

Preuve et sanction des ententes: application à un marché africain des télécommunications

Caren 2018, Ouagadougou du 16 au 18
octobre 2018

Cheikh Abdallahi Cheikh Baye
Conseiller du Président de l'Are

Introduction

- De l'intérêt de la concurrence
- Réduction des profits des entreprises en CPP
- Difficulté de réunir les hypothèses de la CPP dans le monde réel, en particulier dans le secteur des télécommunications:
 - Barrières à l'entrée économiques et réglementaires
 - Petit nombre de vendeurs
 - Absence de transparence sur les prix, encore plus prononcée en Afrique, Gille [2010]
- Intérêt des firmes à maximiser ce profit
- Influence collective comme levier d'influence sur le marché
- D'où l'intérêt de se concerter et de s'entendre: « *Les gens d'une même profession se réunissent rarement, même pour s'amuser et se distraire, sans que la conversation n'aboutisse à une conspiration dont le public fait les frais ou à une machination pour accroître les prix* », Adam Smith [1776]
- Perte de bien être social et augmentation des prix allant de 20 à 40%, Connor [2004], d'où légitimité de l'intervention de la puissance publique
- Dans l'ère moderne, le Sherman Act en 1890 et le Traité de Rome en 1957
- En Afrique contemporaine, apparition des premières politiques de concurrence nationales et régionales plus tard; Afrique du Sud: Lois 1955 et 1975, Lignes directrices de 1992 avec comme objectif la réforme de la politique de la concurrence pour remédier à la concentration du pouvoir économique, Adoption du *competition Act 89* en 1998 [Wise, 2003]

De la preuve intellectuelle

- Place de l'analyse économique dans la lutte contre les cartels portant sur les facteurs, les indices, et les conditions de leur stabilité [Stigler, 1964]
- Un jeu de type dilemme du prisonnier: bien que la coordination maximise le profit joint des firmes, la poursuite de l'intérêt individuel peut conduire à la rupture de l'accord
- L'accord étant souvent tacite, le cadre retenu est celui de la théorie des jeux non-coopératifs
- Objet de l'entente: prix, parts de marché et échange d'information (Paradoxe de la régulation sectorielle)
- Difficulté de la preuve: la pratique admet des preuves indirectes, et le principe retenu en la matière est l'existence *d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants*
- La décision 01-D-20 du 22 mai 2001 du Conseil français de la concurrence établit que bien qu'*"un parallélisme de comportement ne peut suffire, en règle générale, à lui seul, à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, ce parallélisme pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché ; (...) en revanche, la preuve d'une telle entente peut être établie lorsque des éléments autres que la constatation du parallélisme de comportement se conjuguent avec ce dernier pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants"*
- Mobilisation de l'analyse économique pour la mise en évidence du faisceau
- Preuve intellectuelle largement admise aujourd'hui, Linnemer et Souam [1997] notent *qu'il existe bien la possibilité d'une preuve intellectuelle*, Affaire des stations-services corses où la cour d'appel et la cour de cassation ont toutes les deux estimé que les caractéristiques du marché ne pouvaient justifié le parallélisme constaté des prix

Les programmes de clémence

- Risques d'erreur sur la base de la seule analyse économique, et conséquences graves pour:
 - Les entreprises
 - Le marché
 - Le régulateur (possibilité de recours, et nécessité d'une forte sécurité juridique)
- Introduction des programmes de clémence: exonération pour le dénonciateur de la collusion
 - Condition d'éligibilité: *collaborer de manière active avec les autorités et apporter des preuves solides permettant de condamner le cartel auquel elle a elle-même pris part* [Marchal, 2013]
- Nés aux Etats Unis en 1978, adoptés par la Commission européenne en 1996 et par certains pays d'Afrique et d'Asie dans les années 2000
- 3 objectifs: obtention de la preuve directe, allègement des coûts d'enquête et dissuasion ex-ante (incomplétude du contrat)
- Condition d'efficacité: Coût évité \geq Profit de collusion
- Modification aux US en 1993 et au niveau de l'UE en 2002 dans l'objectif d'accroître le bénéfice retiré par le dénonciateur
- [Bougette, Montet et Venayre, 2006]:
 - Aux US, de 1993 à 2005, 1.5 milliards de dollars, 39 affaires traitées, démantèlement de plusieurs cartels dont celui des vitamines dénoncé par Aventis avec 725 millions de dollars d'amende pour Hofman Laroche et BASF
 - En UE, après moins de 4 ans de cette révision, la commission a traité autant d'affaires de cartels qu'entre 1958 et 2002
- [Combe et Monnier, 2012]: 31% des 111 cartels détectés et condamnés par la Commission sur la période 1969-2009 l'ont été grâce au programme de clémence. De 2002 à 2009 ce pourcentage passe à 62.5%.

