs être combinées entre elles.

Une première méthode fréquemment utilisée dans les procédures civiles aux États-Unis – qualifiée de méthode « avant et après » (« *before and after method* ») consiste à prendre comme référence la situation du marché avant ou après la période de cartellisation. Elle peut donner lieu à une évaluation quantitative simple (comparaison des deux prix) ou plus sophistiquée, sur la base d'une modélisation économétrique⁴⁴.

Le recours au prix observé après le cartel peut conduire à une sous-estimation du dommage : anticipant les actions civiles, les firmes incriminées peuvent avoir intérêt à ne pas baisser trop fortement leurs prix à l'issue du cartel et durant la période des poursuites, afin de sous-estimer le dommage causé (Harrington, 2004)⁴⁵. L'évolution des prix dans le cas du cartel des électrodes au graphite est à cet égard troublante : au cours de la période de cartellisation qui s'étend de juin 1992 à juin 1997, le prix des électrodes a augmenté graduellement, pour atteindre un niveau record de +56 % juste avant que le cartel soit démantelé par les autorités antitrust américaines. La fin du cartel aurait logiquement dû conduire à une chute brutale des prix ; pourtant, deux ans après la fin du cartel et alors que les actions civiles n'étaient pas terminées, le prix moyen des électrodes au graphite se trouvait encore à un niveau supérieur de 20 % à celui observé avant la cartellisation du marché, alors même que les coûts de production n'ont pas connu de changement majeur au cours de la période 1992-2000. Sur la base d'un modèle d'oligopole à la Cournot avec produits différenciés, Harrington (2004) montre qu'à l'issue du cartel, chaque firme prend en compte les deux effets contraires sur son profit d'une baisse marginale de son prix : d'un côté, la firme accroît sa part de marché et donc son profit ; de l'autre, elle voit son profit diminuer, dans la mesure où le montant espéré des réparations qu'elle devra payer augmente. Ce comportement stratégique des firmes dans la fixation du prix postcartel dépend notamment du degré de concentration du marché : sur un marché de petit nombre, l'incitation à baisser le prix à l'issue du cartel est limitée, dans la mesure où le prix pratiqué par une firme influe fortement sur le niveau moyen de prix, lequel constitue le référentiel pour l'estimation du dommage.

Pour remédier à ce biais, on peut prendre comme référence le prix avant la formation du cartel ; une telle méthode permet en effet d'éviter la manipulation stratégique du prix par les firmes incriminées, mais se heurte également à deux obstacles principaux :

44. Pour une présentation simple de l'usage de l'économétrie pour « prédire » le prix de concurrence qui aurait dû prévaloir durant la période de cartellisation, voir European Commission (2004).

45. Une autre explication est que les firmes pratiquent une « collusion résiduelle » : la collusion explicite cède la place à une collusion tacite.

- les données précartel risquent d’être peu fiables lorsque la durée de vie du cartel est longue, compte tenu de possibles modifications structurelles du marché (que ce soit au niveau de la demande ou de la fonction de coût). Or la plupart des études empiriques mettent en évidence une durée de vie qui n’est pas négligeable (de l’ordre de cinq ans au minimum), comme nous l’avons vu précédemment ;
- si la datation de la fin d’un cartel est aisée dans le cas d’une investigation antitrust – la fin du cartel pouvant être assimilée au début des investigations antitrust –, il est en revanche plus délicat de déterminer le point de départ d’un cartel. D’une part, si les preuves matérielles marquant le début du cartel sont détruites ou perdues, une période de cartel risque d’être assimilée à une situation de précartel, ce qui conduit à majorer le référentiel de prix et à minorer le dommage causé. *A contrario*, la formation d’un cartel peut être la réponse à une modification de l’intensité concurrentielle, notamment lorsque les conditions structurelles du marché évoluent⁴⁶ : par exemple, un déclin durable de la demande peut se traduire par une guerre des prix momentanée, afin de forcer certains acteurs à rationaliser leur capacité de production. Dans ce cas, le prix concurrentiel retenu sera trop faible, ce qui conduira à majorer le montant du dommage causé.

Une deuxième approche consiste à calculer la surcharge de prix en prenant comme référentiel un marché comparable à celui qui a été cartellisé. Cette approche comparative (*yardstick approach*) apparaît fiable lorsque la collusion est intervenue seulement sur certains marchés géographiques, alors que d’autres marchés similaires sont restés en concurrence⁴⁷ : en prenant la même période et le même produit, il est possible de comparer les niveaux de prix sur les deux marchés, comme le font par exemple Porter et Zona (1999) dans le cas des appels d’offres pour la fourniture de lait aux écoles. Il convient toutefois de s’assurer que les caractéristiques structurelles des marchés comparés sont bien les mêmes, notamment lorsque des comparaisons internationales sont effectuées.

