

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**Forum mondial sur la concurrence**

**LES SANCTIONS EN CAS D'INFRACTION AU DROIT DE LA CONCURRENCE**

**Note de M. John M. Connor**

**-- Session IV --**

**1-2 décembre 2016**

*Le présent document est une note de référence rédigée par M. John M. Connor (Professeur émérite, Purdue University, États-Unis) en vue de la Session IV du 15<sup>e</sup> Forum mondial sur la concurrence qui a eu lieu les 1<sup>er</sup> et 2 décembre 2016.*

*Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.*

*D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :  
[www.oecd.org/competition/globalforum/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm](http://www.oecd.org/competition/globalforum/competition-and-sanctions-in-antitrust-cases.htm)*

Pour toutes questions relatives à ce document, veuillez prendre contact avec Mme Lynn Robertson [téléphone : +33 1 45 24 18 77 -- courriel : [lynn.robertson@oecd.org](mailto:lynn.robertson@oecd.org)].

**JT03418298**

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

*Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.*

## LUTTE À L'ÉCHELON MONDIAL CONTRE LES ENTENTES INTERNATIONALES : INTRODUCTION SUCCINCTE ET RÉSUMÉ

-- Note rédigée par M. John M. Connor \* --

### Extrait

La présente note traite des questions suivantes : dans quelle mesure y a-t-il eu un alourdissement et une expansion des amendes au cours de ces 26 dernières années ; (ii) quelle en a été la sévérité et (iii) quels types de facteurs sont susceptibles de décourager la formation des ententes et d'en annihiler l'efficacité ? Les données utilisées pour répondre à ces questions ont été tirées de plus de 1 300 affaires d'entente internationale mises au jour, de 1990 à 2015, dans des pays du monde entier.

Au début des années 90, le montant total des amendes infligées à des entreprises ayant participé à une entente s'élevait en moyenne à moins de 100 millions USD par an contre 12 milliards par an au cours des cinq dernières années. Si la tendance actuelle se confirme, ce montant atteindra 40 à 50 milliards USD par an d'ici à 2020.

La géographie des amendes infligées a radicalement évolué. Dans les années 90, 98 % des amendes imposées dans le monde contre des ententes l'ont été aux États-Unis et dans l'UE. En revanche, de 2010 à 2015, 44 % du total des amendes ont été infligés dans l'UE (dont la moitié par les autorités nationales compétentes (ANC)), 35 % par les États-Unis et 21 % par d'autres pays. La progression des amendes prononcées par la Commission européenne et l'administration américaine est lente, contrairement à celles infligées par les ANC de l'UE, la progression la plus rapide étant le fait des autorités d'autres pays du monde.

De 2010 à 2015, les entreprises d'Europe occidentale ayant pris part à des ententes ont versé près de la moitié des amendes et les entreprises américaines un tiers d'entre elles.

La hausse rapide du nombre d'ententes mises au jour ainsi que l'augmentation des amendes infligées s'expliquent principalement par la multiplication du nombre d'autorités de la concurrence désormais pleinement opérationnelles. Si l'on utilise comme indicateur la première année où une autorité de la concurrence a réussi à faire aboutir les poursuites qu'elle avait intentées à l'encontre d'une entente internationale, le nombre d'autorités de la concurrence ayant franchi ce cap est passé de 3 en 1990 à 75 en 2016.

À la mi-2016, plus de 1 200 personnes physiques ont été suspectées (visées, mises en examen, etc.) pour des ententes internationale sur les prix par 38 pays ou territoires dans le cadre d'affaires traitées au pénal. 44 % d'entre elles ont été condamnées (18 % seulement à une amende et 26 % à une peine d'emprisonnement). Ces données n'offrant qu'un instantané momentané des condamnations imposées en 2016 à des personnes ayant pris part à une entente, les affaires mettant en cause près de la moitié des suspects sont encore en « instance » Ceux-ci attendent d'être reconnus coupables, d'être condamnés ou sont en fuite, hors de portée du pays ou territoire ayant engagé les poursuites.

Au total, le recouvrement des dommages et intérêts accordés à la suite d'actions civiles représente des montants importants (59 milliards USD), même si la quasi-totalité d'entre eux a ordonnée par des tribunaux américains. Ces actions civiles sont un facteur dissuasif en Amérique du Nord où elles représentent les deux tiers des sanctions pécuniaires infligées.

En raison de ces actions au civil, cumulées aux amendes, l'Amérique du Nord affiche le ratio de sévérité le plus élevé du monde (environ 33 % des ventes concernées), suivie par les ANC de l'UE (30 %) et les autres pays (12 % à 16 % en moyenne).

S'il n'est pas dénué d'intérêt, le ratio de sévérité n'est pas aussi concluant que le ratio de recouvrement, qui n'est guère corrélé à celui-ci. Selon les hypothèses les plus optimistes, seules des dommages et intérêts d'un montant supérieur à 100 % du préjudice causé peuvent avoir un pouvoir de dissuasion. Selon l'analyse de 75 ententes internationales condamnées par des tribunaux américains – exposée dans l'étude économétrique la plus précise jamais menée sur le niveau de dissuasion optimal, qui repose sur des hypothèses prudentes – les sanctions infligées ne représentaient en moyenne qu'1/5<sup>e</sup> de ce qu'elles devraient être pour que l'effet dissuasif soit le plus important possible.

\* Le présent document a été rédigé par M. John M. Connor, Professeur émérite, Purdue University (jconnor@purdue.edu).

## 1. Introduction : exposé des enjeux

1. Les ententes sur les prix pourraient bien être la seconde plus vieille activité du monde, alors que la lutte contre les pratiques illicites de collusion à l'échelon international n'a commencé qu'il y a 20 ans à peine.

2. Les ententes sur les prix et les soumissions concertées ont été jugées immorales – au sens où il s'agit d'un type de fraude portant atteinte à l'intérêt général – par les théologiens de plusieurs grandes religions (Foer et al. 2010). Elles ont été proscrites par d'anciens textes de loi en Chine, à Babylone, en Grèce, à Rome, dans la France de la Révolution, et dans nombre d'autres nations et empires. À l'issue d'un procès public qui a eu lieu à Athènes en 386 avant JC, des marchands avaient ainsi été reconnus coupables d'avoir accumulé des stocks de graines et d'en avoir majoré excessivement les prix. Le Parlement britannique, quant à lui, a proscrit à plusieurs reprises à compter de 1710 la collusion à l'œuvre sur le marché du charbon londonien, mais il a fallu attendre 2002 pour que le Royaume-Uni inflige des amendes en cas d'entente sur les prix<sup>1</sup>. Les États-Unis ont seulement commencé à sanctionner les entreprises membres d'une entente entre 1900 et 1904, mais sans condamner avant 1990 environ les *ententes internationales* (Posner 1970: Table 20)<sup>2</sup>. La Commission européenne semble avoir été la première autorité de la concurrence – en 1969 – à avoir infligé une amende à l'encontre d'une entente internationale (Connor 2012: fn. 55)<sup>3</sup>.

