

مجلة شهرية، محكمة متعددة التخصصات
تعنى بنشر الدراسات والأبحاث في مجالات العلوم
القانونية، الإنسانية، الاجتماعية، والاقتصادية

المدير المسؤول ورئيس التحرير: انس المستقل



مجلة المقالات الدولية

INTERNATIONAL ARTICLES JOURNAL

العدد الثالث عشر Thirteenth Issue

septembre 2026 شتبر

الرقم المعياري الدولي : 3085 - 5039 e-ISSN

رقم الصحافة : 1/2025 Press number

13

مجلة المقالات الدولية

العدد الثالث عشر ، شتبر 2026

e-ISSN : 3085 - 5039



كلمة العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

يسر مجلة المقالات الدولية أن تقدم لقرائها وباحثيها العدد الثالث عشر، الصادر في شتبر 2026، مواصلة لمسيرتها في دعم البحث الأكاديمي الرصين والنشر العلمي الموثوق. وتعزز المجلة بفهرستها ضمن معامل التأثير العربي (AIF) واستمرار إدراجها ضمن International Scientific Indexing (ISI). واستجابة لطلبات الباحثين، توفر المجلة حالياً خاصية النشر الفوري للأبحاث المقبولة بعد استكمال إجراءات التحكيم العلمي. وبهذه المناسبة، تجدد المجلة التزامها بالتحكيم الدقيق وأخلاقيات البحث ومعايير الجودة والشفافية. والله ولي التوفيق.

رئيس التحرير



مجلة علمية، شهرية، محكمة متعددة التخصصات، تعنى بنشر الدراسات والأبحاث في مجالات العلوم الإنسانية، الاجتماعية، والاقتصادية.

الرقم المعياري الدولي: 3085 - 5039 ISSN : رقم الصحافة : 1 / 2025 Press number: العدد 13، شتبر 2026

اللجان العلمية

أنس المستقل

المدير المسؤول ورئيس التحرير

لجنة التقرير والتحكيم

د. طه لحيدياني

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سويسري

محمد الخامس بالرباط

د. عبد الحق بلقيهي

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي

محمد بن عبد الله بفاس

د. بدر بوخلوف

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة مولاي

إسماعيل بمكناس المدير التنفيذي للمركز الوطني للدراسات القانونية

والحقوقية

د. حكيمة مؤذن

أستاذة جامعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة

الحسن الثاني بالدار البيضاء مديرة مجلة إصدارات

د. احمد هيساوي

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة

الحسن الثاني بالدار البيضاء

د. إبراهيم رضا

أستاذ جامعي كلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة القاضي

عياض بمراكش

د. زكرياء أقنوش

أستاذ جامعي كلية العلوم بالكلية المتعددة التخصصات الرشيدية

د. أحمد أعراب

أستاذ جامعي كلية العلوم بالكلية المتعددة التخصصات بالناضور

د. إبراهيم أيت وركان

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة شعيب

الذكالي بالجديدة

د. محمد ملاح

أستاذ جامعي كلية العلوم بالكلية المتعددة التخصصات بالناضور

د. عبد الحي الغريبة

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة

الحسن الثاني بالدار البيضاء

الهيئة الاستشارية

د. يونس وحالو

نائب العميد المكلف بالبحث العلمي والتعاون الجامعي كلية العلوم القانونية

والسياسية جامعة ابن طفيل بالقنيطرة

د. المختار الططبي

نائب العميد المكلف بالشؤون البيداغوجية كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية بعين السبع جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء

د. رشيد الهدور

أستاذ جامعي جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء عضو المجلس الدستوري

سابقا مدير مجلة دفاتر برلمانية

د. سعيد ذمري

أستاذ جامعي جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء مدير مختبر القانون العام

