



HAL
open science

L'efficacité économique des programmes de clémence

Patrice Bougette, Christian Montet, Florent Venayre

► **To cite this version:**

Patrice Bougette, Christian Montet, Florent Venayre. L'efficacité économique des programmes de clémence. Concurrence et consommation, 2006, 146, pp.43-48. <halshs-00476807>

HAL Id: halshs-00476807

<https://shs.hal.science/halshs-00476807v1>

Submitted on 27 Apr 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.



HAL Authorization

L'efficacité économique des programmes de clémence *

Patrice BOUGETTE[†]

Christian MONTET[‡]

Florent VENAYRE[§]

LA QUESTION DU MANQUE DE MOYENS des autorités de la concurrence est un point récurrent de l'analyse des politiques de concurrence. L'ampleur de la tâche est énorme, en même temps que les possibilités d'action sont contraintes, notamment par la faiblesse des effectifs. Le problème qui se pose alors est celui de l'affectation optimale des ressources rares de l'autorité. Pour tenter d'obtenir la meilleure allocation possible, les autorités développent des mesures destinées à alléger les tâches qu'elles jugent les plus secondaires.

En matière de contrôle des concentrations, l'existence des seuils minimaux en deçà desquels les rachats échappent à l'obligation de la notification de l'opération procède de cette volonté. A l'inverse, la suppression de l'obligation de notifier les accords permet également un gain de temps pour les autorités, dont elles peuvent faire un meilleur usage, par exemple en luttant contre les infractions les plus graves. De la même façon, les tentatives de clarification des règles de droit et de pédagogie autour des décisions rendues (établissement de lignes directrices nettes, de communications, de livres blancs...) contribuent dans une certaine mesure à faciliter la prise de décision.

Les nouveaux instruments dont se sont plus récemment dotées les autorités, particulièrement en France, s'inscrivent eux aussi dans cette recherche d'une efficacité allocative accrue, soit en simplifiant les procédures – et donc en raccourcissant leur durée –, c'est le cas des procédures d'engagements et de transaction, soit en permettant une lutte plus efficace contre les pratiques anticoncurrentielles – et

c'est là l'objectif des programmes de clémence (en revanche, il semble que l'adoption des programmes de clémence n'ait qu'un impact très limité sur les coûts d'investigation et de procédure¹).

Les programmes de clémence sont nés aux États-Unis en 1978, de façon assez anachronique, c'est-à-dire à l'occasion d'une conférence de presse de l'Attorney General du Department of Justice². Ils ont ensuite été adoptés par la Commission européenne en 1996³, puis par la France en 2001, avec la loi NRE. L'objet de ce travail est d'analyser quelle peut être l'efficacité économique de ces programmes de clémence. Nous envisagerons à cet effet la question de la détection des cartels et donc, par corollaire, celle de l'attractivité des mesures de clémence (1), mais aussi leur influence, plus mitigée, sur la stabilité des ententes (2). La problématique sera ensuite mise en perspective en incluant dans le raisonnement les périodes qui précèdent et qui suivent le recours aux procédures de clémence, c'est-à-dire en étudiant les effets potentiels de la clémence sur la formation des ententes et les stratégies de représailles qui pourraient être adoptées à l'issue de la procédure (3).

* Article publié dans la revue *Concurrence et consommation*, 146, pp. 43–48, 2006.

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

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

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

1. Voir Brenner (2005). Il propose une étude empirique des avis de clémence par l'intermédiaire de 53 affaires de cartels traitées par la Commission européenne entre 1990 et 2003. Dans le même sens, dans un discours du 7 avril 2005, Neelie Kroes, actuelle commissaire à la Concurrence à Bruxelles, ajoute qu'une décision contre un cartel engendre en moyenne 3 à 4 recours, ce qui peut constituer une surcharge de personnels pour défendre les décisions de la Commission.

2. Sa déclaration était la suivante : « *If someone in your company has been conspiring with competitors to fix prices, here's some sound advice. Get to the Justice Department before your co-conspirators do. Confess and the U.S. Department of Justice will let you off the hook. But hurry! Only one conspirator per cartel* ».

