



HAL
open science

Jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transaction

Patrice Bougette, Christian Montet, Florent Venayre

► **To cite this version:**

Patrice Bougette, Christian Montet, Florent Venayre. Jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transaction. *Concurrence et consommation*, 2006, 146, pp.50-56. halshs-00476774v2

HAL Id: halshs-00476774

<https://shs.hal.science/halshs-00476774v2>

Submitted on 20 Jul 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Jeux de négociation dans les affaires antitrust : engagements et transaction *

Patrice BOUGETTE[†]

Christian MONTET[‡]

Florent VENAYRE[§]

LES AUTORITÉS DE CONCURRENCE sont connues pour les sanctions qu'elles appliquent ou, comme dans le cas américain, qu'elles invitent les tribunaux à appliquer. La récente amende de 534 millions d'euros infligé par le Conseil de la concurrence français aux opérateurs mobiles relève de ce registre répressif¹. Son impact médiatique a largement été ressenti dans le pays. Toutefois, c'est dans la même période où les sanctions pécuniaires atteignent en Europe, et France en particulier, des niveaux historiques que se développe par ailleurs la mise en œuvre d'un nouvel arsenal d'instruments de politique de concurrence, fondés sur la recherche de solutions négociées avec les entreprises plutôt que sur une sanction brutale. Il s'agit des procédures dites d'engagements et de transaction, dont l'existence n'est pas nouvelle, puisque les autorités américaines y recourent sous des formes diverses depuis longtemps, comme dans le cas de Microsoft. Cependant, ces procédures viennent de trouver en France une consécration institutionnelle au travers de la loi NRE pour la procédure de transaction (art. L. 464-2, III, du Code de commerce) et de l'ordonnance du 4 novembre 2004 pour la procédure d'engagements (L. 464-2, I, du Code de commerce)². Au plan européen, des négociations d'engagements existaient également, de façon plutôt informelle³. C'est le règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 qui a per-

mis d'officialiser ces pratiques. Quant à la procédure de transaction, elle se révèle être une exception française.

Ces nouveaux instruments d'action de l'autorité de concurrence soulèvent deux questions essentielles : (i) Quelles sont les incitations des deux parties – entreprises et autorités – à participer à la procédure de négociation jusqu'à parvenir à une solution ? ; (ii) Quelles sont les conséquences de ces procédures sur l'efficacité de la politique de concurrence et par conséquent en dernier lieu sur le bien-être économique ?

Nous verrons tout d'abord que cette recherche de solutions négociées offre la possibilité d'apporter des gains mutuels à la fois aux entreprises impliquées dans des affaires de concurrence et aux autorités représentant l'intérêt des consommateurs et de l'économie en général (1). Cependant, la théorie microéconomique – en particulier dans ses applications de la théorie des jeux – démontre que les résultats à attendre des nouvelles procédures dépendent fortement du cadre institutionnel et des protocoles de négociation (2). La procédure française dite de « *transaction* » constitue une parfaite illustration des difficultés à créer un mécanisme incitatif attractif pour les deux parties (3). Enfin, au-delà des chances de succès de la procédure, son avantage social est susceptible d'être remis en cause. Certes, si l'autorité, dans un souci d'intérêt général, a trouvé avantageux de souscrire à la transaction, on pourrait en attendre un avantage en bien-être. Cependant, les pièges sont nombreux et si l'on veut s'assurer des chances d'efficacité économique de la procédure, il convient encore d'en apprécier les effets incitatifs au-delà du seul jeu étroit de la négociation. Nous verrons que des effets pervers importants sont aisément envisageables selon le cadre général dans lequel s'inscrivent ces procédures (4).

* Article publié dans la revue *Concurrence et consommation*, 146, pp. 50-56, 2006.

[†]LAMETA et Université Montpellier 1. Contact email : pbougette@lameta.univ-montp1.fr

[‡]LAMETA et Université de Polynésie française. Contact email : christian.montet@upf.pf

[§]LAMETA et Université Montpellier 1. Contact email : venayre@lameta.univ-montp1.fr

1. Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

2. Pour une présentation claire de ces procédures, on pourra utilement se référer à Koehler de Montblanc et Biancone (2005).

