



Le maniement par les autorités de régulation du mécanisme de responsabilité des operateurs : un point de vue économique

Laurent BENZONI

Contribution à l'ouvrage : « Responsabilité et
régulations économiques » sous la direction de
Marie-Anne Frison-Roche
Presses de Sciences Po

Octobre 2007

TERA Consultants

32, rue des Jeûneurs

75002 PARIS

Tél. + 33 (0) 1 55 04 87 10

Fax. +33 (0) 1 53 40 85 15

S.A.S. au capital de 200 000 €

RCS Paris B 394 948 731

LE MANIEMENT PAR LES AUTORITES DE REGULATION DU MECANISME DE RESPONSABILITE DES OPERATEURS : UN POINT DE VUE ECONOMIQUE

Par Laurent Benzoni¹

Contribution à l'ouvrage « Responsabilité et régulations économiques »
Droit et économie de la régulation volume 5
Sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche
Editions Presses de Sciences Po et Dalloz
Octobre 2007

Dans une économie de marché fondée sur la liberté d'entreprise et du commerce, l'instauration de contraintes venant restreindre cette liberté procède, au fond, du constat (décision *ex post*) ou d'une crainte (décision *ex ante*) que cette liberté ne produit pas l'équilibre souhaité ou souhaitable. En effet, le marché devrait, d'un certain point de vue normatif, conduire à un point dit « d'équilibre » permettant la meilleure allocation des ressources au sein de l'économie, c'est-à-dire la maximisation du bien-être collectif, entendu à la fois comme une maximisation du surplus des demandeurs (ou consommateurs) et du surplus des offreurs (opérateurs dans le cadre de cette contribution). Il est remarquable que cet équilibre collectif puisse être atteint alors même que chaque acteur, offreur ou demandeur, poursuit la maximisation de son seul intérêt individuel (théorème dit de la « main invisible »). Nul n'est alors besoin, dans cette représentation, de l'intervention d'un « tiers-acteur » (régulateur) garant de l'intérêt de tous ou censé défendre les intérêts de certaines catégories d'acteurs.

Néanmoins, le marché atteint cet objectif de maximisation du bien-être collectif sous certaines conditions très particulières. Ces conditions caractérisent, du point de vue de la théorie économique, l'état de concurrence pure et parfaite. Si ces conditions ne sont pas respectées, il s'ensuit une perturbation de l'équilibre qui conduit à favoriser un ou plusieurs acteurs du marché (opérateur ou consommateur), c'est-à-dire de leur permettre d'accaparer une fraction du surplus de l'économie supérieure à celle qu'ils auraient obtenu en l'absence de cette perturbation.

Il est possible de distinguer deux types de perturbations endogènes des conditions de la concurrence pure et parfaite : d'une part les perturbations qui s'imposent à tous les acteurs

¹ Professeur à l'Université Paris 2 - Directeur du Master Telecom Internet Média ; Associé TERA Consultants

que nous qualifierons de perturbations structurelles, d'autre part les perturbations qui procèdent de l'intention d'un ou plusieurs acteurs que nous qualifierons de perturbations comportementales. Par exemple, la présence de rendements croissants dans une activité qui induit l'existence d'une *facilité essentielle* constitue une perturbation structurelle. Dès lors, l'opérateur qui contrôle la facilité essentielle peut obtenir un surcroît de surplus, si et seulement si, il adopte le comportement standard que l'on attend de lui, à savoir la maximisation de son intérêt individuel. Cela implique qu'il tarifie l'accès à cette facilité essentielle à un prix de monopole lui permettant d'accaparer une rente au détriment des acteurs qui payent pour l'usage de la facilité essentielle.

Dans une perspective statique, toute captation en sus du surplus par un acteur se fait alors et, bien entendu, au détriment des autres acteurs et se traduit, le plus souvent, par une destruction de surplus dans l'économie (perte de bien-être collectif). Cette destruction et cette distorsion dans la répartition du surplus économique posent problème : le «laisser-faire» ne produit alors plus le meilleur « équilibre ».