3. European Commission (1996), « Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases », *Official Journal of the European Communities*, C 207, p. 4-6.

1 Détection des cartels et attractivité des programmes de clémence

L'aspect qui préside à l'adoption de programmes de clémence par les autorités de concurrence est la volonté de favoriser la détection des cartels. L'idée des autorités est de trouver des alliés improbables dans la lutte contre les ententes, en utilisant les auteurs des infractions eux-mêmes. Il s'agit dans ce but de mettre en œuvre des systèmes incitatifs qui conduisent les firmes à dénoncer l'entente à laquelle elles ont contribué. La question de l'attractivité de ces mesures de clémence est alors fondamentale.

Les premières dispositions américaines n'ont eu qu'un impact très relatif sur la détection des cartels : un cas par an en moyenne, sur les quinze premières années. Le manque de clarté du dispositif, principalement sur les bénéfices retirés de la dénonciation, de même que l'absence de cadre juridique strict (du fait du recours à une simple conférence de presse) expliquent en grande partie cette absence de résultats, la sécurité juridique n'étant pas assurée pour les entreprises. Il en fut de même au plan européen, la Commission européenne n'enregistrant que sept notifications de 1996 à 2002, soit un résultat aussi médiocre que celui des autorités américaines à leurs débuts. Là encore, les bénéfices n'étaient pas immédiatement évidents pour les entreprises dénonçant l'entente.

Pour les économistes – et même si une lecture des faits *a posteriori* est toujours bien plus simple –, ce piètre résultat n'a rien de très surprenant. Dès l'analyse de l'économie du crime menée par Becker (1968), on trouve les éléments qui fondent par la suite l'analyse économique des phénomènes de collusion. Selon Becker, un individu respecte la loi tant que le bénéfice qu'il retire de son comportement vertueux est supérieur à celui qu'il obtiendrait en devenant un criminel. Pour cela, montant de la sanction et probabilité d'être détecté doivent s'articuler pour définir la règle optimale que l'individu sera *in fine* incité à respecter.

Ce type de raisonnement se retrouve dans la littérature qui étudie la collusion dynamique. Cette littérature, fondée sur la théorie des jeux répétés et initiée par Friedman (1971), indique qu'une collusion sera d'autant plus stable qu'il ne sera pas intéressant pour ses membres d'adopter une stratégie individua-

liste qui s'éloignerait de la stratégie collusoire commune. En effet, tout le problème des membres du cartel est que le profit qui est retiré d'une déviation de la stratégie collusoire est plus important que le profit de collusion lui-même, car il permet de bénéficier des efforts des autres membres de l'accord pour maintenir des prix élevés tout en accroissant ses ventes (c'est l'idée de « *secret price cutting* », ou baisses secrètes de prix, de Stigler, 1964). Différents déterminants jouent donc sur la soutenabilité de la collusion : le profit de déviation (π^D), le profit de collusion (π^C) et le profit de punition (π^P), dont la relation d'ordre est la suivante

$$\pi^D > \pi^C > \pi^P .$$

Une collusion sera donc d'autant plus respectée par ces membres que la déviation sera peu intéressante (π^D faible, ce qui implique des mécanismes de surveillance), que la collusion sera lucrative (π^C fort) et que la punition encourue en cas de déviation sera forte (π^P faible, c'est-à-dire des représailles massives de la part des autres membres du cartel).

Transposée à la clémence qui nous intéresse ici, l'analyse précédente montre bien que l'incitation de la firme à dénoncer le cartel dépend des bénéfices nets qu'elle retirera de cette dénonciation. Or l'intention des autorités de concurrence est de découvrir des infractions lourdes, et non de petites ententes faiblement dommageables pour le bien-être social. Par définition, ces cartels graves sont des cartels dont les membres respectent les règles internes de l'accord, dans lesquels la littérature sur la collusion dynamique nous apprend que les profits de collusion sont forts en même temps que des mécanismes de contrôle (*monitoring*) existent. Pour que les membres du cartel aient un intérêt à dénoncer une entente aussi rémunératrice, il est évident que les incitations doivent être fortes.

