

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



Université
de Toulouse

THÈSE

En vue de l'obtention du
DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :
Université Toulouse I Capitole (UT1 Capitole)

Discipline ou spécialité :
Droit privé et Sciences criminelles

Présentée et soutenue par :
Julien MICHEL

le : 18 novembre 2015

Titre :

LES ÉCHANGES D'INFORMATIONS ENTRE CONCURRENTS
EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Ecole doctorale :
Sciences Juridique et Politiques (SJP)

Unité de recherche :
Centre de droit des affaires (CDA)

Directeur(s) de Thèse :
Monsieur le Professeur Gérard JAZOTTES

Rapporteurs :
Madame Linda ARCELIN-LÉCUYER, Maître de conférences à l'Université de la Rochelle
Monsieur Arnaud LECOURT, Maître de conférences à l'Université de Pau

Membre(s) du jury :
Madame Linda ARCELIN-LÉCUYER, Maître de conférences à l'Université de la Rochelle
Monsieur Arnaud LECOURT, Maître de conférences à l'Université de Pau
Madame Catherine GRYNFOGEL, Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole
Monsieur Sylvain BOURJADE, Maître de conférences à la Toulouse Business School
Monsieur Gérard JAZOTTES, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

*L'Université n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont d'abord à Monsieur le Professeur G. Jazottes de m'avoir, avec une grande bienveillance, guidé sans me contraindre.

Mes remerciements vont ensuite à Mesdames L. Arcelin-Lécuyer et C. Grynfogel ainsi qu'à Messieurs A. Lecourt et S. Bourjade d'avoir accepté de faire partie de ce jury et d'avoir accordé du temps et de l'attention à mes travaux.

Mes remerciements vont encore à mes amis doctorants du Centre de droit des affaires pour l'expérience et l'aide apportées tout au long de ce travail.

Mes remerciements vont enfin à mes proches, mes parents, mon amie et toute ma famille pour le soutien constant dont ils ont fait preuve.

SOMMAIRE

TITRE I : L'ENVIRONNEMENT DES ECHANGES D'INFORMATIONS..... 21

CHAPITRE 1 : L'APPREHENSION DES ECHANGES D'INFORMATIONS 23

Section 1 : Les autorités de concurrence face à l'émergence des échanges d'informations 24

Section 2 : La place des échanges d'informations dans le processus concurrentiel 45

CHAPITRE 2 : LES OUTILS JURISPRUDENTIELS SPECIFIQUES AUX ECHANGES D'INFORMATIONS :

LA NOUVELLE ECONOMIE INDUSTRIELLE 61

Section 1 : L'étude des incitations au partage de l'information: les modèles statiques.. 63

Section 2 : La vision dynamique sous-tendant l'analyse des autorités de concurrence : la théorie de la collusion tacite 76

TITRE II : LA PROHIBITION DES ENTENTES APPLIQUEE AUX ECHANGES D'INFORMATIONS ENTRE CONCURRENTS 119

CHAPITRE I : L'ECHANGE D'INFORMATIONS A L'AUNE DE SON CONTENU..... 121

Section I : La démonstration des éléments constitutifs de la concertation en matière d'échanges d'informations 123

Section II : la détermination de l'objet anticoncurrentiel des échanges d'informations 160

CHAPITRE II : L'ECHANGE D'INFORMATIONS A L'AUNE DE SES EFFETS 210

Section I : L'analyse multicritère de l'effet restrictif des échanges d'informations 211

Section II : Les voies d'amélioration de l'analyse multicritère des échanges d'informations 269

Liste des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique : droit administratif
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
CA	Cour d'appel
CAE	Conseil d'analyse économique
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CCC	Contrats concurrence consommation
CCE	Communication commerce électronique
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMLR	Common market law review
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
D.	Recueil Dalloz
ECLR	European competition law review
Europe	Revue europe
FTC	Federal trade commission
Gaz. Pal	Gazette du Palais
JCP E	Jurisclasseur périodique édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur périodique édition générale
JDI	Journal de droit international
JO	Journal officiel
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OFCE	Observatoire français des conjonctures économiques
OFT	Office of fair trading
OUP	Oxford university press
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes

RDAI	Revue de droit international des affaires
RDLC	Revue des droits de la concurrence
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLC	Revue Lamy concurrence
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RTD Com	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD E	Revue trimestrielle de droit européen
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
TUE	Tribunal de l'Union européenne
UE	Union européenne

INTRODUCTION

1. « *L'information est donc une arme à double tranchant : elle est nécessaire si le processus concurrentiel fonctionne correctement, mais elle peut aussi faciliter les pratiques collusives* »¹. Cette formule de Richard Posner exprime parfaitement la contradiction inhérente à l'analyse de l'influence de l'information sur le processus concurrentiel: indispensable à son fonctionnement, elle peut également le corrompre. De ce constat, découle la nécessité pour le droit de la concurrence de préciser les contours de ce risque afin de le circonscrire. L'effet ambivalent de l'échange d'informations n'autorise pas la formulation d'une interdiction générale de la pratique. Aussi, la question se pose de savoir quels sont les transferts informationnels qui doivent être prohibés pour préserver le processus concurrentiel tout en permettant le déploiement de leurs effets bénéfiques. Entreprendre une telle étude appelle quelques éléments de définition.

2. De prime abord, il apparaît nécessaire de tenter de circonscrire la notion d'information elle-même. Dans une acceptation large, l'information se définit comme un « *renseignement possédé et l'action de le communiquer à autrui* »². La notion d'information renferme donc deux éléments : l'information elle-même ainsi que le fait de la transmettre. Du point de vue d'une entreprise, l'information s'entend essentiellement de son caractère interne ou externe. Ainsi, trouve-t-on, notamment, sur le plan interne, les informations relatives à la production, à la rentabilité ou encore à la trésorerie alors que sur le plan externe il s'agit de données concernant l'état du marché, les consommateurs, les concurrents, la réglementation. Quant à sa nature, l'information est un bien, une marchandise au sens du droit communautaire³. Néanmoins, définir la notion d'information, en plus d'être une tâche des plus délicates, n'a

¹ R. POSNER, *Antitrust Law : an economic perspective*, University of Chicago Press, 1976, p. 136 : « *Information is thus a two-edged sword : it is necessary if the competitive process is to work properly, but it can also facilitate collusion* ».

² Vocabulaire juridique, G. CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 8^{ème} éd., 3^{ème} tirage, juin 2009.

³ DANET D., *La question de l'information dans l'analyse de la compétition économique : bien commun ou actif incorporel ?*, in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997 ; L. IDOT, *Information et droit de la concurrence*, RLDA, mai 2003, n° 60, notamment pour une présentation des enjeux relatifs au patrimoine informationnel public.

que peu d'intérêt dans l'optique de notre étude puisque toutes les informations peuvent avoir une influence sur la concurrence et celle-ci ne sera déterminable qu'au regard d'un ensemble d'autres éléments relatifs à la situation factuelle soumise à examen.

3. En revanche, les moyens de dissémination de l'information ont évolué de façon remarquable. Nous sommes entrés dans ce qu'il est convenu d'appeler la société de l'information qui a émergé de la révolution numérique : celle-ci « *a permis la convergence de deux domaines technologiques autrefois disjoints, celui de la communication et celui de l'information* »⁴. Cette rencontre, permise par les Technologies de l'Information et de la Communication (TIC), au premier chef desquelles se trouve le réseau Internet, confronte les entreprises à des moyens de communication et à un flux d'informations inédits. Or, ces évolutions aboutissent à des modifications structurelles de l'économie qui trouvent leur source « *dans les caractéristiques mêmes de l'information considérée en tant que bien économique, un bien générateur de fortes économies d'échelle et d'importants effets de club* »⁵. Cette révolution industrielle a contribué à modifier la façon de travailler des entreprises ainsi que la perception qu'elles ont les unes des autres : les économistes parlent de « coopération » pour traduire l'idée d'une relation inter-entreprises qui conjuguerait coopération et compétition. Ces éléments viennent renforcer une tendance à un certain relâchement de la concurrence, déjà bien ancrée dans la philosophie de nombre d'entreprises. En effet, s'il est certain que les réseaux sont bénéfiques à la concurrence, la frontière qui les sépare des cartels est parfois extrêmement mince⁶.

4. Par ailleurs, le droit de la concurrence a également contribué au développement des pratiques d'échanges d'informations. En effet, au début des années 2000, la lutte contre les cartels a connu un mouvement d'intensification qui transparaît dans les propos de l'ancien commissaire à la concurrence lorsqu'il qualifie ces derniers de « *cancer de l'économie* »⁷. Cette priorité donnée à la poursuite des cartels a engendré une inflation considérable des

⁴ Rapport N. CURIEN, P-A. MUET, *La société de l'information*, 2004, Conseil d'analyse économique, La documentation française, p. 9.

⁵ Rapport N. CURIEN, P-A. MUET, *La société de l'information*, préc., p. 31.

⁶ J. HALLIDAY, P. SEABRIGHT, « *Networks good, cartels bad: but how could anyone tell the difference?* », *Fighting Cartels: Why and How?*, in Étude de l'Autorité suédoise de concurrence, 2001, p. 78.

⁷ Discours prononcé par M. MONTI lors de la 3^{ème} Conférence de l'Autorité suédoise de la concurrence intitulée *Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?*, 11 et 12 septembre 2000.

amendes⁸. Or, face à ce phénomène, les entreprises ont choisi de communiquer de manière plus subtile, ramenant ainsi les échanges d'informations sur le devant de la scène⁹. En effet, il existe un lien direct entre les cartels et les échanges d'informations : la composante principale d'un cartel est l'échange d'informations. En sens inverse, l'apparition des échanges d'informations à la fin du XIX^{ème} siècle aux Etats-Unis coïncide, sans hasard, avec la mise en place de l'interdiction des cartels par le biais du Sherman Act. Ce constat amène à se poser la question épineuse de savoir si tous les échanges d'informations doivent être considérés comme des cartels. Il ne fait pas de doute que les échanges d'informations qui sont le support d'une entente seront analysés comme faisant partie du cartel qu'ils soutiennent. En dehors de cette hypothèse, la réponse est moins claire.