وحقوق الإنسان

د. كمال هشوشي

أستاذ جامعي جامعة محمد الخامس بالرباط المنسق البيداغوجي لماستر

الدراسات السياسية والمؤسساتية المعمقة

د. مهدي العيساوي

مستشار رئيس مجلس النواب العراقي لشؤون الصياغة التشريعية أستاذ

القانون العام الدولي في الجامعة العراقية

د. المهدي منشيد

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة

الحسن الثاني بالدار البيضاء

Riccardo Pelizzo

نائب العميد المكلف بالشؤون الأكاديمية بجامعة نزار باييف بكازاخستان

د. وفاء الفيلالي

أستاذة جامعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سويسري

جامعة محمد الخامس بالرباط

د. صليحة بوعكاكة

أستاذة جامعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي

محمد بن عبد الله بفاس

محتويات العدد

3-20	الأمّن المائي بالمغرب: آليات التدوير ورهانات الاستدامة في ظل التحديات الراهنة والمستقبلية عبد الصمد زويت وسعيد شكاك
21-49	السياسات العمومية في الهندسة الدستورية لدستور 2011 هندا عبد الرحيم
50-68	السياسات المائية بالمغرب والعدالة المناخية: قراءة حقوقية في فعالية التشريع والحماية القضائية مصطفى سربوتي ووفاء الرباج
69-92	الصياغة التشريعية بين الأبعاد التقنية والموضوعية منى البيني
93-110	اعتماد الموارد الرقمية في منظومة التكوين المهني بالمغرب: قراءة نقدية في ضوء استراتيجية "المغرب الرقمي 2030" ومدى تجسدها في نموذج "مدن المهن والكفاءات" وطلي فوزية و محمد قفصي
111-123	L'analyse économique de la clémence en droit de la concurrence Fouad BENDIAB ; Mohamed HAMMOUMI

L'analyse économique de la clémence en droit de la concurrence

The economic analysis of leniency in competition law



Fouad BENDIAB

Doctorant en Sciences Juridiques et
Politiques, Laboratoire d'Études et
Recherches en Droit et Sciences Politiques,
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques,
Université Ibn Tofail - Kénitra

Mohamed HAMMOUMI

Professeur à l'Université Ibn Tofail,
Laboratoire d'Études et Recherches en Droit
et Sciences Politiques et Professeur à l'Ecole
Nationale Supérieure de l'Administration,
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques,
Université Ibn Tofail – Kénitra – Maroc

Abstract :

Detecting secret cartels is a major challenge in competition law. To overcome the hidden nature of these practices, modern legal frameworks—such as Law No. 104-12 on Freedom of Prices and Competition—have incorporated leniency programs inspired by game theory and the prisoner's dilemma. This article offers a critical re-examination of the economic analysis of leniency. It contrasts the concept of "optimal leniency" formulated by Giancarlo Spagnolo—advocating for automatic immunity coupled with positive rewards—with the alternative post-investigation amnesty mechanisms modeled by Massimo Motta and Michele Polo. The study analyzes the inherent duality of these instruments, which oscillate between destabilizing cartels and risking perverse pro-collusive effects. Finally, the research addresses the paradox of recidivism: while European empirical data confirm the persistence of repeat offenders in certain industrial sectors, the automatic exclusion of recidivists from leniency benefits risks—according to Patrick Rey and Zhijun Chen—entrenching collusion, thereby arguing in favor of targeted sectoral monitoring as suggested by Sylvain Frézal.

Keywords :

Competition law, leniency programs, illicit agreements, game theory, prisoner's dilemma, automatic amnesty, positive rewards, sectoral recidivism, antitrust policy.

Résumé:

La détection des ententes secrètes constitue l'un des défis majeurs du droit de la concurrence. Pour surmonter l'invisibilité de ces pratiques, les législations contemporaines, à l'instar de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence ont intégré des programmes de clémence inspirés de la théorie des jeux et du dilemme du prisonnier. Cet article propose un réexamen critique de l'analyse économique de la clémence. Il met en perspective le concept de « clémence optimale » formulé par Giancarlo SPAGNOLO préconisant l'immunité automatique adossée à des récompenses positives face aux mécanismes d'amnistie alternative post-enquête modélisés par Massimo MOTTA et Michele POLO. L'étude analyse la dualité inhérente à ces instruments, oscillant entre déstabilisation des cartels et risque d'effets pro-collusifs pervers. Enfin, la recherche aborde le paradoxe de la récidive : alors que les données empiriques européennes confirment la persistance d'entreprises récidivistes dans certains secteurs industriels, l'exclusion automatique des récidivistes du bénéfice de la clémence risque, selon Patrick REY et Zhijun CHEN, de consolider la collusion, plaidant ainsi pour une surveillance sectorielle ciblée telle que suggérée par Sylvain FRÉZAL.

Mots-clés:

Droit de la concurrence, programmes de clémence, ententes illicites, théorie des jeux, dilemme du prisonnier, amnistie automatique, récompenses positives, récidive sectorielle, politique antitrust.

Introduction

Dans tout régime moderne de régulation concurrentielle, la mise en œuvre des règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles, à l'instar des dispositions des articles 6 (ententes), 7 (abus de position dominante et de dépendance économique) et 8 (pratique des prix abusivement bas) de la loi marocaine n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence obéit à un continuum séquentiel articulé en quatre phases : la détection, l'investigation, la qualification juridique et le prononcé des sanctions. Au sein de ce processus répressif, la détection constitue la condition primordiale sans laquelle l'exercice des pouvoirs d'enquête demeure lettre morte. Cette question revêt une acuité singulière à l'égard des cartels secrets : dissimulés avec minutie par des opérateurs économiques déployant des protocoles sophistiqués d'effacement des traces probatoires et de cryptage, ces ententes engendrent des pertes sèches considérables tant pour le bien-être des consommateurs que pour l'efficacité économique globale¹.