Les mesures de clémence proposées, en conséquence, doivent être très attractives, ce que montrent encore un certain nombre de contributions spécifiques à l'analyse des programmes de clémence (Spagnolo, 2000 ; Brisset et Thomas, 2004 ; Motchenkova, 2004), et ce qui n'était pas le cas dans les premières dispositions américaines et européennes. Des modifications ont été effectuées dans ce sens, en 1993 aux

États-Unis⁴ et en 2002 au niveau communautaire⁵. Avec cet accroissement des bénéfices retirés par les dénonciateurs (immunité possible, décotes de sanctions pour les autres entreprises collaborant, mesures de clémence même avec une enquête préalable), les incitations à recourir aux mesures de clémence ont effectivement augmenté, ce qui a favorisé la détection de nouveaux cartels.

Les chiffres attestent de l'impact favorable des modifications apportées, tant aux États-Unis qu'en Europe. Depuis 1993, les programmes de clémence ont permis aux États-Unis de prononcer près de 1,5 milliards de dollars d'amende⁶. En Europe, de février 2002 à fin septembre 2005, la Commission a reçu 80 demandes d'immunité totale (première firme informatrice) et 79 demandes pour des réductions d'amende. Au total, cela a permis à la Commission de traiter autant d'affaires de cartels que sur la période 1958-2002 et elle a déjà octroyé l'immunité dans 45 affaires (Van Barlingen et Barennes, 2005).

Ces premières intuitions tirées de la littérature semblent donc bien validées par les faits, mais il convient de pousser plus avant l'analyse. En effet, si l'on sait que la probabilité d'être détecté influence négativement la profitabilité d'une collusion, on sait également que cette dernière dépend, négativement aussi, du montant de la sanction encourue. Or si la mise en place de programmes de clémence modifie conjointement ces deux paramètres, ces modifications ne s'opèrent pas dans le même sens. Il s'agit

4. *Corporate Leniency Program*, qui clarifie et simplifie le système, voir Spratling (1999). Ainsi, l'amnistie devient automatique pour celui qui dénonce le cartel si les autorités n'avaient pas connaissance de l'entente et il devient possible d'apporter des informations sur des affaires déjà en cours de procédure.

5. European Commission (2002), « Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases », *Official Journal of the European Communities*, C 45, p. 3-5. Ce document de la Commission permet de préciser les mesures et d'en accroître l'intérêt pour le dénonciateur : l'immunité totale est possible pour la première entreprise qui dénonce l'accord lorsque la Commission ignore l'existence du cartel et une réduction d'amende est possible pour une entreprise qui n'est pas la première à dénoncer, ou quand la Commission connaissait déjà l'existence du cartel (en imposant par ailleurs à la firme de coopérer activement avec l'autorité, dans tous les cas). Voir Van Barlingen et Barennes (2005) pour cette réforme communautaire.

6. Les autorités américaines ont notamment traité 39 cas qui ont impliqué des amendes de plus de 10 millions de dollars. Le record est la détection du célèbre cartel des « vitamines », dénoncé par la firme Aventis, qui a conduit à des amendes d'un montant de 500 millions et 225 millions de dollars pour les firmes Hoffman La Roche et BASF, respectivement.

alors de déterminer comment ces effets sont susceptibles de se compenser l'un l'autre pour affecter la stabilité globale des collusions.

2 Des effets mitigés sur la stabilité des ententes

L'existence même des mesures de clémence crée une incertitude supplémentaire pour les membres du cartel, du fait de la nouvelle possibilité stratégique qu'elles offrent aux partenaires de l'accord. Cette incertitude pèse donc positivement sur la perception que les contrevenants ont d'être détectés par les autorités. Ce point joue défavorablement sur la stabilité de la collusion. En outre, plus les incitations à recourir à la clémence sont fortes, plus la stabilité de la collusion en sera affaiblie, ce qui conduit à envisager des systèmes d'immunité totale, voire des systèmes de rémunération du dénonciateur (Spagnolo, 2000, 2004 ; Brisset et Thomas, 2004 ; Aubert *et al.*, 2005).

