



L'efficacité répressive des décisions en matière concurrentielle : une approche économique

Laurent BENZONI

**Ateliers de la Concurrence - DGCCRF
« L'efficacité des décisions en matière
d'ententes et de concentrations »
Juin 2000**

**Article repris dans « Problèmes
Economiques » N° 2714 daté du 23 mai 2001**

TERA Consultants
32, rue des Jeûneurs
75002 PARIS
Tél. + 33 (0) 1 55 04 87 10
Fax. +33 (0) 1 53 40 85 15

S.A.S. au capital de 200 000 €
RCS Paris B 394 948 731

L'EFFICACITE REPRESSIVE DES DECISIONS EN MATIERE CONCURRENTIELLE : une approche économique¹

Laurent Benzoni

Professeur de Sciences Economiques à l'Université Paris 2 et à l'Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications

Introduction

Le thème sied parfaitement aux ambitions que se sont fixés les ateliers de la concurrence, à savoir, une meilleure imbrication des problématiques juridiques et économiques en matière de régulation concurrentielle. En effet, ledit thème articule explicitement deux problématiques : celle de la répression (ou de la sanction) et celle de l'efficacité, la première procédant plutôt du volet juridique et la seconde relevant plutôt du volet économique.

Avec la sanction, nous sortons en effet quelque peu des sentiers battus de la science économique. Le terme de « sanction » ne se retrouve nulle part dans les manuels anciens ou récents d'économie industrielle et d'économie de la concurrence. Les économistes ne semblent donc pas s'intéresser outre mesure à la manière de sanctionner et de réprimer les agents, quand il s'agit du domaine de la concurrence. Dans l'analyse de la concurrence, les économistes centrent le plus souvent leurs réflexions sur l'étude des mécanismes aboutissant aux situations potentiellement anticoncurrentielles. Ces réflexions peuvent aller jusqu'à la prescription des règles capables de prévenir l'émergence de ces situations (théorie de la régulation), mais elles abordent rarement la question de la sanction à appliquer aux facteurs de trouble sur les marchés.

La question de l'efficacité, deuxième volet de la problématique de cet exposé se situe, quant à elle, au cœur de la réflexion des économistes. La quête de l'efficacité a logiquement conduit les économistes, plus particulièrement au cours des deux dernières décennies, à s'intéresser à la compréhension des mécanismes qui incitent les agents économiques à maximiser leur efficacité individuelle ou collective. Les développements de la théorie des contrats incitatifs constituent à cet égard la concrétisation de ce vif intérêt des économistes pour l'efficacité. La définition de ces contrats et des clauses incitatives qu'ils contiennent constitue aujourd'hui l'un des pans les plus actifs de la recherche économique.

Cette problématique peut s'appliquer aux domaines les plus variés, notamment à celui de la répression efficace que doivent instaurer les autorités concurrentielles afin de corriger les effets négatifs des pratiques concurrentielles indésirables et dissuader par la même les agents de recourir à de telles pratiques.

¹ Cet article a été présenté lors des Ateliers de la concurrence dédié à « L'efficacité des décisions en matière d'ententes et de concentrations » du 7 juin 2000.

Les deux volets de la sanction efficace : les dommages et l'amende

Nous proposons le cheminement suivant : la répression se traduit par une sanction, l'efficacité de la sanction doit donc se traduire par une sanction efficace. On convient alors qu'une sanction efficace doit au minimum restaurer les allocations de surplus entre les agents qui auraient prévalu en l'absence de comportements anticoncurrentiels.

Sur le fonds, il s'agit en fait d'appliquer, au contexte de la sanction en matière concurrentielle, le principe très connu en économie publique du « pollueur payeur » mis en évidence dès le début du siècle dernier par l'économiste C. Pigou.

L'idée est la suivante : l'agent, l'entreprise, ou les entreprises (en cas de cartel) à l'origine d'une distorsion concurrentielle a(ont) directement bénéficié d'un surplus indu, disons un « surprofit » pour faire bref. Le principe premier qui doit alors prévaloir dans l'établissement de la sanction lorsqu'il y a condamnation consiste donc à restituer ce surprofit aux agents qui en ont été privés.