Une troisième approche consiste à déterminer le prix concurrentiel en partant du coût unitaire de production des membres du cartel. Elle suppose d’avoir accès à des données économiques et comptables fiables sur la structure de coût des firmes. Ainsi, dans l’affaire du cartel de la lysine, Connor (2003a) rapporte une estimation du coût unitaire moyen de production de lysine, présentée par les plaignants : s’appuyant sur des données très précises sur les différents types de coûts (travail, énergie, produits intermédiaires, etc.), les plaignants estiment que pour un niveau de production compris entre 10 et 18 millions de livres (ce qui correspond à la période de cartellisation), le coût unitaire est constant et compris entre 0,73 \$ et 0,78 \$, alors même que le prix de vente était largement supérieur. La méthode basée sur les coûts se heurte toutefois à plusieurs difficultés :

-
46. Ainsi, dans le cas du cartel de l’acide citrique, le prix a baissé de 25 % durant les dix-huit mois qui ont précédé la formation du cartel, lequel a conduit ensuite à une hausse de prix de 33 %.
47. Cette situation n’est pas celle qui prévaut dans le cas des grands cartels internationaux, comme le cartel des vitamines ou de la lysine.

- elle implique de déterminer à partir du coût unitaire de production la marge (c'est-à-dire l'écart entre le prix et le coût unitaire) qui devrait prévaloir en concurrence. D'un point de vue économique, la marge « normale » doit correspondre au coût du capital ajusté du risque, mais d'autres éléments peuvent entrer en jeu. Pour estimer cette marge, on peut se servir de celles des autres firmes du secteur ou utiliser le coût du capital de la firme qui prend en compte le rendement exigé par les actionnaires. Eckbo (1976) et Griffin (1989)⁴⁸ ont été les premiers à utiliser cette méthode en mesurant l'augmentation des prix de certains cartels au-dessus du coût unitaire de production ;
- elle suppose que la marge ainsi déterminée soit constante au cours du temps, ce qui revient à considérer que le prix n'est pas influencé par d'autres facteurs tels que le niveau ou les fluctuations de la demande.

Une dernière méthode s'appuie sur un modèle théorique de concurrence oligopolistique, afin de simuler le prix qui aurait dû prévaloir en l'absence de cartellisation du marché. Cette méthode a le mérite de déterminer un prix en prenant en compte à la fois des facteurs tels que la demande, les coûts de production et le type de concurrence entre les firmes. À titre d'exemple, lors de l'affaire du cartel de la lysine, les défenseurs des firmes ont soutenu que le marché pouvait être modélisé comme un oligopole à la Cournot avec de fortes barrières à l'entrée et une concentration marquée du marché ; en conséquence, même en l'absence de cartellisation du marché, le prix de concurrence oligopolistique aurait été élevé... Ce qui conduit à minorer le dommage causé aux victimes (Connor, 2003a). Les résultats obtenus par la modélisation sont toutefois très sensibles à la valeur des paramètres retenus (coût marginal, élasticité-prix de la demande) et au type de modèle de concurrence utilisé (Cournot, Bertrand, degré de différenciation des produits, etc.). Cette approche est d'ailleurs décrite par ses détracteurs sous le terme de « spéculation oligopolistique ».

3.1.3 Les limites de l'action civile

Si la question des actions civiles retient aujourd'hui l'attention, l'opportunité de leur développement en Europe ne semble toutefois pas faire l'unanimité parmi les économistes.

En premier lieu, le *private enforcement*, loin de venir compléter le *public enforcement*, pourrait au contraire entraver le travail de détection des autorités antitrust. 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 civile (voire de poursuites pénales). 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 : les sanctions

48. Cf. Levenstein et Suslow (2001).

pécuniaires infligées par les autorités de concurrence au nom du dommage causé au marché n'exonèrent en rien les firmes incriminées de leur responsabilité civile. 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 dues aux victimes par le premier membre d'un cartel qui coopère avec le département de la Justice : au lieu de s'exposer au paiement des « triples dommages », le collaborateur ne doit plus que les dommages simples (on parle alors de « *detrebling* »).

En second lieu, des auteurs comme Wils (2003) doutent de l'opportunité d'actions civiles, dans la mesure où elles ne résolvent pas la question centrale de l'incapacité à payer des firmes, puisque l'approche fondée sur l'amende optimale conduit à préconiser des amendes/réparations comprises entre 3,3 et 6,6 fois le dommage total (cf. *supra*). Voilà sans doute pourquoi Wils milite plutôt en faveur de sanctions pénales envers les individus, en complément des amendes infligées actuellement par les autorités antitrust.