A l'inverse, plus le gain associé à la clémence est élevé pour le dénonciateur, plus cela renforce la profitabilité relative de la collusion, et donc sa stabilité. C'est en effet un problème d'exemplarité de la sanction : dans le bilan coûts-avantages réalisé par les membres du cartel, il existe une probabilité de pouvoir bénéficier des surprofits de l'entente sans en encourir de risques ultérieurs (voire en obtenant des gains complémentaires si un système de récompense est mis en place).

Motta et Polo (2003) ont proposé une analyse de ces effets relatifs. Selon leur modèle, le premier effet proconcurrentiel peut dominer le second lorsque les autorités de concurrence ont des ressources limitées, ce qui signifie que les probabilités de détecter les ententes sans utiliser la clémence et de prouver la culpabilité des firmes sont suffisamment faibles. D'un autre côté, il ne faut pas que ces ressources soient trop limitées, sans quoi la probabilité de prouver la culpabilité des membres du cartel deviendrait tellement faible que l'efficacité des programmes de clémence en serait annihilée.

Cependant le modèle de Motta et Polo, comme de nombreux autres dans la littérature sur la clémence, suppose que la probabilité d'être détecté par les autorités en l'absence de clémence est constante.

Or il paraît plus réaliste de supposer que cette probabilité est croissante. Cette hypothèse est envisagée par Harrington (2005) ou Hinloopen (2003), qui mettent ainsi en évidence un degré de stabilité du cartel plus important que celui auquel aboutissent Motta et Polo. S'il est certain qu'un cartel ne sera pas détecté dans les périodes qui suivent immédiatement sa création, il est en revanche raisonnable d'imaginer que les risques d'une investigation des autorités sont plus forts après, par exemple, quelques années d'existence. Ce point est important car il conduirait à modifier sensiblement les stratégies des membres du cartel.

Pour un « jeune » cartel, la probabilité d'être détecté par l'autorité est encore très faible. La menace de supporter les pertes liées à l'action des autorités serait donc suffisamment mince pour que les membres du cartel préfèrent respecter la collusion plutôt qu'utiliser la procédure de clémence (et cela même si les autorités sont en mesure de prouver la culpabilité de la firme). Si le nombre de répétitions du jeu était fini, la certitude de demander la clémence en dernière étape du jeu conduirait effectivement à la demander au début du jeu (résolution de type *backward induction*). Toutefois, si le nombre de répétitions est infini, ou inconnu, il pourrait devenir plus profitable de respecter la collusion (dès lors que les profits futurs ne sont pas trop actualisés).

Lorsque le cartel devient plus « ancien », la probabilité d'être détecté s'est accrue, et le risque associé également. L'utilisation de la clémence deviendrait alors optimale. La question qui reste en suspens est toutefois celle de la date à laquelle s'opèrera ce retournement des incitations des firmes. Si ce retournement se produit suffisamment tard pour que les firmes disposent du temps nécessaire au gain d'importants surprofits grâce à la collusion, il est probable que cela renforcera la stabilité du cartel, dans la mesure où même les firmes qui seront sanctionnées couvriront le montant de l'amende grâce aux profits de collusion réalisés précédemment.

Du côté de l'autorité de concurrence, le risque d'une telle situation est de voir les demandes de clémence se produire lorsque les cartels ont été rentables assez longtemps, contrairement aux ambitions qui sont les siennes. L'efficacité des mesures de clémence serait alors très relative puisqu'elles ne permettraient de détecter les cartels que relativement peu de temps avant qu'ils ne soient détectés par l'au-

torité seule. Notons que ce risque pourrait d'ailleurs être accru avec des dispositions qui permettent d'accepter les mesures de clémence demandées après qu'une enquête a été déclenchée par les autorités. Il n'est alors pas évident que les réductions d'amende dues à la clémence soient réellement de nature à améliorer le bien-être collectif.