Face à l'asymétrie d'information structurelle séparant le régulateur des entreprises contrevenantes, le législateur marocain a introduit, au sein de l'article 41 de la loi n° 104-12, une procédure de clémence. Celle-ci dispose qu'une « exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article 6 de la présente loi s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le conseil de la concurrence ou l'administration ne disposaient pas antérieurement ».

Ce mécanisme d'auto-dénonciation ne découle pas d'une simple opportunité procédurale, mais plonge ses racines dans les enseignements de la théorie microéconomique et de la théorie des jeux, plus particulièrement dans le paradigme canonique du « dilemme du prisonnier »². Si les premières expérimentations de clémence initiées en 1978 par le *Department of Justice* (DOJ) américain s'inspiraient initialement des méthodes pénales de lutte contre la criminalité organisée³, dépourvues à l'époque

¹ PRIETO Catherine et RODA Jean-Christophe, Echapper à l'amende ou la diminuer. Les programmes de clémence, in IDOT Laurence et PRIETO Catherine (dir.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : Le règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?*, 2006, p. 259, in Ch Harding et J.M. Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford University Press, 2003, CHAP. 4 et 5.

² TERCINET Anne, *La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Lyon, 2010, p. 502-521, in POSNER Richard A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, p. 3.

³ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521, in PATTERSON Douglas E., « Antitrust Enforcement in the Clinton Administration », *Antitrust Law Journal*, vol. 65, n° 1, 1996, p. 71-85.

de substrat microéconomique explicite⁴, l'administration antitrust américaine s'est rapidement convertie, dès le début des années 1980, aux modèles économiques⁵. L'essor des économistes au sein des autorités de concurrence a dès lors remodelé la conception même de l'action publique⁶.

Les réformes substantielles du programme américain de clémence intervenues en 1993 et 1994 ont parachevé cette mutation : s'émancipant du cadre statique de l'École de Chicago fondé exclusivement sur la théorie néoclassique des prix, elles ont embrassé l'approche « post-Chicago »⁷. Cette dernière étudie de manière dynamique les comportements stratégiques en situation d'oligopole et d'interdépendance⁸. En modélisant la capacité des membres d'un cartel à s'observer, se coordonner et exercer des représailles⁹, la théorie des jeux a démontré que la stabilité d'une entente repose sur la confiance réciproque et sur l'anticipation rationnelle des gains collusifs comparés aux risques de défection¹⁰. En conséquence, les réformes antitrust ont érigé la transparence, la prévisibilité et l'automatisme procédurale en piliers de la politique de concurrence, afin de fracturer l'équilibre collusif en incitant à la course à la dénonciation¹¹.

Ceci dit, dans le cadre d'une première phase, on traitera paradigme de la « clémence optimale » (1), et, dans une deuxième phase, on va évoquer l'amnistie alternative post-enquête (2), et, enfin on abordera le traitement de la récidive (3).

⁴ Le premier programme formel de clémence (Corporate Leniency Policy) adopté par le *Department of Justice* des États-Unis en 1978 reposait largement sur les techniques d'incitation transactionnelle issues du droit pénal fédéral.

⁵ Cette intégration doctrinale s'est concrétisée dès la publication des Horizontal Merger Guidelines de 1982 par l'Antitrust Division du Department of Justice américain.

⁶ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521, in BAKER Jonathan B., « Two Sherman Act Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory », *The Antitrust Bulletin*, vol. 38, n° 1, 1993, p. 143-219, p. 150.

⁷ *Ibid.*

⁸ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521, in GORDON Scott, *The History and Philosophy of Social Science*, Londres, Routledge, 1991, p. 105-106 ; GELLHORN Ernest et KOVACIC William E., *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 4^e éd., Saint-Paul, West Publishing, 1994, p. 80-81.

⁹ MURIS Timothy J., « Improving the Economic Foundations of Competition Policy », discours prononcé lors du George Mason University Law Review's Winter Antitrust Symposium, Washington D.C., 15 janvier 2003.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

1.

**Le paradigme de la « clémence optimale » :
l'amnistie automatique et récompenses positives**

Dans le cadre de cette optique, on présentera les vertus dissuasives du programme optimal selon l'économiste Giancarlo SPAGNOLO (1.1), puis on traitera les conditions d'effectivité et les réticences institutionnelles (1.2).