3.2 L'opportunité de sanctions pénales

Au-delà des sanctions pécuniaires et des poursuites civiles, la dissuasion des pratiques de cartel peut également emprunter la voie de sanctions pénales à l'encontre des individus participant à la formation de cartels, que ce soit sous la forme d'amendes, d'incapacitation ou de peines d'emprisonnement⁴⁹.

En la matière, le cas américain fait jusqu'ici figure d'exception. D'une part, la législation américaine a prévu dès le *Sherman Act* la possibilité de sanctions pénales⁵⁰, et les textes ont évolué à plusieurs reprises dans le sens d'un relèvement des plafonds de sanctions⁵¹ : depuis juin 2004 et l'adoption de l'*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*, l'amende maximale infligée à un individu est

49. La « criminalisation » des comportements présente plusieurs spécificités, par rapport à l'imposition de sanctions administratives et aux actions civiles (Wils, 2005) : elle est essentiellement dirigée à l'encontre d'individus ; elle suppose de mettre en évidence une intention explicite (et non une simple négligence) des individus d'enfreindre la loi ; elle repose sur une condamnation morale du comportement, qu'elle stigmatise ; la relation entre la sanction et le dommage causé ne repose pas nécessairement sur une évaluation quantitative du dommage ; les pouvoirs d'investigation des autorités judiciaires sont importants ; le respect de la procédure et la stricte séparation de l'instruction et du jugement sont primordiaux, afin d'assurer une grande sécurité juridique aux individus poursuivis.

50. En réalité, seules les pratiques de cartel (relevant de la section 1 du *Sherman Act*) font l'objet de poursuites pénales à l'encontre d'individus.

51. Pour mémoire, le *Sherman Act* prévoyait à l'origine (en 1890) une peine maximale d'un an de prison et une amende maximale de 5 000 dollars. En 1955, le maximum de l'amende a été relevé à 50 000 dollars. En 1974, l'*Antitrust Procedures and Penalties Act* accroît l'amende maximale à 100 000 dollars pour un individu, tandis que la peine maximale de prison atteint trois ans.

désormais fixée à 1 million de dollars, tandis que la peine maximale de prison peut atteindre jusqu'à dix ans. D'autre part, on a pu assister, à partir des années 1970, à un recours plus systématique des autorités américaines aux peines de prison dans des affaires de cartel : dans une étude portant sur la période 1963-1984, Gallo et Craycraft (1985) montrent que 4,8 % des individus poursuivis étaient effectivement condamnés à des peines de prison avant l'adoption, en 1974, de l'*Antitrust Procedures and Penalties Act*, contre 20 % sur la période 1974-1984. Cette tendance s'est accentuée au cours des années 1990, notamment à l'occasion du démantèlement de cartels internationaux : des peines de prison ont été infligées à 35 individus en moyenne chaque année et 132 personnes ont été condamnées à de la prison ferme pour une durée moyenne de neuf mois (Gallo *et alii*, 2000). Qui plus est, ces peines ont été requises non seulement à l'encontre d'individus de nationalité américaine, mais également de personnes étrangères et les demandes d'extradition du gouvernement américain se sont multipliées à l'occasion d'investigations criminelles sur de grands cartels internationaux⁵². L'usage de poursuites criminelles s'explique en partie par la forte réprobation morale des comportements de cartel au sein de la société américaine, attachée à l'idée d'une concurrence par le mérite⁵³.

La situation des autres pays de l'OCDE contraste singulièrement sur ce point avec l'exemple américain : sur treize pays de l'OCDE disposant d'une législation pénale, trois pays seulement – à savoir l'Allemagne, l'Australie et 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, 2003). Au niveau communautaire, si la Commission ne possède pas par nature de compétence pénale, le règlement 1/2003 n'exclut toutefois pas la possibilité pour chaque pays membre d'infliger au niveau national des sanctions pénales aux individus pour les violations des articles 81 et 82 du traité⁵⁴. En dépit de cette possibilité offerte, les comportements anticoncurrentiels sont rarement pénalisés et, lorsqu'ils le sont, l'effectivité de ces textes reste en règle générale faible, pour ne pas dire inexistante. La tendance est même dans certains pays à la dépenalisation, à l'image de la France, de la Hollande, de l'Autriche et du Luxembourg. Ainsi, en France, alors que la politique antitrust revêtait un caractère essentiellement pénal dans les années 1950 et 1960, l'ordonnance de 1986 a mis en exergue le rôle des sanctions administratives infligées par le Conseil de la concur-

52. La division antitrust du *Department of Justice* a notamment adressé une « liste rouge » à Interpol en 2001 afin de faciliter l'arrestation, puis l'extradition de dirigeants incriminés résidant hors des États-Unis.