Un autre élément permet de douter de l'effet net des mesures de clémence sur la stabilité des cartels, tout au moins dans une certaine mesure. Nous avons vu qu'en l'absence juridique de programmes de clémence, une collusion était d'autant plus stable qu'elle disposait de fortes mesures de sanction internes au cartel. Si l'entreprise qui dévie de l'accord collusoire sait qu'elle subira une phase punitive lourde (guerre de prix de longue durée par exemple), cela augmente son incitation à respecter l'accord. Les entreprises peuvent alors s'entendre sur une stratégie de déclic (*trigger strategy*) qui consiste à déclencher la punition prévue à l'avance (*penal code*) en cas de déviation d'un des membres. Si des programmes de clémence existent, une stratégie envisageable serait alors d'inclure le recours à la clémence dans ce code pénal du cartel : en cas de déviation de l'un des membres par rapport à la stratégie collusoire, la clémence serait demandée (Ellis et Wilson, 2002). Cela renforcerait alors considérablement la stabilité des ententes⁷.

3 Dynamique de long terme des mesures de clémence

Les sections précédentes montrent que si les effets de la clémence sur la détection des ententes sont positifs, ceux qui portent sur leur stabilité sont plus mitigés. Il s'agit là des deux effets qui sont traditionnellement envisagés dans le cadre de la lutte contre les ententes. Néanmoins, cette approche est une vision instantanée de la politique de concurrence : l'entente existe et il s'agit de la détecter et la sanctionner. Elle n'étudie pas explicitement les mécanismes de formation des ententes, ni ce qui se produit sur le marché après le démantèlement du cartel. L'objet de cette dernière section est d'intégrer dans le raisonnement ces différents aspects, en les intégrant dans une vision

7. Apesteguia *et al.* (2004) proposent également une étude expérimentale qui montre que la collusion peut être renforcée par la clémence.

dynamique des programmes de clémence qui soit de plus long terme.

Si les demandes de clémence s'effectuent après une période suffisante d'activité du cartel, ce dernier demeure rentable, ce qui n'aura en conséquence pas particulièrement d'effet sur les incitations à former des collusions. En revanche, si la clémence intervient plus tôt, les formations d'ententes pourraient être découragées, si l'on fait en tout cas l'hypothèse d'une relative constance de la conception des mécanismes collusoires.

Si l'on suppose au contraire que les entreprises vont modifier leurs stratégies pour rendre la formation d'un cartel à nouveau intéressante, les effets sociaux seraient au contraire négatifs. On risque en effet de voir se développer des pratiques illégales, et pas seulement au regard du droit de la concurrence. Un mécanisme qui existe déjà de façon marginale mais qui pourrait par exemple se développer est celui du dépôt d'un chèque d'un montant important lors de la formation du cartel. En cas de déclenchement d'une procédure de clémence, ce dépôt initial ne pourrait pas être récupéré par le dénonciateur, ce qui supprimerait l'intérêt de faire appel à la clémence (Jenny, 2005). Au-delà de ce premier exemple, on peut imaginer toutes sortes de pratiques destinées à rendre la clémence non profitable, consistant à adopter des comportements délictueux qui dépasseraient potentiellement le simple cadre du droit de la concurrence (systèmes de surveillance actif, financements d'activités occultes, mécanismes d'évasion fiscale...), et qui rendraient difficile, voire impossible, l'application des mesures de clémence. Si ce devait être le cas, on pourrait assister à des dérives comportementales plus graves que celles qui relèvent de la simple entente.

Une fois le cartel démantelé par les autorités à l'aide de la clémence, il reste à se demander quelles seront les stratégies des firmes dénoncées à l'encontre du dénonciateur. Il n'est pas exclu que des représailles soient menées, entraînant de nouvelles atteintes à la concurrence. Il est par exemple envisageable que des stratégies de prédation puissent être mises en œuvre au détriment du dénonciateur. On sait bien sûr que la rationalité de la prédation est loin de faire l'unanimité chez les économistes. Ici, particulièrement, il s'agirait d'une prédation collective, ce qui est d'autant plus improbable. D'un autre côté, on sait également que les cartels sont extrêmement rémunérateurs pour leurs membres. Or il est impossible