Sur un tout autre plan, le marché produit, au mieux, la meilleure allocation des ressources à travers une « maximisation » des intérêts de chacun, comme cela vient d'être rappelé. Il convient de bien préciser que cela ne signifie pas que chaque acteur obtient alors « à l'équilibre », le maximum de ce qu'il désire. Ici, le terme de « maximisation » signifie que chaque acteur intervenant sur le marché en tant qu'offreur ou demandeur, a obtenu le maximum de ce qu'il pouvait obtenir, compte tenu de ses caractéristiques propres. La logique de maximisation qui prévaut est du type : « à chacun selon ses moyens », logique qu'il faut bien distinguer du : « à chacun selon ses besoins ». Les moyens sont toujours limités mais les besoins peuvent être infinis. Aussi, l'économie de marché n'assure-t-elle pas nécessairement une distribution des richesses en phase avec les attentes individuelles ou parfois, plus généralement, en phase avec les attentes sociales. La perception de la richesse est plus d'essence relative, comparaison par rapport à autrui, que d'essence absolue, évaluation du niveau des stocks dont on dispose. Si les attentes sociales en matière de richesse divergent par trop des allocations de ressources effectives issues du fonctionnement du marché, dans un système politique démocratique, forte est la tentation de vouloir modifier les résultats du marché par l'exercice du pouvoir politique. Cette incursion du politique sur le fonctionnement du marché se traduit ainsi par des perturbations hors marché que nous qualifierons d'exogènes par opposition aux deux premières perturbations identifiées ci-dessus qui sont, elles, de nature endogènes. Les perturbations exogènes, à l'instar des perturbations endogènes, ont donc pour effet et fonction de redistribuer les

surplus produits dans l'économie ou de modifier l'allocation des ressources pour induire une autre répartition des surplus².

De notre point de vue économique, il sera alors entendu par « régulations économiques », l'ensemble des dispositifs ayant pour objet de corriger les perturbations endogènes ou de mettre en œuvre les perturbations exogènes. Les régulateurs ont alors pour fonction d'opérer ces dispositifs. Leur responsabilité est donc d'appliquer au mieux les dispositifs qui ont été instaurés.

DE LA DIFFICILE MISE EN ŒUVRE DES REGULATIONS ECONOMIQUES FACE A L'ASYMETRIE ET/OU LA CARENCE D'INFORMATIONS

Telles que définies ci-dessus, les régulations économiques poursuivent des missions particulièrement diverses : corriger les biais structurels, sanctionner les comportements non désirables, mettre en œuvre des actions pour aboutir à des objectifs et résultats que le marché ne pourrait atteindre « spontanément ». Schématiquement ces missions induisent des actions « ex post » et des actions « ex ante ». Les premières ressortent principalement d'une logique de sanction, les secondes d'une logique de prévention.

Dans l'accomplissement de ces missions, les régulateurs vont se heurter à un problème structurel et récurrent identifié dans nombre de travaux économiques comme un problème d'information. Deux types de situations doivent être alors distingués : les situations d'asymétrie d'information et les situations d'absence d'information.

Par **asymétrie d'information**, on stipule une situation où les acteurs potentiellement soumis au contrôle des régulateurs disposent d'informations que ne peuvent obtenir, ou du moins aisément obtenir, les autorités de régulation. Le cas d'école de ce genre de situation concerne le cas d'un accord de cartel entre des entreprises agissant sur un marché. Cette information est évidemment cruciale pour l'autorité de concurrence, elle n'est évidemment pas disponible ou même aisément révélable, y compris dans le cadre d'instructions dûment

² NB. Le terme de perturbation est employé ici dans une acception positive, proche de celle la physique (phénomène modifiant un état), il n'a donc aucune vocation normative, « morale » ou « moralisante ». Il ne s'agit donc pas de considérer qu'à l'instar d'un élève chahuteur au sein d'une classe, l'incursion du politique serait un « perturbateur » qui bousculerait un « ordre naturel » qui devait prévaloir et qui serait considéré comme supérieur à tout autre. Un équilibre du marché qui n'est pas en phase avec les attentes sociales ne saurait être soutenable à long terme.

engagées. Des faisceaux d'indices vont alors se substituer à des preuves et l'impression d'arbitraire, voire d'atteinte à la présomption d'innocence, vont alors peser sur des décisions fondées sur des faits indirects créant des soupçons plus que sur des faits directement liés à la pratique en cause.