53. Le célèbre économiste Robert Reich notait ainsi : « *Antitrust is popular with the public and has a compelling ideologic attraction ; the ideal of competition continuing to receive broad support from a wide spectrum of American public opinion.* » Cité par Wils (2005), note 36.

54. L'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (*JOUE*, L 001, 4 janvier 2003) énonce ainsi : « Les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité dans les cas individuels. À cette fin, elles peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes : (...) infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national. (...) ».

rence, même si, à titre « résiduel », l'article L. 420-6 du code de commerce stipule qu'est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait pour une personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans l'organisation de pratiques telles qu'un cartel⁵⁵. Selon Harding (2002) et Harding et Joshua (2003), cette faible pénalisation en Europe s'explique d'abord par l'absence de condamnation morale des comportements de cartel, 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 mouvement inverse et récent de criminalisation dans trois pays de tradition anglo-saxonne : l'Angleterre, l'Irlande et plus récemment l'Australie. En Angleterre, l'*Enterprise Act* (2002) prévoit des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques pouvant aller jusqu'à cinq ans de prison, une peine d'incompatibilité à l'exercice des fonctions et une amende dont le montant n'est pas plafonné. En Irlande, le *Competition Act* (2002) prévoit également des sanctions pénales à l'encontre des personnes physiques (cinq ans de prison au maximum et jusqu'à 4 millions d'euros)⁵⁶. En Australie, à la suite du rapport Dawson, en 2003, un projet de loi déposé en 2005 envisage la pénalisation des pratiques de cartel.

3.2.1 Les fondements économiques des sanctions pénales

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 (Werden et Simon, 1987 ; Wils, 2005)⁵⁷ : eu égard à la faible probabilité de détection des cartels et à l'ampleur des dommages infligés au marché, l'amende optimale (telle que nous l'avons déterminée précédemment) a de fortes chances d'être supérieure aux moyens financiers dont dispose la majorité des firmes. L'étude de Craycraft *et alii* (1997) vient conforter cette thèse : sur la base d'un échantillon de 386 grandes firmes poursuivies pour cartel aux États-Unis au cours de la période 1955-1993, les auteurs concluent que l'imposition d'une amende optimale conduirait 60 % des firmes à la faillite. À supposer même que la firme puisse payer l'amende optimale, plusieurs effets adverses risqueraient de se produire : les créan-

55. Dans la réalité, les poursuites pénales sont rares, compte tenu notamment des difficultés d'ordre procédural. Pour une perspective juridique sur cette faible effectivité en France, voir notamment Bouloc (2005).

56. www.irishstatutebook.ie/ZZA14Y2002.html.

57. Les autorités antitrust prennent d'ailleurs en compte dans la fixation de l'amende la capacité à payer des firmes : au niveau communautaire, les *Lignes directrices sur le calcul des amendes* énoncées par la Commission (*JOCE*, C9, 14 janvier 1998) précisent qu'« il convient, selon les circonstances (...) de prendre en considération certaines données objectives telles que (...) les caractéristiques propres des entreprises en cause ainsi que leur capacité contributive réelle dans un contexte social particulier pour adopter, *in fine*, les montants d'amende envisagés » ; une approche similaire est retenue par les autorités américaines.

ciers vont douter de la capacité de la firme à rembourser ses dettes, les actionnaires vont perdre confiance dans la stratégie de l'entreprise, les employés risquent de souffrir de restructurations destinées à baisser les coûts, tandis que les clients vont supporter une partie du paiement de la sanction... sous la forme d'une hausse du prix. En d'autres termes, les poursuites pénales à l'encontre des individus permettraient de surmonter l'impossibilité pratique d'infliger des amendes optimales aux firmes ! D'ailleurs, dans son rapport sur les ententes injustifiables, l'OCDE (2003) précise que « les sanctions infligées aux entreprises étant rarement suffisamment sévères pour avoir un effet dissuasif optimal sur les ententes, les sanctions contre des personnes physiques peuvent compléter les sanctions infligées aux entreprises et accroître l'effet dissuasif ».

Un autre argument, relatif au *corporate governance*, peut être également invoqué (Wils, 2001 ; OECD, 2005). 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 infligée à la firme est *in fine* supportée par les actionnaires, alors même que le manager aura sans doute quitté la firme. Dans cette perspective, les sanctions pénales à l'encontre des dirigeants 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.)⁵⁸. De manière plus générale, 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.

3.2.2 Quels types de sanctions pénales ?

À supposer qu'il faille poursuivre les individus qui organisent un cartel, doit-on privilégier les amendes ou bien plutôt les peines de prison⁵⁹ ?