5. À ce stade, il est indispensable de se tourner vers la théorie économique pour comprendre l'influence que peut avoir un échange d'informations sur la concurrence. Ce lien entre cartels et échanges d'informations a été démontré par la théorie de la collusion tacite. Cette dernière identifie les conditions nécessaires à la réalisation et à la pérennité d'une entente au sens économique du terme¹⁰. Plus précisément, cette théorie démontre que sur un marché fortement concentré, de type oligopolistique, les entreprises sont interdépendantes et à ce titre prennent leurs décisions en anticipant les réactions de leurs concurrents. Or, l'oligopole est aujourd'hui la forme de marché la plus répandue ce qui accroît encore l'importance cette problématique. Ce phénomène est utilisé pour justifier des comportements parallèles en dehors de toute concertation répréhensible au sens de l'article 101 TFUE¹¹ : ces comportements correspondent au principe d'adaptation intelligente dégagé par la jurisprudence *Suiker Unie*¹². En effet, selon cette dernière, les entreprises sont libres de

⁸ Pour une analyse économique du phénomène voir E. COMBE, *Quelles sanctions contre les cartels ?*, RIDE, 2006, n° 1, p. 11-46. L'auteur milite pour durcissement accrue des sanctions envers les cartels allant jusqu'à des sanctions pénales.

⁹ Voir J. PADILLA : « *Toutefois, c'est un sujet d'actualité qui doit être traité, car, du fait d'une répression accrue des ententes, les entreprises ont recours à des méthodes de coordination plus subtiles et moins visibles (contrairement aux ententes flagrantes conclues dans le passé)* », OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents*, 2010, DAF/COMP(2010)37, p. 477 ; F. WAGNER-VON PAPP : « *Information exchnages are currently a « hot topic » for antitrust enforcers and courts in the European Union* », *Information exchange agreements*, in *Handbook on EU competition law-substantive aspects*, I. LIANOS, D. GERADIN, Edward Elgar Publishing, 2013.

¹⁰ Elles sont au nombre de quatre : la coordination (C1), la surveillance du respect de la ligne de conduite collusive (C3), la possibilité de sanction une entreprise déviant de cette ligne (C3) et enfin l'absence de contestation externe de l'entente (C4).

¹¹ Cette ligne de défense est appelée « oligopoly defense ».

¹² CJCE, 16 déc. 1975, Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et autres c. Commission des Communautés européennes, Aff. jtes C-40 à 48/73, 50/73, 54 à 56/73, 111/73, 113 et 114/73, Rec. p.

prendre leurs décisions en fonction du comportement observable de leurs concurrents, l'idée de comportement observable excluant toute possibilité de contact direct ou indirect entre les membres du marché. Quelques précisions terminologiques s'imposent ici. Dans l'esprit du juriste, le terme de collusion renvoie inévitablement à la concertation secrète et illicite. Or, ce que les économistes désignent par l'expression collusion tacite correspond à ce que les juristes appellent parallélismes conscients de comportements, comportements coordonnés ou encore effets coordonnés dans le domaine des concentrations. Juridiquement, ces comportements ne sont pas répréhensibles en eux-mêmes et ne peuvent constituer qu'un indice d'une éventuelle concertation lorsque le parallélisme de comportement ne peut s'expliquer par un raisonnement économique rationnel. Ce système de preuve négative consiste dans la disqualification de chacune des explications potentielles qui pourraient justifier le parallélisme de comportement¹³. En revanche, lorsque les entreprises communiquent pour arriver à cette coordination des comportements, une pratique concertée répréhensible est alors caractérisée. La difficulté vient du fait que la collusion tacite correspond à une situation dans laquelle « *les opérateurs sont conduits à aligner rationnellement et individuellement – et ce sans la moindre coordination formelle - leurs comportements comme s'ils avaient conclu une entente* »¹⁴. La subtile distinction entre ces deux phénomènes réside uniquement dans la présence ou non de communications entre les entreprises : sans communication nous sommes en présence d'une collusion tacite, d'un parallélisme conscient de comportements tandis que s'il y a communication la situation est qualifiée de pratique concertée et donc répréhensible. Il faut garder à l'esprit que la théorie économique se concentre essentiellement sur les effets d'une pratique et ne se préoccupe que peu de savoir s'ils résultent d'une entente ou d'une interdépendance des acteurs d'un marché : les conditions d'existence et de durabilité d'une collusion sont économiquement les mêmes dans les deux hypothèses¹⁵.

1663., point 174 ; KOVAR R., JDI, 1977, p. 216 ; KRSAJK P. Gaz Pal., 1977, 1^{er} sem., p. 31 ; FOCSANEANU L. JCP E, 1976, I 12168.

¹³ CJCE, 31mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, Aff. Jts C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307 (dite affaire pâte de bois ou Wood pulp), point 129 : « *un parallélisme de comportement ne peut être considéré comme apportant la preuve d'une concertation que si la concertation en constitue la seule explication plausible* ».

¹⁴ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 205.

¹⁵ E. GLASER, *Conclusions sous arrêt CE n° 305903 du 31 juill. 2009*, Revue juridique de l'économie publique, n° 670, décembre 2009, comm. 51 ; voir également K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe community, p. 43 ; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition law*, Oxford University Press, 7^{ème} éd., 2012, p. 562.

6. La principale condition identifiée pour parvenir à une collusion tacite, en dehors du postulat de départ d'un marché concentré, est la transparence du marché. Or, cette dernière se trouve grandement améliorée par les échanges d'informations ce qui en fait une pratique facilitatrice de la collusion tacite. À ce titre, les échanges d'informations sont sanctionnés par le biais du concept de pratique concertée puisque sans être un accord d'entente à proprement parler les entreprises qui y ont recours entrent en contact pour créer les conditions permettant des comportements parallèles. Par ailleurs, grâce aux travaux de recherche en économie, les entreprises sont conscientes de pouvoir aboutir à des résultats proches de ceux d'un cartel simplement en échangeant des informations, ce qui implique que certains cartels peuvent n'être constitués que d'échanges d'informations. Cependant, les échanges d'informations participant de toutes les pratiques d'ententes, il est très difficile en pratique de différencier les échanges constitutifs de cartels de ceux visant seulement à faciliter la mise en place de comportements coordonnés. Ces deux aspects sont très souvent intimement liés.

7. À l'inverse, les échanges d'informations sont indispensables au bon fonctionnement d'un marché : « *Aucun marché ne peut convenablement fonctionner si ceux qui y évoluent (entreprises et consommateurs) ne disposent pas d'une masse suffisante d'informations pour prendre des décisions motivées et cohérentes* »¹⁶. Aussi, la théorie économique reconnaît que « *l'information est un bien rare et que sa diffusion est souvent utile* »¹⁷. Certains auteurs vont jusqu'à militer pour la reconnaissance juridique d'un patrimoine informationnel des entreprises¹⁸. En outre, la collecte et la diffusion d'informations relatives aux marchés sont un des fondements de l'existence des associations professionnelles. Plus récemment, la théorie économique a mis en évidence ce besoin informationnel en dehors de toute volonté anticoncurrentielle. Ainsi, l'analyse statique des marchés permet de faire apparaître des configurations de marché dans lesquelles les entreprises seront incitées à communiquer pour le bon fonctionnement du marché, notamment pour réduire d'éventuelles asymétries d'informations. L'observation du marché étant en pratique insuffisante à l'acquisition de l'information nécessaire, les entreprises s'échangent des données par différents canaux. Au surplus, la complexification des marchés et les périodes de crises économiques accentuent ce

¹⁶ M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 103.

¹⁷ D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *Économie industrielle*, traduction de la 2^{ème} édition américaine, De Boeck, 2008, p. 898.

¹⁸ O. de MAISON ROUGE, *Le droit de l'intelligence économique, patrimoine informationnel et secret des affaires*, 2012, Lamy.

besoin de connaître son environnement dans un souci d'efficacité économique. Finalement, le partage d'informations est devenu une pratique de gestion incontournable des entreprises qui, bien souvent, ne perçoivent pas son aspect négatif¹⁹.

8. Cette ambivalence des effets des échanges d'informations conduit les autorités de concurrence à chercher une ligne de démarcation entre les pratiques bénéfiques et néfastes. Cependant, ces comportements font partie d'un même continuum au sein duquel les distinctions sont parfois complexes comme l'expriment cette citation: « *Le plus souvent une entente requiert l'échange d'informations sur les prix et les marchés [...]. À l'autre bout du spectre, la diffusion par une association professionnelle de données anonymes, historiques, et statistiques ne semble pas questionnable. Entre ces deux extrêmes, les difficultés interviennent* »²⁰.

9. À ces difficultés d'ordre économique, s'ajoutent des considérations d'ordre purement juridiques. Ainsi, de nombreux transferts informationnels ne sont pas justiciables car ils ne remplissent pas les conditions d'incrimination de l'article 101 TFUE. Par exemple, une clause anglaise est une disposition contractuelle par laquelle un vendeur s'engage à offrir à ses clients le prix le plus bas qu'ils trouveront chez ses concurrents. Cette clause permet donc à une entreprise de connaître les prix pratiqués par ses concurrents, au moins lorsqu'ils sont plus bas, aussi bien qu'un échange direct d'informations. Néanmoins, cette clause est souvent conclue entre un vendeur et un consommateur et non entre deux entreprises ce qui la fait échapper aux dispositions de l'article 101. De la même manière, les pratiques de signalement par lesquelles les entreprises annoncent publiquement des choix stratégiques ne remplissent pas la condition de réciprocité exigée par le droit des ententes alors qu'elles peuvent constituer un substitut performant à un dialogue direct.

¹⁹ Voir l'affaire des Palaces parisiens dans laquelle les directeurs commerciaux ont expliqué en détail leur système d'échange d'informations lors d'un reportage télévisé, ce qui conduira à l'ouverture d'une enquête puis à une condamnation, Décision du Conseil de la concurrence du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, n° 05-D-64, WEBER A-P Lexbase Hebdo éd. Affaires, n°196, 05/01/2006 ; CLAUDEL E. RDLC, 2006, n°1, p.129.

²⁰ BELLAMY C., CHILD G., *European Community Law of Competition*, 6^{ème} éd., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 354 : « *A cartel usually requires the exchange of information on prices and markets [...]. At the other end of the spectrum, dissemination by a trade association of anonymized, historical, statistical data may be unobjectionable. Between those two extremes, difficult issues arise* » ; Voir également pour une représentation graphique de ce continuum M. BENNETT, P. COLLINS, *The laws and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, European Competition Journal, Août 2010, p. 311.