L'asymétrie d'information peut aussi concerner les situations où un acteur utilise une information à son seul avantage. Sur les marchés financiers, il est aisé de comprendre que le « délit d'initié » relève directement de ce cas de figure, même s'il est parfois techniquement très difficile de relier l'action d'un individu ou d'un opérateur avec le fait qu'il ait ou non disposer d'une information particulière ou bien s'il a fait jouer sa compétence et son expertise pour traiter des informations largement disponibles par ailleurs afin de prendre les bonnes décisions.

Par **absence ou carence d'information**, on désigne une situation où l'information pertinente n'est pas disponible ou parfaitement connue et fiable pour les acteurs, donc bien entendu pour les régulateurs. Cela peut concerner toutes les situations où les décisions de régulation engagent l'avenir avec son lot d'incertitudes, voire de spéculations, que suppose l'art de la prévision. Or ces situations participent couramment des décisions de régulation quand il s'agit par exemple de rendre des avis sur des opérations de concentration ou bien sur des évolutions de tarifs basées sur des coûts. La carence d'information peut aussi concerner des situations où pour instruire un dossier et prendre une décision, une autorité de régulation doit pouvoir bénéficier de toute l'information adéquate. Pourtant les acteurs se trouvent dans l'incapacité de fournir cette information. On peut citer ici l'exemple de la fourniture d'informations comptables issues d'une comptabilité analytique afin de vérifier des coûts que pourrait requérir une autorité de régulation dans le cadre de ses fonctions. Or, la comptabilité analytique ne constitue pas une obligation légale de telle sorte qu'une entreprise, en toute bonne foi, peut se trouver dans l'incapacité de répondre aux sollicitations précises de l'autorité de régulation concernant certains de ses coûts.

Bien évidemment, les situations d'asymétrie et d'absence d'information peuvent se retrouver étroitement intriquées de telle sorte que décrypter, dans une situation donnée, ce qui procède de l'une ou de l'autre relève parfois de la gageure.

Les autorités sont néanmoins soumises, si ce n'est à des obligations de résultats, à tout le moins à une exigence de satisfaire au mieux les missions qui leur sont confiées lesquelles constituent le fondement même de leur création, de leur existence et de leur pérennité. Elles

doivent donc s'acquitter au mieux de leurs tâches en contournant les obstacles informationnels auxquels elles se heurtent.

Or en l'absence d'informations adéquates et pertinentes, les risques d'erreurs et d'errements sont nombreux. Il s'agit moins d'évoquer les décisions dans le cadre de contentieux, qui contestées devant un juge du recours, pourront être révisées ou cassées, que d'évoquer les décisions régulation d'organisation des activités qui ont basé sur de mauvais choix induisent des évolutions irréversibles parfois extrêmement coûteuses pour les acteurs de l'offre, pour les consommateurs donc pour l'ensemble de la collectivité. Il est courant de parler alors de « *regulatories failures* » (défaut de régulation) dont les effets sont plus pesants que les « *competitives failures* » (défaut de concurrence). Ainsi pour s'en tenir à quelques exemples récents, les procédures d'ouverture à la concurrence pour les marchés résidentiels dans les domaines de l'électricité et du gaz, celle des renseignements téléphoniques, l'organisation de la mise en concurrence pour les licences mobiles de troisième génération, celle concernant le marché du « *roaming* », constituent autant d'exemples récents où les « défauts » de régulation, plus que les structures du marché ou le jeu des acteurs paraissent au cœur des « perturbations » qui éloignent le marché de l'équilibre souhaitable et souhaité. A l'origine de ces errements, le plus souvent un défaut d'information ou une mauvaise information, les résultats de la régulation se ressentent et dès lors le jeu de la révélation de l'information et de son traitement constitue un élément crucial de la qualité de la régulation.