3. Voir Van Bael et Bellis (2005, p. 1136 et suivantes).

1 La recherche d'arrangements mutuellement avantageux entre firmes et autorité de la concurrence

Même si l'idée d'un arrangement entre une entité qui a commis un délit et une autorité qui est censée devoir la sanctionner peut choquer certaines personnes au nom de références morales, l'analyse économique appliquée à ce type de question une approche plus froide. Si une telle procédure a des chances de conduire à une plus grande efficacité de la politique de concurrence, alors il ne faut pas s'en priver.

Les intérêts des deux parties sont évidents. Les arrangements conclus par Microsoft d'une part avec les autorités américaines, mais aussi avec les firmes qui l'attaquent, constituent un exemple clair de l'avantage qu'une firme en difficulté au regard du droit de la concurrence peut tirer des procédures d'engagements. La presse reconnaît ce point et voit parfois immédiatement une façon bien commode de faire obstacle à la pleine application du droit, comme en témoigne cette remarque d'un journaliste des *Échos* : « Pour autant, l'efficacité des sanctions reste sujette à caution. Car les entreprises condamnées ne s'avouent pas facilement vaincues. A preuve Microsoft qui n'a cessé d'acheter la paix avec ses accusateurs en signant des accords à l'amiable avec eux – le dernier en date avec RealNetWorks – afin de priver la Commission européenne de soutiens »⁴.

L'exemple de Microsoft est intéressant à maints égards. Il rappelle tout d'abord que ces procédures négociées nous viennent des États-Unis, où nombre d'affaires antitrust sont de nature privée, c'est-à-dire résultent de plaintes de concurrents et invitent à la révision de contrats ou autres arrangements privés, étant entendu que si une infraction aux lois antitrust est reconnue, la victime peut réclamer une indemnité équivalente au triple du dommage estimé (*treble damage*). L'incitation à s'arranger à l'amiable avant que l'action en justice n'aboutisse est dans ce cas très forte et c'est bien ce qui se produit en pratique. Les arrangements se font cependant également avec les auto-

rités qui doivent au moins avaliser la solution négociée privée, mais aussi peuvent négocier leur propre acceptation avec la firme accusée. L'avantage de la firme est donc bien clair. Toute interruption de la procédure avant son stade terminal est de nature à réduire les coûts de l'affaire : dépenses nécessaires à la défense, telles que les frais d'avocats ou d'expertise économique, gain de temps et d'énergie pour les managers impliqués dans l'affaire, éventuelle réduction du montant des sanctions, voire complète annulation. Les gains ne sont pas seulement pécuniaires : la réputation de la firme peut en sortir moins altérée. La bonne volonté affichée peut conduire à un regard plus favorable de l'autorité dans le futur. Enfin, et ce n'est pas le moindre des gains, la firme peut retirer de ses discussions avec l'autorité une meilleure compréhension de la règle ou de la façon dont elle s'applique à l'industrie considérée. Ce simple éclairage, qui rejoint des préoccupations évoquées il y a un an dans ces mêmes *Ateliers*⁵, présente l'avantage de réduire l'incertitude sur les stratégies que la firme a le droit de mettre en œuvre.

Si les gains pour la firme accusée sont assez clairs, il est en revanche plus difficile à envisager que l'autorité, en tant que représentant de l'intérêt collectif et de celui des consommateurs en particulier, puisse également tirer avantage de ce type d'arrangements. Le premier argument repose sur la charge de travail incombant à l'administration. On comprend que l'autorité soit directement intéressée à la réduction de la file d'attente des affaires. Evidemment, cela révèle bien les manques de moyens matériels et humains de l'institution. Le consommateur pourrait souhaiter que la réponse à ce problème soit plus positive mais les budgets publics sont contraints et des arbitrages s'imposent. Nul ne peut envisager que l'autorité ait des moyens étendus à la hauteur maximale souhaitable. Si en outre, elle obtient grâce à la procédure négociée des engagements proches de ceux qui auraient finalement résulté d'un long et coûteux traitement juridique – éventuellement suite à de multiples recours –, on mesure l'économie potentielle. La formule permet en outre de se débarrasser aisément des « petites affaires », ce que ne peut regretter le consommateur. Enfin et surtout, à l'instar de l'entreprise, l'autorité a des chances de retirer des gains allant bien au-