De la réalité de la collusion: illustrations

- 60% des affaires traitées par le (DoJ) de 1890 à 1969 ont porté sur des ententes en prix, Posner [1970] cité par Pénard et Souam [2002]
- '*Les cartels sont un cancer pour l'économie européenne*', [Mario Monti, 2001], et une croissance sans précédent des amendes dans les années 2000, [Combe et Monnier, 2012]
- la Commission a traité 32 affaires de collusion entre 2014 et mars 2018, montant global de sanction de plus de 8.5 milliards d'Euros
- Le cartel du mobile en France (Orange France, SFR et Bouygues Telecom):
 - Autosaisine du Conseil en 2001 pour similitude des tarifs roaming
 - Saisie d'UFC-Que choisir en 2002 pour le parallélisme dans le passage à la facturation par pallier de 30 secondes après une première minute indivisible, opéré début 2001 par les trois opérateurs
 - Recherche du faisceau dans 3 directions:
 - Echange de documents
 - Observation des parts de marché
 - Similitude des politiques commerciales (tarifs et rentabilité)
 - Perquisition simultanée par la DGCCRF en août 2003, et remise du rapport au Conseil en juillet 2004
 - Documents saisis:
 - Une note manuscrite de mars 2001 du DG de SFR mentionne un accord sur l'évolution de parts de marché en 2000 et 2001
 - Plusieurs documents saisis dans les locaux d'Orange France mentionnent l'existence d'un accord entre les trois opérateurs et d'un "Yalta des parts de marché"
 - 2000: fin de la course à la PDM et rentabilisation de la base clientèle: augmentation des prix, forfaits contre prépayées, pallier
 - Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 et sanction des 3 opérateurs *pour avoir mis en œuvre deux types de pratiques d'entente ayant restreint le jeu de la concurrence sur le marché* :
 - L'existence d'un accord de stabilisation des PDM entre 2000 et 2002
 - Et l'échange d'information sur le parc net (nouveaux abonnements et résiliations)
 - Montant de la sanction: 534 millions d'euros (256 pour Orange, 220 pour SFR et 58 pour Bouygues)
- Le cartel du Lino, amende en 2017 de 300 Millions d'Euros, dissimulation sophistiquée

De l'intérêt de l'analyse économique

- Pratiques collusives moins documentées et introduction récente des politiques anti trust
- Rapport de la Banque mondiale: «*Lever les obstacles pour exploiter le potentiel de l'Afrique grâce à une vigoureuse politique de concurrence* », juin 2016:
 - le caractère dommageable des cartels pour l'économie africaine
 - La faiblesse de la répression
 - Entre 2013 et 2014, 42 affaires traitées par 9 AC dont 50% par la Commission Sud Africaine
- Afrique du Sud: La violation la plus grave du droit de la concurrence, et les amendes ont représenté plus de 98% du montant agrégé des sanctions de 2016 à 2018 (Rap CT)
- Télécommunications, 2 facteurs propices:
 - Concentration: 27/57 des marchés de téléphonie mobile ont 1 acteur avec une PDM \geq 50%
 - Contacts multi-marchés: 5 grands groupes dans 42 pays dont 25 ont au moins 2 de ces groupes en concurrence, dans 88% de ces pays PDM collective \geq 70%
- Peu de programmes de clémence et de leur efficacité:
 - Faible amende, maximum en Afrique du Sud de 116 millions de dollars
 - Faible probabilité de détection en lien avec les moyens des AC:
 - 9 AC ont moins de 10 employés chargés de la concurrence
 - 7 AC avec un budget \leq ½ million de dollars
 - En France: en 2016, 56 personnes pour les pratiques anticoncurrentielles et budget de l'AC de 21.7 millions d'Euros [OCDE, 2017]
 - Jusqu'à 2016, les seules demandes de clémence enregistrées sont en Afrique du Sud et à Maurice
- Un intérêt encore plus grand pour les AC africaines de recourir à l'analyse économique:
 - Elaboration de la preuve
 - Choix judicieux des enquêtes au regard des moyens
 - Augmentation de la perception par les firmes de la probabilité de détection