Dans ce contexte les outils dont disposent les autorités de régulation sont aujourd'hui largement connus. Il s'agit en premier lieu de produire de l'information à travers les enquêtes et études que les autorités de régulation peuvent mener par elles-mêmes ou bien faire mener, sous leur autorité, par des tiers (cabinets d'études de conseil et d'expertise). En second lieu, il peut d'agir de faire remonter l'information par les acteurs du marché eux-mêmes : données sur les marchés, les coûts, les prix, entretiens bilatéraux, consultations publiques. Surgit alors une question classique : celle de la « capture ».

Les acteurs les plus puissants, les groupes de pression les mieux organisés, les plus médiatisés sont à même, dans ce genre de procédures, de mieux se faire entendre que les acteurs moins puissants, moins organisés, moins médiatisés et, par l'ampleur du « bruit » qu'ils émettent, les premiers peuvent ainsi influencer et modifier la perception des autorités de régulation et infléchir alors leurs décisions. Le caractère technique de l'activité de régulation économique qui justifie, pour partie l'existence d'autorités spécifiques, s'estompe alors au profit d'une vision plus « politique » de l'action de régulation. L'activité de « lobbying » gagne dans ce genre d'exercice ses lettres de noblesse. Se pose alors incidemment la question de

l'indépendance des autorités de régulation qui fût souvent si difficile à obtenir et à organiser. Contrer ses effets indésirables de capture suppose alors de privilégier les capacités d'expertise internes aux autorités ou de faire réaliser de nombreuses expertises sous le contrôle des autorités : solution qui impose de les doter de moyens spécifiques importants.

Mais dans cette course à la recherche de l'information, d'autres moyens peuvent être mobilisés qui tirent l'essentiel de leurs principes de la théorie de l'économie de l'information. Les autorités vont alors fournir aux acteurs les incitations ou au contraire les sanctions adaptées aux problèmes posées.

Ainsi, comme le souligne fort bien M.-A. Frison-Roche dans sa contribution à cet ouvrage : « la régulation économique conduit à une conception radicalement instrumentale de la responsabilité, conception instrumentale dont le droit traditionnel connaît de nombreuses autres manifestations, par exemple la responsabilité imputée au gardien de la chose ayant causé le dommage. Il convient alors d'imputer une responsabilité aux agents dont on attend un comportement adéquat pour le bon fonctionnement du secteur économique considéré, par exemple au regard des obligations d'information, de sécurité, de transparence, de mise en garde, etc. Le contenu, les critères et les sanctions attachées à cette responsabilité doivent pareillement être dessinés selon ce comportement attendu, donc le comportement futur ».

DU MANIEMENT DU MECANISME DE RESPONSABILITE PAR LES AUTORITES DE REGULATION

L'Economie s'intéresse depuis plus d'un demi-siècle aux problèmes d'information et d'incitations. L'incitation consiste à fournir aux acteurs les signaux qui vont les pousser à accomplir ce que l'on attend d'eux. L'incitation peut consister en une récompense ou en une menace. Dans le cadre de la régulation économique, ces problématiques ont connu de nombreux développements issus de recherches innombrables menées sous des corpus théoriques différents qui parfois s'opposent.

Que retenir de ce foisonnement de travaux ? Les acteurs du marché sont considérés comme responsables des actions qu'ils mènent et leur responsabilité est d'autant plus grande que leur puissance sur le marché est elle-même grande. Les acteurs du marché ont conscience des conséquences de leurs décisions, ils savent en mesurer les effets aussi bien au niveau

individuel qu'au niveau du marché. S'agissant des « producteurs », ils sont mus par la recherche du profit, qu'ils agissent en tant qu'offreur sur un marché ou en tant qu'acheteurs (marchés intermédiaires ou marchés de gros).

Dès lors, pour internaliser au mieux les effets de leurs décisions, de nombreuses options sont offertes aux régulateurs que ce soit pour endiguer les perturbations comportementales endogènes ou pour susciter les bons comportements afin de réguler les perturbations endogènes structurelles ou les perturbations exogènes.