4. « Politique de concurrence : changement d'époque », *Les Échos*, édition du vendredi 2 décembre 2005, p. 14.

5. « Stratégie des entreprises et Droit de la concurrence », *Ateliers de la concurrence*, Ministère de l'Économie et des Finances, 8 décembre 2004.

delà des économies pécuniaires. Par exemple, l'autorité peut obtenir des firmes des révélations d'informations, voire des aveux concernant certaines pratiques, ce qui aurait été difficilement envisageable avec le type d'enquête que réalise l'administration.

Ainsi, lorsque les deux parties à une négociation ont des gains évidents à en retirer, la logique économique, voire le bon sens tout simplement, nous invitent à penser qu'un accord sera conclu. Il semble qu'une grande fréquence d'accords soit en effet observée aux États-Unis, où plus de 70 % des procédures ne se résoudraient que par ce que les américains appellent des « *settlements* » (Picot, 2005). La nouveauté relative de ces méthodes en Europe et en France ne permet pas dans l'immédiat un tel jugement mais il semble que certaines des procédures mises en place, comme celle dite de transaction en France, ne suscitent pas pareil engouement⁶. En effet, depuis sa création, la procédure de transaction n'a été utilisée que dans sept affaires⁷. Le faible nombre de cas et la divergence des solutions atteintes laissent planer une forte incertitude quant à l'issue des négociations. Le rôle de l'analyse économique est alors de créer des incitations adaptées pour que résultent du *bargaining* des accords efficaces (aussi bien pour les parties que pour la société).

2 La théorie microéconomique révèle la portée incitative des mécanismes institutionnels

L'apport des microéconomistes, tout particulièrement dans diverses applications de la théorie des jeux, consiste à montrer comment les conditions de la négociation, les protocoles employés ainsi que le cadre institutionnel constituent autant de facteurs pouvant influencer dramatiquement la solution d'équilibre⁸.

6. La procédure d'engagements à la française semble mieux engagée, comme le note Cerutti (2005).

7. Ces cas sont brièvement répertoriés en annexe de cet article.

8. Pour une revue la littérature sur ces questions, nous ne citerons que trois références afin de ne pas alourdir le présent texte : un ouvrage théorique sur l'analyse économique des négociations, Muthoo (1999) et deux articles touchant plus directement les problèmes d'arrangements en matière antitrust, chacun de ces deux articles offrant lui-même une bibliographie abondante sur les questions de négociation : Perloff *et al.* (1996) et Daughety et Rein-

L'examen des négociations dans le cadre de jeux stratégiques apporte des éléments de réponse aux deux ensembles de questions posées ci-dessus : (i) quelles sont les chances que la négociation débouche effectivement sur un arrangement? ; (ii) est-on sûr que cet accord soit favorable au bien-être économique?

Sur le premier point, le minimum requis est l'existence d'une véritable plage d'accords possibles entre les deux parties. Cela semble assez évident. Si ce qui a été dit plus haut est correct, cette plage d'arrangements possibles devrait exister dans la grande majorité des cas. Les jeux de négociation non-coopératifs en information complète débouchent sur des équilibres de Nash facilement identifiables. En revanche, dès lors que l'information devient incomplète, des jeux dont la plage d'accords possibles n'est pas vide risquent néanmoins de déboucher sur une absence d'arrangement. Il est clair par exemple que l'ampleur et le degré de sécurité de la réduction de la sanction vont jouer un rôle crucial en modifiant puissamment les incitations de la firme. L'ordre d'intervention dans le jeu, les modalités de révélation de l'information sur les pratiques, les risques liés à la reconnaissance des griefs reprochés, constituent autant d'éléments influençant la probabilité d'obtention d'un accord.