que les firmes constituent un nouveau cartel en intégrant le concurrent qui les a déjà dénoncées auprès des autorités. L'éviction du délateur pourrait donc apparaître comme une condition *sine qua non* d'une nouvelle cartellisation profitable. Les gains à venir d'un nouveau cartel doivent donc être mis en balance avec le coût de la prédation. Par ailleurs, il faut noter que la nouvelle entente serait susceptible d'être plus durable, au sens où les incitations de recourir à la clémence serait très amoindrie, du fait de la menace latente d'affronter une stratégie prédatrice.

Bien entendu, on peut imaginer une politique des autorités qui soit extrêmement répressive à l'égard de tels comportements et qui les dissuaderait en conséquence, d'autant plus qu'il est vraisemblable que la firme victime de ces pratiques saisisse elle-même les autorités (la question de la détection ne se poserait alors pas). Cela dit, il resterait à pouvoir faire la preuve des pratiques anticoncurrentielles générées par les représailles des firmes dénoncées et cela peut s'avérer beaucoup plus complexe qu'à l'accoutumée. Une caractérisation des pratiques pourrait être l'abus de position dominante collective, dont on sait qu'il ne constitue pas une infraction simple à démontrer dans le cas général. En l'espèce, ce serait encore plus complexe car le parallélisme de comportements observé – non répréhensible en soi – serait facilité par les intérêts communs et le désir de représailles, sans qu'il soit besoin de recourir à des mécanismes spécifiques favorisant l'alignement (échanges d'informations ou autres), qui sont habituellement autant d'indices de preuve pour les autorités.

Il n'est également pas à exclure qu'un effet d'apprentissage puisse progressivement se produire. Si la menace de demandes de clémence devait être suffisamment importante, du fait du possible succès de cette procédure, il est en effet possible que les firmes renoncent aux pratiques anticoncurrentielles les plus susceptibles de faire l'objet de dénonciation auprès des autorités – comme par exemple les fixations communes de prix – et abandonner ou limiter très fortement le *monitoring*. Pour autant, d'autres vecteurs pourraient être employés pour assurer une meilleure profitabilité : répartitions tacites de marchés par des stratégies de localisation éloignée ou encore de segments de clientèle par des stratégies de différenciation convergentes...

L'ampleur des représailles potentielles joue bien sûr un rôle important dans les incitations à utiliser la

clémence, différencié selon la structure du marché. Si les firmes ont des tailles asymétriques, il est peu probable que les entreprises de petite taille aient intérêt à demander la clémence dans la mesure où, après la procédure, elles subiraient une pression telle de la part des grandes firmes qu'elles en supporteraient de graves conséquences. C'est donc les firmes les plus grandes pour lesquelles la peur des représailles influencerait le moins. D'un autre côté, ce sont celles qui dégagent les surprofits collusoires les plus importants et ce sont donc elles qui ont le moins intérêt à voir l'entente éclater. En prenant en compte la possibilité de représailles sur des marchés asymétriques, le système pourrait donc être plus stable qu'il ne semblait l'être avec une vision instantanée.

Dans le cas de firmes de même taille, l'effet précédent ne fonctionne plus. D'un certain point de vue, la stabilité de la collusion est donc moins forte car les pouvoirs de représailles sont symétriques, ce qui crée une incertitude supplémentaire sur l'identité de celui qui a le plus intérêt à déclencher la clémence. En même temps, les firmes étant symétriques, les représailles se traduiraient vraisemblablement par une guerre de prix dont chacune souffrirait. Quel serait alors, pour chacune d'entre elle, l'intérêt de déclencher une stratégie aussi coûteuse? Ici, c'est le risque de représailles lui-même qui diminue, renforçant d'autant l'intérêt de demander en premier la clémence. Curieusement, avec l'introduction de programmes de clémence, ce serait donc les industries les plus symétriques – et donc celles dans lesquelles les collusions sont *a priori* les plus susceptibles d'émerger – pour lesquelles la stabilité de l'entente serait la plus affectée⁸.