10. Après avoir longtemps sanctionné les échanges d'informations seulement lorsqu'ils étaient le support d'une entente démontrée par ailleurs, la jurisprudence est parvenue à élaborer une grille d'analyse spécifique aux échanges d'informations autonomes. Cette méthode d'évaluation, fortement inspirée de l'analyse économique, a été validée en 1998 par la Cour de justice et son célèbre arrêt *John Deere*²¹. Au départ uniquement envisagé par leurs effets, des échanges d'informations autonomes vont pouvoir être condamnés à raison de leur objet après un arrêt *T-Mobile*²² controversé rendu en 2009 par la Cour de justice à la suite d'une question préjudicielle de l'autorité de concurrence des Pays-Bas. Cet arrêt, rendu lors d'un mouvement plus large de retour de l'objet anticoncurrentiel²³, a relancé le débat sur l'appréciation des échanges d'informations²⁴. En 2011, la Commission européenne a synthétisé l'ensemble de cette jurisprudence dans les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale en se fondant clairement sur la théorie de collusion tacite²⁵. Malgré ces évolutions vers une plus grande prise en compte des enseignements de la théorie économique, ce cadre d'analyse est critiqué pour son manque de prévisibilité. Or, à l'heure de l'auto-évaluation de leurs pratiques par les entreprises et de la décentralisation de l'application du droit européen de la concurrence le besoin de sécurité est croissant.

11. Les échanges d'informations entre concurrents ayant de multiples sources, il convient de délimiter le champ de notre étude. Nous nous intéresserons ici aux échanges d'informations autonomes, c'est-à-dire à l'exclusion de ceux qui sont le support d'une entente car ceux-ci sont analysés ensemble avec la pratique principale d'entente. Néanmoins, nous verrons que la frontière entre ces deux types d'échanges est tellement ténue que pour les plus subtiles de ces pratiques l'étude doit être commune. Seuls seront écartés ici les échanges

²¹ CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c. Commission des Communautés européennes*, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, IDOT L., RTD E, 1999, p. 111.; POILLOT-PERUZZETTO S., RTD Com, 1998, p. 986.

²² CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, IDOT L. Revue des contrats, 01/10/2009, n°4, p.1401 ; IDOT L., Europe, n°8, 08/2009, comm.323 ; DECOCQ G., CCC, n°7, 07/2009, comm. 197; MEYRING B., Journal of european competition law & practice, 2010, Vol 1, n° 1, p. 30; WILHELM P., PROVOST E., RLDA, 2009, n° 41, p. 45; LOOZEN E., ECLR, 2010, n° 4, p.146; DEBROUX M., RDLC, 2009, n° 3; CHAGNY M., CCE, n°11, 11/2009, comm. 101; VIALENS J., Gaz Pal, 03/10/2009, n° 276, p. 9 ; PRIETO C., JDI, 2010, chron. 3 ; BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., AJDA, 2009, 1535.

²³ L. IDOT, *Le retour de l'objet anticoncurrentiel*, RDLC, 2009, n° 4, p. 1 ; C. GRYNFOGEL, *La notion d' « objet anticoncurrentiel » et la sécurité juridique des entreprises*, RJDA, 8-9/14, p. 627.

²⁴ Voir notamment A. ORTEGA GONZALEZ, *The object analysis of information exchange among competitors*, Global Antitrust Review, 2012, p. 1.

²⁵ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux accords de coopération horizontale, JO C11 du 14 janvier 2011, notamment point 55 à 110.

d'informations entre soumissionnaires à des appels d'offres dont le régime est clairement établi²⁶. En effet, la spécificité des procédures d'appels d'offres a pour conséquence que « *les échanges d'informations [...] entre sociétés soumissionnaires avant le dépôt des offres, perturbent nécessairement le jeu normal de la concurrence [...] Par suite, le seul fait de procéder à un échange d'informations avant le dépôt des offres [...] suffit à caractériser la volonté des entreprises de fausser la concurrence devant s'exercer entre elles* »²⁷. Ensuite, ne seront étudiés que les échanges d'informations autonomes horizontaux, c'est-à-dire entre des entreprises concurrentes. Les échanges d'informations ayant lieu dans le cadre d'autres accords horizontaux, tels que les coopérations R&D ou encore les accords de normalisation, sont analysés ensemble avec l'accord principal. Partant, ces échanges ne feront pas l'objet de développements spécifiques au sein de notre étude. Par ailleurs, nous verrons que certains échanges verticaux se traduisent par des restrictions horizontales et devront donc être analysés également. En effet, par le truchement de canaux de communication verticaux, entre des distributeurs et leurs fournisseurs par exemple²⁸, une entreprise peut obtenir des informations sur ses concurrents sans établir de contact direct avec ces derniers. Dans le même esprit, la mince frontière entre les pratiques concertées et certains comportements unilatéraux nous amènera à envisager les pratiques de divulgation d'informations dans différents contextes puisque « *certains comportements unilatéraux peuvent devenir des formes diluées de coordination* ».²⁹

12. En revanche, ne seront examinés spécifiquement ni les échanges intervenant dans le cadre de la préparation d'une opération de concentration, ni ceux induits par le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles³⁰. Quant à la première hypothèse, le contexte est essentiellement celui d'une opération de concentration qui n'aboutirait suite à un échec des

²⁶ Pour une présentation de la jurisprudence relative aux échanges d'informations dans le contexte des appels d'offre voir notamment C. GRYNFOGEL, *De quelques variations sur le même thème : l'échange d'informations et le droit de la concurrence*, RJDA, 2008, p. 221.

²⁷ Décision Cons conc. du 27 avril 2005, Secteur des marchés de travaux de voirie en Côte d'Or, point 54.

²⁸ La pratique est dénommée accord en étoile mais est plus connue sous sa dénomination anglaise « Hub and spoke ».

²⁹ Voir par exemple C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence – Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013, p. 436.

³⁰ B. LASSERRE, L. VOGEL, A. ITALIANER, M. JAEGER, *Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence (10 ans d'application du règlement 1/2003 et de la loi luxembourgeoise relative à la concurrence, Luxembourg-Kirchberg, 6 juin 2014)*, octobre 2014, RDLC, 2014, n° 4, p. 54.

négociations ou à une décision défavorable d'une autorité de concurrence³¹. La phase de préparation de l'opération aura nécessairement entraîné des échanges d'informations entre des entreprises qui redeviennent concurrentes après l'échec du rapprochement. Ces échanges pourront faire l'objet de poursuites sur le fondement du droit des ententes. Cependant, plusieurs éléments justifient de ne pas consacrer de développements spécifiques à ces transferts informationnels. Tout d'abord, ces échanges d'informations ne procèdent pas d'une volonté des entreprises de partager des informations, ils ne sont qu'une conséquence d'une volonté de réaliser une opération distincte de concentration. Ensuite, le contexte particulier de ces transferts implique la prise de précautions spécifiques par le biais de techniques propres à ces circonstances, telles que les data room et les murailles de chine, qui permettent de limiter la diffusion d'informations³². Enfin, aussi bien au niveau national qu'eupéen aucune poursuite n'a été engagée sur ce fondement relativement à des échanges d'informations. Par ailleurs, nous ne voyons aucune raison qui justifierait un traitement juridique différent des échanges dans ces contextes par rapport aux schémas plus classiques de partage informationnel. Au surplus, ces problématiques sont encore trop marginales pour être incluses dans une étude consacrée aux échanges d'informations entre concurrents, tout en sachant que si elles devaient être poursuivies par des autorités de concurrence, elles seraient scrutées au sein du même cadre que celui qui est appliqué aux pratiques classiques d'échanges d'informations.

13. Quant, aux transferts informationnels nécessaires à l'effectivité du contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, la problématique est différente de celle rencontrée en matière d'échanges d'informations entre concurrents. La difficulté n'est pas la transmission aux concurrents engendrant un risque de collusion mais la divulgation d'informations auto-incriminantes fournies par un demandeur à la clémence. Aussi, la question est celle de l'équilibre à trouver entre l'attractivité de la procédure de clémence, moindre si les entreprises redoutent la divulgation des pièces qu'elles ont fourni, et l'effectivité des actions privées qui nécessite l'accès à un certain nombre d'informations. Cette problématique ne permet pas d'inclure cette question dans notre étude³³. Finalement, notre étude s'étendra des pratiques les

³¹ D'autres circonstances peuvent, à la marge, occasionner des échanges d'informations lors des opérations de concentrations, voir Séminaire *Échanges d'informations à l'occasion d'opérations de concentrations: quelles précautions prendre?*, Paris, 10 avril 2015 publié par RDLC .

³² *Ibidem* pour une présentation de ces outils.

³³ B. LASSERRE, L. VOGEL, A. ITALIANER, M. JAEGER, *Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence* (10 ans d'application du règlement

plus graves d'inspiration cartelliste aux publications, a priori anodines, des journaux économiques.

14. Au vu de ces éléments, il apparaît que l'appréciation des échanges d'informations par le droit de la concurrence est un terrain d'expression privilégié du mouvement vers une plus grande prise en compte de l'économie voulue par les institutions européennes en charge de la concurrence et suivi par les autorités et juridictions nationales³⁴. Rejoignant en cela la doctrine antitrust américaine, le droit européen de la concurrence a opéré, à la fin des années 1990, un « véritable renversement d'approche »³⁵ aboutissant à une prise en compte de plus en plus importante des enseignements de la théorie économique. Ce mouvement s'est traduit, dans un premier temps, par la prise en compte de la notion économique de pouvoir de marché dans la réforme du cadre juridique applicable aux accords verticaux³⁶. Depuis lors, cette approche a été étendue à l'ensemble du droit de la concurrence pour arriver jusqu'aux accords de coopération horizontale pour aboutir à la coloration économique très prononcée des Lignes directrices des 2011³⁷. Ainsi, la règle de droit, qui a toujours des objectifs de nature économique, fait aujourd'hui appel à de nombreux outils d'origine économique pour son application. Bien que débattue en doctrine³⁸, la réalité de cette approche économique ne peut être remise en question et il est donc indispensable de connaître les outils utilisés par la jurisprudence afin de comprendre l'application contemporaine du droit de la concurrence aussi bien au niveau national qu'euro-péen. Quant aux échanges d'informations, leur analyse concurrentielle s'opère par la combinaison de divers pans de la matière économique qui ont développé depuis plusieurs décennies un cadre robuste composé d'outils précieux aux autorités en charge de l'application du droit de la concurrence. Or, en apparence clairs, les

1/2003 et de la loi luxembourgeoise relative à la concurrence, Luxembourg-Kirchberg, 6 juin 2014), octobre 2014, RDLC, 2014, supplément électronique. Pour une étude d'ensemble des questions relatives au contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles voir R. AMATO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles – étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014.