58. Cet argument peut être toutefois critiqué : tout d'abord, les actionnaires ont profité des pratiques de cartel des dirigeants sous la forme d'un cours de l'action plus élevé ; ensuite, on fait jouer à l'État (et donc au contribuable) le rôle normalement dévolu aux actionnaires, à savoir le contrôle des managers.

59. Nous réduisons les termes du débat à un choix binaire amende/prison, mais en réalité, une troisième solution existe : l'incapacitation à exercer des fonctions de direction. Une telle mesure existe par exemple au Royaume-Uni : l'*Enterprise Act* (2002) introduit au travers du *Competition Disqualification Orders* (CDO) une procédure d'incapacitation (pouvant aller jusqu'à quinze ans) à l'encontre des individus ayant enfreint les règles de concurrence. De même, dans le projet de loi sur les ententes (2005), l'Australie envisage la possibilité d'exclure une personne de l'exercice d'un mandat d'administrateur si elle a été condamnée pour sa participation personnelle à l'organisation d'un cartel. Selon Wils (2005), à défaut de prison, l'incapacitation exerce sans doute un effet plus dissuasif sur les individus que les amendes.

Les économistes, suivant en cela l'approche pionnière de Becker (1968), ont longtemps douté de l'opportunité de peines de prison, préférant s'en remettre aux seules sanctions pécuniaires. En 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. La prison à l'encontre d'individus ne peut se justifier qu'à partir du moment où ces derniers n'ont plus la capacité financière de s'acquitter de la totalité de l'amende : le recours à l'incarcération apparaît ici comme une mesure résiduelle, devant intervenir une fois que la partie recouvrable la plus élevée possible a été infligée⁶⁰.

Pourtant, plusieurs économistes ont récemment défendu l'idée selon laquelle la prison constituait sans doute le moyen adéquat de dissuader la formation de cartels (Werden et Simon, 1987 ; Wils, 2005 ; OECD, 2005) :

- les amendes sont souvent plafonnées à des niveaux faibles, au regard des revenus des dirigeants d'entreprises. Ainsi, aux États-Unis, au cours des années 1990-1999, le montant de l'amende payé par les individus dans des affaires antitrust (principalement des cartels) s'est élevé en moyenne à 90 000 dollars. De plus, il est toujours possible pour une firme de compenser financièrement l'amende payée par son employé⁶¹ ;
- la peine de prison présente à l'évidence un caractère stigmatisant pour l'individu (notamment vis-à-vis de son entourage privé), 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 »⁶² ;
- la peine de prison envoie un signal fort vis-à-vis de son groupe de référence (en général des « cols blancs » dans le cas des cartels), dans la mesure où elle fait l'objet d'une large publicité. Ainsi, à titre d'exemple, la condamnation à un an de prison ferme d'Alfred Taubman, directeur général de Sotheby's, pour avoir organisé un cartel avec son concurrent Christie's a fait l'objet d'un fort écho médiatique ;
- l'expérience américaine récente tend à montrer que les cartels mondiaux intègrent la menace de sanctions pénales à l'encontre de leurs cadres dans la mise en œuvre d'une stratégie de cartellisation (Hammond, 2004) : ils évitent de conspirer sur le territoire américain, alors même qu'ils y sont présents et qu'ils se cartellent sur les autres marchés géographiques ;

60. Une conséquence de ce raisonnement est tirée par Werden et Simon (1987) : « *It is perfectly all right to fine the affluent and imprison the indigent !* »

61. Il en va de même pour les procédures d'incapacitation : la firme peut toujours dédommager le dirigeant pour la perte de son emploi.

62. Werden et Simon (1987) usent d'une image provocante pour illustrer la condamnation morale dont doivent faire l'objet les pratiques de cartels : « *Efficient price fixing is no more likely than efficient child molestation.* »

- la menace de prison peut permettre de renforcer l'efficacité des programmes de clémence, dès lors que cette dernière peut constituer une sanction pénale. 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 pécuniaires.

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 ?

D'une part, la prison fait supporter un coût social à la collectivité : tout d'abord, il y a le coût social de l'emprisonnement, qui comprend les coûts directs relatifs à la construction, à l'entretien des prisons et à leur fonctionnement (coût du personnel employé). Les estimations récentes font état d'un coût annuel moyen (par prisonnier) de 40 000 dollars aux États-Unis (Cooter et Ullen, 2004). Ensuite, il faut prendre en compte le coût d'opportunité lié à la perte de productivité des prisonniers du fait de leur privation de liberté. Ce coût d'opportunité est sans doute élevé et croissant au cours du temps dans le cas d'un « col blanc » dans la mesure où sa productivité dans l'entreprise est importante et diminue rapidement avec l'emprisonnement. Il est en effet toujours possible pour un dirigeant de déléguer pendant quelques semaines la direction de la firme à ses adjoints, mais une telle solution n'est guère envisageable dans le cas de longues peines⁶³.