Conclusion

Au plan économique, l'évaluation de l'efficacité des programmes de clémence n'est pas chose aisée. Ce qui ressort de cette analyse, c'est que la simple lecture qui est trop souvent faite de cette procédure assez récente ne semble pas suffisante compte tenu des dimensions multiples d'un programme de clémence. Certes, la détection des ententes est facilitée par l'adoption de mesures de clémence, mais il convient aussi d'en étudier l'impact sur la stabilité

8. Cette première intuition mériterait bien entendu d'être validée par une modélisation adéquate.

des cartels et, plus largement, sur les conditions de leur formation et les représailles potentielles. De nouvelles variables rentrent en jeu : les différentes conditions du marché, les moyens budgétaires des autorités, les modalités d'application de la clémence et enfin, à plus long terme, les possibles représailles des membres du cartel sur la firme informatrice.

L'efficacité économique de tels programmes est sans surprise dépendante du cadre institutionnel dans lequel ils sont mis en place. De ce point de vue, les mesures américaines semblent être nettement plus incitatives que les mesures européennes, comme le montre le tableau récapitulatif fourni par Feess et Walzl (2004) ci-dessous. On voit par exemple que l'amnistie totale du premier dénonciateur, la possibilité d'obtenir une telle amnistie même dans l'hypothèse où les autorités avaient déjà connaissance de l'entente, l'absence de réductions d'amendes pour le second dénonciateur, sont autant d'incitations à dénoncer le plus rapidement possible une entente.

<i>Programme américain</i>	<i>Programme européen</i>
La première firme obtient une amnistie complète	Généralement, seule une amnistie partielle est donnée à la première firme
La réduction d'amende ne dépend (donc) pas de la preuve fournie	Les réductions d'amende dépendent des preuves fournies
La deuxième firme n'obtient aucune réduction d'amende	Les autres firmes ont aussi des réductions d'amende
L'immunité totale peut aussi être obtenue si une investigation a déjà commencé	La réduction d'amende est au maximum de 50 % si une investigation a déjà commencé

L'énorme succès de la clémence aux États-Unis tient par ailleurs à une autre caractéristique du système américain qui est celle d'une plus forte pénalisation. Ainsi, la possibilité offerte par les mesures de clémence d'échapper à peines d'emprisonnement accroît sensiblement l'intérêt de recourir à la clémence⁹. Dans cette optique, Festerling (2005) regrette le manque de responsabilité individuelle des dirigeants européens. Jenny (2005, p. 45) note également qu'il s'agit là d'une source potentielle d'inefficacité de la clémence. De même, Aubert *et al.* (2005)

9. Cet effet incitatif pouvait potentiellement être contrecarré par l'effet contraire lié aux treble damages, qui faisait peser un risque lourd sur les dommages et intérêts à verser par la suite. Cependant, ce point ne constitue plus un frein au système, dans la mesure où depuis la réforme de juin 2004 (*The Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act*), une exonération totale de poursuites pénales et une limitation des peines civiles aux single damages est prévue.

sont en faveur de mécanismes incitatifs individuels complémentaires qui viendraient fragiliser la stabilité du cartel, en incitant les salariés eux-mêmes à dénoncer une entente¹⁰.

En France, il est difficile de savoir exactement quel sera l'impact exact des programmes de clémence. A l'heure actuelle, dix avis de clémence ont été prononcés depuis l'origine mais resteront confidentiels jusqu'à l'issue des procédures de sanction (*Rapport du Conseil de la concurrence*, 2005), ce qui maintient pour l'instant une incertitude sur ce que les entreprises peuvent attendre de cette procédure. Quoi qu'il en soit, nous avons vu qu'il faut se garder des effets pervers de ce système. Dans cette optique, il sera notamment nécessaire, pour l'autorité, de procéder à des bilans réguliers ainsi qu'à une surveillance *ex-post*, à la fois pour lutter contre la récidive et d'éventuelles mesures de rétorsion à l'égard du délateur. L'adoption de mesure de clémence peut réellement permettre une efficacité économique accrue, mais si le système répond aux impératifs qui ont été précédemment indiqués. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas non plus attendre de ces procédures la réponse universelle à tous les problèmes.