3. Depuis les débuts de l'histoire de l'humanité, le recours à des sanctions pécuniaires et pénales en vue de décourager la formation d'ententes sur les prix n'a pris de l'ampleur que de notre vivant. Les questions que je souhaite traiter ici sont les suivantes : dans quelle mesure y a-t-il eu un alourdissement et une expansion des amendes au cours de ces 26 dernières années ; quelle en est la sévérité ; quels type de facteurs sont susceptibles de décourager la formation des ententes conclues par des parties privées et d'en annihiler l'efficacité ?

4. J'entends démontrer ici que les sanctions imposées par les autorités de la concurrence de pays ou territoires du monde entier se sont considérablement développées au cours du dernier quart de siècle par leur ampleur, leur nature et leur répartition géographique. Pour autant, le nombre d'ententes découvertes chaque année progresse, de manière exponentielle, **plus rapidement que les sanctions**. De plus, la sévérité des sanctions infligées en cas d'entente est inférieure aux taux des surcoûts générés par cette pratique. Cet état de fait, et d'autres éléments encore, tendent à montrer que les sanctions imposées n'ont pas suffi à dissuader les entreprises de former des ententes sur les prix et que ces sanctions ont été trop faibles pour les décourager de se livrer à ces pratiques.

## 2. L'ampleur des amendes s'est accrue

5. Au début des années 90, le total des amendes infligées aux entreprises en cas d'entente sur les prix était en moyenne inférieur à 100 millions USD par an, donc minime à l'aune des normes actuelles (graphique 1)<sup>4</sup>, contre 12 milliards USD ces cinq dernières années. En 2015, les amendes imposées<sup>5</sup> par les

<sup>1</sup> Information provenant d'un entretien personnel (Rodger 2016).

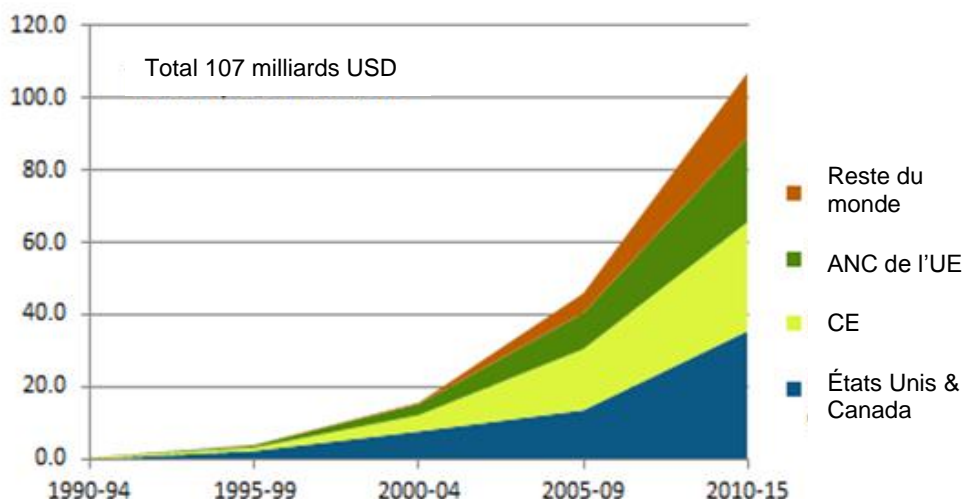
<sup>2</sup> L'amende maximale prononcée à l'encontre des participants à une entente sur les prix pendant la période comprise entre 1890 et 1954 n'a pas dépassé à 5 000 USD ; en 1982, le total des amendes versées s'est élevé à 13 millions USD (Gallo et al. 1994: Table 11). Même si des ententes ont donné lieu à des condamnations au milieu des années 40, aucune des entreprises qui y ont pris part n'a dû verser d'amende aux États-Unis avant 1990 avec la condamnation d'une filiale d'un industriel allemand dans l'affaire *des tubes en acier spécial*.

<sup>3</sup> Le montant des amendes infligées contre deux ententes internationales – celle des *colorants* et celle de la *quinine* – n'était pas très important selon les normes actuelles (Connor 2012: fn. 55)

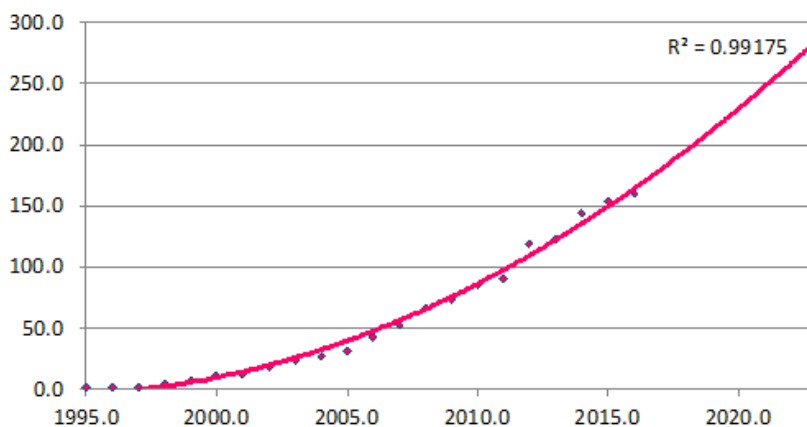
<sup>4</sup> Tous les graphiques ont été élaborés à partir de la base de données sur les ententes internationales privées qui compile des informations relatives à quelque 1 300 affaires présumées d'ententes internationales

autorités de la concurrence se sont au moins élevées, au total, à 107 milliards USD. D’ici 2022, si l’augmentation des amendes se poursuit, le montant total devrait atteindre 280 milliards USD (graphique 2).

**Graphique 1 Total des sanctions infligées à des entreprises, par région, pays ou territoire et par périodes de 5 ans**



**Graphique 2. Évolution du montant total des amendes, qui devrait atteindre 225 milliards USD d’ici à 2022**



6. Les autorités qui imposent des amendes ne sont plus les mêmes que par le passé. Dans les 90, les amendes étaient majoritairement le fait du ministère américain de la Justice et de la Commission européenne. Ces autorités continuent d’annoncer, à quelques années d’intervalle, qu’elles ont infligé des amendes record dans des affaires d’entente. Depuis début 1989, les autorités de la concurrence des pays

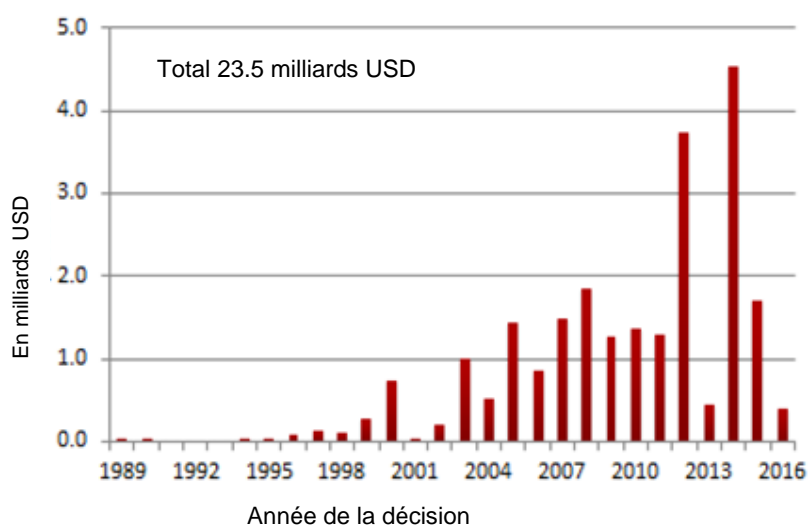
---

injustifiables sur les prix que les autorités de la concurrence de pays du monde entier ont mises au jour de 1990 à 2015. Voir Connor (2016), pour un récapitulatif et une description de ces données . Les devises ont été converties USD nominaux.