Ce principe de restauration des sommes indûment captées justifie le versement de dommages aux agents directement victimes du comportement abusif, généralement les clients, les fournisseurs ou les concurrents.

Parallèlement, un comportement anti-concurrentiel se traduit généralement par une perte de bien-être collectif. En d'autres termes, la collectivité dans son ensemble a subi les conséquences du comportement non-concurrentiel sans que les victimes de ce comportement puissent être formellement identifiées ou désignées. Cette perte de bien-être collectif justifie le paiement d'une amende, c'est-à-dire un paiement qui bénéficie à l'ensemble de la collectivité et non à des agents particuliers.

Dommages et amendes constituent ainsi les deux éléments de la sanction qui correspondent, du point de vue économique, à deux éléments bien distincts :

1. la restitution des surprofits indus aux victimes du comportement anti-concurrentiel,
2. le remboursement à la collectivité des pertes de bien-être collectif induites par le comportement anti-concurrentiel.

Le mode de calcul des deux types de paiement

Nous venons de voir que la sanction doit toujours intégrer au moins deux éléments : le reversement des sommes indues, au titre du transfert entre les agents, ce sont les dommages, et le reversement lié à la perte d'efficacité sociale, ce sont les amendes.

Le calcul diffère logiquement d'un paiement à l'autre.

Supposons à titre d'illustration une entreprise ayant adopté un comportement de monopole. Supposons en outre que ce comportement lui a permis d'élever le prix d'un produit de 100 francs à 120 francs. Le profit indu perçu sur chaque produit vendu est donc de 20 francs. Logiquement, ce sont ces 20 francs qui doivent être reversés à tous les consommateurs ayant acheté le produit à 120 francs. Cette somme représente bien le surprofit indu capté par l'entreprise ayant abusé de son pouvoir de monopole.

C'est la part correspondant au transfert de surplus opéré sur le marché entre l'offreur et le consommateur : il s'agit selon notre approche du dommage.

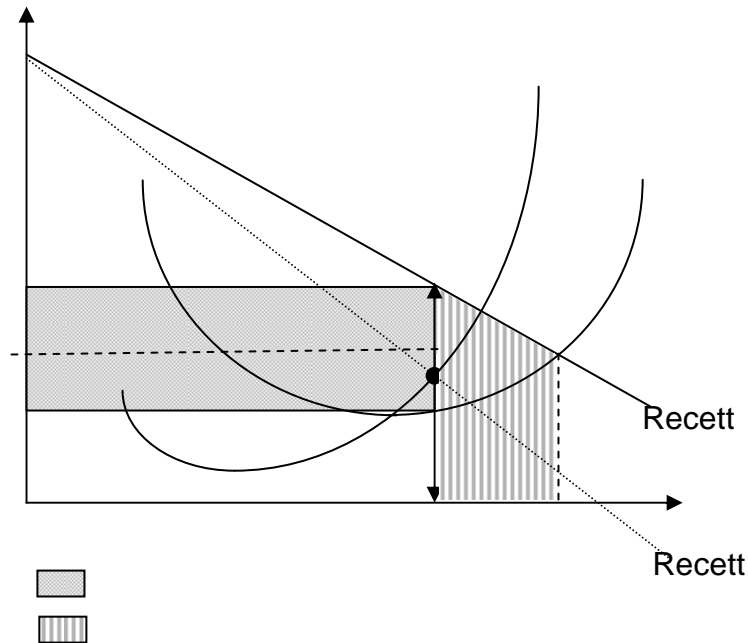
Toutefois, en élevant le prix du produit, l'entreprise a nécessairement dissuadé des consommateurs de l'acquérir. En conséquence, si l'entreprise a vendu seulement 900 unités à 120 francs, au lieu par exemple de 1000 unités à 100 francs si elle n'avait pas pratiqué un prix de monopole, on enregistre une perte de 100 unités vendues à 100 francs, soit 10 000 francs que personne ne récupère ; ni l'entreprise qui n'a pas vendu les produits en question, ni bien évidemment les consommateurs qui ne les ont pas achetés. Cette perte correspond à la perte de bien-être collectif ou d'efficacité sociale. Les volumes de production et de consommation enregistrés dans l'économie ont en effet été moindres que ceux qui auraient prévalu en cas de comportement concurrentiel de l'entreprise.