Il reste que ces outils issus des analyses économiques peuvent paraître très « innovants » en référence à certaines traditions juridiques. Nous allons prendre quelques exemples pour illustrer notre propos.

Tant qu'une information cachée rapporte plus ou coûte moins que si cette information est révélée, les acteurs sont logiquement incités à conserver par devers eux ladite information. Il en va ainsi des accords de cartel dès lors que la seule récompense de la dénonciation de cet accord par un acteur se traduit par une amende du même montant que celles des autres participants à l'accord, application d'un principe d'égalité de traitement face à la même faute. Dès lors surgît la logique purement économique des programmes de clémence : à savoir rendre économiquement attractive la sortie d'un accord de cartel pour l'acteur qui le dénonce.

Il faut souligner en préambule que les cartels sont rarement des formes d'organisation stables dans le temps. L'intérêt mutuel des acteurs à se coaliser est souvent ponctuel. Aussi il arrive très souvent que dans un cartel, un acteur trouve son intérêt à sortir de la collusion dès lors que les conditions du marché ont évolué ou que la situation individuelle de cet acteur a changé. Mais une sortie individuelle d'un accord de cartel est risquée. Elle peut induire des mesures de rétorsion concertées de la part des autres membres du cartel rendant alors cette opération de retrait plus coûteuse que la fidélité au cartel. En outre, la dénonciation de l'accord aux autorités, solution qui pourrait contraindre et discipliner les comportements des autres membres du cartel, peut, elle aussi, coûter plus qu'elle ne rapporte en raison des amendes auxquelles peut donner lieu le comportement illicite qui sera dénoncé. Face à l'instabilité structurelle de nombre de cartels et au regard des risques encourus pour en sortir, la solution logique sur le plan économique est donc de perturber cet équilibre de *statu quo* indésirable en récompensant la délation. A l'instar des repentis qui, en brisant *l'omertà* (loi du silence), ont permis à la justice italienne d'enregistrer d'importants succès dans la lutte contre la mafia, les délateurs de cartels vont alors permettre aux

autorités de concurrence de débusquer les cartels et monter un dossier d'instruction intégrant les preuves formelles indiscutables de l'existence de celui-ci et de l'implication plus ou moins grande des acteurs du marché.

Cette coopération des délateurs avec les autorités sera alors récompensée par un allègement de peine pouvant aller jusqu'à l'immunité totale en fonction de l'ampleur et de la « qualité » de la coopération³. Ainsi, le délateur en échange de la reconnaissance « spontanée » de sa responsabilité dans des pratiques non encore découvertes et instruites par le régulateur va bénéficier d'un allègement de sanction. Il paraît alors évident que cela renforce d'autant la responsabilité des participants aux mêmes pratiques qui, eux, ne se dénoncent pas.

La suspicion générale qui se répand avec l'existence de tels instruments juridiques et la médiatisation de quelques cas doit alors avoir pour effet souhaitable de déclencher un mouvement de « repentis » et de rendre toujours plus difficile l'émergence de futures collusions. Il reste que, dans ces affaires, il conviendra de se défier des comportements où des acteurs pourraient être incités à orienter l'instruction en minimisant leur responsabilité afin de se dédouaner de pratiques illicites qu'ils auraient eux-mêmes initiées.

Un deuxième exemple peut être évoqué celui des « transactions ». Ici, les acteurs du marché acceptent, dans le cadre d'une sorte de « plaider coupable », de ne pas contester les griefs qui sont formulés à leur encontre. Dans ce contexte, les acteurs se doivent alors de prendre des engagements afin de montrer leur bonne volonté. Il s'agit alors de prendre les mesures nécessaires qui, non seulement éradiquent les comportements non désirables mais, en outre, fournissent des garanties pour que ces comportements ne puissent plus être réitérés. Comme dans le cas des procédures de clémence, la reconnaissance de la responsabilité se traduit par une réduction de sanction. L'arbitrage est alors assez différent du cas précédent puisqu'il s'agit pour l'acteur soumis à ce genre de procédure d'évaluer la probabilité du montant de la sanction avec ou sans procès. La légitimité économique de ce