1.1. Les vertus dissuasives du programme optimal selon Giancarlo SPAGNOLO

Dans le sillage des réformes américaines, Giancarlo SPAGNOLO s'est penché sur les conditions d'efficacité de l'amnistie automatique (correspondant au volet Section A du dispositif américain), applicable lorsqu'une entreprise dénonce le cartel avant l'ouverture de toute enquête par l'autorité compétente¹². Dépassant les approches traditionnelles telles que celles initialement développées par Massimo MOTTA et Michele POLO, Giancarlo SPAGNOLO introduit dans l'analyse le risque stratégique et l'usage de rétributions financières positives¹³.

Selon Giancarlo SPAGNOLO, l'amnistie automatique constitue l'instrument idoine pour satisfaire aux exigences conjointes de dissuasion préalable et d'incitation à la délation. Afin d'éviter tout comportement attentiste, le bénéfice de cette amnistie intégrale doit être strictement cantonné au premier membre du cartel qui apporte spontanément les éléments de preuve déterminants¹⁴. Poussant la modélisation à son terme, l'auteur démontre que l'autorité parviendrait à une dissuasion absolue en adjoignant à l'exonération totale d'amende une « récompense positive » (ou amende négative), dont le montant équivaldrait à la somme cumulée des sanctions pécuniaires infligées aux co-cartellistes condamnés, voire supérieure si les marges budgétaires de l'institution le permettent¹⁵. Ce mécanisme, qualifié de « programme de clémence optimal », garantit une dissuasion maximale à un coût direct nul pour les finances publiques, dès lors que

¹² TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521.

¹³ SPAGNOLO Giancarlo, « Divide et Impera: Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels and Organized Crime », CEPR Discussion Paper, n° 4840, 2004 (manuscrit initial révisé, University of Mannheim, août 2003, p. 6).

¹⁴ CHEN Zhijun et REY Patrick, « On the Design of Leniency Programs », IDEI Working Paper, n° 452, Toulouse School of Economics, avril 2007, p. 10.

¹⁵ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521.

la récompense allouée au dénonciateur est financée par le produit des amendes recouvrées auprès des autres contrevenants¹⁶.

Cette construction théorique s'articule directement avec le modèle économique du crime et du châtement élaboré par Gary S. BECKER¹⁷. Dans l'approche beckerienne, l'acteur rationnel ne bascule dans l'illégalité que si l'espérance mathématique des gains excède le coût probabilisé de la sanction (produit de l'amende par la probabilité d'appréhension)¹⁸. Dès lors que le premier délateur perçoit l'intégralité des amendes payées par ses complices, l'incitation à la rupture devient irrésistible¹⁹. Aucun cartel ne peut rationnellement subsister dans un tel environnement institutionnel : les gains de la trahison surpassent systématiquement les rentes oligopolistiques attendues²⁰. Dans sa forme la plus pure, le modèle suggère même qu'un programme optimal rendrait superflue la mise en œuvre d'enquêtes d'office coûteuses, la menace de défection endogène suffisant à décourager la formation initiale des ententes²¹.

Cette vision a reçu l'appui de chercheurs tels que Cécile AUBERT, Patrick REY et William E. KOVACIC, qui soutiennent que l'adjonction de primes pécuniaires confère à la clémence un pouvoir préventif sans commune mesure avec les régimes traditionnels d'exonération pure et simple²². Ces auteurs préconisent d'ouvrir l'accès à ces primes financières même aux instigateurs du cartel pourvu qu'ils n'aient pas usé de contrainte coercitive à l'encontre de leurs partenaires, tout en assortissant le dispositif de sanctions pénales ou financières rigoureuses contre toute fausse dénonciation²³.

1.2. Les conditions d'effectivité et les réticences institutionnelles

L'opérationnalité d'un tel programme dépend de conditions strictes :

¹⁶ SPAGNOLO Giancarlo, « Divide et Impera... », *op. cit.*, p. 7. Voir également AUBERT Cécile, REY Patrick et KOVACIC William E., « The Impact of Leniency Programs on Cartels », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, n° 6, 2006, p. 1241-1266.

¹⁷ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521, in BECKER Gary S., « Crime and Punishment: An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, vol. 76, n° 2, 1968, p. 169-217.

¹⁸ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ SPAGNOLO Giancarlo, « Divide et Impera... », *op. cit.*, p. 4-5 et p. 18.

²¹ *Ibid.*, p. 19-20.

²² AUBERT Cécile, REY Patrick et KOVACIC William E., « The Impact of Leniency Programs on Cartels », document de travail, novembre 2003, p. 37.