Soutenabilité de la collusion

- Intérêt de l'entente: $0 \leq \pi_1 + \pi_2 \leq \pi_m$, Objectif: avoir $\pi_1 + \pi_2 = \pi_m$
- Choix de stratégies: respect de l'entente ou déviation
- [Stigler, 1964], Instabilité des cartels
- [Orr et Mac Avoy, 1965] et [Osborne, 1976], cités par [Penard, 2003]: 4 problèmes communs aux ententes:
 - Le choix d'une solution unique parmi la multitude de choix possibles
 - La détection des déviants
 - La punition de la déviation
 - L'entrée de nouvelles firmes sur le marché
- Dans le secteur des télécoms, seuls subsistent le choix de la solution (de l'équilibre) et le mécanisme de punition
- Caractère tacite et secret de l'accord car illégal implique qu'il doit être auto-exécutoire, crédible et chacun doit avoir intérêt à le respecter: il doit être un équilibre de Nash parfait
- Intérêt de la théorie des jeux:
 - Prend en compte le caractère dynamique des interactions stratégiques entre les firmes
 - Equilibre de Nash: une situation où aucune firme ne souhaite modifier sa stratégie étant donnée les stratégies des autres firmes, parfait si EN en tout sous-jeu

Formalisation

- Condition nécessaire et suffisante pour qu'une entreprise ne dévie pas:
Profit collusif \geq Profit de la meilleure stratégie de déviation
- Formalisation: π_i^d le profit de déviation de la firme i , π_i^c son profit de collusion, π_i^p son profit de punition, δ le facteur d'actualisation en vigueur sur le marché, Φ la probabilité qu'une déviation soit détectée et Γ le temps nécessaire aux firmes pour modifier leurs décisions:

$$\begin{aligned} \pi_i^c + \delta \cdot \pi_i^c + \delta^2 \cdot \pi_i^c + \dots + \delta^n \cdot \pi_i^c + \dots &\geq \pi_i^d + \delta \cdot \pi_i^d + \delta^2 \cdot \pi_i^d + \dots + \delta^{\Gamma-1} \cdot \pi_i^d \\ &+ \\ &\Phi \cdot (\delta^\Gamma \cdot \pi_i^p + \delta^{\Gamma+1} \cdot \pi_i^p + \dots + \delta^{\Gamma+n} \cdot \pi_i^p + \dots) \\ &+ \\ (1-\Phi) \cdot (\delta^\Gamma \cdot \pi_i^c + \delta^{\Gamma+1} \cdot \pi_i^c + \dots + \delta^{\Gamma+n} \cdot \pi_i^c + \dots) \end{aligned}$$

$$\delta \geq \left[\frac{\pi_i^d - \pi_i^c}{\pi_i^d - \Phi \pi_i^p - (1-\Phi)\pi_i^c} \right]^{\frac{1}{\Gamma}} \quad \text{ou} \quad \delta \geq \frac{\pi_i^d - \pi_i^c}{\pi_i^d - \pi_i^p} \quad \begin{array}{l} \text{Si } \Phi=1 \\ \text{et } \Gamma=1 \end{array}$$