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 prison⁶⁴ : 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.

4 CONCLUSION

La littérature économique sur les sanctions optimales conduit à préconiser à la fois un relèvement significatif du niveau des amendes et un élargissement du champ d'application des règles de concurrence en direction de sanctions pénales et d'actions civiles.

63. On pourrait toutefois objecter à cet argument que le fait de recourir à des comportements de cartel signale la faible performance du dirigeant, incapable de créer de la valeur par des moyens licites (innovation, etc.).

64. Comme le soulignent Werden et Simon (1987) : « *Once a individual has suffered the indignity of prison for a month or two, each additional month has less of a deterrent effect* » (p. 935). À titre d'exemple, les auteurs évoquent le suicide du dirigeant de la firme McDonough, qui s'était vu infliger quatre-vingt-dix jours de prison pour sa participation à un accord de fixation de prix.

De telles recommandations peuvent sembler de prime abord disproportionnées, voire choquantes, au regard de la pratique actuelle des autorités antitrust et de certains principes juridiques fondamentaux (tels que la proportionnalité des peines), et l'on serait donc tenté de les considérer au mieux 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 du droit de la concurrence, en particulier outre-Atlantique⁶⁵ : 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 (OCDE, 2005b ; OECD, 2005) et commence à faire son chemin en Europe⁶⁶. 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.

Le cas particulier des cartels internationaux, dont le champ d'action couvre *a priori* l'ensemble des continents, mériterait d'être analysé à l'aune de la théorie de la sanction optimale. Il s'avère en effet que la politique antitrust est peu effective dans les pays émergents et en développement, que ce soit en Asie du Sud-Est, en Afrique ou en Amérique du Sud, alors même que ces zones constituent un terrain d'action privilégié pour les cartels mondiaux (voir par exemple Jenny, 2003). Ainsi, Levenstein et Suslow (2003) évaluent l'impact de 42 cartels internationaux et constatent qu'en termes absolus, les importations des pays en développement affectées par ces cartels représentent pour l'année 1997 plus de 51 milliards de dollars. En termes relatifs, les importations cartellisées correspondent à 3,7 % du total des importations des pays en développement et 0,8 % de leur PNB, contre 0,35 % du PNB pour les pays développés. De plus, en vertu de la « doctrine des effets », les amendes infligées par les pays de l'OCDE ne prennent en compte que les dommages causés sur le marché domestique et non les dommages globaux. Connor (2003b) estime que si les autorités américaines jouaient le rôle du « gendarme mondial » et prenaient en compte dans la détermination de l'amende l'impact causé par les cartels internationaux dans les pays émergents, les sanctions infligées devraient être égales à 20 fois le profit espéré dans ce pays ! Pour un cartel mondial, la sanction espérée totale comprend en l'espèce trois composantes géographiques : l'amende espérée infligée aux États-Unis, le paiement espéré de dommages aux victimes aux États-Unis et l'amende espérée dans l'Union européenne. Après avoir paramétré ces différentes variables, Connor (2005a) se livre à une estimation (conservatrice) et obtient une sanction totale espérée comprise entre 0,17 et 0,25 fois le gain illicite obtenu au niveau mondial. Dans ces conditions, l'incitation à former

65. Elle se retrouve notamment de manière exemplaire dans le document de travail établi par la Nouvelle-Zélande en 1998 afin de renforcer l'effectivité de la politique antitrust (ministère du Commerce, 1998).

66. Le 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) en est une récente illustration. Voir aussi Combe (2005).

un cartel mondial apparaît forte au regard de la sanction espérée... Surtout si les firmes s'abstiennent de tout comportement illicite sur le marché européen et américain pour ne former qu'un « cartel à l'exportation »⁶⁷.