³ Pour un cas exemplaire cf. la décision n° 06-D-09 du conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes. Il est ainsi précisé que « la société France Portes a bénéficié de l'immunité totale en contrepartie du fait : 1) qu'elle a, la première, apporté au Conseil de la concurrence des éléments probants, contribuant à établir la réalité de deux cartels (un cartel sur les portes planes et isoplanes et un cartel sur les portes laquées) et à en identifier les auteurs ; 2) qu'elle a fait preuve d'une coopération totale avec les autorités de concurrence à tous les stades de la procédure ; 3) qu'elle n'a pas exercé de contrainte à l'égard des autres membres du cartel ; 4) qu'elle a cessé de mettre en œuvre les pratiques d'entente à compter de l'ouverture de la procédure et qu'elle n'a pas prévenu les autres membres des cartels dénoncés ».

type de procédure est plus obscure. Il s'agit d'économiser pour le bien-être de tous les coûts et les incertitudes que génère une instruction menée à son terme avec les audiences diverses et décisions qui s'ensuivent. En quelque sorte, une application de l'adage selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. Il est alors de la responsabilité de l'acteur visé par la procédure d'évaluer ses chances ou non de faire valoir ses arguments.

Il convient de noter que ces mécanismes de transaction peuvent éloigner fortement les pratiques des autorités de régulation économiques de leur objectif de « justice » entendu au premier chef comme une « recherche de la vérité ». En effet, le « temps de la transaction » est souvent bien plus court que « le temps de l'instruction » et de la tenue d'une procédure contradictoire qui respecte la présomption d'innocence. Les entreprises peuvent parfois préférer payer immédiatement une amende d'un montant connu pour l'intégrer dans leurs comptes plutôt que de laisser dans ces mêmes comptes apparaître et « traîner » une provision sous forme d'une estimation aléatoire de la sanction encourue pour les pratiques objets de la procédure. Une telle provision dont le montant peut aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial consolidé, puis que telle est le maximum prévue dans la loi NRE altère alors la visibilité sur la « valeur de l'entreprise ». Inversement, certaines entreprises préféreront, la voie « longue » et prendre le chemin d'un « bon » procès ultérieur afin de ne pas affecter, pour des raisons spécifiques, leurs profits à court terme tout en minimisant le montant de la provision qu'elles passeront dans leurs comptes. On perçoit alors que la décision d'entrer ou non dans une procédure de transaction peut ainsi être très éloignée d'une reconnaissance réelle de culpabilité et se fonder principalement sur des considérations de stratégie ou d'optimisation financière n'ayant aucun rapport avec les faits et les pratiques incriminés, donc avec la recherche de la vérité. Cela est de toute évidence très problématique et peut fausser terriblement le bien-fondé de procédures dans lesquelles la responsabilité réelle ne serait parfois plus qu'un élément secondaire de la décision de reconnaître ou non les faits qui sont reprochés.

Dans les procédures de transaction, les engagements constituent les gages de bonne volonté et de bonne conduite ultérieures que les acteurs vont proposer aux autorités de régulation. La nature et l'ampleur des engagements proposés par les acteurs sont aussi source de réduction des sanctions. Plus les engagements sont jugés « crédibles » plus, ils peuvent être accompagnés d'une réduction des sanctions au titre de la bonne volonté des acteurs concernés. Ici aussi, la notion de « crédibilité » d'un engagement fait référence à des développements de théorie économique. Pour schématiser, un engagement est d'autant plus crédible qu'il est de nature « irréversible » et qu'il est « transparent ». Irréversible signifie ici qu'il en coûte plus de ne pas le respecter que de l'enfreindre. Transparent signifie qu'il doit

pouvoir être « suivi » et audité par un tiers sans difficulté. Un engagement de nature « structurelle » répond alors mieux à ces deux impératifs d'irréversibilité et de transparence qu'un engagement de nature comportementale.