³⁴ La nomination en 2004 de F. JENNY, Professeur d'économie industrielle, en tant que conseiller de la Cour de cassation en est un signe indéniable.

³⁵ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 117.

³⁶ Livre vert intitulé *La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM(96)721, 22 janvier 1997.

³⁷ Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontales, 2011, préc.

³⁸ Les critiques se concentrent essentiellement sur la grande casuistique engendrée par cette approche et dont nous verrons qu'elle pose des difficultés notamment en terme de sécurité juridique. Voir notamment VOGEL L. *L'économie : serviteur ou maître du droit ?* in Mélanges en l'honneur de André Decocq, Litec, 2004.

enseignements de la théorie économiques deviennent capricieux lorsque l'on souhaite les utiliser en jurisprudence ce qui commande une réelle maîtrise de l'environnement théorique des échanges d'informations (Titre I) afin de pouvoir appréhender le traitement jurisprudentiel de ces phénomènes (Titre II).

TITRE I : L'ENVIRONNEMENT

DES ECHANGES

D'INFORMATIONS

15. À l'instar du droit de la concurrence, qui se situe au croisement de plusieurs disciplines, l'analyse économique des échanges d'informations résulte de la réunion de l'organisation industrielle³⁹, de l'économie de la concurrence imparfaite et de l'économie de l'information et de l'incertitude⁴⁰. En effet, la compréhension d'un échange d'informations nécessite plusieurs niveaux d'analyse. En premier lieu, il est nécessaire de définir la structure de marché au sein de laquelle l'échange se déroule, c'est le rôle de l'économie de la concurrence imparfaite. En second lieu, il faut analyser le comportement des opérateurs ce qui implique l'utilisation de l'organisation industrielle, avec la théorie des jeux, ainsi que de l'économie de l'information, qui étudie le comportement des agents économiques en situation d'asymétrie d'information⁴¹. Le recours à l'analyse économique apparaît aussi complexe qu'indispensable pour aboutir à une qualification juridique.

16. À cette complexité, vient s'ajouter l'ambivalence du rôle de la notion d'information dans le bon fonctionnement du marché. En effet, selon Friedrich Hayek, « *si l'on possède toute l'information pertinente, si on raisonne à partir d'un système donné de préférences et si on connaît l'ensemble des moyens techniques disponibles, ce qui reste à résoudre n'est qu'un problème de pure logique* »⁴². Alors pourquoi sanctionner les échanges d'informations qui, à

³⁹ Egalement appelée économie industrielle, puis nouvelle économie industrielle aujourd'hui.

⁴⁰ F. VENAYRE, *Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations*, RLC, 2005/2, n° 178.

⁴¹ HAL R. VARIAN, *Analyse microéconomique*, De Boeck, 3^{ème} édition, 1995, p. 445.

⁴² F. HAYEK, *The use of knowledge in society*, *The American Economic Review*, septembre 1945, p. 519 : « *if we possess all the relevant information, if we can start out from a given system of*

en croire Hayek, pourrait permettre un fonctionnement cohérent et clair des marchés? Comme le synthétise parfaitement Robert Posner⁴³, l'information est une arme à double tranchant, indispensable au bon fonctionnement du marché mais aussi potentiellement dommageable à la concurrence, du fait notamment, de son pouvoir d'aide à la collusion.

17. Ce constat implique de procéder à la définition du contexte dans lequel s'inscrivent les échanges d'informations (Chapitre 1). Une fois cet écueil surmonté, il faut s'attacher à comprendre les outils spécifiques de l'analyse économique utilisés par les autorités de concurrence pour fonder la démonstration du caractère nocif des échanges d'informations entre concurrents⁴⁴, notamment à l'aune de la structure oligopolistique des marchés contemporains (Chapitre 2).

preferences, and if we command complete knowledge of available means, the problem which remains is purely one logic ».

⁴³ R. POSNER, *Antitrust Law : an economic perspective*, préc.

⁴⁴ Sur la question du rapport entre droit de la concurrence et économie voir DANET D., *La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ?*, RIDE 1993/1, p. 5 ; VOGEL L. *L'économie : serviteur ou maître du droit ?*, préc.; LE BERRE C., *Les fondements économiques du droit de la concurrence* in *Droit et Economie, interférences et interactions* Mélanges en l'honneur de Michel Bazex, Lexis-Nexis, 2009 ; voir également I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruylant, 2007.

Chapitre 1 : L'appréhension des échanges d'informations

18. Dans le modèle de concurrence « pure et parfaite », hérité des néo-classiques, l'information est gratuite et immédiate pour tous les participants au marché. Cette théorie a contribué à expliquer la « bienveillance » d'une partie des économistes lors de l'émergence des échanges d'informations au XIX^e siècle aux Etats-Unis, bienveillance qui se retrouvera en France dans les années 70⁴⁵. Or, les autorités de concurrence américaines ont très tôt sanctionné des pratiques d'échanges d'informations en se fondant sur le principe de transparence du marché. De plus, la jurisprudence moderne est fortement influencée par les analyses menées par les autorités américaines de la première moitié du siècle⁴⁶. Ces évolutions commandent de préciser le contexte historique de l'émergence de la sanction des échanges d'informations (Section 1).

19. Après avoir dégagé les principes ayant conduit à la reconnaissance de l'aspect potentiellement anticoncurrentiel des échanges d'informations, il est nécessaire de leur trouver une justification économique. En effet, le droit de la concurrence s'appuyant de plus en plus sur la théorie économique, la sanction d'une telle pratique se doit d'avoir un fondement économique solide. À cette fin, il apparaît nécessaire de préciser la place des échanges d'informations au sein de la théorie économique (Section 2).

⁴⁵ Voir V. SELINSKY, *Transparence, échanges d'informations et concurrence*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1995, n° 1, p. 24.

⁴⁶ Voir notamment M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 126.

Section 1 : Les autorités de concurrence face à l'émergence des échanges d'informations

20. Au départ étrangers au droit de la concurrence, les échanges d'informations ont suscité une évolution progressive de la position des autorités de concurrence (Paragraphe 1) jusqu'à réussir à dégager des principes de sanctions des échanges d'informations (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : De la neutralité à la suspicion envers les échanges d'informations

21. Les autorités américaines, très tôt confrontées à ces pratiques, ont mis en place un premier cadre jurisprudentiel (A) qui a servi de base, quelques années plus tard, à l'Europe lorsqu'elle dut appréhender ce phénomène (B).

A/ Les prémices de l'appréhension des échanges d'informations : le cas américain

22. L'approche des autorités américaines fut tout d'abord extrêmement prudente face aux puissantes « trade associations » (1) et ce n'est qu'après plusieurs hésitations qu'elles parviennent à jeter les bases de l'analyse jurisprudentielle des échanges d'informations (2).

1°/ Les prudents débuts de la jurisprudence relative aux échanges d'informations

23. « *L'intérêt des autorités de concurrence pour les échanges d'informations est directement lié au développement des associations professionnelles* »^{47 48}. En effet, la première association professionnelle est créée vers 1850, suivie 20 ans plus tard par de nombreuses autres dont le but principal est très clair : organiser les cartels très tendance à l'époque⁴⁹ et dont certains fonctionnaient ouvertement⁵⁰. Avec l'entrée en vigueur de la première législation antitrust au monde en 1890, l'article premier du Sherman Act met un coup d'arrêt à ces pratiques en interdisant les accords de cartels en tant qu'entrave aux échanges et au commerce. Les entreprises américaines vont alors répondre en se lançant dans une grande vague de concentration qui conduira à la création des géants industriels que nous connaissons aujourd'hui.

24. Trente ans plus tard, un nouvel élan gagne les associations professionnelles sous l'impulsion de J. A. Eddy. En effet, en 1912, cet avocat de Chicago décrit dans un livre au succès fulgurant⁵¹, *The New competition*, le système dit de l'« open price association »⁵² qui vise à lutter contre l'instabilité de nombreux secteurs économiques américains, due selon lui à une absence d'information des entreprises sur les conditions réelles de marché. Cette politique d'« open price » consiste en un échange d'informations relatives aux prix et aux conditions de production, accessibles tant aux concurrents qu'aux consommateurs. Les entreprises sont toujours supposées fixer leur prix de façon indépendante, même si les statuts de ses

⁴⁷ « *The concern about information sharing in antitrust policy is intimately connected with the development of trade associations* », voir K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe community, p. 59.

⁴⁸ Pour une revue complète des préoccupations de concurrence relativement aux associations professionnelles voir OCDE, *Les associations professionnelles*, DAF/COMP(2007)45.

⁴⁹ *Ibidem*. Certains ont tenté de justifier le rôle de ces associations professionnelles par l'effondrement des prix dû à la dépression de 1870, mais des études postérieures ont démontré que, dans certaines industries, les prix ont augmenté durant cette période par l'action des associations, voir W. BECKER, *American wholesale hardware trade associations, 1870-1900*, *Business history review*, 1971, vol 45, n° 92, p. 179.

⁵⁰ L'industrie ferroviaire américaine a procédé ouvertement à un partage du marché par le biais de son association JEC, Voir D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, Deboeck, 2^{ème} édition, 2008, p. 221.

⁵¹ Il est qualifié de bible des hommes d'affaires, M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 127.

⁵² Traduit par « association de prix au grand jour ».

associations « open price » peuvent parfois suggérer le contraire⁵³. Son idée est que la concurrence serait plus forte si les entreprises disposaient d'informations précises sur les conditions de marché, notamment sur les prix⁵⁴. En réalité, il va plus loin puisqu'il précise que les associations doivent réaliser des rapports de transactions afin d'éviter des baisses secrètes de prix⁵⁵, ce qui sous-entend une ligne tacite d'action commune. À ce titre, J. A. Eddy peut être considéré comme le premier théoricien de l'entente tacite.