Les dommages versés aux victimes devraient être évalués sur la base des sur-profits. L'amende, quant à elle, sera calculée sur la base du chiffre d'affaires perdu. L'amende restituée à la collectivité correspond donc à la perte d'efficacité sociale et ne peut être attribuée à qui que ce soit de clairement identifié.

En retenant ce schéma simple, l'entreprise va alors payer plus sous forme d'amendes et de dommages, qu'elle n'aurait perçue si elle avait joué le jeu de la concurrence. En effet, la seule présence de l'amende conduit à ce que l'entreprise reverse à la collectivité et aux victimes une somme bien supérieure au profit qu'elle aurait perçu en cas d'équilibre de concurrence. L'amende constitue bien la sanction et en payant l'amende, la sanction pour l'entreprise fautive est bien réelle : encore faut-il que les dommages aient été dûment calculés et reversés aux victimes...

Le schéma 1 ci-dessous visualise le raisonnement tenu ci-dessus dans le cas simple du monopole pur et parfait. L'équilibre du monopole est donné par l'intersection entre le coût marginal et la recette marginale. Le triangle hachuré correspond à la perte de bien-être collectif, donc à l'amende. Le rectangle grisé correspond aux dommages à verser aux victimes suite à l'élévation du prix au-dessus du prix de concurrence (100 francs). Dans cet exemple, la réduction de la quantité produite se traduisant par une baisse du coût moyen de production de 100 à 80 francs, le surprofit par unité vendue est ici de 40 francs.

Schéma 1
Dommege et amende : le cas du monopole pur et parfait



Faut-il limiter le montant des versements (amende et dommage) ?

On sait que les textes juridiques prévoient des montants maximaux à verser, au moins pour ce qui concerne les amendes. Du point de vue de l'économiste, il n'y a pas de limite *a priori* autre que celle qui restaure les allocations de surplus.

Il n'en demeure pas moins, que la perception des surplus indus a pu s'effectuer sur une période plus ou moins longue. Aussi, si l'on exige un paiement en une seule fois, au moment de la décision de la sanction, l'ensemble des sommes permettant la restauration de la juste situation concurrentielle, la charge du versement peut s'avérer économiquement insupportable à l'entreprise sanctionnée.

Pour parer ce problème plus simple serait sans doute de procéder à un paiement étalé des versements et non à un paiement en une fois. Le montant du paiement pourrait d'ailleurs être modulé en fonction de la situation financière de l'entreprise. Des solutions simples doivent pouvoir être envisagées.

Si les gains indus ont permis des versements de dividendes aux actionnaires de l'entreprise, on pourrait aussi imaginer que ceux-ci contribuent aux remboursements des sommes et au paiement des amendes, notamment pour les actionnaires majoritaires et siégeant au conseil d'administration, c'est-à-dire impliqués dans la conduite des affaires de l'entreprise répréhensible.

Toutefois, il se peut que les gains indûment captés ont été réinvestis et non épargnés ou redistribués aux actionnaires : le calcul du juste montant des paiements se complexifie. Le

surplus indu a peut-être servi à accroître l'efficacité de l'entreprise et le bien-être collectif via l'investissement. Il conviendrait donc de prendre en compte cet élément pour obtenir une juste appréciation de la situation créée par la politique de l'entreprise dans l'utilisation de ses fonds indûment perçus. Une entreprise monopolistique ayant fortement investi doit-elle être traitée de la même façon qu'une entreprise ayant capté du surplus pour le redistribuer ou l'épargner ?