Par exemple, supposons une entreprise disposant d'une facilité essentielle et intervenant sur le marché aval (connexe) des activités utilisant cette facilité essentielle. Dans cette situation classique, supposons que l'entreprise ait été convaincue d'une pratique d'abus de position dominante (refus d'approvisionnement, ciseau tarifaire, discrimination, etc.) qu'elle ne conteste pas. Engagée dans une transaction, elle doit donc proposer des engagements. Un engagement structurel serait, dans ce cas d'espèce, de proposer la filialisation de l'activité en charge de la facilité essentielle et d'éditer des conditions générales de ventes pour l'offre au marché des biens ou services issues de cette filiale assorties de conditions tarifaires les plus objectives possibles (orientées vers les coûts). Un tel dispositif répond d'autant mieux aux critères du « bon » engagement qu'il rejoint sur le fond les dispositifs les plus sévères qui sont instaurés dans les procédures de régulation *ex ante*. On restaure par une décision structurelle une perturbation comportementale.

Ce rapprochement des problématiques de l'*ex post* (droit de la concurrence) et de l'*ex ante* (régulation sectorielle) n'est guère surprenant. Avec les engagements, une logique de prévention se substitue en effet à une logique de sanction.

Les engagements des entreprises, personnes morales, peuvent alors impliquer des engagements comportementaux qui pèsent, en réalité, sur les employés de ces entreprises. Les comportements indésirables des entreprises sont, dans nombre de cas, la conséquence d'actions menées par les salariés de ces entreprises. S'il convient de prévenir les comportements des entreprises, il convient donc de prévenir les comportements des salariés. La première forme d'engagement que peut prendre une entreprise est alors d'édicter des lignes d'éthique rappelant notamment les règles du « droit » spécifique induit par les régulations économiques s'appliquant à l'entreprise en question (droit général, droit sectoriel, engagements pris à l'occasion de procédures de transaction antérieures, etc.). Le respect de ce code peut alors être intégré au règlement intérieur que le salarié doit respecter sous peine de sanction (faute lourde). L'engagement peut aller plus loin en instaurant une organisation de procédures dites « d'alerte » par les salariés (« *Whistleblowing* »). Il s'agit d'organiser, la remontée des informations vers la direction de faits délictueux menés par des salariés au sein de l'entreprise. Cette remontée d'information peut emprunter des procédures « techniques » (par exemple « *tracking* » des opérations menées par les « traders » à travers l'enregistrement des conversations téléphoniques

conservées alors par l'entreprise) ou des procédures « humaines » (par exemple procédure de dénonciation « confidentielle », voire anonymes, par des salariés suspectant leurs collègues de faits délictueux)⁴.

A ce stade, le transfert de responsabilité des personnes morales vers les personnes physiques constitue aujourd'hui sans doute le stade ultime atteint par les régulations économiques afin de corriger ou mettre en œuvre les perturbations endogènes et exogènes dans une économie de marché. Mais cela conduit à faire peser sur les personnes, les contradictions intrinsèques au système. En effet, comme précisé en préambule, les entreprises dans le modèle de l'économie de marché doivent être mues par la stricte recherche de leur intérêt individuel, à savoir la maximisation de leur profit. C'est bien cette recherche du profit maximal qui provoque la dynamique de la concurrence, les incitations à investir, à innover, se développer au bénéfice des consommateurs et de la société en général. Mais contradiction du système, la maximisation du profit peut engendrer des abus forts rémunérateurs qui perturbent ce bel édifice, perturbation que doivent corriger les régulations économiques. Celles-ci ont donc eu pour objet initial de corriger puis de prévenir les comportements indésirables de « catégories d'acteurs » (offreurs ou demandeurs). Aujourd'hui, avec les engagements impliquant des procédures où les « individus » semblent se substituer aux « catégories », la gestion de la contradiction du système retombe finalement sur les salariés.