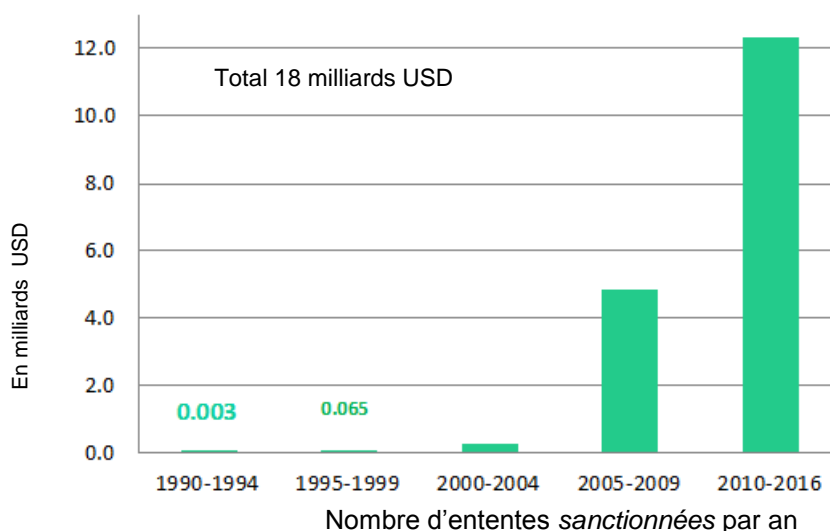
<sup>5</sup> Il est important de noter qu’il s’agit de montants dont les autorités ont fait état, sans les avoir nécessairement recouverts. L’étalement des versements et les appels intentés, de plus en plus courants, retardent généralement le recouvrement des amendes.

de l'UE ont à leur tour commencé à sanctionner des ententes internationales en imposant des amendes élevées, qui se sont alourdies au fil du temps – bien avant que le Réseau européen de la concurrence (REC) n'entre officiellement en fonction (graphique 3)<sup>6</sup>. Puis, autour de 2005, les amendes ont commencé à décoller dans le reste du monde, les autorités d'Afrique du Sud, du Brésil et de Corée étant alors en première ligne (graphique 4)<sup>7</sup>. Selon moi, cette évolution de la part des ANC de l'UE et des autorités des autres pays du monde se poursuivra non seulement parce que le nombre de décisions augmente chaque année, mais aussi parce que le montant des amendes infligées *pour chaque décision* est également en hausse.

**Graphique 3. Amendes infligées par les ANC de l'UE de 1989 à juillet 2016 pour sanctionner des ententes internationales**



**Graphique 4 Le montant total des amendes infligées dans les autres pays du monde exposé**



<sup>6</sup> Aux États-Unis, les autorités parallèles que sont les procureurs généraux des États n'ont pas suivi l'évolution, puisqu'elles ont infligé un peu moins de 5 % du total des amendes.

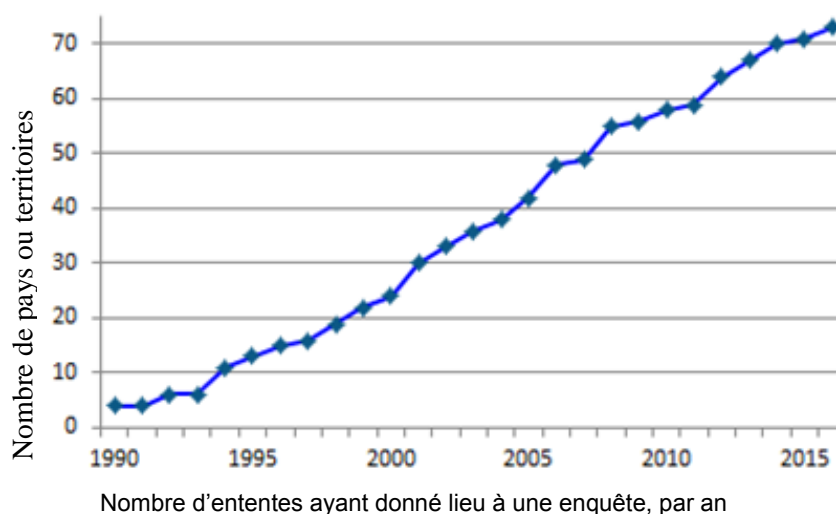
<sup>7</sup> Au nombre des articles ayant pour thématique cette évolution, voir Connor (2008, 2009 et 2015).

### 3. Géographie des amendes

7. Plus de 140 pays sont désormais dotés d'une législation relative aux ententes, mais il y a un écart entre la législation et l'usage qu'ils en font pour défendre le jeu de la concurrence. Il est très difficile d'engager des poursuites en cas d'ententes internationales du fait que les preuves et les témoins se trouvent généralement hors du pays et que les accusés sont le plus souvent des entreprises multinationales disposant de ressources juridiques considérables pour se défendre. L'augmentation des amendes prononcées en cas d'ententes est liée au nombre d'autorités qui ont acquis les compétences, l'expérience et l'assurance nécessaires pour mener des enquêtes dans des affaires complexes relatives à des ententes internationales.

8. En 1990, seules trois autorités de la concurrence dans le monde avaient condamné des ententes internationales<sup>8</sup>, ce nombre est désormais 25 fois plus élevé, comme le montre le graphique 5<sup>9</sup>. La *Namibian Competition Commission*, qui a condamné deux compagnies d'assurance sud-africaines qui avaient formé une entente sur les prix, est le dernier pays en date à faire son entrée dans cette liste. Poursuivre les ententes formées par des entreprises étrangères est un exercice non dénué d'attraits, dont les avantages que l'on peut en tirer sont facile à appréhender. Cela étant, les autorités de création récente ont mis en avant le fait que l'incapacité à *recouvrer* les amendes infligées pose un grand problème, car que les entreprises accusées sont souvent assistées par les meilleurs cabinets de conseil en économie et sociétés d'avocats et les procédures d'appel qu'elles intentent paraissent parfois interminable.