Parmi les caractéristiques essentielles déterminant l'équilibre, on notera l'existence des plaintes des victimes des pratiques incriminées en vue de la compensation des dommages. La négociation ne se résout alors pas simplement à la confrontation des deux parties. Les actions ultérieures envisageables vont modifier les incitations des joueurs à l'étape initiale du jeu. Perloff *et al.* (1996) montrent par exemple que, dans le cadre en vigueur aux États-Unis des procédures antitrust privées, la suppression des compensations des triples dommages aurait pour conséquence un engorgement des tribunaux du fait de la réduction des incitations à des arrangements à l'amiable entre les agents privés. De la même façon, Briggs *et al.* (1996) montrent comment le jeu entre une firme et l'autorité de concurrence se modifie lorsque sont pris en compte les jeux ultérieurs pour les compensations des dommages.

ganum (2004). Il reste qu'à ce jour l'application directe de la théorie à des cas de transactions entre firmes et autorités de la concurrence n'en est qu'à son balbutiement.

Pour ce qui concerne les effets sur le bien-être économique, cela va dépendre du jeu plus général qui entoure la procédure de négociation proprement dite. Tout d'abord, les firmes peuvent être incitées à tricher et proposer des engagements qui ne remédieront que partiellement aux griefs reprochés. On peut penser que l'autorité n'est pas naïve et n'acceptera pas d'engagements s'ils ne sont pas crédibles. Cependant, la réalité des négociations n'est pas si aisée. L'asymétrie d'information et la complexité de certaines industries sont autant de handicaps à surmonter pour les autorités, d'autant plus que ces dernières disposent de peu de temps et de moyens d'investigation. En ce sens, on rejoint une seconde difficulté, la capacité de pilotage (« *monitoring* ») de l'autorité. En effet, quand bien même les engagements seraient crédibles et assureraient un retour à une situation concurrentielle saine, encore faut-il que ces accords soient respectés par l'entreprise mise en cause, et ce dans une perspective à long terme. Or, comme le souligne Motta (2004), dans le cadre du contrôle des concentrations, les remèdes de type engagements comportementaux sont envisagés en dernier ressort par les autorités car ils engendrent des mécanismes de contrôle coûteux. Il n'est donc pas optimal de consacrer les ressources rares des autorités à surveiller le bon respect des accords passés et à négliger de fait des pratiques anti-concurrentielles actuelles. Enfin, dernier facteur dans l'évaluation du bien-être, l'autorité ne doit pas subir de quelconques pressions. Ce système de transaction place en quelque sorte l'autorité de concurrence en position de régulateur du marché (nous reviendrons sur ce point). Ainsi, un risque de capture du régulateur par le régulé peut en théorie apparaître. On peut imaginer qu'à griefs reprochés identiques le pouvoir de négociation d'une PME ou d'un champion national peut varier, ne serait-ce que par les moyens financiers investis dans l'élaboration du dossier.

3 Illustration du défaut d'arrangements : la procédure dite de transaction

La procédure de transaction prévue par l'article L. 464-2, III, permet à une entreprise de négocier avec l'autorité pour obtenir une réduction d'amende (taux de réfaction) à condition de ne pas contester les griefs

qui lui ont été notifiés et de proposer des engagements. Cette procédure présente pour la firme qui envisagerait d'y recourir deux incertitudes majeures : un risque procédural et un risque de négociation. L'existence de ces risques, qui vont être exposés successivement, ne permet pas d'assurer l'obtention de gains mutuels, contrairement à une procédure d'engagements.