²³ *Ibid.*, p. 38.

Le niveau de la récompense : Celle-ci doit surcompenser la perte future des profits de collusion et amortir le coût économique du retour à un régime de vive concurrence sur le marché pertinent²⁴.

La crédibilité financière de l'autorité : Comme le soulignent Cécile AUBERT, Patrick REY et William E. KOVACIC, l'absence de solvabilité garantie ou de cadre budgétaire pérenne prive la promesse de récompense de toute crédibilité opérationnelle²⁵. L'affectation directe des pénalités perçues à la gratification du délateur, personne morale ou personne physique (whistleblower), apporte une réponse technique appropriée à cet obstacle²⁶.

La temporalité exclusive de l'offre : La récompense positive ne présente d'efficacité qu'à la condition expresse de n'être concédée qu'ex ante, c'est-à-dire avant que l'autorité n'ait engagé des ressources d'investigation²⁷.

En dépit de sa cohérence formelle, l'introduction de récompenses positives suscite des réserves majeures. L'argument relatif au risque de fabrication ou de falsification de preuves par des dénonciateurs opportunistes peut être écarté : la matérialité d'une entente requiert des éléments probatoires objectifs et concordants (échanges écrits, agendas, métadonnées, relevés bancaires) soumis à l'appréciation souveraine des juridictions et autorités de concurrence, l'escroquerie au jugement demeurant pénalement réprimée²⁸.

De même, l'hypothèse selon laquelle des opérateurs créeraient des cartels fictifs dans le dessein exclusif de capter la prime apparaît peu plausible : une telle dynamique accroîtrait au contraire la paranoïa et la défiance immédiate entre concurrents, servant l'objectif ultime de dissuasion²⁹.

L'obstacle fondamental demeure en vérité sociopolitique et philosophique. L'opinion publique et le corps social répugnent à tolérer que des firmes coupables d'infractions économiques substantielles soient non seulement blanchies, mais encore enrichies sur fonds publics ou para-publics³⁰. Par conséquent, la plupart des systèmes juridiques contemporains ont écarté l'amende négative pour s'en tenir à des programmes de clémence dits « modérés », oscillant entre immunité et réductions graduées des pénalités³¹.

²⁴ *Ibid.*, p. 12.

²⁵ *Ibid.*, p. 13-14.

²⁶ SPAGNOLO Giancarlo, « Divide et Impera... », *op. cit.*, p. 19.

²⁷ AUBERT Cécile, REY Patrick et KOVACIC William E., *op. cit.*, p. 12-13.

²⁸ SPAGNOLO Giancarlo, « Divide et Impera... », *op. cit.*, p. 27.

²⁹ AUBERT Cécile, REY Patrick et KOVACIC William E., *op. cit.*, p. 14.

³⁰ SPAGNOLO Giancarlo, « Divide et Impera... », *op. cit.*, p. 5.

³¹ *Ibid.*, p. 5 et p. 25.

2.

L'amnistie alternative post-enquête : incitation ex post contre risque de perversion pro-collusive

Dans ce cadre, on s'intéresse, tout d'abord, à la justification de la clémence post-enquête : l'analyse de MOTTA et POLO (2.1), ensuite, à l'aléa moral pro-collusif de la réduction d'amende (2.2).

2.1. La justification de la clémence post-enquête : l'analyse de MOTTA et POLO

À l'opposé de la rigueur du modèle de SPAGNOLO, Massimo MOTTA et Michele POLO démontrent qu'il demeure économiquement pertinent d'étendre la clémence aux révélations survenant après le déclenchement d'une enquête officielle, tant que l'autorité n'a pas encore rassemblé de preuves décisives³². Leurs conclusions, corroborées par Zhijun CHEN et Patrick REY³³, soulignent que si les dépositions ne sont accueillies qu'avant toute initiative d'enquête, les membres d'une entente n'ont aucun motif rationnel de briser le silence dès lors qu'une procédure est lancée. En effet, la probabilité d'être condamné sans preuve restant incertaine, les co-auteurs préfèrent faire front commun³⁴.

Dès lors que l'autorité dispose de ressources administratives limitées, l'instauration d'une « amnistie alternative » ou d'une réduction substantielle d'amende post-enquête modifie l'arbitrage des entreprises³⁵. Confrontées au risque accru de sanction matérielle induit par les perquisitions en cours, les entreprises voient la valeur de la coopération bondir³⁶. L'abaissement des amendes permet d'obtenir des aveux décisifs, de réduire la durée et les frais d'instruction pour l'État, et de mettre fin plus rapidement aux préjudices subis par l'économie, optimisant ainsi le bien-être social collectif³⁷.