**Graphique 5 Le nombre de pays ou territoires dont les autorités de la concurrence engagent des poursuites en cas d'ententes internationales progresse**



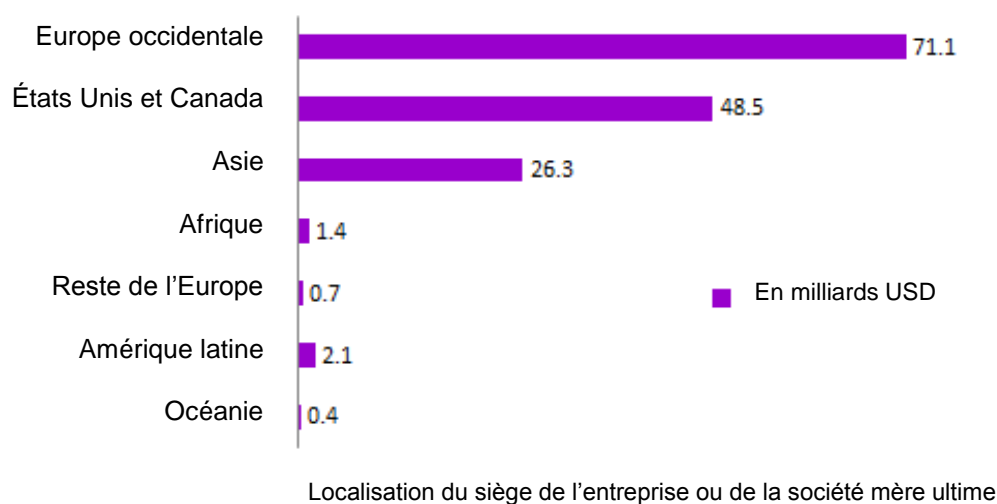
9. Si la diversité géographique de plus en plus grande des autorités qui imposent des amendes progresse encore, les entreprises qui versent les amendes restent relativement concentrées dans les pays ou territoires depuis longtemps dotés d'une autorité de la concurrence. Près de la moitié des amendes sont

<sup>8</sup> Jusqu'en 1990, à ma connaissance, seul le ministère américain de la Justice (dans les affaires *du tabac* en 1911 ou *des tuyaux en acier spécial* en 1990), la Commission européenne (dans les affaires de la *quinine* et des *colorants* en 1969) et les autorités canadiennes Canada (dans l'affaire *R. v. Container Materials Ltd.* 1942) avaient intenté des poursuites contre des ententes internationales. En 1992, la JFTC japonaise, à son tour, a infligé une amende à des producteurs de *film alimentaire* ayant formé une entente internationale.

<sup>9</sup> Ce graphique ne comptabilise que les condamnations à des amendes ; les jugements d'expédient et les avertissements et autres mesures assimilables ne sont pas prises en compte.

payées par des entreprises dont la société mère a son siège en Europe occidentale et un tiers en Amérique du Nord (graphique 6).

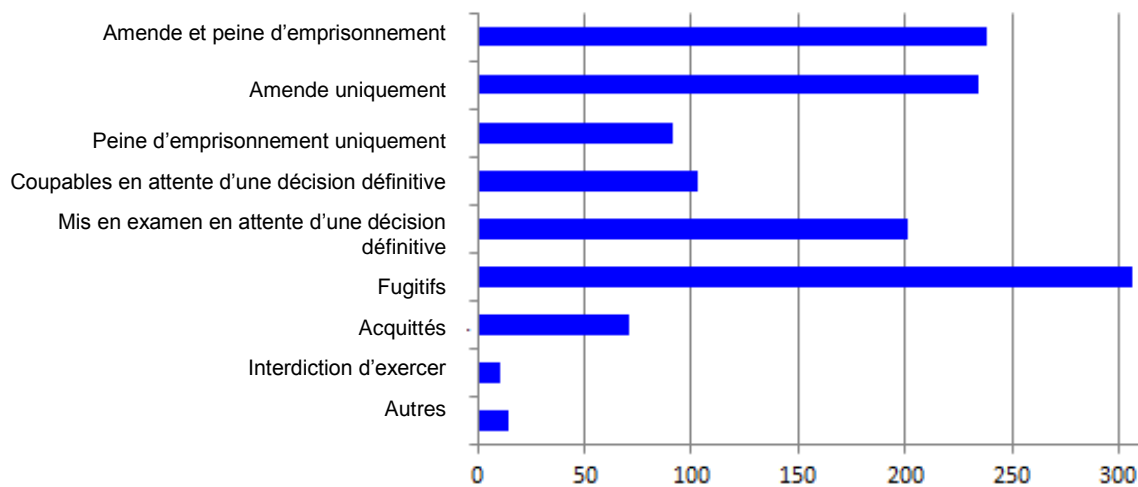
**Graphique 6. Les amendes frappent principalement les entreprises de pays de l'UE et des États-Unis**



#### 4. Sanctions prononcées à l'encontre de personnes physiques

10. Plus d'un millier de dirigeants d'entreprises ayant formé une entente ont été tenus pour pénalement responsables d'entente sur les prix dans plus d'une vingtaine de pays ou territoire du monde entier. Les sanctions prononcées prennent principalement la forme d'amendes légère assorties de lourdes peines d'emprisonnement. Cette formule a pris de l'importance ces dix dernières années et les peines ont été encore alourdies. Le graphique 7 montre qu'au 31 juillet 2016, 1 269 dirigeants d'entreprise avaient été ciblés, arrêtés, inculpés ou mis en examen pour entente sur les prix dans 38 pays ou territoires. 18 % d'entre eux ayant été uniquement condamnés à une amende ou à une mesure de restitution obligatoire et environ 26 % à une peine d'emprisonnement. Le nombre d'interdictions d'exercer est plutôt insignifiant et rien n'indique que cela serait dû à un phénomène de sous-déclaration. Environ 6 % des dirigeants mis en examen ont été libéré après avoir été acquittés, soit faute de preuves, soit parce que leur innocence a été établie.

**Graphique 7. Suites des poursuites engagées à l'encontre de dirigeants ayant été mis en examen dans une affaire d'entente internationale sur les prix**



11. Le Brésil, la Colombie et le Chili, en particulier, ont été les pays dont les autorités ont le plus contribué à la forte augmentation du nombre de dirigeants d'entreprise sanctionnés par une amende.

12. De nombreux dirigeants d'entreprises suspectés d'avoir pris part à une entente se trouvent *dans l'attente* de la décision de justice dans l'affaire qui les concerne. 8 % d'entre eux ont été reconnus coupables et attendent le prononcé de leur peine ; la plupart d'entre eux seront condamnés à une amende ou à une peine d'emprisonnement mais un petit pourcentage de ces dirigeants, bien que reconnus coupables, seront libérés en contrepartie de leur collaboration à l'enquête. 16 % des dirigeants ont été mis en examen par le ministère public mais n'ont pas encore été condamnés ou sanctionnés. Comme ces données concernent des ententes internationales, de nombreux dirigeants mis en examen vivent en dehors du pays ou du territoire qui a engagé des poursuites ; de ce fait, 24 % au moins des suspects qui sont classés dans la catégorie des « fugitifs » sont encore dans l'attente d'une condamnation qui ne sera sans doute pas mise en œuvre<sup>10</sup>. Ceux qui ont choisi la fuite sont à l'abri dans leur pays d'origine car, dans ce type d'affaires, les extraditions sont rares.