25. Au départ, les autorités américaines vont reconnaître les avantages des échanges d'informations en accord avec la doctrine de J. A. Eddy. Dans un arrêt « US vs US Steel Corporation », les juges affirment la légalité de la pratique d'échange d'informations, relatives aux prix, combinée à des rencontres régulières entre les producteurs de la branche. La seule réserve est que les communications ne devaient porter que sur les prix passés⁵⁶. Or, cette frontière tracée par les juges sera franchie par un grand nombre d'associations obligeant les autorités américaines à se prononcer plus précisément.

26. La cible fut la plus grande association « open price » de l'époque, regroupant plus de trois cent entreprises de tout le pays, *the American Hardwood Manufacturers Association* (AHMA) qui avait mis en place une communication très élaborée. En effet, elle organisait des réunions annuelles et demandait à ses membres de lui transmettre des données périodiquement. Chaque mois les membres devaient transmettre des informations sur les stocks constitués ainsi que le niveau de production habituel, courant et des estimations des niveaux futurs. En outre, les membres devaient transmettre une liste de prix pratiqués avec les écarts éventuels par rapport à une liste indicative. Enfin, chaque semaine les entreprises communiquaient leurs ventes quotidiennes en précisant le prix, les conditions et le nom du

⁵³ Voir les statuts de la plus ancienne association « open price », *Hardwood Manufacturer* qui explique que leur plan « ne comporte aucune obligation de suivre les pratiques des autres, bien que les membres [...] doivent suivre, en fait, leurs concurrents les plus intelligents », cité in M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc.

⁵⁴ « *Cooperation [...] is the only regulator of prices. Competition, free and unfettered, is absolutely destructive to all stability of prices* », J. A. EDDY, *The new competition*, Appleton, New York, 1912 cité par K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc., p. 61.

⁵⁵ Ceci présage de la théorie des jeux, formalisée par les économistes à partir de 1980, utilisée aujourd'hui en jurisprudence, cf infra Chapitre 2, Section 2.

⁵⁶ Les communications sur le futur ont toujours été traitées avec une grande suspicion même s'il existe quelques subtilités dans leur appréciation que nous retrouvons dans l'analyse de la jurisprudence contemporaine.

client pour chacune des ventes⁵⁷. À partir de ces données, l'association fournissait aux entreprises un rapport hebdomadaire sur les ventes journalières et un mensuel relatif à la production et à la liste indicative de prix.

27. Les autorités américaines vont condamner les pratiques de l'association en expliquant sommairement que ce type d'échange est anticoncurrentiel parce qu'il permet de contrôler les prix et la production. En 1921, la Cour Suprême⁵⁸ tranche en faveur des juges du fond mais se contente de preuves matérielles sans démontrer en quoi les échanges d'informations sont néfastes pour la concurrence⁵⁹. L'arrêt est très critiqué, notamment par les trois juges dissidents qui se fondent sur des arguments économiques. Les juges Holmes et Brandeis estiment que l'absence d'échanges d'informations pénalisera plus les petites entreprises et que la branche va réagir en opérant de grandes concentrations⁶⁰. Ils en concluent que cette décision est susceptible d'entraîner la disparition de toute concurrence sur ce marché⁶¹. L'absence de démonstration des effets des échanges couplée aux positions dissidentes au sein de la Cour va conduire la Chambre nationale du commerce à inciter les associations à maintenir leurs pratiques en invoquant les bénéfices économiques de ces échanges⁶². Cet arrêt, par son excès de prudence dans le dispositif, inaugure une période d'hésitations jurisprudentielles importantes.

28. Dès 1923, la Cour Suprême est amenée à se prononcer de nouveau à propos du secteur de l'huile de lin⁶³. L'accord, similaire à celui de l'AHMA, prévoit l'échange de liste de prix, de rapport quotidiens de vente avec les prix et conditions pour chacune d'entre elles et un rapport mensuel sur les niveaux des stocks. Toutefois, dans cette affaire la preuve d'une utilisation anticoncurrentielle des informations n'est pas rapportée ce qui conduit la Cour du district de Chicago à rejeter la plainte des autorités de concurrence sur le fondement de la

⁵⁷ Afin de s'assurer de la fiabilité des informations l'association demandait une copie de chaque facture et menaçait les membres de venir contrôler leur comptabilité en cas d'anomalie, voir M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc., p. 128.

⁵⁸ Voir l'affaire *American Column and Lumber Co v. US*, 257 US 337 (1921).

⁵⁹ *Ibidem*, de nombreux membres reconnaissent par écrit l'influence des ces pratiques dans l'élimination de la concurrence « sauvage » (cut-throat competition).

⁶⁰ Voir K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc., p. 63.

⁶¹ Voir A. CAPOBIANCO, note de référence du secrétariat de l'OCDE, *les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, DAF/COMP(2010)37, p. 83.

⁶² Certaines institutions iront tout de même dans le sens de la Cour, voir K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc., p. 64.

⁶³ Voir l'affaire *US v. American Linseed Oil Co*, 262 US 371 (1923).

jurisprudence établie lors de l'affaire de l'AHMA. Cependant, la Cour Suprême va décider, à l'unanimité, que cette affaire est dans la droite ligne de la précédente et condamne donc les producteurs d'huile de lin. La Cour n'explique toujours pas quels peuvent être les effets concrets des échanges d'informations et utilise un argument relatif au consommateur⁶⁴.

29. En définitive, la jurisprudence américaine, qui s'était appuyée sur des preuves matérielles en 1921 pour sanctionner des pratiques dont elle reconnaissait par ailleurs l'utilité, semble condamner les échanges d'informations en tant que tels deux ans plus tard. Cette confusion présage des difficultés rencontrées par la suite dans l'établissement de cette jurisprudence.

2°/ L'établissement mouvementé de la jurisprudence relative aux échanges d'informations

30. En 1925, l'affaire *Maple Flooring*⁶⁵ va de nouveau semer le trouble. Les constructeurs se plaignent des prix pratiqués dans cette branche et accusent son association « open price » d'être à l'origine de ces prix ce qui conduit à l'ouverture d'une enquête fédérale. Or, cette association s'illustre par son habileté à s'adapter à l'évolution de la jurisprudence⁶⁶. En effet, en 1913 cette association octroie à chacun de ses membres un pourcentage des revenus de l'ensemble de la branche grâce à des pénalités financières infligées à ceux qui dépassent leurs quotas de production. Devant l'hostilité des autorités, elle remplace les quotas par un programme de prix minimum à partir de 1916, puis des prix de base minimum en 1921. L'année suivante elle élabore un système de calculs des coûts moyens afin de ne plus faire apparaître les prix. Malgré ces adaptations, les juges de première instance vont ordonner la dissolution de l'association sur le fondement de la jurisprudence AHMA.

31. Cependant, la Cour Suprême désavoue les juges du district par un attendu de principe surprenant : « *Nous décidons seulement que les associations ou groupe de personnes ou d'entreprises qui, ouvertement et légalement, rassemblent et diffusent des renseignements sur les coûts, les volumes de productions, les prix passés, les stocks des produits et les coûts*

⁶⁴ La Cour explique que les informations constituent un avantage démesuré par rapport aux consommateurs, voir M. CARROTT, *The Supreme Court and american trade associations, 1921-1925*, Business history review, automne 1970, vol 44, n° 3, p. 320.

⁶⁵ Voir Affaire *Maple Flooring Manufacturers Association v. US*, 268 US 563 (1925).

⁶⁶ Voir M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc., p. 129.

approximatifs de transports même entre les lieux de fabrication et ceux de consommation comme l'a fait [l'association Maple Flooring] et qui, comme elle, se réunissent et commentent ces statistiques rassemblées sans discuter et chercher à s'entendre sur les prix et à réduire la concurrence, ne peuvent être considérés comme portant atteinte à la liberté des échanges »⁶⁷. La Cour Suprême revient sur sa position précédente et pose un principe de légalité des échanges d'informations, qui ne seront sanctionnés que s'il existe des preuves matérielles d'entente. Or, les commentateurs de l'époque estiment que les pratiques de l'association Maple Flooring sont bien plus néfastes que celles de l'AHMA et que c'est une erreur de se concentrer sur les preuves matérielles sans procéder à une analyse du marché⁶⁸. En effet, dans le cas de l'AHMA les entreprises étaient très nombreuses et diverses et ne représentaient qu'une fraction limitée d'un marché particulièrement désorganisé. À l'inverse, l'association Maple Flooring regroupait un petit nombre de firmes similaires réunies autour d'un seul type de matériau et couvrant une part importante du marché. Dans cette affaire, les juges expliquent pourtant que les associations professionnelles ont une valeur économique importante en ce qu'elles fournissent une meilleure connaissance du marché aux entreprises ce qui permet d'éviter la survenance de surcapacités ainsi que les crises économiques⁶⁹. Cependant, ce revirement semble provenir d'un changement dans la composition de la Cour Suprême puisque les juges favorables à cette pratique lors de l'arrêt AHMA sont devenus majoritaires⁷⁰.

32. À compter de cet arrêt, s'ouvre une période de 45 ans durant laquelle aucun échange d'informations ne sera sanctionné sans que soit rapporté la preuve matérielle d'une concertation. Ce n'est qu'en 1969 que la Cour Suprême va élaborer une jurisprudence proche de ce que nous connaissons aujourd'hui. C'est lors de l'affaire *US v. Container Corporation*

⁶⁷ Voir affaire *Maple Flooring*, préc. « *We decide only that trade associations or combinations of persons or corporations which openly and fairly gather and disseminate information as to the cost of their product, the volume of production, the actual price which the product has brought in past transactions, stocks of merchandise on hand, approximate cost of transportation from the principal point of shipment to the points of consumption as did these defendants and who, as they did, meet and discuss such information and statistics without, however, reaching or attempting to reach any agreement or any concerted action with respect to prices or production or restraining competition, do not thereby engage in unlawful restraint of commerce.* »

⁶⁸ Voir M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc., p. 130.

⁶⁹ Voir M. CARROTT, *The Supreme Court and american trade associations, 1921-1925*, *Business history review*, automne 1970, vol 44, n° 3, p. 320.