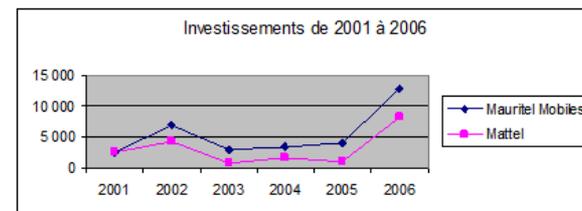
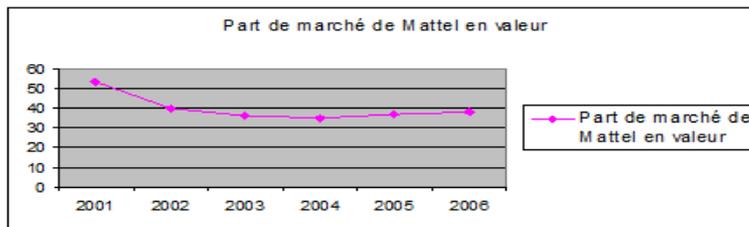
Théorie des jeux et collusion tacite

- Chamberlain (1929): la menace d'une guerre des prix en représailles suffit pour que les firmes d'un oligopole établissent le prix du monopole sans collusion explicite
- Friedman (1971): stratégie de déclic, la collusion peut être obtenue comme un équilibre non coopératif d'un jeu répété si les firmes valorisent le futur, ie δ suffisamment grand
- Sinon, Abreu (1986): stratégie en deux temps: le bâton et la carotte
- Plus généralement: le folk théorème garantit l'existence d'une multitude d'équilibres possibles
- Peut-on avoir un profit collusif sans entente?
 - Howard et Stanbury [1988] qualifie de longue liste héroïque l'ensemble des conditions nécessaires à ce que la seule interdépendance oligopolistique produise des résultats de cartel sans accord
 - [Friedman, 1977] repris par [Penard, 2003] : *la collusion tacite ne peut se concevoir sans un minimum de communication ou de coordination entre les firmes*

Application au marché mauritanien

- Marché de la téléphonie mobile, Période 2000-2010
- Test de vraisemblance
- Tout facteur ou comportement rendant cette inégalité possible:

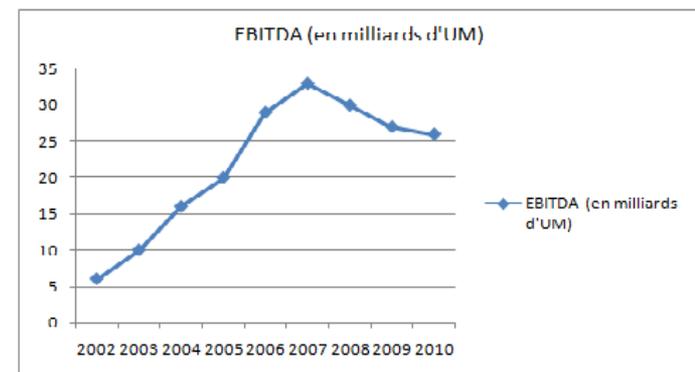
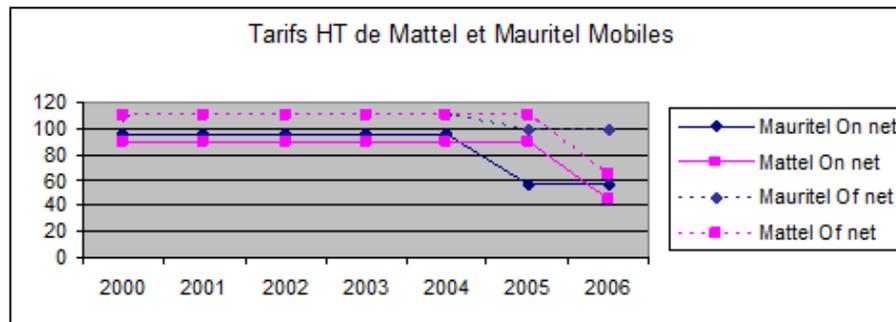
$$\delta \geq \frac{\pi_i^d - \pi_i^c}{\pi_i^d - \pi_i^p}$$
 - Concentration: n=2 et 3 depuis 2006, δ s f(n) croissante
 - Barrières à l'entrée: l'entrée libre complique l'accord et réduit les possibilités de représailles donc π_i^p
 - Symétrie des firmes: rapports de force, large consensus
 - Absence d'innovation, donc de monopole temporaire
 - Croissance de la demande, rassure sur le futur, +50% de 2001 à 2006, 35% de 2002 à 2010
- Tous présents sauf la symétrie, or collusion possible si le partage tient compte des capacités, [Davidson et Deneckere, 1997], pas dans le cas de [Penard, 1997] car demande non satisfaite (Voir enquêtes QoS). La PDM de Mattel stagne autour de 40% et son investissement de 2001 à 2006 représente 39% du total (18 944 millions MRO pour Mattel, 29 582 pour Mauritel)