13. Il est difficile d'établir précisément, dans les autres cas, les sanctions infligées à des dirigeants ayant participé à une entente. Un grand nombre de dirigeants sont licenciés après leur condamnation mais on ne sait pas ce qu'il advient de la majorité d'entre eux. L'interdiction d'exercer frappant des dirigeants ayant directement participé à une entente n'est la norme que dans un petit nombre de pays, d'Europe occidentale en particulier. Selon une enquête limitée menée auprès de dirigeants ayant participé à une entente et ayant reconnu leur culpabilité aux États-Unis, un nombre étonnamment important d'entre eux n'ont pas été licenciés ou ont été réengagés après leur condamnation (Connor et Lande 2012).

14. Trouver le meilleur équilibre possible entre les sanctions imposées aux personnes morales et celles infligées aux personnes physiques pour servir au mieux l'objectif de la dissuasion est une question

<sup>10</sup> Quelque 300 personnes mises en examen sont des fugitifs, mais ce nombre englobe des accusés ne purgeant pas leur peine en raison d'une incertitude quant au pays ou territoire où la décision les concernant a été prononcée. Certains dirigeants faisant partie des 16 % de personnes mises en examen encore en attente encore d'une décision de justice sont également des fugitifs. Ces fugitifs représentent un problème particulièrement ardu pour les autorités américaines (Connor 2011c). Certains dirigeants mis en examen seront libérés après avoir coopéré avec le ministère public mais environ un quart des dirigeants de l'échantillon attendent simplement le prononcé de la sanction les concernant.



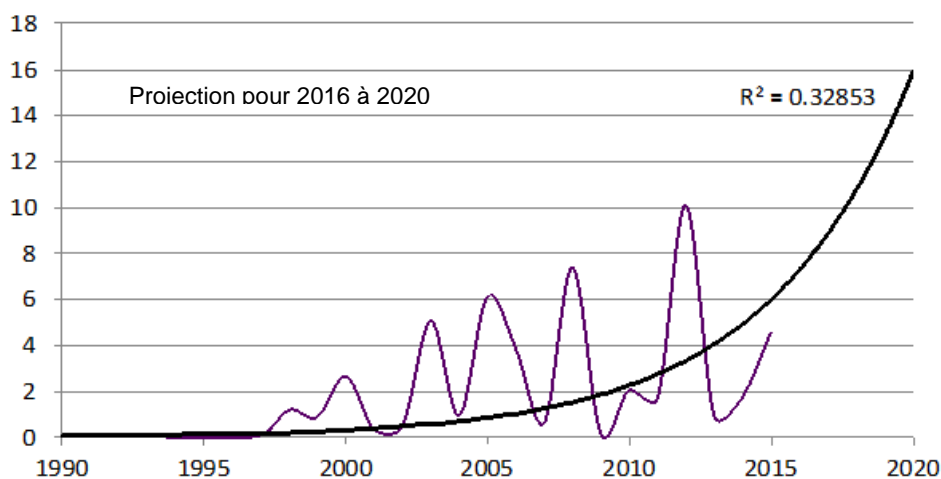
difficile à résoudre au pénal. À quelques exceptions près, les amendes infligées aux personnes physiques sont minimales par rapport à leur patrimoine ou par rapport à celles frappant les entreprises<sup>11</sup>. En outre, le coût d'opportunité découlant d'une peine d'emprisonnement est peu élevé par rapport au montant de l'amende infligé à l'entreprise. Enfin, les dirigeants ayant participé à une entente semblent sous-estimer la probabilité d'être découverts ; si cela est vrai, il conviendrait de prévoir un alourdissement des sanctions applicables aux personnes physiques. En effet, si l'on considère la situation actuelle aux États, on constate que les sanctions pénales infligées aux personnes physiques n'ont guère d'effet dissuasif ; il est donc indispensable d'alourdir les sanctions pécuniaires applicables aux personnes physiques ou des amendes applicables aux entreprises.

## 5. Actions civiles en dommages et intérêts

15. Ces dix dernières années, les actions civiles en dommages et intérêts sont devenues plus courantes dans nombre de pays ou territoires, mais elles ne sont vraiment dissuasives qu'aux États-Unis. De 1990 à juillet 2016, le total des dommages et intérêts s'est élevé à 59.3 milliards USD. D'après les chiffres annoncés, 89 % de ce montant était attribuable aux tribunaux américains (Connor 2016). Ces décisions représentent 54 % du montant total des amendes imposées dans le monde entier et le pourcentage impressionnant de 205 % du montant cumulé des amendes infligées par les autorités fédérales américaines à des membres d'ententes internationales au cours de la même période.

16. Ces dommages et intérêts, qui représentent aujourd'hui un montant d'une ampleur considérable et qui ont eu un fort retentissement, ont gagné quantitativement en importance à partir de la fin des années 90, mais cette évolution a été très fluctuante dans le temps. Sur la durée, les dommages et intérêts, en valeur nominale, ont augmenté jusqu'en 2007-08 pour reculer considérablement ensuite, mais cette évolution n'est guère concluante (graphique 8). Sur la durée en effet, les actions dommages et intérêts progressent de manière exponentielle

**Graphique 8. Évolution des dommages et intérêts aux États-Unis**



Première année où une affaire a été conclue dans le cadre d'une action en dommages et intérêts à l'encontre d'une entreprise (les années où aucun règlement n'est intervenu ne sont pas prises en compte)

<sup>11</sup> Dans certains pays à l'exception États-Unis, les entreprises s'acquittent de l'amende à la place de leurs dirigeants. Selon Connor et Lande (2012), les amendes infligées à des dirigeants pour les 75 ententes internationales sanctionnées aux États-Unis ne représentaient au plus que 26 % des amendes infligées aux entreprises et 5.5 % du total des amendes imposées.

17. Aux États-Unis, une caractéristique importante des actions en dommages et intérêts tient au fait que les actions civiles intentées dans le prolongement des décisions administratives ne représentent que la moitié de ces décisions ; il est incroyable de constater que les trois quarts de la *valeur* de ces actions ne font pas suite à des condamnations prononcées par les autorités publiques (Connor, 2016). Or les plaignants qui intentent une action au civil remportent les affaires dans lesquelles il est le plus difficile d'établir des preuves – et de ce fait pour lesquelles aucune action publique n'a été engagée – et se voient accorder des dommages-intérêts très importants.