⁷⁰ Ces juges ont affinés leur position et utilisent des arguments économiques toujours valables aujourd'hui, voir K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc., p. 66.

of America⁷¹ que, pour la première fois, les juges vont déclarer qu'un accord d'échange d'informations peut être constitutif d'une pratique concertée, sans que soit rapportée la preuve formelle d'une intention collusoire⁷². Dans cette affaire, dix-huit entreprises, représentant environ 90% du marché de l'emballage en carton, se sont engagées à se transmettre, à la demande de l'une d'entre elles, les informations sur le dernier prix facturé ou mentionné à chaque client. Les juges décident que cet échange, pourtant irrégulier et rare, avait permis de stabiliser les prix⁷³. Le mérite de cette affaire est que la Cour apprécie la pratique à l'aune de ces effets concrets sur la concurrence et non plus seulement en considérant l'objet de l'échange d'informations. La Cour se livre à une analyse économique du marché en tenant compte notamment de la concentration du marché, de l'évolution de la demande et de la présence de surcapacités.

33. Ce mouvement abouti, en 1978, à une décision qui regroupe tous les éléments présents dans l'analyse contemporaine des échanges d'informations. En effet, la Cour décide que *« l'échange d'informations sur les prix ou autres entre concurrents n'a pas systématiquement un effet anticoncurrentiel; d'ailleurs, de telles pratiques peuvent, dans certaines circonstances, renforcer l'efficacité économique et accroître, plutôt que restreindre, la concurrence sur les marchés. Aussi estimons-nous que ces échanges d'informations ne constituent pas per se une violation du Sherman Act. [...] Un certain nombre de facteurs, dont essentiellement la structure du secteur concerné et la nature des informations échangées, passent généralement pour des indicateurs de l'impact favorable ou défavorable sur la concurrence de ce type de communication entre vendeurs. [...] Les échanges d'informations sur les prix courants sont, bien entendu, les plus susceptibles de générer des effets*

⁷¹ Voir affaire *US v. Container Corporation of America et al.*, 393 US 333 (1969).

⁷² Voir *US v. Container Corporation of America et al.*, préc. : *« Here, all that was present was a request by each defendant of its competitor for information as to the most recent price charged or quoted, whenever it needed such information and whenever it was not available from another source. Each defendant, on receiving that request, usually furnished the data with the expectation that it would be furnished reciprocal information when it wanted it. That concerted action is, of course, sufficient to establish the combination or conspiracy, the initial ingredient of a violation of 1 of the Sherman Act »*. Soulignement ajouté par nous.

⁷³ Il semble pourtant que les prix aient été tirés vers le bas, voir A. CAPOBIANCO, note de référence du secrétariat de l'OCDE, *les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, préc., p. 83.

anticoncurrentiels et, bien qu'ils ne soient pas illégaux per se, ils passent régulièrement pour être contraires au Sherman Act. [...] »⁷⁴.

34. La Cour reconnaît clairement les éventuels effets pro concurrentiels des échanges d'informations et exclut donc une condamnation *per se* de la pratique en imposant une analyse systématique des effets. En outre, elle précise que cette analyse économique devra s'appuyer notamment sur le degré de concentration du marché et la nature des informations échangées. Les bases jurisprudentielles de l'appréciation des échanges d'informations sont posées aux Etats-Unis⁷⁵ et vont servir de point de départ à la jurisprudence européenne.

B/ Une jurisprudence affinée par les autorités européennes

35. La première prise de position européenne relativement à l'application du droit de la concurrence aux échanges d'informations entre concurrents revient à la Commission européenne par une Communication de 1968⁷⁶, augurant déjà du goût prononcé de cette institution pour la « soft law ». Il faut préciser que cette initiative est audacieuse puisqu'il faudra ensuite attendre 2011 pour que des lignes directrices généralistes évoquent explicitement les échanges d'informations⁷⁷. À l'instar des Etats-Unis, la Commission déclare

⁷⁴ Voir affaire *US v. United States Gypsum Co. et al.*, 438 US 422 (1978) : « *The exchange of price data and other information among competitors does not invariably have anticompetitive effects; indeed such practices can in certain circumstances increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive. For this reason, we have held that such exchanges of information do not constitute a per se violation of the Sherman Act. [...] A number of factors including most prominently the structure of the industry involved and the nature of the information exchanged are generally considered in divining the procompetitive or anticompetitive effects of this type of interseller communication. [...] Exchanges of current price information, of course, have the greatest potential for generating anticompetitive effects and although not per se unlawful have consistently been held to violate the Sherman Act* ».

⁷⁵ On retrouve la même méthodologie en 2000 dans les *Antitrust Guidelines for collaboration among competitors*, 2000, disponible sur le site de la FTC : www.ftc.gov.

⁷⁶ Communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises, 1968, JO C075, 29/07/68, p. 3.

⁷⁷ C'est en 2001 que les nouvelles lignes directrices généralistes, silencieuse sur les échanges d'informations, remplacent la Communication de 1968 et la première mention explicite des échanges d'informations se fera au sein des lignes directrices relatives au secteur du transport maritime en 2000 puis 2008 avant que les Lignes directrices de 2011 ne proposent une véritable synthèse du traitement de cette pratique, voir essentiellement Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux services de transport maritime, JOUE, n° C. 245 du 26 sept 2008, p. 2-14 et Lignes

que le simple échange d'informations est susceptible de recevoir la qualification de pratique concertée le faisant tomber sous le coup des dispositions sanctionnant les accords restrictifs de concurrence, c'est-à-dire l'article 85 du Traité CEE, devenu 101 du TFUE. De manière concomitante, elle reconnaît les éventuels gains d'efficacité attachés aux échanges d'informations, ce qui constitue une position plutôt favorable⁷⁸ à ceux-ci. En outre, elle précise qu'une restriction de concurrence est plus probable dans le cas d'un marché oligopolistique de biens homogènes, ce qui préfigure la suspicion actuelle envers cette structure de marché.

36. La première application de cette doctrine administrative revient à la Cour de Justice lors de l'affaire *Suiker Unie*⁷⁹. Dans cette espèce, les principaux producteurs de sucre européens se sont rendus coupables de multiples infractions au droit de la concurrence et ont, notamment, échangé des informations sur les prix par le biais de différentes associations professionnelles. Dans son arrêt, la Cour juge qu'un simple échange d'informations sur les prix est constitutif d'une infraction autonome⁸⁰. Auparavant, les échanges d'informations avaient toujours été sanctionnés par le biais de l'entente dont ils étaient le support alors qu'ici ils sont à eux seuls considérés comme une pratique concertée indépendante de toute autre infraction. Il faut toutefois préciser que la condamnation de l'échange d'informations est intervenue dans le cadre d'une condamnation plus large sous la qualification de cartel mais la nuance reste importante par rapport aux affaires de cartels précédentes. Dans le cadre de notre étude, l'apport essentiel de cet arrêt réside dans l'affirmation des principes justifiant la sanction des échanges d'informations⁸¹.

37. La Commission va développer cette position en 1977 dans son VIIème rapport sur la politique de concurrence⁸². Elle déclare qu'il n'existe pas de méthode préétablie pour apprécier la conformité d'un échange d'informations au droit de la concurrence mais que

directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux accords de coopération horizontale, JO C11 du 14 janvier 2011, p. 16.

⁷⁸ Voir V. SELINSKY, *Transparence, échanges d'informations et concurrence*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1995, n° 1, p. 24.

⁷⁹ CJCE, 16 déc. 1975, Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et autres c. Commission des Communautés européennes, Aff. jtes C-40 à 48/73, 50/73, 54 à 56/73, 111/73, 113 et 114/73, Rec. p. 1663.

⁸⁰ Voir C. ROQUES, *L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence : degré d'incertitude et jeu répété*, RDLC, 2009, n° 3.

⁸¹ Ces principes seront explicités infra, §2.

⁸² Comm. CE, *Rapport sur la politique de concurrence*, 1977, volume VII.

ceux-ci doivent faire l'objet d'une analyse au cas par cas. À cette fin, la Commission précise les trois critères utilisés pour évaluer ces pratiques d'échange d'informations relatives au comportement futur des entreprises. Premièrement, l'autorité administrative tient compte du contexte global de marché et notamment de la structure du marché. En effet, elle réaffirme le principe selon lequel les échanges d'informations sont plus susceptibles d'aboutir à une coordination sur les marchés de type oligopolistique⁸³. Deuxièmement, la nature des informations échangées est incontournable dans l'appréciation du caractère anticoncurrentiel de la pratique. Est essentiellement pris en compte le caractère confidentiel des informations transmises par opposition aux échanges de statistiques qui ne posent, en principe⁸⁴, pas de problème de compatibilité avec le droit de la concurrence. Enfin, la Commission distingue les échanges privatifs, qui ne profitent qu'aux entreprises concurrentes, et ceux qui bénéficient aux consommateurs en ce sens que ceux-ci peuvent à partir de ces informations comparer les différentes offres et donc faire jouer la concurrence plus efficacement. Cette position sera renforcée par la Cour de Justice dans l'arrêt rendu à propos de l'affaire « pâte de bois »⁸⁵, qui correspond, a priori, à un cas classique de coordination tacite. En effet, dans cette espèce les producteurs de pâte de bois procédaient à des annonces trimestrielles publiques d'intentions de prix. Or, nous avons vu que ces annonces sont particulièrement suspectes puisqu'elles permettent la coordination et sont perçues le plus souvent comme des ententes. Cependant, la Cour décide que l'accès non discriminatoire, c'est-à-dire aussi bien au niveau des autres entreprises du secteur que des clients, aux informations jouait en faveur des clients et était donc proconcurrentiel. Cette affaire illustre la nécessité d'une analyse au cas par cas puisqu'une pratique apparemment dommageable peut être absoute du fait de l'analyse détaillée des conditions de marché⁸⁶. Dans le même sens, des échanges d'informations ont pu être

⁸³ Nous verrons cependant que la définition de l'oligopole retenue par la Commission est contestée en doctrine car jugée simpliste et correspondant au seul caractère non atomisé du marché, Voir notamment P. WILHELM, F. VEVER, *Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence*, Contrats concurrence consommation, n° 5, mai 2006, étude 6.

⁸⁴ À de rares exceptions dont les cas où il sera possible pour les participants à l'échange de désagrégées ces données statistiques, Voir Lignes directrices 2011, préc. § 89net nos développements Titre II, Chapitre II, Section I, Paragraphe 2.

⁸⁵ CJCE, 31mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö et autres c. Commission, Aff. Jts C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307. Voir OSTI C., ECLR, 1994, 15(3), p.176; VAN GERVEN G., NAVARRO VARONA E., CMLR, 1994, n°31, p.575; VOGEL L., Revue du marché commun et de l'UE, 11/1993, n° 372 ; IDOT L., Europe, 06/1993, n°6 ; BOLZE C., RTD Com, 1994, p. 610.