Le risque de négociation tient au fait que le Conseil de la concurrence n'est pas lié par la proposition du Rapporteur général. Pourtant, en première phase, la transaction consiste en une négociation entre ce dernier et la firme incriminée. Tant que l'accord n'est pas trouvé (entente sur les engagements et le taux de réfaction), les deux parties peuvent se retirer à tout moment du processus de négociation. Une fois l'accord trouvé, c'est le Conseil qui statue, pouvant appliquer finalement un taux de réfaction différent de celui proposé par le Rapporteur général. Cette insécurité juridique majeure aura évidemment un impact sur la stratégie que la firme décidera d'adopter.

La procédure de transaction est de plus basée sur la non contestation des griefs, ce qui limite la défense de la firme à argumenter sur les éléments de détermination des sanctions (respect du principe du contradictoire). Bien sûr, on indique que la transaction n'implique pas la reconnaissance de culpabilité, mais dans le cas où l'accord échoue, les arguments de la défense en sont nécessairement affaiblis. Il est de plus possible, même si l'accord est trouvé, que le pouvoir de négociation de la firme soit réduit dans la discussion sur les engagements. Ainsi, si les faits sont peu graves, une défense est plus facile, ce qui pourrait conduire la firme à renoncer à la transaction. Inversement, si la gravité augmente, on pourrait penser en premier lieu que la firme préférerait la transaction. Cependant, comme le taux de réfaction sera vraisemblablement plus faible avec une gravité accrue des pratiques, ce second effet peut diminuer les incitations de la firme à recourir à la procédure de transaction.

Enfin, le principe de non contestation des griefs réduisant les possibilités de défense, les faits pourraient sembler plus graves qu'avec une pleine défense, ce qui jouerait également à la baisse sur le taux de réfaction, réduisant encore l'intérêt à recourir à la transaction.

Le risque procédural provient du fait qu'une autre

procédure peut entrer en interaction avec la transaction : la procédure simplifiée. Celle-ci permet (L 463-3), comme la transaction, de traiter rapidement un dossier, à la discrétion du Président du Conseil. Elle autorise pour les affaires simples à plafonner la sanction à 750 000 euros depuis la loi NRE (76 224 euros avant). Ces deux procédures peuvent être appliquées conjointement. Dans ces cas, le Conseil a considéré que la transaction devait être appliquée avant la procédure simplifiée. L'amende encourue est donc calculée, puis s'applique le taux de réfaction, l'amende obtenue après diminution étant comparée au plafond de la procédure simplifiée⁹. Deux solutions sont alors possibles : soit l'amende après la transaction est inférieure au plafond, la procédure simplifiée devient caduque dans les faits ; soit l'amende après la transaction est supérieure au plafond, elle est alors ramenée à ce plafond, la transaction étant inopérante.

Le Conseil pourrait avoir pour ambition de faire profiter de la procédure simplifiée le plus grand nombre possible de firmes demandant la transaction, pour inciter les firmes à recourir à la transaction. La transaction ne servirait alors à rien *ex-post*, mais augmenterait *ex-ante* la probabilité d'obtenir une procédure simplifiée. Il reste que l'on pourrait se demander pourquoi ne pas fusionner les deux procédures en une seule, ou au contraire en interdire l'application conjointe. Une première lecture de cette double application est qu'elle permet d'offrir une sécurité plus forte à la firme, celle-ci étant assurée de bénéficier de la plus profitable. On peut cependant se demander si cette sécurité accrue pourrait contrebalancer le risque de négociation portant sur le taux de réfaction. De plus, la transaction contraint la firme à proposer des engagements, ce qui n'est pas le cas de la procédure simplifiée. Si la transaction s'avère *in fine* inutile du fait du plafonnement de la sanction, ces engagements auront alors été pris « pour rien ».

Surtout, même si l'ordre dans lequel transaction et procédure simplifiée sont engagées ne modifie pas le calcul de la sanction¹⁰, il n'est pas neutre sur les choix stratégiques des firmes. Si la procédure simplifiée

9. Cette méthode de calcul a été validée par la Cour de cassation à l'occasion des recours formulés dans le cadre de la Décision du Conseil de la concurrence du 27 juillet 2004, n° 04-D-37, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne.