## 6. Récapitulatif des sanctions prononcées en cas d'entente

- Le montant des amendes infligées par les autorités de la concurrence de création récente augmente plus rapidement que celui des amendes imposées par le ministère de la Justice américain et l'UE, mais à partir d'un niveau initial moins élevé.
- Selon les prévisions, le montant total des amendes infligées devrait atteindre au moins 120 milliards USD d'ici à 2015.
- Les montants recouverts sont largement inférieurs à celui des amendes imposées.
- L'Afrique du Sud, le Brésil et la Corée sont aujourd'hui en première ligne.
- Le ministère américain de la Justice a condamné 1 281 personnes morales de 1990 à 2015.
- Les peines d'emprisonnement prononcées entre 2000 et 2015 sont 2.5 fois plus longue que dans les années 90.
- D'ici 2018-2021, les dommages-intérêts accordés au civil atteindront probablement 16 milliards USD par an.

## 7. Sanctions applicables aux ententes et dissuasion

18. Deux principaux indicateurs permettent de mesurer le pouvoir de dissuasion des sanctions : (1) le *ratio de sévérité* et (2) le *ratio de recouvrement*. Le ratio de sévérité rend compte du montant des sanctions pécuniaires acquittées par les contrevenants, divisé par les ventes concernées par l'entente<sup>12</sup>. Le ratio de recouvrement représente la valeur monétaire de toutes les sanctions imposées, divisée par les préjudices causés par les ententes<sup>13</sup>.

### 7.1 *Ratio de sévérité*

19. Les autorités de la concurrence chargés de poursuivre les membres des ententes peuvent généralement consulter les ratios de sévérité car, dans un grand nombre d'affaires, des acteurs extérieurs sont en mesure de produire des estimations fiables. Ce ratio, qui peut être compris par des non-spécialistes, peut servir à des fins de comparaison sur la durée ou entre pays.

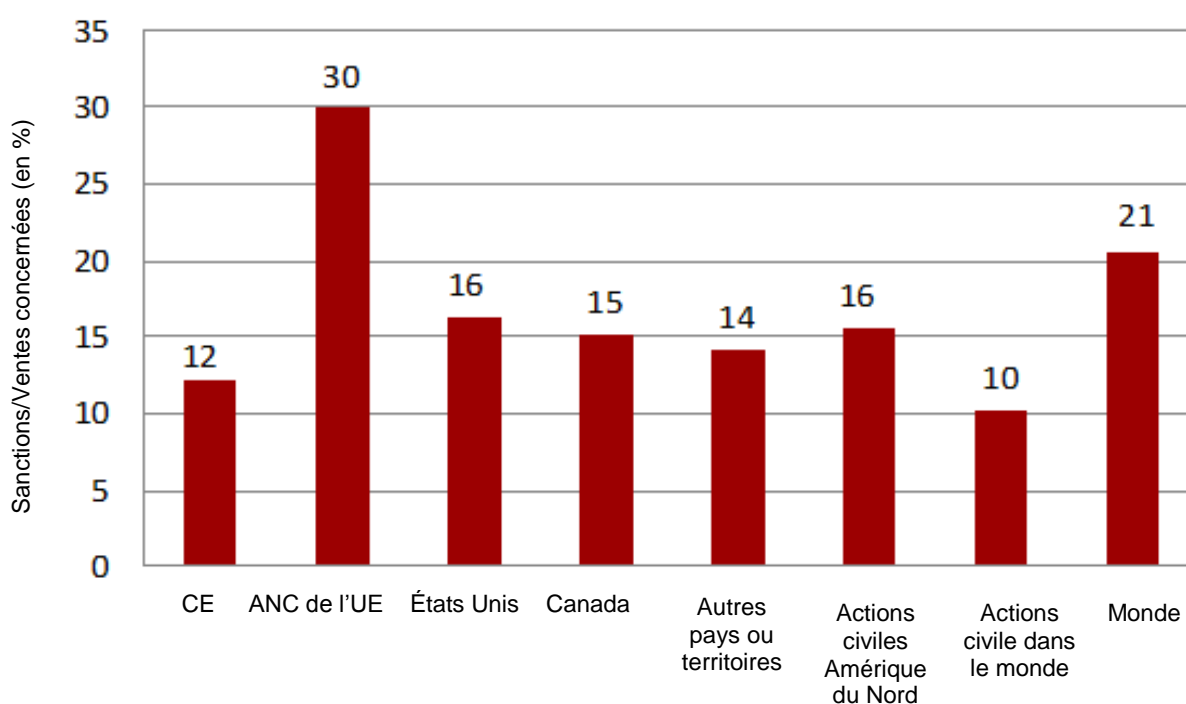
---

<sup>12</sup> Ces sanctions sont les suivantes : amendes, restitution obligatoire, dommages et intérêts accordés au civil et valeur monétaire du coût d'opportunité des peines d'emprisonnement et d'autres sanctions frappant les dirigeants (comme l'interdiction d'exercer). Les ventes concernées représentent la valeur du chiffre d'affaires généré par l'entente pendant sa durée d'existence à laquelle s'ajoutent les retombées éventuelles sur le marché, comme la pratique de prix supra-concurrentiels par des entreprises marginales.

<sup>13</sup> Les dommages et intérêts sont généralement calculés au moyen des surcoûts engendrés par l'entente (ce qui correspond à peu près aux profits tirés de pratiques monopolistiques illicites). Ils devraient engorger la perte d'efficacité, mais celle-ci est beaucoup plus difficile à calculer. Voir Connor (2014).

20. De nombreux pays utilisent des règles reposant sur le principe de la sévérité comme base de calcul *initiale* des amendes applicables en cas d'entente, lesquelles représentent généralement de 10 % à 30 % des ventes concernées. Ils les majorent ou les minorent ensuite selon le degré de culpabilité de l'entreprise. Après réduction du montant des amendes prévues au titre d'un programme de clémence ou procédure de négociation de peines, le ratio de sévérité diminue. Les amendes imposées dans le monde entier en cas d'entente internationale s'élèvent à 21 % des ventes concernées, soit un niveau de sévérité moyen (graphique 9). La sévérité des amendes imposées dans leur pays respectif par les ANC de l'UE – à savoir 30 % des ventes concernées – est relativement élevée. Les amendes infligées par les autorités canadiennes et américaines, par la Commission européenne et par les autorités des autres pays ou territoires du monde correspondent à la moitié environ de ce pourcentage. Cela étant, en Amérique du Nord, les amendes infligées par les autorités publiques et les dommages et intérêts accordés au civil sont en moyenne compris dans une fourchette de 33 % à 34 % des ventes concernées. (Dans le monde entier, le montant des dommages et intérêts accordés représente en moyenne 10 % des ventes concernées. Ce pourcentage s'explique par le fait qu'il englobe les ententes internationales et que le chiffre d'affaires considérable de celles-ci est généré un peu partout dans le monde. Or, en dehors de l'Amérique du Nord, ces ententes ne font guère l'objet d'actions au civil).