5 BIBLIOGRAPHIE

- Becker G. (1968), « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, pp. 169-217.
- Bouloc B. (2005), « La Sanction judiciaire des pratiques anticoncurrentielles par la voie pénale », *Petites Affiches*, n° 14, pp. 11-16.
- Brander J., Ross T. (2005), « Estimating Damages from Price Fixing », Working Paper Sauder School of Business, University of British Columbia, n° 2.
- Bryant P., Eckard E. (1991), « Price Fixing : The Probability of Getting Caught », *Review of Economics and Statistics*, vol. 73, pp. 531-536.
- Calvani T. (2005), « Competition Penalties and Damages in a Cartel Context : Criminalization and the Case for Custodial Sentences », Paper presented at the UVA/ACLE Conference « Remedies and Sanctions in Competition Policy », February.
- Camilli E. (2005), « Optimal and Actual Fines in Cartel Cases : The European Challenge », Paper presented at the UVA/ACLE Conference « Remedies and Sanctions in Competition Policy », February.
- Clarke J., Evenett S. (2003), « The Deterrent Effect of National Anti-cartel Laws : Evidence from the International Vitamins Cartel », *Antitrust Bulletin*, vol. 48, pp. 689-726.
- Cohen M., Scheffman D. (1989), « The Antitrust Sentencing Guideline : Is the Punishment Worth the Costs ? », *Journal of Criminal Law*, n° 27, pp. 331-366.
- Combe E. (2005), *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, Précis, 460 p.
- Connor J. (2000), « Archer Daniels Midland : Price-fixer to the World », Working Paper Purdue University.
- Connor J. (2001), *Global Price Fixing : Our Customers are the Enemy*, Kluwer Academic, 624 p.
- Connor J. (2003a), « Case 10 : Global Cartels Redux : The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation (1996) », in *The Antitrust Revolution : Economics, Competition and Policy*, Kwoka J., White L. (eds), 4th ed., Oxford University Press, 544 p.
- Connor J. (2003b), « Private International Cartels : Effectiveness, Welfare and Antitrust Enforcement », Working Paper Purdue University.
- Connor J. (2004), « Price Fixing Overcharges : Legal and Economic Evidence », Working Paper American Antitrust Institute, n° 04-05.
- Connor J. (2005a), « Optimal Deterrence and Private International Cartels », Working Paper Purdue University.
- Connor J. (2005b), « Price-fixing Overcharges : Focus on Europe », Working Paper Purdue University.

67. À moins que les firmes ne forment un cartel mondial, mais en modulant leur comportement en fonction des législations antitrust. Ainsi, le test économétrique de Clarke et Evenett (2003) sur le cartel des vitamines montre que les pays disposant d'une législation antitrust ont connu durant les années 1990 une hausse de prix des vitamines moins marquée que ceux qui n'en disposaient pas.

- Connor J., Bolotova Y. (2005), « Cartel Overcharges : Survey and Meta-analysis », Working Paper Purdue University.
- Connor J., Lande (2004), « How High do Cartels Raise Prices ? Implication for Reform of Antitrust Sentencing Guidelines », Working Paper American Antitrust Institute, n° 01-04.
- Cooter R., Ulen T. (2003), *Law and Economics*, Addison-Wesley, 4th ed., 560 p.
- Craycraft C., Craycraft J., Gallo J. (1997), « Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay », *Review of Industrial Organisation*, pp. 171-183.
- Dubow B. (2003), « The Passing on Defence : An Economist's Perspective », *European Competition Law Review*, n° 6, pp. 238-240.
- European Commission (2004), *Study on the Conditions of Claims for Damages in Case on Infringement of EC Competition Rules*, Report prepared by Ashurst, 150 p.
- Frese M. (2005), « Anti-cartel Enforcement in Community Law Context : Considerations on Sanctions and Leniency », Paper presented at the UVA/ACLE Conference « Remedies and Sanctions in Competition Policy », February.
- Gallo J., Craycraft J., Bush S. (1985), « Guess Who Came to Dinner : An Empirical Study of Federal Antitrust Enforcement for the Period 1963-1984 », *Review of Industrial Organization*, vol. 2, pp. 106-130.
- Gallo J., Dauschmidt J., Craycraft J., Parker C. (2000), « Department of Justice Antitrust Enforcement 1955-1997 : An Empirical Study », *Review of Industrial Organization*, vol. 17, pp. 75-133.
- Gérardin D., Henry D. (2005), « The EC Fining Policy for Violations of Competition Law : An Empirical Review of the Commission Decisional Practice and the Community Courts Judgments », Paper presented at the UVA/ACLE Conference « Remedies and Sanctions in Competition Policy », February.
- Hammond S. (2004), « Cornerstones of an Effective Leniency Program », Paper presented at the ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, 22-23 November.
- Harding C. (2002), « Business Cartels as a Criminal Activity : Reconciling North American and European Models of Regulation », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 9, pp. 393-419.
- Harding C., Gibbs A. (2005), « Why go to Court in Europe ? An Analysis of Cartel Appeals 1995-2004 », *European Law Review*, n° 30, pp. 349-369.
- Harding C., Joshua J. (2003), *Regulating Cartels in Europe : A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford University Press, 328 p.
- Harrington J. (2004), « Post-cartel Pricing During Litigation », *Journal of Industrial Economics*, December, n° 4, pp. 517-533.
- Hoseinian F. (2005), « Passing-on Damages and Community Antitrust Policy : An Economic Background », Paper presented at the UVA/ACLE Conference « Remedies and Sanctions in Competition Policy », February.
- Jenny F. (2003), « Sortir de la jungle : pour une gouvernance des marchés mondiaux », *En temps réel*, n° 10, pp. 1-28.
- Jones C. (1999), *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press, 308 p.
- Landes W. (1983), « Optimal Sanctions for Antitrust Violations », *University of Chicago Law Review*, vol. 50, pp. 652-678.
- Landes W., Posner R. (1979), « Should Indirect Purchasers have Standing to Sue under the Antitrust Laws ? An Economic Analysis of the Rule of Illinois Brick », *University of Chicago Law Review*, vol. 46, pp. 602-635.