Les indices

(Pour plus de détail, voir Caret 2013 et mémoire BADGE 2012)

- Le parallélisme des prix
- La stabilité relative des parts de marché de 2002 à 2006 (autour de 40%,60%)
- La stabilité des prix par rapport aux coûts et à la demande (+ de 60% de 2002 à 2006)
- Bénéfices nets dès 2003 des deux opérateurs
- Rentabilité croissante du marché
- Faisceau d'indices graves, précis et concordants au moins sur 2003 et 2004
- Application: art.82 de la Loi 2013 portant sur les CE, introduction des ententes et de la clémence



De la sanction en général

- Types de sanction:
 - Administrative
 - Pénale
 - Disciplinaire
- Action sur le passé (fonction retributive), sur le présent (rétablissement de l'ordre économique), sur le futur (dissuasion)
- Proportionnalité avec la gravité du manquement et les avantages qui en sont tirés
- Deux éléments dont il faudrait cependant tenir compte:
 - Le gain illicite
 - La probabilité de détection
- Éléments pris en compte dans le calcul effectif des amendes
 - Exemple AC France: la gravité des faits, ii) l'importance du dommage causé à l'économie, iii) la situation individuelle de l'entreprise, iv) et une éventuelle récidive (Cohérence avec la politique de l'UE, [Hutin et Monnier, 2016])
 - Quelle méthodologie:
 - le communiqué méthodologique de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 portant sur le calcul des sanctions pécuniaires,
 - ainsi que le document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

Approche économique: sanction à la Becker

- Gary Becker et ses travaux sur la criminalité à la base du développement de l'analyse économique du droit
- Hypothèse de rationalité des individus: adopter un comportement illégal revient à un arbitrage coûts-bénéfices, un arbitrage entre le gain espéré et le risque de la sanction
- Sur un plan empirique, Becker va constater que la criminalité augmente à force que les peines déclinent
- Il plaide alors pour:
 - L'alourdissement des peines
 - La certitude de la punition
- Le gain G de la pratique illicite doit rester supérieur à la sanction risquée:

$$G > p.S, \quad p \text{ probabilité d'être condamnée, ou } G/p > S$$

- la sanction optimale serait $S^* = G/p$
 - Dissuasive certes mais est-elle proportionnelle?
 - Comment estimer G et p ?