10. Comme cela a été précisé par la Cour de cassation dans l'affaire citée précédemment des pompes funèbres dans le Val-de-Marne.

est notifiée avant la transaction, cela indique à la firme que l'autorité considère que l'affaire est d'une gravité restreinte. Inversement, si elle est notifiée après la transaction, il est plus difficile de savoir si cela relève du simple hasard ou s'il s'agit d'un encouragement à la transaction. Enfin, dans le cas où la procédure simplifiée n'est pas adoptée en dépit de la transaction, le signal reçu par la firme est celui d'une sévérité plus marquée des autorités à l'égard des faits. Le pouvoir de négociation de la firme dans le cadre de la transaction en sera considérablement réduit.

Si l'intérêt des autorités à développer la transaction peut sembler évident, il est en revanche beaucoup moins sûr que les firmes aient des chances d'y gagner. Pour ces dernières, l'intérêt est d'obtenir une procédure plus rapide – notamment du fait qu'il n'y a pas établissement de rapport préalable – et une réduction de la sanction. Néanmoins, beaucoup d'incertitudes existent : sur la réduction d'amende, l'ampleur des engagements nécessaires, la renonciation à une défense totale, la possibilité d'un échec des négociations, le risque que l'accord trouvé avec le Rapporteur général ne soit pas respecté par le Conseil, le risque procédural lié à l'articulation avec la procédure simplifiée. Ces nombreuses incertitudes conduisent à penser que les chances de réalisation de ce type d'accords sont certainement plus faibles qui semble être espéré par l'autorité de concurrence française.

4 Les conditions d'efficacité globale des dispositifs d'arrangements

Sous l'hypothèse que l'autorité est la représentante parfaite de l'intérêt général et que son information est complète, la seule réalisation d'un accord avec une firme implique un gain en bien-être social. En effet, dans ce cas, l'autorité tient compte non seulement des gains du jeu étroit de négociation, mais aussi des gains ou pertes possibles dans le méta-jeu, incluant les incitations aux stades antérieur et postérieur.

De manière immédiate, les économies de ressources financières et humaines de l'autorité sont automatiquement converties en investissement sur le traitement plus approfondi des cas les plus graves et

les plus difficiles. On n'ose pas imaginer que ces économies ne soient pas ainsi réaffectées, les procédures négociées ne constituant alors que la solution forcée de la misère de l'institution. Cependant, dans le grand jeu que jouent les firmes et l'autorité, l'hypothèse en question doit être levée : l'information est très imparfaite dans les divers sous-jeux. Des stratégies de bluff ou de dissimulation sont à envisager, de même qu'une capture de l'autorité sous l'action de puissants groupes de pression¹¹. Deux grands risques peuvent alors être mis en évidence : (i) les firmes ont une incitation accrue au non respect des règles de droit de la concurrence ; (ii) la négociation dénature la règle de droit elle-même.

Les solutions négociées ne risquent-elles pas d'inciter les firmes à ne pas respecter le droit, aussi bien antérieurement à un arrangement que postérieurement à celui-ci ? Tout d'abord, en amont, la firme ayant une chance d'obtenir une réduction de sanction, sera incitée à commettre plus facilement divers types d'infraction. L'anticipation d'une moindre sanction peut en effet diminuer les incitations au respect de la règle. Par la suite, lors de la négociation entre l'autorité et la firme, cette dernière peut essayer de faire accepter par l'autorité des engagements qui ne soient pas trop contraignants (risque de *bluff* sur les engagements). Même dans le cas où les engagements pris seraient sérieux, se posera également la question du respect de ces engagements. Il est effectivement difficile pour l'autorité de contrôler l'efficacité de tels engagements à restaurer la concurrence, particulièrement dans des secteurs très dynamiques, pour lesquels les firmes pourraient justifier le non respect des engagements pris par l'évolution du marché. Il est également possible que les firmes commettent de nouveaux abus au regard du droit de la concurrence, n'ayant pas spécifiquement fait l'objet d'engagements négociés avec l'autorité.