L'intégration de la probabilité d'être condamné dans le calcul de la sanction

Le montant des reversements liés à la sanction tels que mentionnés précédemment, n'incorpore pas la probabilité d'être pris et effectivement sanctionné. En effet, les sanctions proposées précédemment sont efficaces si et seulement si l'entreprise est effectivement prise et condamnée. A contrario, pour une entreprise qui est sûre de ne pas se faire prendre, aucune sanction quel qu'en soit le montant n'aura de vertu dissuasive.

L'adoption d'un comportement anticoncurrentiel par une entreprise dépend donc étroitement de la probabilité d'être découverte par les autorités de concurrence. Cette probabilité devrait être incluse dans une politique de sanction qui se veut efficace.

Le calcul est théoriquement simple : il suffit de diviser le montant de la sanction par la probabilité d'être condamné. Si les entreprises se font prendre une fois sur deux (probabilité de 0,5), le montant de l'amende calculé selon le mécanisme décrit ci-dessus doit alors être multiplié par deux. Plus la probabilité de se faire prendre est faible (elle tend vers zéro), plus le montant effectif de la sanction devrait être élevé. En effet, on peut considérer que, dès lors que la probabilité de se faire prendre est inférieure à 1 (on ne se fait donc pas prendre à tous les coups), une entreprise peut adopter sciemment un comportement abusif en intégrant cette probabilité. Si la politique de sanction se veut réellement répressive et dissuasive, elle se doit donc d'inclure cette probabilité : son montant est alors supérieur au montant calculé précédemment.

Ce mécanisme reste très théorique. L'évaluation de la probabilité, on le perçoit bien, est ardue, voire impossible. Mais le seul fait que le phénomène existe, impose, sans doute, qu'il soit pris en compte si l'on désire une sanction efficace.

Les mécanismes contractuels d'augmentation de la probabilité : la dénonciation

Au lieu de jouer sur la probabilité en accroissant les mécanismes de contrôle des autorités concurrentielles, il peut être plus efficace de faire en sorte que les agents perçoivent l'efficacité de mécanismes qui conduiraient à les découvrir. Le plus simple consiste, notamment dans le cadre des ententes, à favoriser la dénonciation voire à la rémunérer.

Cartels et les ententes sont souvent instables, car ils mêlent petits et grandes entreprises présentant en outre des structures de coûts et des capacités de production hétérogènes. Dans un contexte d'hétérogénéité des membres du cartel, la maximisation des profits joints ne permet jamais d'aboutir à une situation contentant tout le monde. Les plus petits gagnent en général moins que les grands dans un cartel. S'ils sont « rémunérés », en n'étant pas sanctionnés par exemple par les Autorités de Concurrence, dans la mesure où ils ont désigné les contrevenants, ils peuvent avoir intérêt à dénoncer le cartel. S'ils sont « rémunérés », seuls leurs anciens partenaires du cartel seront sanctionnés, ces derniers seront donc affaiblis permettant aux petits de pouvoir mieux s'imposer ultérieurement sur le marché. Un tel mécanisme profite donc a priori aux moins bien lotis au sein du cartel. La dénonciation est ainsi susceptible de jouer le rôle d'un auxiliaire de la justice dans le droit de

la concurrence. Mais, si l'on suppose que l'entreprise reste rationnelle, le gain lié à la dénonciation doit être supérieur aux gains engendrés par le mutisme.

L'efficacité des mécanismes de dénonciation se formalise ainsi fort bien dans le cadre de la théorie des jeux (dilemme du prisonnier). On pourrait ainsi même calculer le montant minimal qu'il serait nécessaire de proposer a posteriori à une entreprise pour avoir effectivement dénoncé des pratiques répréhensibles. La question posée serait alors faut-il non seulement d'exempter l'entreprise qui dénonce mais en outre de la récompenser pour rendre le mécanisme encore plus efficace ? Le montant de la récompense serait bien évidemment acquitté, au titre des sanctions, par l'entreprise ou les entreprises dénoncées.