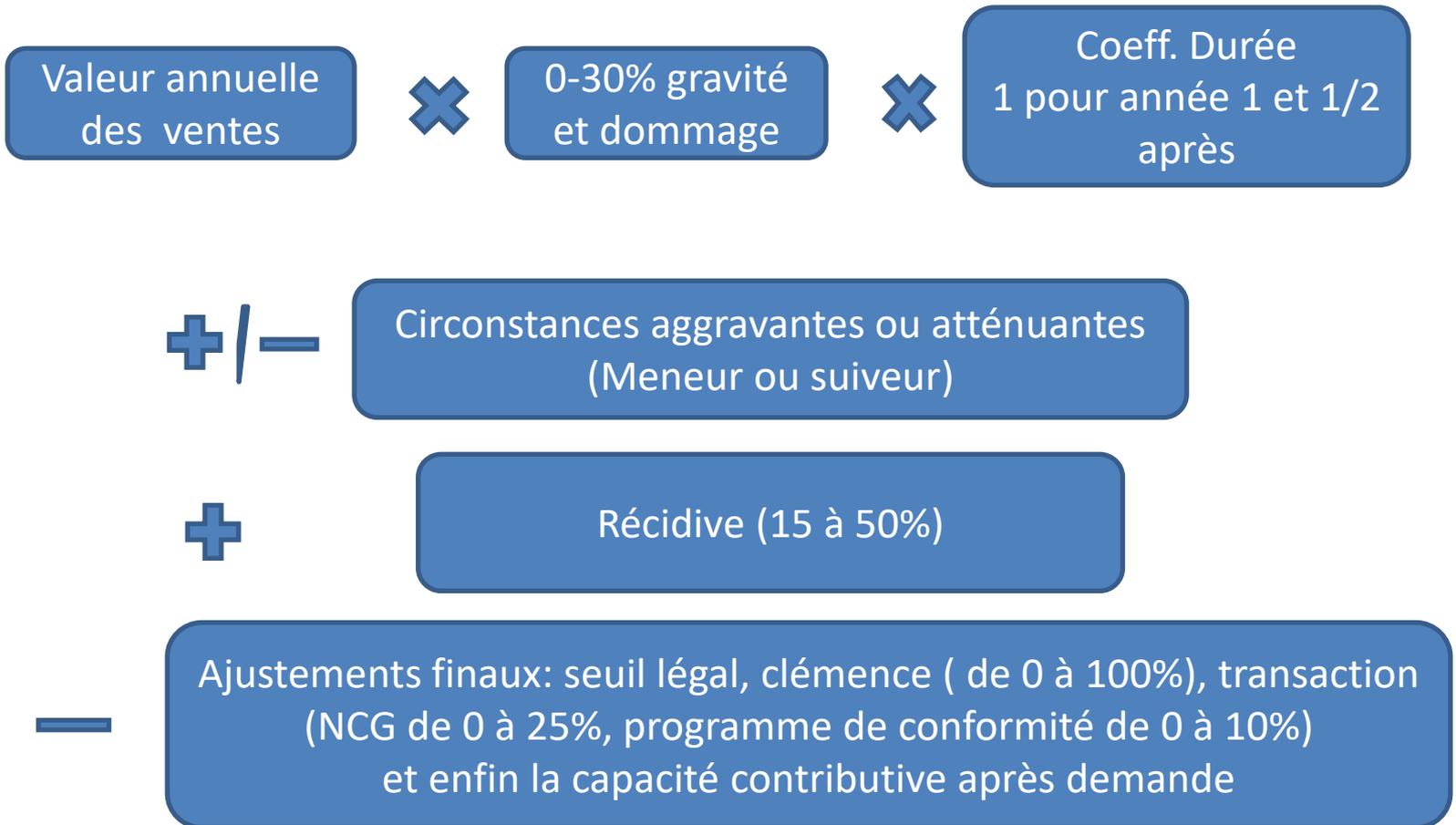
Application à la collusion

- Les études montrent que la durée de vie moyenne d'un cartel est de 5 ans (Levenstein, Suslow 2001)
- La probabilité de détection est de 15% (Bryant et Eckard)
- L'augmentation des prix induite par la pratique anticoncurrentielle est de 10% (Sentencing Commission Guidelines, USA)
- Ainsi le gain illicite ici serait de 10% du Chiffre d'affaires sur 5 ans, donc 50% du chiffre d'affaires annuel
- Pour avoir la sanction optimale, il faut ensuite diviser ce gain par la probabilité de détection qui est estimée à 15%, soit 6,6 fois le gain
- Ce qui donne une sanction de plus de 300% du chiffre d'affaires