Louis KAPLOW et Steven SHAVELL avaient déjà formalisé ce principe : accorder un traitement préférentiel à l'auto-dénonciation optimise l'allocation des deniers publics affectés à l'application des lois³⁸. Les données empiriques américaines valident cette thèse : la révision de 1993 autorisant l'immunité post-enquête

³² MOTTA Massimo et POLO Michele, « Leniency Programs and Cartel Prosecution », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, n° 3, 2003, p. 347-379.

³³ CHEN Zhijun et REY Patrick, « On the Design of Leniency Programs », *op. cit.*, p. 1-2.

³⁴ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ MOTTA Massimo et POLO Michele, *op. cit.*, p. 348-349.

³⁷ *Ibid.*, p. 375.

³⁸ KAPLOW Louis et SHAVELL Steven, « Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior », *Journal of Political Economy*, vol. 102, n° 3, 1994, p. 583-606.

a démultiplié les révélations, le DOJ enregistrant en moyenne une dénonciation par mois en 1994, contre une seule par an sous l'ancien régime de 1978³⁹.

2.2. Le revers de la médaille : l'aléa moral pro-collusif

Cependant, l'introduction de réductions d'amendes engendre une ambiguïté structurelle mise en lumière par la littérature économique⁴⁰. Si la clémence désamorce des cartels a posteriori, elle peut simultanément générer un effet pro-collusif a priori⁴¹ :

En minorant le coût global attendu de l'infraction, la perspective de bénéficier d'une clémence future diminue l'effet dissuasif de l'arsenal répressif au moment où les entreprises décident de nouer l'accord prohibé⁴².

Christopher ELLIS et Wesley WILSON démontrent qu'un régime de clémence mal calibré offre une option de sortie d'urgence à moindres frais, voire une arme de prédation stratégique : une entreprise peut utiliser la dénonciation pour éliminer un rival ou lui imposer une amende asymétrique tout en s'abritant derrière l'exonération⁴³. Les cartels capables de résister à ces tensions internes se trouvent paradoxalement pérennisés et renforcés⁴⁴.

Pour pallier ces dérives, Giancarlo SPAGNOLO tout comme Massimo MOTTA et Michele POLO rappellent le rôle névralgique de la règle du « premier arrivé » (first-in door)⁴⁵. Restreindre l'exonération maximale au tout premier coopérant entretient une anxiété permanente et détruit la confiance collusive⁴⁶. Accorder des réductions similaires aux deuxième, troisième ou quatrième demandeur n'offre aucun gain économique démontrable et incite les conspirateurs à une stratégie d'attentisme (wait and see), neutralisant l'urgence de la rupture⁴⁷.

³⁹ MOTTA Massimo et POLO Michele, *op. cit.*, p. 350. Les auteurs rappellent également l'analogie avec les mécanismes de négociation de plaidoyer (plea bargaining) formalisés par LANDES William M., « An Economic Analysis of the Courts », *Journal of Law and Economics*, vol. 14, n° 1, 1971, p. 61-107.

⁴⁰ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521.

⁴¹ MOTTA Massimo et POLO Michele, *op. cit.*, p. 349.

⁴² TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521.

⁴³ ELLIS Christopher J. et WILSON Wesley W., « Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger », Working Paper, University of Oregon, 2002.

⁴⁴ CHEN Zhijun et REY Patrick, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁵ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521.

⁴⁶ SPAGNOLO Giancarlo, « Divide et Impera... », *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 7.

3.

Le traitement de la récidive : paradoxe de l'exclusion et voies de régulation

Dans un premier temps, on présentera la réalité empirique de la multi-récidive (3.1), tandis que dans un second temps, on s'intéressera au paradoxe de l'exclusion des récidivistes (3.2).

3.1. La réalité empirique de la multi-récidive

L'examen des décisions prononcées par les autorités antitrust atteste que la sanction pécuniaire, même couplée à la clémence, ne suffit pas toujours à purger durablement les marchés de la collusion⁴⁸. Dans leur analyse empirique des 111 décisions relatives à des cartels adoptées par la Commission européenne entre 1969 et juin 2009, Emmanuel COMBE et Constance MONNIER établissent un taux de récidive global de 24 %⁴⁹. Autrement dit, près d'un quart des ententes sanctionnées impliquaient au moins un opérateur ayant déjà fait l'objet d'une condamnation antérieure par l'autorité européenne⁵⁰.

Cette persistance présente une concentration sectorielle marquée :

- Le secteur de la machinerie et des équipements affiche un taux de récidive record de 54 % (pour 12 % des cartels sanctionnés).
- L'industrie chimique enregistre un taux de récidive de 31 % (représentant 29 % du total des cartels instruits).
- Le secteur des produits miniers et métalliques présente un taux de 28 % de récidive (pour 16 % des cartels examinés)⁵¹.