⁸⁶ Voir C. ROQUES, *L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence : degré d'incertitude et jeu répété*, préc. p. 3.

jugés favorables aux consommateurs du fait de l'existence d'une asymétrie d'information entre les entreprises et les clients, notamment en matière de crédit et d'assurance. Dans cette hypothèse, des données sur les clients peuvent permettre une meilleure gestion du risque et donc finalement bénéficier aux clients⁸⁷.

38. Ainsi, même s'il est compréhensible que l'échange d'informations sur les prix futurs soit considéré comme une entente du fait de son pouvoir de coordination, on constate au fil des décisions que de nombreux paramètres peuvent remettre en cause cette impression. En revanche, l'échange de données passées ne semble, à première vue, pas dommageable à la concurrence, voire il permet une meilleure connaissance des conditions de marché par les opérateurs et est donc générateur d'efficience. Or, en 1998, les juges communautaires vont, pour la première fois⁸⁸, sanctionner un échange d'informations portant sur les ventes passées sur le marché anglais des tracteurs⁸⁹ de façon parfaitement autonome, ce qui signifie qu'il ne s'adosse à aucun accord commercial plus large, ni à aucun cartel. Sur ce marché, les producteurs ont partagé, par le biais de l'association britannique des fabricants et importateurs de machine agricole (AEA), des informations passées et détaillées puisqu'elles comprenaient le nom du distributeur, le nom et l'adresse du client, le numéro de série du tracteur et les parts de marché correspondant à chaque modèle d'engin. La périodicité des échanges était variable, allant d'hebdomadaire à trimestrielle. En réponse à la notification de l'accord par

⁸⁷ Voir notamment pour le secteur bancaire : CJCE, 23 nov. 2006, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL et administración del Estado c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, aff. C-238/05 ; cette affaire sera analysée dans le Titre II, Chapitre II, Section I, Paragraphe 1.

⁸⁸ L'échange de données passées avait été sanctionné dans l'arrêt « Acides gras », Comm. CE, déc. 87/1/CEE, 2 déc. 1986, Acides gras, aff. IV/31.128, JOCE n° L. 003 du 6 janv. 1987, p. 17-26. Dans cette affaire, les entreprises, contrôlant 60% du marché, s'échangeaient des informations sur les ventes passées sous forme statistiques mais la Commission est convaincue qu'il existe un accord de fixation de quotas. La Commission sanctionne donc l'échange en tant que révélateur de l'existence d'une entente explicite secrète, ce qui rendait l'échange contraire au droit de la concurrence par objet et n'apportait donc pas d'éclairage sur l'analyse des effets en dehors de toute volonté anticoncurrentielle, voir C. ROQUES, *L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence : degré d'incertitude et jeu répété*, préc.

⁸⁹ CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c. Commission des Communautés européennes*, aff. C-7/95 P, Rec. p. I-3111 et Décision de la Commission, *UK Agricultural Tractor Exchange*, 92/157/CEE, [1992] JO L 68/19 IDOT L., Europe, 11/1992, n°429.; BOLZE C., RTD Com, 1992, p. 742.; TPICE, *John Deere Ltd contre Commission des Communautés européennes*, T-35/92 ; TPICE, *Fiataagri et New Holland Ford contre Commission des Communautés européennes*, T-34/92, BLAISE J-B., ROBIN C. Revue des affaires européennes, 1994, n°4, p.131 ; BLAISE J-B. IDOT L., RTD E, 1995, p. 577 ; VOGEL L., CCC, 11/1994.

l'association professionnelle, les instances européennes vont, pour la première fois, se livrer à une analyse complète des effets restrictifs d'un tel échange⁹⁰.

39. Quant à la structure, les juges estiment que le marché anglais des tracteurs correspond à la définition d'un oligopole fermé. En effet, l'offre est concentrée entre les mains d'un petit nombre d'offreurs, les huit principaux producteurs se partageant 87 à 88% du marché⁹¹, et il existe d'importantes barrières à l'entrée puisque le marché est protégé des importations en provenance des pays extra-communautaire. Quant aux informations échangées, la Cour les juge privatives et détaillées ce qui a pour conséquence d'accroître la transparence sur un marché déjà très concentré. Enfin, les contacts réguliers entre les participants au sein de l'AEA n'ont fait que renforcer l'aspect collusif de la situation.

40. À partir de cette analyse, la Cour va dégager deux effets anticoncurrentiels imputables à cette pratique. En premier lieu, l'échange d'informations aurait pour conséquence directe d'éliminer la « concurrence cachée » puisque sans effet de surprise une concurrence agressive perd une grande partie de son efficacité. La Commission, reprise par le TPI et la Cour, nous explique que sans cet échange d'informations les concurrents *« seraient obligés de livrer bataille sur un marché où règnerait une certaine incertitude quant à l'endroit exact, la force et la nature des attaques que peuvent porter les concurrents. Cette incertitude fait partie du jeu normal de la concurrence et la renforce, car la riposte et la réduction des prix ne peuvent dans ce cas se limiter au minimum absolument nécessaire pour défendre une position établie. L'incertitude incite les entreprises à réagir plus fermement qu'elles ne le feraient si elles savaient que telle réponse minimale est suffisante pour faire face à la concurrence. Elles sont donc amenées à dépasser cette réponse minimale »*⁹². En second lieu, la Commission estime que l'accord d'échange d'informations joue le rôle de barrière à l'entrée du marché. En effet, un nouvel entrant serait grandement désavantagé puisqu'il ne disposerait pas de la même connaissance du marché que ses concurrents.

⁹⁰ Voir A. CAPOBIANCO, note de référence du secrétariat de l'OCDE, *les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, préc. p. 78.

⁹¹ CJCE, 28 mai 1998, John Deere Ltd c. Commission des Communautés européennes, préc. §3.

⁹² Voir Comm. CE, 17 février 1992, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, 92/157/CEE, point 43.

41. De ces jurisprudences fondatrices du contrôle des échanges d'informations, il est possible d'extraire les principes généraux justifiant leur sanction. Nous venons de voir dans la jurisprudence du marché anglais des tracteurs que les juges reprochent aux échanges d'informations de réduire, voire d'annihiler, l'incertitude des concurrents sur leurs stratégies respectives. Or, cette absence d'incertitude engendre une dépendance ou interdépendance de chacun relativement aux décisions des autres alors que la jurisprudence estime que les entreprises doivent prendre leurs décisions de façon autonome, principe affirmé pour la première fois dans l'arrêt *Suiker Unie*: « *la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle* »⁹³. Alors, il est possible de se demander en quoi un échange d'informations est susceptible d'altérer l'autonomie décisionnelle des concurrents. La réponse à cette question se trouve dans l'arrêt du marché anglais des tracteurs qui explique que c'est l'augmentation artificielle de la transparence par « *la généralisation, entre les principaux offreurs et, contrairement à ce que soutient la requérante, au seul profit de ceux-ci et, par suite, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs, d'un échange d'informations précises et selon une périodicité rapprochée, concernant l'identification des véhicules immatriculés et le lieu de leur immatriculation, est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré, tel le marché en cause, et où, par suite, la concurrence est déjà fortement atténuée et l'échange d'informations facilité, à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques* »⁹⁴. La jurisprudence nous enseigne donc que la transparence est susceptible d'entraîner une perte d'autonomie décisionnelle pour les entreprises du fait de la réduction d'incertitude qu'elle engendre.

⁹³ CJCE, 16 déc. 1975, Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et autres c. Commission des Communautés européennes.

⁹⁴ CJCE, 28 mai 1998, John Deere Ltd c. Commission des Communautés européennes, point 67.

Paragraphe 2 : Les principes justifiant la sanction des échanges d'informations

42. Après avoir déduit les principes commandant à la sanction des échanges d'informations, il est nécessaire de préciser leurs significations car ils sont pour le moins polysémiques. Nous allons donc commencer par préciser l'acceptation de la notion de transparence utilisée ici (A) avant d'expliquer les principes d'autonomie décisionnelle et d'indépendance des agents économiques (B).

A/ L'ambivalence du principe de transparence⁹⁵

43. La transparence est un concept à la mode depuis de nombreuses années et irrigue de nombreux domaines de réflexion⁹⁶, selon certains de façon excessive⁹⁷. Cette prolifération rend nécessaire une délimitation de la notion (1) avant de pouvoir exposer les éventuels effets de la transparence sur la concurrence (2).

1°/ Les contours de la notion de transparence

44. De prime abord, le concept renvoie à l'idée de moralisation de la vie politique avec la transparence financière. En droit des affaires, on pense à la transparence tarifaire, exigée dans les relations verticales⁹⁸. Dans le cadre de notre étude, nous nous intéressons à la transparence

⁹⁵ Voir pour une étude d'ensemble F. RIEM, *La notion de transparence dans droit de la concurrence*, L'Harmattan, 2002.

⁹⁶ Déjà en 2007 M. BEHAR-TOUCHAIS obtenait plus de 70 occurrences seulement sur Légifrance et en dehors des codes, voir son intervention in *Transparence et concurrence*, Cycle de conférence de la Cour de cassation, RLC, 2007, n° 13, p. 164.

⁹⁷ Voir notamment C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, 2002, p. 226.

⁹⁸ Introduite par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, elle occupe aujourd'hui le chapitre 4 du Titre IV du Livre IV du Code de commerce ; selon certains auteurs, elle est souvent trop peu distinguée de la transparence horizontale en raison de lectures divergentes de la théorie de la concurrence parfaite, voir notamment F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, in *Handbook on EU competition law- substantive aspects*, I. LIANOS, D. GERADIN, Edward Elgar Publishing, 2013.

horizontale, c'est-à-dire celle qui existe entre concurrents définis comme les opérateurs situés au même stade du processus économique. Étymologiquement la transparence vient de *trans parens* qui signifie « ce qui paraît au travers de » ou « ce qui laisse transparaître »⁹⁹. En droit de la concurrence, la définition utilisée est d'origine économique et renvoie au coût d'acquisition de l'information par les opérateurs en terme d'argent et de temps¹⁰⁰. Certains insistent sur la vitesse d'obtention de celle-ci qui revêt une grande importance dans des situations particulières¹⁰¹. Ainsi, plus le coût d'acquisition de l'information est faible plus le marché est transparent. Le plus souvent cette information concerne les prix de transactions¹⁰² mais elle recouvre également toutes les informations relatives au comportement des entreprises, à leurs investissements ou encore leurs performances. Certains s'accordent à dire que l'Internet est le meilleur exemple de transparence du marché¹⁰³, car les comparateurs et les moteurs de recherche permettent une comparaison des prix rapide et peu coûteuse¹⁰⁴.