Face à ces risques de non respect de la règle, quelles solutions peut-on envisager ? On peut imaginer des sanctions plus dissuasives en cas de non respect des engagements ou de récidive d'un abus pour lequel la firme a déjà été incriminée. Cela dit, la question des nouveaux abus évoquée précédemment demeure dans ce cas. Plus généralement, il faudrait pour l'autorité pouvoir piloter efficacement les engagements. Cependant, l'autorité de concurrence n'est pas une

11. Comme cela est le cas dans les problèmes de régulation, voir J.J. Laffont et toute la littérature sur les jeux politico-économiques.

autorité de régulation sectorielle et ne dispose donc pas de connaissances techniques approfondies de tous les différents secteurs dans lesquels elle est amenée à intervenir¹². Elle est de plus victime d'une asymétrie d'information qui rend d'autant plus complexe la surveillance efficace du respect des engagements. Enfin, cette surveillance est évidemment coûteuse pour l'autorité et les moyens insuffisants dont elle dispose sont à cet égard un frein important à un pilotage actif et réel. Une dernière solution consisterait à instaurer un auto-pilotage du bon respect des engagements par les acteurs du marché eux-mêmes (comme cela a été le cas pour l'affaire Microsoft).

Offrir la possibilité aux firmes de « négocier » avec les autorités de concurrence risque de dénaturer la règle de droit elle-même, dans le sens où la rigueur et l'exemplarité de la règle en sont atténuées. Dans la mesure où l'autorité, en matière d'engagements, semble agir dans la position d'un régulateur du marché, la théorie de la capture du régulateur peut lui être appliquée.

En suivant cette analogie, les tentatives de capture par les entreprises peuvent prendre des formes variées envers les autorités de la concurrence. De grandes entreprises ont un pouvoir de négociation bien plus élevé que celui que peut avoir une PME. Les moyens financiers mis en œuvre sont importants et le recours à des pratiques lobbyistes peuvent aussi peser sur la décision de l'autorité administrative. Ensuite, des firmes ont la possibilité de jouer la carte du chantage à l'emploi pour mieux capter la clémence des autorités. Menacer de licencier une partie de ses employés si l'autorité n'est pas plus indulgente à l'égard des griefs reprochés pourrait être une stratégie de la part d'entreprises d'envergure nationale, d'autant plus si cette stratégie est relayée par les médias. Enfin, pour défendre les « *champions nationaux* » – les plus grandes entreprises françaises compétitives à l'extérieur – l'autorité ne doit pas céder à un traitement privilégié au nom d'un quelconque intérêt collectif¹³.

12. Par exemple les autorités sectorielles récoltent beaucoup d'informations à l'aide de procédures d'audit des coûts et d'un suivi continu du secteur. Cependant, un échange d'information entre les deux types d'autorité est possible (voir Perrot (2004), qui compare les niveaux d'information entre les autorités de concurrence et les autorités sectorielles).

13. À propos de l'affaire de la téléphonie mobile, le quotidien *La Tribune* se demande à cet égard si : « *ici [en France] prévaut encore une analyse politique de l'équilibre des marchés dans lequel la protection de champions nationaux dans une conception très hypothé-*

Tout ceci mène à craindre que la pratique de négociation puisse aboutir à deux effets pervers : un traitement différencié des entreprises selon leur capacité à négocier et un affaiblissement de la confiance dans la règle de droit. Laffont et Martimort (1998) ont proposé de séparer les différents pouvoirs des régulateurs pour réduire la tentative de capture. Dans notre cas, un contrôle extérieur s'assurant de la conformité de la solution négociée avec le droit permettrait d'enrayer ces risques. La question qui se pose alors est de savoir qui pourrait assurer ce contrôle : le Conseil qui validerait des accords négociés avec la DGCCRF ? Ou comme aux États-Unis, un juge qui contrôlerait la conformité de l'accord au regard du droit de la concurrence, mais alors dans ce cas quel juge ? Une chambre spéciale ? Il ne s'agit bien entendu là que de simples pistes de réflexion destinées à éviter les dérives potentiels évoqués plus haut.