**Graphique 9. Sévérité moyenne des sanctions prononcées dans 662 affaires d'entente internationale, de 1990 à 2015**

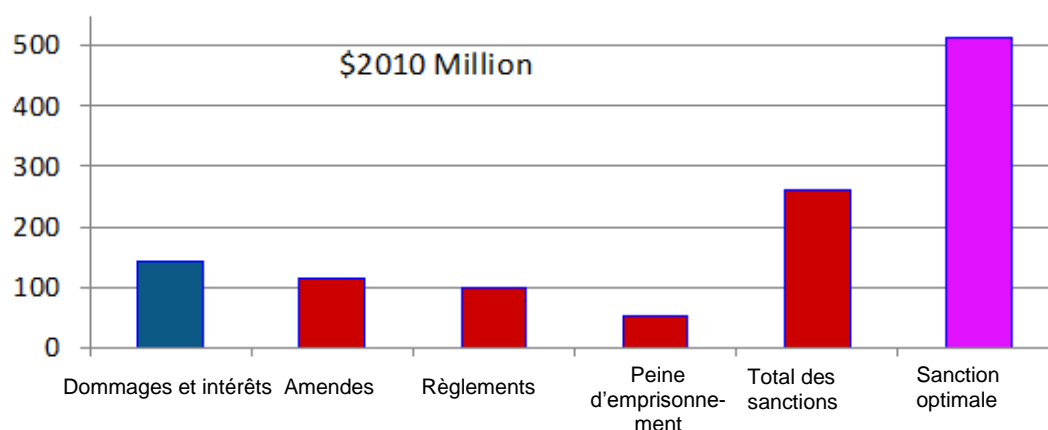


21. Un autre élément intéressant concerne la sévérité des amendes appliquées en cas de commission concertée par rapport à celles applicables aux ententes sur les prix. Les premières sont en moyenne *quatre fois* plus lourdes que les deuxièmes, ce qui s'explique principalement par le fait que les entreprises qui prennent part à des soumissions concertées ciblent généralement les marchés publics et que les pouvoirs publics ont tendance à traiter souvent plus durement les dirigeants qui se sont livrés à des pratiques de collusion lorsqu'ils en sont eux-mêmes victimes.

## 7.2 Ratio de recouvrement

22. Le ratio de recouvrement est plus directement représentatif de l'effet dissuasif des sanctions que le ratio de sévérité. Même en étant indulgent, force est de constater que les sanctions prononcées ne peuvent dissuader les entreprises de former des ententes que si le ratio de recouvrement est supérieur à 100 %. Autrement dit, les sanctions devraient, à tout le moins, obliger les membres d'une entente à restituer la totalité des profits illicites qu'ils en ont tirés. Si le risque d'être découvert et condamné est inférieur à 100 %, la sanction optimale, dans une optique de dissuasion, impose que le ratio de recouvrement soit un multiple de 100 %. Ce ratio est malheureusement plus difficile à calculer et n'est disponible que pour la minorité d'ententes mises au jour<sup>14</sup>. L'entente internationale de la lysine (graphique 10), bien documentée, offre un exemple des calculs nécessaires pour établir les taux de recouvrement réels et optimaux.

Graphique 10. Dommages et intérêts, autres sanctions, et sanction optimale : l'entente de la lysine



Note : Pour déterminer le niveau de la sanction optimale, l'auteur est parti du postulat d'une probabilité de détection de 30 % et d'une probabilité de condamnation de 80 %.

23. Si l'on extrapole l'analyse de l'affaire de la lysine à un échantillon de 75 ententes internationales condamnées par les autorités américaines, il en ressort que les sanctions imposées dans les faits ne représentent qu'1/5<sup>e</sup> de ce que devraient être des sanctions qui être optimales dans une optique de dissuasion<sup>15</sup>. De fait, dans seulement 2 des 75 affaires d'entente ayant donné lieu à des poursuites au plus, les sanctions imposées ont été proches de leur niveau optimal.

<sup>14</sup> Les données sur les ententes internationales privées ont permis d'établir le ratio de sévérité appliqué dans 1 292 affaires : 109 aux États-Unis, 54 au Canada, 138 pour la Commission européenne, 243 pour les ANC de l'UE, 178 pour les autres pays du monde, 179 réglées par voie d'action en dommages et intérêts et 691 affaires dans lesquelles le chiffre d'affaires total – et non les ventes concernées – a servi de base pour calculer le montant de l'amende infligée. Dans 691 (79 %) des 872 affaires portant sur des ententes ayant entraîné un préjudice pécuniaire, le ratio de sévérité a été positif. Par ailleurs, dans 85 affaires (9.7 %), ce ratio a été nul. La quasi-totalité d'entre elles a été réglée par voie de jugements d'expédient, par une décision ordonnant à l'entreprise condamnée de renoncer et de mettre fin à ses activités, par un avertissement ou par d'autres sanctions non pécuniaires. En revanche, le ratio de recouvrement n'a été positif que dans 277 affaires (32 %).

<sup>15</sup> Connor et Lande (2012) fournissent des précisions sur les sources des données et sur les modes de calcul. Le postulat de départ optimal présume, de manière large et optimisme, que 30 % des ententes sont mises au jour.

24. Aux États-Unis, dans l'Union européenne et dans les pays de l'UE, les ratios de recouvrement, à peu près identiques, semblent progresser depuis une dizaine d'années. Ces ratios sont nettement plus élevés pour les ententes internationales (44 % en moyenne) que pour les ententes nationales (21 %), mais semblent toutefois reculer depuis 2000. (On ne dispose pas de ratios suffisants pour le reste du monde pour pouvoir raisonnablement procéder à des extrapolations).

### 7.3 *Le danger que représente une dissuasion excessive est exagéré*

25. Dans de nombreux pays, les autorités annoncent, à quelques années d'intervalle, des amendes record. Les avocats qui ont représenté des entreprises ayant participé à une entente se plaignent souvent que leurs clients ont, selon leurs dires, été condamnés à des sanctions excessivement lourdes, que l'objectif de dissuasion ne saurait justifier. Cela étant, lorsqu'on leur demande de produire des chiffres, ils se retranchent derrière le secret professionnel et font état des sanctions maximales – *huit fois* supérieures aux surcoûts engendrés par l'entreprise membre de l'entente – que peuvent *théoriquement* prononcer au pénal les tribunaux de certains pays, comme les États-Unis<sup>16</sup>.

26. Peut-on se fier à des observations ponctuelles ? Il a pu en effet se produire que dans un petit nombre d'affaires passées, le ministère public ait pêché par excès de zèle. J'ai moi-même conclu, dans l'étude que j'ai consacrée aux ententes aux États-Unis, que dans deux des 75 affaires d'entente que j'ai analysées, les sanctions prononcées ont été proches du niveau optimal.