Typiquement, les commerciaux d'une entreprise perçoivent une bonne part de leur rémunération, sous forme d'un « variable » en fonction du chiffre d'affaires qu'ils réalisent (obligation de résultats plutôt que de moyens). Lorsque ces commerciaux, pour améliorer ou garantir leurs résultats, prenaient quelques « largesses » avec les règles du bon fonctionnement des marchés, les conséquences de leurs actes étaient assumées *in fine* par leurs employeurs, personnes morales, lesquels avaient finalement instauré les mécanismes incitatifs qui « poussaient au crime » : maximiser le chiffre d'affaires pour maximiser le profit. Désormais, les individus sont susceptibles d'être « responsabilisés ». S'ils ne respectent pas les règles en dépit de procédures internes précises et approuvées par les autorités de régulation qui ont été mises en œuvre par les entreprises afin d'éradiquer les dérives indésirables, les entreprises sont-elles encore responsables des comportements de leurs salariés ? Condamnées pour un non respect de leurs engagements induits par des

⁴ Pour une application très récente de ce type de problématique en droit français de la concurrence cf. la décision du Conseil de la concurrence n°07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge.

comportements individuels, les entreprises pourront-elles se retourner contre les individus fautifs afin d'obtenir réparation du dommage et du préjudice subis ?

III CONCLUSION

A l'issue de bref panorama, il convient de souligner deux points qui méritent réflexion et montrent les limites de la « référence » économique pour justifier de l'évolution récente des régulations économiques en matière de responsabilité.

L'ensemble des dispositifs décrits vise à modifier les incitations à respecter ou ne pas respecter les règles. Pourtant si l'on s'en tient aux décisions formelles, le montant des sanctions est censé être proportionné à la gravité des pratiques en cause et à l'ampleur du dommage causé. Il est alors intéressant d'observer que le montant financier des sanctions (amendes) croît fortement depuis quelques années. Cela souligne-t-il que les pratiques sont devenues plus graves ou que les dommages sont devenus plus importants ? Nous ne le pensons pas. Cette appréciation nous semble d'autant plus fondée que l'évaluation des dommages causés à l'économie en général ne fait pas plus, aujourd'hui qu'hier, l'objet d'analyses et de tentatives de quantification rigoureuse lesquelles devraient pourtant prévaloir en l'espèce. Une autre logique semble donc prévaloir dans l'inflation pécuniaire des sanctions.

En première approximation, plus les sanctions prononcées sont fortes plus un dispositif est dissuasif : le montant de la sanction est alors proportionné au prix de la dissuasion. Du strict point de vue économique, le prix de la dissuasion consiste en un calcul de la probabilité de se faire prendre ou non associée au montant de la sanction encourue. Plus le risque d'être pris et sanctionné croît, plus la probabilité croît et, à pratique et dommage donné, le prix de la dissuasion baisse, donc le montant de la sanction devrait baisser. En conséquence, si les dispositifs instaurés au cours des dernières années ont pour objet et pour effet d'accroître la probabilité d'être pris et sanctionné, l'augmentation constante du montant des sanctions constitue une sorte de paradoxe qu'il conviendrait d'expliquer.

Les régulations économiques finiront-elles, au bout du compte, par peser principalement sur les personnes physiques ? Il convient de rappeler que les mécanismes d'incitation-sanction imaginés dans le corpus de la théorie économique fonctionnent avec des agents rationnels agissant et réagissant comme des « machines à maximiser » des gains. Ces modèles économiques qui peuvent fonder « rationnellement » les nouvelles pratiques en œuvre dans

les régulations économiques n'intègrent donc pas dans la fonction objectif des agents les sentiments telles la jalousie, la haine, la peur, etc. Il faudra donc que les dispositifs de dénonciation et d'engagement intégrés dans les régulations économiques se protègent au mieux des errements qu'engendrent des relations humaines interpersonnelles conflictuelles afin d'éviter des dérives dans le fonctionnement des dispositifs qui altéreront totalement l'objectif initial recherché. La théorie économique ne peut-être, à son stade de développement actuel, d'un grand secours dans l'élaboration de ces garde-fous : le droit retrouve ici tous ses droits.