Sur cette période, 35 firmes ont été répertoriées comme récidivistes, nombre d'entre elles figurant comme des multi-récidivistes notoires (notamment ARKEMA, AKZO, BASF, BAYER, DEGUSSA, ENI, HOECHST, HOFFMANN-LA ROCHE, ICI, SAINT-GOBAIN, SOLVAY, SHELL ou SUMITOMO)⁵².

⁴⁸ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521.

⁴⁹ COMBE Emmanuel et MONNIER Constance, « Cartels et récidive : une analyse économique du droit européen », *Revue d'économie industrielle*, n° 136, 2011, p. 25-30.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 30.

⁵¹ Données issues de l'étude de COMBE Emmanuel et MONNIER Constance, *op. cit.*, p. 25 et p. 30.

⁵² *Ibid.*, p. 30. À titre d'illustration, l'entreprise ARKEMA a été déclarée membre de quatre cartels distincts sanctionnés par la Commission européenne sur la seule période 2003-2006.

Face à ce constat, les approches juridiques divergent profondément. Aux États-Unis, les entreprises récidivistes sont en principe privées du bénéfice de l'immunité au titre du cartel réitéré et subissent des majorations substantielles, hormis l'application du dispositif incitatif Amnesty Plus lorsqu'elles révèlent un cartel distinct non encore identifié⁵³. À l'inverse, au sein de l'Union européenne, la quasi-totalité des programmes nationaux ainsi que les lignes directrices de la Commission continuent d'accueillir les récidivistes au bénéfice de la clémence, le droit hellénique constituant l'une des rares exceptions d'exclusion catégorique⁵⁴.

3.2. Le paradoxe de l'exclusion des récidivistes : l'éclairage de REY, CHEN et FRÉZAL

L'analyse théorique démontre que l'exclusion automatique des récidivistes du bénéfice de la clémence génère un effet pervers redoutable⁵⁵. Patrick REY et Zhijun CHEN mettent en évidence que refuser l'amnistie ou les réductions d'amende à une entreprise antérieurement condamnée agit comme un ciment pro-collusif⁵⁶. Privés de tout espoir d'exonération, les participants à une nouvelle entente savent qu'aucun d'entre eux n'a d'intérêt objectif à rompre l'omerta par voie de clémence. La peur mutuelle de la défection est levée, ce qui stabilise paradoxalement le cartel entre agents récidivistes⁵⁷.

Dès lors, quelle solution alternative s'offre au régulateur ? Sylvain FRÉZAL suggère que la réponse optimale à la récidive ne réside pas dans la suppression aveugle de la clémence, mais dans l'institution d'une surveillance continue et d'audits récurrents sur les marchés et secteurs ayant déjà abrité des pratiques collusives avérées⁵⁸. Les travaux de Patrick REY et Zhijun CHEN confirment cette approche : une intensité accrue de monitoring et de probabilité d'inspection sectorielle engendre un effet de dissuasion direct, brisant la rentabilité espérée des ententes répétées sans compromettre la dynamique psychologique de la clémence⁵⁹.

⁵³ Le programme américain Amnesty Plus permet à une entreprise sous le coup d'une enquête pour une entente de bénéficier d'une clémence intégrale pour un second cartel autonome qu'elle est la première à divulguer spontanément, assortie d'une remise d'amende substantielle pour le premier dossier.

⁵⁴ COMBE Emmanuel et MONNIER Constance, *op. cit.*, p. 31.

⁵⁵ TERCINET Anne, *op. cit.*, p. 502-521.

⁵⁶ CHEN Zhijun et REY Patrick, « On the Design of Leniency Programs », *op. cit.*, p. 2 et p. 11-12.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁸ FRÉZAL Sylvain, « On Optimal Cartel Deterrence Policies », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, n° 6, 2006, p. 1197-1219.

⁵⁹ CHEN Zhijun et REY Patrick, *op. cit.*, p. 12-14.

Conclusion

L'analyse économique révèle que les programmes de clémence ne se résument pas à une prime à la repentance morale, mais constituent de puissants instruments de déstabilisation stratégique fondés sur la manipulation rationnelle du dilemme du prisonnier. Si la théorie pure illustrée par les modèles de Giancarlo SPAGNOLO démontre la supériorité dissuasive absolue d'un régime d'amnistie automatique combiné à des récompenses positives financées par les amendes, la réalité institutionnelle et les impératifs d'acceptabilité sociale contraignent la majorité des juridictions à adopter des modèles de clémence modérée.