Limites de l'approche à la Becker

- C'est aux Etats Unis que l'on s'approche le plus de cette logique (Emmanuel Combe, 2006):
 - affaire de la lysine où l'amende a été de 189% du CA des entreprises sanctionnées
 - Le Sherman Act plafonne l'amende en absolu, mais le Criminal Fines Act ajoute que la sanction maximale ne peut dépasser 2 fois le gain illicite ou surplus spolié, il faut en plus rajouter 3 fois ce gain en vertu du *treble damages* en vertu duquel les victimes peuvent recourir au civil jusqu'à 3 fois le dommage économique subi; on arrive à 5fois le gain illicite
- Au niveau de la CE dont la réglementation inspire bon nombre de pays africains, les textes et la pratique se sont écartés de l'approche économique pour plusieurs raisons:
 - Risque de conduire un opérateur en faillite (contre productif pour la concurrence)
 - Une culture de la concurrence plus récente
 - Principe juridique de la proportionnalité des peines
 - Celui de l'individualisation s'oppose à ce que des sanctions individuelles soient infligées sur la base seule de moyennes statistiques
 - Il conviendrait de calculer l'amende au cas par cas
- Sanctions du cartel de la téléphonie, Décision 2015, Plafond 10% du CA mondial :
 - 3% du chiffre d'affaires de 2004 pour Orange France et SFR
 - 1,78% pour Bouygues (individualisation)

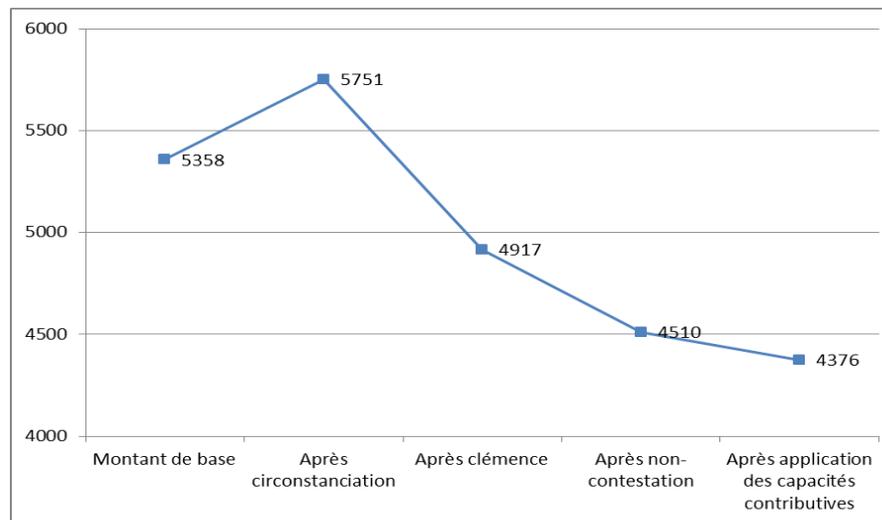
Le calcul des amendes en pratique



Effet des différentes étapes

Cas de la France

- [Hutin et Monnier, 2016], 37 cartels condamnés par l'Autorité de la Concurrence de 2003 à 2015 (Sanctions agrégées):
 - les circonstances aggravantes l'ont emporté sur celles atténuantes en valeur globale
 - les différentes étapes ont conduit à un montant des amendes agrégées inférieur au total des montants de base de 18%



Effet des différentes étapes: Cas de l'Europe

[Veljanovski , 2010]: 46 décisions de sanctions prononcées par la Commission sur la période 1998-2006 :

- Une augmentation moyenne du montant de base au titre des circonstances aggravantes de 48.4%
- Une réduction de ce montant au titre des circonstances atténuantes de 20.5%
- Une augmentation de l'amende de base généralement de 50% au titre de la récidive
- 89% des amendes ont été réduites au titre de la clémence
- L'application de la clémence a induit une réduction du montant agrégé des amendes de 36%, l'immunité totale pour 30 dénonciateurs leur évitant de payer 2 milliards d'Euros
- 3 cartels seulement ont pu bénéficier d'une réduction ou de facilité de paiement au titre de la capacité contributive. Une amende a été réduite de 33% pour difficultés financières et amendes antérieures
- Dans le calcul du montant de base, la prise en compte de la durée et du caractère dissuasif souhaité de l'amende représente 60%

Que devrions-nous faire? innover

- Qui nous sanctionnons?
- Pourquoi nous nous limiterons à la sanction administrative?
 - Peines de prison?
 - Disqualification?
 - Amendes financières?
- Introduction des solutions négociées?
- Explorer la culture, plus grande appropriation des politiques de concurrence? de quels leviers pour changer les comportements?