Références

- [1] APESTEGUIA J., M. DUFWENBERG et R. SELTEN (2004), « Blowing the Whistle », *Document de travail*, 0303, Departamento de Economía – Universidad Pública de Navarra.
- [2] AUBERT C., W. KOVACIC et P. REY (2006), « The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels », *International Journal of Industrial Organization*, 24, 1241-1266.
- [3] BECKER G.S. (1968), « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.
- [4] BRENNER S. (2005), « An Empirical Study of the European Corporate Leniency Program », *Document de travail*, Humboldt-University Berlin, EARIE 2005.
- [5] BRISSET K. et L. THOMAS (2004), « Leniency Program : A New Tool in Competition Policy to Deter Cartel Activity in Procurement Auctions », *European Journal of Law and Economics*, 17(1), 5-19.
- [6] ELLIS C. et W. WILSON (2002), « Cartels, Price-fixing, and Corporate Leniency Policy : What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger », *Document de travail*, University of Oregon.
- [7] FEES E. et M. WALZL (2004), « An Analysis of Corporate Leniency Programs and Lessons to Learn for U.S. and EU Policies », *Document de travail*, University of Aachen (RWTH) and University of Maastricht, September 17, 2004.
- [8] FESTERLING P. (2005), « Cartel Prosecution and Leniency Programs », *Document de travail*, School of Economics and Management, Aarhus University Denmark, April 30, 2005.
- [9] FRIEDMAN J.W. (1971), « A Non-cooperative Equilibrium for Supergames », *Review of Economic Studies*, 38(113), 1-12.
- [10] HARRINGTON JR. J.E. (2005), « Optimal Corporate Leniency Programs », *Document de travail*, Department of Economics, Johns Hopkins University.
- [11] HINLOOPEN J. (2003), « An Economic Analysis of Leniency Programs in Antitrust Law », *De Economist*, 151(4), 415-432.
- [12] JENNY F. (2005), « Approche économique et internationale de l'expérience française », Communication au Colloque « Clémence et transaction en matière de concurrence : Premières expériences et interrogations de la pratique », CREDA, 19 janvier 2005.
- [13] KROES N. (2005), « The First Hundred Days », Speech at the 40th Anniversary of the Studienvereinigung Kartellrecht 1965-2005, International Forum on European Competition Law, Brussels, 7th April 2005.
- [14] MOTCHENKOVA E. (2004), « Effects of leniency programs on cartel stability », *Document de travail*, Tilburg University, Department of Econometrics & OR and CentER.
- [15] MOTTA M. (2004), *Competition Policy : Theory and Practice*, Cambridge : Cambridge University Press, 640 p.
- [16] MOTTA M. et M. POLO (2003), « Leniency Programs and Cartel Prosecution », *International Journal of Industrial Organization*, 21(3), 347-379.
- [17] SPAGNOLO G. (2000), « Optimal Leniency Programs », *Document de travail*, Stockholm School of Economics and L.E.A.R. (Rome), May 13, 2000.
- [18] SPAGNOLO G. (2004), « Divide et Impera : Optimal Leniency Programmes », *Document de travail*, CEPR Discussion Papers : 4840.
- [19] SPRATLING G.R. (1996), « Making Companies an Offer They Shouldn't Refuse : The Antitrust Division's Corporate Leniency Policy - An Update », Speech at the

10. Cependant, ce dernier argument est à mettre en balance avec le risque pour le salarié de perdre son emploi ou subir des pressions. Par ailleurs, il peut être envisagé par la direction des systèmes de rémunération permettant d'éviter la dénonciation.

Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust, Antitrust Division, U.S. Department of Justice.

- [20] STIGLER G.J. (1964), « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, 72(1), 44-61.
- [21] VAN BARLINGEN B. (2003), « The European Commission's Leniency Note of Operation », *Competition Policy Newsletter*, 2, Summer, 16-21.