On sait que la limite de ces mécanismes économiques théoriques réside dans les déviations de comportement qui conduiraient à des délations inconsidérées, à des double-jeu, etc. Leur éventuelle adoption mériterait donc d'être prudente et réservée à des cas bien précis.

Au-delà de la sanction pécuniaire, le jeu sur la taille des entreprise et les structures de marché

Les mécanismes de sanction évoqués jusqu'à présent se sont focalisés sur la restauration des surplus au sein du marché et de l'économie. La sanction est-elle suffisante ? On peut en effet considérer que la sanction ne vient que pour corriger l'effet et non la cause du comportement anticoncurrentiel. En d'autres termes, pour faire cesser un comportement monopolistique, ne vaudrait-il pas mieux empêcher a priori la formation du monopole (interdiction ou restrictions d'opérations de fusion et d'acquisition) ou bien le démanteler s'il est déjà constitué.

La relation entre le niveau de concentration d'un marché et l'intensité concurrentielle au sein d'un marché ne repose sur aucun fondement théorique réellement stable. La théorie du duopole en constitue l'exemple le plus symptomatique : le comportement adopté par les entreprises repose essentiellement sur leur comportement, et la même structure peut produire le pire du point de vue concurrentiel (la maximisation des profits joints par un cartel) ou le meilleur, c'est-à-dire une guerre des prix exacerbée (duopole dit « à la Bertrand »).

Sanctionner une entreprise en la démantelant donc en réduisant d'autorité sa taille sur le marché constitue pour le moins une sanction radicale, est-elle pour autant efficace ?

Si le démantèlement conduit à la perte d'économies d'échelle et d'économies d'envergure, les gains potentiels à long terme liés à une structure de marché plus atomisée peuvent d'abord se traduire par des pertes certaines d'efficacité et de bien-être collectif à court terme.

Par ailleurs, la dimension géographique des marchés doit être bien prise en considération. Si réduire la taille d'une entreprise aboutit à la rendre plus petite que ses homologues étrangères, il n'est pas sûr que la réduction de taille ou le désinvestissement soient réellement efficaces.

Il nous semble donc que les sanctions aboutissant au démantèlement d'entreprise ne peuvent être qu'exceptionnelles : l'expérience américaine en atteste. Mais dispose-t-on réellement en Europe d'entreprises dont la puissance puisse être comparée à celle d'un ATT ou d'un Microsoft sur leur marché respectif ?

En guise de conclusion...

Ce bref exposé sur une approche économique de l'efficacité de la répression en matière concurrentielle montre que les textes juridiques ont de toute évidence intégré certains principes de base quand à la rationalité et au calcul des sanctions.

Dans l'univers théorique dans lequel nous avons situé cet exposé, les principes économiques et les modalités de calcul associées des sanctions semblent évidents et simples. Nous avons néanmoins pris soin de pointer, aux détours des raisonnements, les difficultés à transposer ces principes théoriques en règles applicables concrètement aux acteurs concernés. Dans ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, la théorie économique, par son caractère très normatif, sait montrer l'objectif à atteindre, toutefois elle n'est pas nécessairement efficace pour indiquer le chemin à suivre pour y aboutir... L'écart observable entre les quelques principes économiques mis en avant dans cet exposé et les textes juridiques en vigueur s'agissant des sanctions en matière concurrentielle relève nous semble-t-il plus de cette explication que d'une ignorance ou d'une volonté du législateur de ne pas rechercher la répression efficace en matière concurrentielle.

Il n'en demeure pas moins que certaines réflexions économiques pourraient trouver plus d'écho dans les textes juridiques : garanties quant aux dommages versées aux victimes, rémunération de la dénonciation, action directe sur les structures de marché et la taille des entreprises, etc..

Significativement, les Etats-Unis, qui disposent d'une expérience beaucoup plus longue et beaucoup plus riche en matière de concurrence que les pays européens, ont su intégrer des dispositions répondant à ces questions. Une version européenne de ces dispositions serait sans doute un moyen utile d'accroître l'efficacité répressive des décisions en matière concurrentielle dans le seul but de dissuader les entreprises de recourir à de telles pratiques.