- Levenstein M., Suslow V. (2001), « What Determines Cartel Success ? », Working Paper n° 02-2001, Michigan University.
- Levenstein M., Suslow V., Oswald L. (2003), « Contemporary International Cartels and Developing Countries : Economic Effects and Implications for Competition Policy », *Antitrust Law Journal*, vol. 71, pp. 801-852.
- Ministry of Commerce (1998), *Penalites, Remedies and Court Processes Under the Commerce Act 1986 : A Discussion Document*, New Zealand, 68 p.
- Monti M. (2001), « Avant-propos », *Politique de concurrence de l'Union européenne*, 31^e rapport sur la politique de concurrence, pp. 2-6.
- Motta M., Polo M. (2003), « Leniency Programs and Cartel Prosecution », *International Journal of Industrial Organization*, n° 21, pp. 347-379.
- OCDE (2002), *Rapport sur la nature et l'impact des ententes injustifiables et sanctions prévues contre les ententes par les législations nationales de la concurrence*, 66 p.
- OCDE (2003), *Les Ententes injustifiables : progrès récents et défis futurs*, 64 p.
- OCDE (2005a), *Les Ententes injustifiables : troisième rapport sur la mise en œuvre de la recommandation de 1998*, 63 p.
- OCDE (2005b), *Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne*, 99 p.
- OECD (2005), « Cartels : Sanctions Against Individuals », Working Paper DAF/COMP n° 39, 122 p.
- Perrot A. (2003), « L'Efficacité des sanctions pécuniaires en politique de la concurrence », *La Gazette du Palais*, février.
- Porter R., Zona J. (1999), « Ohio School Milk Markets : An Analysis of Bidding », *RAND Journal of Economics*, n° 30, pp. 263-288.
- Posner R. (1975), « The Social Costs of Monopoly and Regulation », *Journal of Political Economy*, n° 83, pp. 807-827.
- Posner R. (1998), *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, 5th ed., 802 p.
- Reich R. (2005), « The Courage Doctrine : Encouraging or Discouraging Compensation for Antitrust Injuries ? », *Common Market Law Review*, n° 42, pp. 35-66.
- Wehnhorner N. (2005), « Optimal Fining Policies », Paper presented at the UVA/ACLE Conference « Remedies and Sanctions in Competition Policy », February.
- Werden G., Simon M. (1987), « Why Price Fixers should Go to Prison », *The Antitrust Bulletin*, pp. 917-937.
- Werden G. (2003), « The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare : What Crandall and Winston Overlook », Working Paper, Economic Analysis Group.
- Wils W. (2001), « Does the effective enforcement of articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment ? », in *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law : Essays in Law and Economics*, Wils W. (ed.), Kluwer, 352 p.
- Wils W. (2003), « Should Private Enforcement be Encouraged in Europe ? », *World Competition*, n° 26, pp. 473-488.
- Wils W. (2005), « Is Criminalization of EU Competition Law the Answer ? », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 4, pp. 139-177.

SUMMARY

HOW TO SANCTION HARDCORE CARTELS ? AN ECONOMIC PERSPECTIVE

Despite an increase since the 1990s, the level of fines imposed by antitrust authorities on cartels remains inadequate in light of the amount of illegal profits and the low probability of detection. In this paper, we show that the theory of “optimal sanctions” requires not only a significant increase of administrative fines but also the development of civil actions and penal sanctions against individuals.

Mots clés : action civile, antitrust, amende, cartel, dissuasion, droit de la concurrence, entente illicite, sanction optimale, sanctions pénales, triples dommages

Key words : civil action, antitrust, fines, cartel, deterrence, competition law, optimal sanction, criminal sanction, treble damage

Subject Descriptors (Econlit Classification System) : K 210, K420, L120, L410, L440