Au sein de cet arbitrage, l'ouverture de réductions d'amendes post-enquête formulée par Massimo MOTTA et Michele POLO répond à une nécessité pragmatique pour les autorités de régulation : maximiser l'efficacité probatoire et désamorcer les cartels en cours à moindre coût pour la collectivité. Cependant, ce compromis expose le régulateur au risque permanent de l'aléa moral et de comportements stratégiques opportunistes.

Enfin, la question de la récidive souligne les limites d'une vision binaire de la sanction. Exclure systématiquement les récidivistes du bénéfice de la clémence aboutit au résultat inverse de celui escompté, en immunisant les ententes contre la trahison interne. L'articulation vertueuse entre une règle d'immunité stricte réservée au premier déclarant, des pénalités dissuasives majorées et une politique de surveillance sectorielle ciblée (ex officio), telle que recommandée par Sylvain FRÉZAL, apparaît dès lors comme l'architecture la plus prometteuse pour concilier la détection des infractions passées et la dissuasion des cartels futurs, offrant une feuille de route précieuse pour l'évolution de régimes jeunes à l'instar du droit marocain de la concurrence.

Bibliographie

❖ Ouvrages, traités et thèses

- GELLHORN Ernest et KOVACIC William E., *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, 4^e éd., Saint-Paul, West Publishing, 1994, 563 p.
- GORDON Scott, *The History and Philosophy of Social Science*, Londres, Routledge, 1991, 704 p.
- POSNER Richard A., *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 1976, 262 p.
- HARDING Christopher et JOSHUA Julian M., *Regulating Cartels in Europe: A Study of Legal Control and Corporate Crime*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 400 p.
- TERCINET Anne, *La lutte contre les cartels internationaux : réflexion sur un modèle à l'aune du droit américain*, Cyril Nourissat (dir.), thèse de doctorat, droit privé, Université de Lyon, 2010, p. 765.

❖ Articles de doctrine et publications académiques

- AUBERT Cécile, REY Patrick et KOVACIC William E., « The Impact of Leniency Programs on Cartels », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, n° 6, 2006, p. 1241-1266.
- BAKER Jonathan B., « Two Sherman Act Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporary Economic Theory », *The Antitrust Bulletin*, vol. 38, n° 1, 1993, p. 143-219.
- COMBE Emmanuel et MONNIER Constance, « Cartels et récidive : une analyse économique du droit européen », *Revue d'économie industrielle*, n° 136, 2011, p. 23-50.
- FRÉZAL Sylvain, « On Optimal Cartel Deterrence Policies », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, n° 6, 2006, p. 1197-1219.
- KAPLOW Louis et SHAVELL Steven, « Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior », *Journal of Political Economy*, vol. 102, n° 3, 1994, p. 583-606.
- LANDES William M., « An Economic Analysis of the Courts », *Journal of Law and Economics*, vol. 14, n° 1, 1971, p. 61-107.

- MOTTA Massimo et POLO Michele, « Leniency Programs and Cartel Prosecution », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, n° 3, 2003, p. 347-379.
- PATTERSON Douglas E., « Antitrust Enforcement in the Clinton Administration », *Antitrust Law Journal*, vol. 65, n° 1, 1996, p. 71-85.
- PRIETO Catherine et RODA Jean-Christophe, « Échapper à l'amende ou la diminuer : les programmes de clémence », in IDOT Laurence et PRIETO Catherine (dir.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles : le règlement n° 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 259-291.

❖ Documents de travail et communications scientifiques

- CHEN Zhijun et REY Patrick, « On the Design of Leniency Programs », IDEI Working Paper, n° 452, Toulouse School of Economics, avril 2007.
- ELLIS Christopher J. et WILSON Wesley W., « Cartels, Price-Fixing, and Corporate Leniency Policy: What Doesn't Kill Us Makes Us Stronger », Working Paper, Department of Economics, University of Oregon, 2002.
- MURIS Timothy J., « Improving the Economic Foundations of Competition Policy », discours prononcé lors du George Mason University Law Review's Winter Antitrust Symposium, Washington D.C., 15 janvier 2003.
- SPAGNOLO Giancarlo, « Self-Defeating Antitrust Laws: How Leniency Programs Solve Bertrand's Paradox and Enforce Collusion in Auctions », *Nota di Lavoro*, n° 52.00, Fondazione ENI Enrico Mattei, Milan, 2000.
- SPAGNOLO Giancarlo, « Divide et Impera: Optimal Deterrence Mechanisms Against Cartels and Organized Crime », CEPR Discussion Paper, n° 4840, Centre for Economic Policy Research, Londres, 2004 (mimeo révisé, University of Mannheim, 2003).