Conclusion

À l'instar des États-Unis, l'apparition, en France, d'un droit négocié doit conduire à une meilleure allocation des ressources rares de l'autorité, ce qui accroît indéniablement l'efficacité économique. Cependant, il faut bien se garder des incitations créées qui motivent les firmes à contourner les règles de concurrence et requièrent par conséquent une vigilance accrue des autorités. Au regard de la théorie des incitations, la procédure de transaction à la française comporte deux risques : un premier risque de négociation causé par une insécurité juridique sur la solution retenue par le Conseil, mais également un risque procédural provoqué par le signal envoyé sur l'utilisation d'une procédure simplifiée.

En l'état actuel, cette nouvelle procédure apparaît peu incitative pour les entreprises contrairement à la procédure d'engagements qui suscite un réel intérêt mais qui relève plus d'une approche régulatrice. À l'autorité d'être prudente et à ne pas dépasser ses prérogatives. Du fait des risques induits, l'adoption de solutions complémentaires pourrait être envisagée, afin de maximiser le bien-être économique. Les moyens supplémentaires dégagés par l'utilisation des négociations devraient être absolument reportés sur les affaires les plus graves, c'est-à-dire celles qui ont un im-

pact négatif important sur le surplus des consommateurs. De la même façon, une clarification des procédures de négociation pourrait être souhaitable dans l'optique d'en améliorer leur efficacité. Cela pourrait passer par la fixation légale de seuils qui permettraient à la fois de réduire l'insécurité juridique des firmes, qui sauraient si leur situation peut faire l'objet d'une négociation avec l'autorité, tout en respectant les victimes des pratiques anticoncurrentielles.

Références

- [1] BRIGGS III H.C., K.D. HURYN et M.E. MCBRIDE (1996), « Treble Damages and the Incentive to Sue and Settle », *RAND Journal of Economics*, 27(4), 770-786.
- [2] CERUTTI G. (2005), « Quelques considérations sur l'introduction en droit français des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences – RDLC*, 1, 3-4.
- [3] DAUGHETY A.F. et J.F. REINGANUM (2004), « Economic Theories of Settlement Bargaining », *Document de travail*, Department of Economics and Law School, Vanderbilt University, November 2004.
- [4] KOEHLER DE MONTBLANC M. et K. BIANCONE (2005), « La procédure de transaction devant le Conseil de la concurrence », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 35, 1^{er} septembre 2005, 1222.
- [5] LAFFONT J.-J. et D. MARTIMORT (1999), « Separation of Regulators Against Collusive Behavior », *RAND Journal of Economics*, 30(2), 232-262.
- [6] MOTTA M. (2004), *Competition Policy : Theory and Practice*, Cambridge University Press, 640 p.
- [7] MUTHOO A. (1999), *Bargaining Theory with Applications*, Cambridge University Press, 357 p.
- [8] PERLOFF J.M., D.L. RUBINFELD et P. RUUD (1996), « Antitrust Settlements and Trial Outcomes », *Review of Economics and Statistics*, 78(3), 401-409.
- [9] PERROT A. (2004), « Régulation et politique de concurrence dans les réseaux électriques », *Économie publique*, 14(1), 3-11.
- [10] PICOT T. (2005), « La nouvelle procédure d'engagements prévue à l'article L. 464-2, I, du Code de commerce : un "settlement" à la française en matière de concurrence ? », *Revue Lamy de la Concurrence : Droit, Économie, Régulation*, 2, 142-144.
- [11] VAN BAELE I. et J.-F. BELLIS (2005), *Competition law of the European Community*, Kluwer, 4^e édition, 1300 p.

tique de "l'intérêt collectif" l'emporte systématiquement sur l'intérêt de chaque Français » (édition du mardi 6 décembre 2005).