27. Cela étant, il existe dans la vie réelle un grand nombre de facteurs donnant à penser que la dissuasion insuffisante est la norme. Premièrement, nous savons que certaines entreprises se livrent très largement à des *pratiques de collusion en série* – certaines d'entre elles ont même été condamnées 30 ou 40 fois pour entente sur les prix ces 20 dernières années. La récidive au sens propre, quoique moins courante, est néanmoins fréquente. Deuxièmement, les procureurs sous-estiment généralement *les ventes concernées* dans un pays ou territoire – qui servent de base de calcul presque partout pour sanctionner les ententes – car ils doivent pouvoir justifier, en cas d'appel, le chiffre qu'ils ont avancé en première instance<sup>17</sup>. Troisièmement, les montants dont les prévenus doivent s'acquitter sont rarement ajustés pour tenir compte de l'inflation ou de la valeur temporelle de l'argent, autrement dit, des « *intérêts avant jugement* ». Les entreprises qui forment des ententes sont financièrement très incitées à retarder la mise en œuvre des décisions rendues par les autorités de la concurrence ou les tribunaux. Pourquoi cela ? Tout simplement parce que les entreprises condamnées prêtent ainsi gratuitement aux membres de l'entente les sommes correspondant aux surcoûts induits par l'entente ! Quatrièmement, les pertes d'efficacité dues à la collusion ne sont jamais indemnisées – ce qui fausse le mécanisme du marché lui-même. Cinquièmement, les plaintes relatives à une dissuasion excessive sont exprimées *ex post* et ne tiennent généralement pas compte du fait que les probabilités de découverte et de condamnation d'une entente sont à coup sûr inférieures à 100 %<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Les amendes infligées au pénal par les autorités américaines peuvent être deux fois supérieures aux surcoûts générés par l'entente ; les plaignants qui intentent une action au civil sont en droit de réclamer des dommages et intérêts triples auprès des tribunaux fédéraux. Si ces dommages et intérêts sont intégralement répercutés sur le marché, les acheteurs finaux bénéficieront eux aussi de ce triplement des dommages et intérêts.

<sup>17</sup> Les procureurs ignorant généralement depuis combien de temps une entente a été formée, les durées qu'ils retiennent sont généralement moins longues qu'elles ne devraient l'être. Ils excluent aussi en général les produits ou les régions pour lesquelles les preuves recueillies sont insuffisantes.

<sup>18</sup> Aux États-Unis, la probabilité de détection tourne autour de 15 % à 30 % des ententes et la probabilité de condamnation après détection autour de 80 %. En théorie, ces probabilités représentent des estimations subjectives connues des dirigeants d'entreprise au moment de la formation d'une entente. S'ils sous-estiment la probabilité d'être découverts et condamnés (biais psychologique courant chez les délinquants), ils n'en ont pas moins *le goût du risque* (plus qu'ils ne sont indifférents au risque). Avec des acteurs ainsi motivés, le niveau optimal des sanctions doit être plus élevé qu'il ne l'est lorsque l'on utilise un postulat fondé sur la normale.

## RÉFÉRENCES

- Connor, John M. Global Antitrust Prosecutions of International Cartels: Focus on Asia, *World Competition*, vol. 31 (décembre 2008), pp. 575-605.
- Anti-Cartel Enforcement by the DOJ: An Appraisal, *Competition Law Review*, vol. 5, n° 1 (décembre 2008a), pp. 89-122.
- Latin America and the Control of International Cartels, Chapter XIV, pp. 291-324, in *Competition Law and Policy in Latin America*, Eleanor M. Fox et D. Daniel Sokol (dir. pub.), Oxford: Hart Publishing (juillet 2009).
- \_\_\_\_\_. Anti-Cartel Enforcement by the DOJ: An Appraisal, *Competition Law Review*, vol. 5, n° 1 (décembre 2008a), pp. 89-122.
- \_\_\_\_\_. Latin America and the Control of International Cartels, Chapter XIV, pp. 291-324, in *Competition Law and Policy in Latin America*, Eleanor M. Fox et D. Daniel Sokol (dir. pub.), Oxford: Hart Publishing (juillet 2009).
- \_\_\_\_\_. Recidivism Revealed: Private International Cartels 1990-2009, *Competition Policy International*, vol. 6, n° 2 (2010), pp. 101-128.
- \_\_\_\_\_. Problems with Prison in International Cartel Cases, Terry et Torello Calvani (dir. pub.), *Antitrust Bulletin*, vol. 56 (été 2011), pp. 311-344.
- \_\_\_\_\_. Cartel Detection and Duration Worldwide, *Competition Policy International Antitrust Chronicle* (2) (28 septembre, 2011b), pp. 2-10.
- \_\_\_\_\_. Problems with Prison in International Cartel Cases, Terry et Torello Calvani (dir. pub.), *Antitrust Bulletin: Symposium: Cartel Penalties: Effective Deterrents or License Fees?* vol. 56, n° 2, (Summer 2011c), pp. 311-344.
- \_\_\_\_\_. Cartel Fine Severity and the European Commission, *European Competition Law Review* vol. 34 (2013), pp. 58-77.
- \_\_\_\_\_. *Cartel Fine Severity and the European Commission: 2007-2011: SSRN Working Paper No. 2249010*, (octobre 2012), pp. 1-43.
- \_\_\_\_\_. Cartel Overcharges, *Research in Law and Economics*, vol. 26 (mars 2014), pp. 249-386.
- \_\_\_\_\_. The Rise of ROW Anti-Cartel Enforcement, *Competition Policy International: Antitrust Chronicle* (septembre 2015 (1)), pp. 1-12, [<http://ssrn.com/abstract=2711972>]
- \_\_\_\_\_. *The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990- July 2016 (Revised 2nd Edition): SSRN Working Paper*, (8 août 2016), [<http://ssrn.com/abstract=2821254>]
- Connor, J.M. et Y. Bolotova, Cartel Overcharges: Survey and Meta-Analysis, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24 (novembre 2006), pp. 1109-1137.

Connor, J.M. et T. Kalliokoski, The Finnish Asphalt Cartel Court Decision on Damages: An Important EU Precedent and Victory for Plaintiffs, *Competition Policy International: Antitrust Chronicle* (février 2014 (2)), pp. 1-18.

Connor, J.M. et R.H. Lande, Cartels As Rational Business Strategy: Crime Pays, *Cardozo Law Review*, vol. 34, n° 2 (décembre 2012), pp. 428-491.

Connor, J.M. et D.J. Miller, *Predicting EC Antitrust Fines on Participants of Global Cartels: SSRN Working Paper* (mars 2013), [<http://ssrn.com/abstract=2229358>].

Foer, A. et al., Criminalizing Cartels: An American Perspective, *New European Journal of Criminal Law*, vol. 1, n° 2, (automne 2010), pp. 199-217.

Gallo, J.C. et al., Criminal Penalties under the Sherman Act, *Research in Law and Economics*, vol. 16 (1994), pp. 25-71.

Posner, R., A Statistical Study of Antitrust Enforcement, *Journal of Law and Economics*, vol. 13 (1970), pp. 365-419.

Rodger, B.J., Courriel adressé à l'auteur sous l'intitulé *UK Price Fixing Fines*, (31 août 2016, 8h31 EST).