45. Tout d'abord, il faut distinguer la transparence selon qu'elle bénéficie aux seuls offreurs ou bien également aux consommateurs. Lorsqu'elle bénéficie aux consommateurs elle est classiquement jugée utile à la concurrence et fait l'objet de pétition de principe, notamment depuis l'avènement du marché intérieur¹⁰⁵. En effet, la protection du consommateur justifie qu'on lui permette de comparer les offres de chacun des concurrents afin de profiter pleinement du jeu concurrentiel, il est « *l'arbitre des efforts concurrentiels* »¹⁰⁶. Dans le cas contraire, les entreprises pourraient agir comme si elles étaient en situation de monopole car l'absence d'information des clients empêche ces derniers de réagir à des baisses de prix en changeant de vendeur¹⁰⁷. De plus, il faut garder à l'esprit

⁹⁹ C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, préc., p. 229.

¹⁰⁰ OCDE, *Transparence des prix*, DAF/CLP(2001)22, p. 49.

¹⁰¹ « *On peut approximativement définir le degré de transparence d'un marché comme étant la vitesse à laquelle les entreprises dominantes peuvent s'informer de façon fiable des actions de leurs concurrentes.* » en tout état de cause la vitesse d'obtention fait partie du coût, OCDE, *Oligopole*, DAF/CLP(1999)25, p. 64.

¹⁰² On entend par prix de transactions tous les éléments de la politique de prix tels les remises ou les frais financiers, OCDE, *Transparence des prix*, préc. p. 49.

¹⁰³ H. P. MØLLGAARD, P. B. OVERGAARD, *Transparency and competition policy*, in *Transparency and competition policy*, in *The pros and cons of information sharing*, Swedish Competition Authority, 2006, p. 101.

¹⁰⁴ Pour une étude de l'impact de l'Internet sur la concurrence, notamment en matière de transparence voir *E-commerce and its implications for competition policy*, Discussion paper de l'OFT, Août 2000.

¹⁰⁵ C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, préc., p. 231.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 230.

¹⁰⁷ K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe community, p. 92.

que les informations diffusées en direction des consommateurs sont toujours accessibles aux entreprises. À l'inverse, la transparence ne profitant qu'aux offreurs est plus suspecte en ce qu'elle peut éventuellement s'apparenter à une communication anticoncurrentielle. Cette dernière peut s'effectuer directement entre les concurrents, par le biais de sociétés spécialisées dans le traitement de l'information ou encore au moyen d'une association professionnelle. Malgré cette suspicion, la transparence entre les offreurs fait partie des missions essentielles de la régulation des marchés, sous le vocable de transparence pour le marché. Celle-ci est liée à la transparence procédurale que s'imposent les autorités de régulation nationales et qui les conduit à diffuser de l'information sur les conditions de marché afin de permettre l'entrée de nouveaux opérateurs ou encore à organiser des rencontres et des médiations entre concurrents afin d'améliorer le fonctionnement du marché¹⁰⁸. En effet, il a été démontré que l'augmentation de la transparence pouvait améliorer la concurrence sur certains marchés, notamment les nouveaux marchés, et la plupart des États n'hésitent pas à mettre en œuvre des mesures destinées à augmenter la transparence¹⁰⁹. Toutefois, il semble qu'une augmentation de la transparence n'est pas toujours pro concurrentielle.

2°/ Les effets ambivalents de l'augmentation de la transparence

46. Un exemple devenu célèbre est utilisé par la plupart des experts pour illustrer la difficulté d'une anticipation de l'effet de l'accroissement de la transparence, est celui du marché danois du béton prêt à l'emploi¹¹⁰. Nous avons souligné que les régulateurs nationaux utilisent la transparence pour permettre l'entrée de nouveaux concurrents ou encore pour faire baisser les prix du fait de l'information des consommateurs qui conduit à l'intensification de la concurrence. C'est dans cette optique de réduction des prix qu'en janvier 1994, l'autorité danoise de concurrence a décidé d'accroître la transparence sur ce marché. En effet, ce marché se caractérise par un petit nombre d'offeurs et des négociations tarifaires opaques qui empêchent les acheteurs de comparer les différentes offres. L'autorité estime donc que

¹⁰⁸ C. GUENOD, M. IDRI, *La théorie de la collusion tacite à l'épreuve des régulations sectorielles*, RDLC, n° 4- 2010.

¹⁰⁹ Voir l'exemple du Chili qui cite des marchés sur lesquels la demande était fragmentée et l'offre concentrée dans la discussion finale de la table ronde de l'OCDE relative aux échanges d'informations, OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, DAF/COMP(2010)37, p. 470.

¹¹⁰ Cet exemple provient de l'étude de S. ALBÆK, H. P. MØLLGAARD, P. B. OVERGAARD, *Law assisted collusion ? The transparency principle in the Danish competition act*, *European competition law review*, 339, 1996.

l'augmentation de la transparence obligerait les producteurs de béton à fournir un effort concurrentiel. Pour ce faire, elle publie les prix moyens du secteur et dans les six mois qui suivent les prix augmentent de 20% alors que le cours des matières premières est resté stable, incitant les pouvoirs publics à arrêter les publications. Pourtant les informations étaient accessibles aux acheteurs ce qui est perçu comme positif. Toutefois, comme l'explique l'autorité française de concurrence, une « *des conditions, **nécessaire mais non suffisante**, pour qu'une diffusion de données individuelles soit admise, est que la transparence artificielle du marché instaurée bénéficie aussi aux demandeurs et ne soit pas réservée au cercle étroit des offreurs concurrents et utilisée à leur seul profit* »¹¹¹. Intuitivement, cette affaire amène à penser qu'il serait préférable de ne pas augmenter, voire de réduire la transparence sur les marchés. Cependant, la doctrine économique estime unanimement qu'un certain degré de transparence est vital à la dynamique concurrentielle¹¹². La question se pose alors de savoir comment cette augmentation de la transparence, a priori proconcurrentielle, a pu engendrer une telle augmentation des prix.

47. La réponse peut être trouvée dans la jurisprudence et notamment l'arrêt de la CJCE du 28 mai 1998 rendu dans l'affaire du marché anglais des tracteurs¹¹³. En effet, les juges expliquent qu'en « *principe, [...], la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations sur le fonctionnement du marché, dont il dispose grâce au système d'échange d'informations, pour adapter son comportement sur le marché, n'est pas de nature, **compte tenu du caractère atomisé de l'offre**, à atténuer ou à supprimer, pour les autres opérateurs économiques, toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents. [...] en revanche, [...] la généralisation, entre les principaux offreurs [...] au seul profit de ceux-ci et, par suite, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs, d'un échange d'informations précises et selon une périodicité rapprochée, concernant l'identification des véhicules immatriculés et le lieu de leur immatriculation, est de nature, **sur un marché oligopolistique fortement concentré**, tel le marché en cause, et où, par suite, la concurrence est déjà fortement atténuée et l'échange*

¹¹¹ Cons. conc., 5 octobre 2006, n° 06-A-18, relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse. Soulignement ajouté par nous.

¹¹² Voir notamment M. GLAIS, *Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle (française et européenne)*, Revue économique, n° 1, janvier 1987, p. 75-115.

¹¹³ CJCE, 28 mai 1998, John Deere Ltd., préc.

*d'informations facilité, à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques (voir, ci-après, point 81). En effet, dans une telle hypothèse, la mise en commun régulière et rapprochée des informations relatives au fonctionnement du marché a pour effet de révéler périodiquement, à l'ensemble des concurrents, les positions sur le marché et les stratégies des différents concurrents».*¹¹⁴ Il ressort de cet attendu que les effets de la transparence sur le degré de concurrence sont intimement liés à la structure du marché¹¹⁵. En conséquence, il est impossible de déterminer un niveau de transparence « normal » de manière théorique¹¹⁶ puisque celui-ci va dépendre d'une analyse au cas par cas, dont le critère principal est la structure du marché. Ainsi, sur un marché concurrentiel, au sens d'offre atomisée, la diffusion d'informations sur les conditions de marché permet de compenser les phénomènes liés à la dispersion de l'offre en permettant une comparaison des produits ou services par les acheteurs. En revanche, plus le marché est concentré plus la transparence peut être néfaste à la concurrence. En effet, la jurisprudence a depuis longtemps érigé en principe concurrentiel fondamental l'autonomie décisionnelle, ou l'indépendance des opérateurs qui, semble-t-il, pourrait être corrompue par un accroissement de la transparence.

B/ La préservation de l'autonomie décisionnelle des concurrents

48. L'autonomie décisionnelle des agents économiques a été érigée en principe fondamental du droit de la concurrence par le célèbre arrêt *Suiker Unie*. En effet, dans cet arrêt les juges définissent la pratique concertée en référence à ce principe en estimant que *«les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable "plan", doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle »*¹¹⁷. En effet, l'autonomie des opérateurs est un principe essentiel de fonctionnement de l'économie de

¹¹⁴ CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd.*, préc, point 67. Soulignement ajouté par nous.

¹¹⁵ Pour une étude détaillée sur le lien entre structure de marché et degré de transparence voir H. P. MØLLGAARD, P. B. OVERGAARD, *Transparency and competition policy*, in *Transparency and competition policy*, préc.

¹¹⁶ K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc., p. 92.

¹¹⁷ CJCE, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et autres c. Commission des Communautés européennes*, point 173. Soulignement ajouté par nous.

marché puisqu'elle « permet le rencontre spontanée de l'offre et de la demande pour dégager le juste prix »¹¹⁸.

49. Ainsi, les agents économiques doivent veiller à préserver leur autonomie décisionnelle, ce qui signifie qu'ils ne doivent pas se laisser influencer, notamment par leurs concurrents, tout en étant conscient de leur environnement. La question se pose alors de savoir comment l'augmentation de la transparence va pouvoir faire perdre à une entreprise son autonomie décisionnelle. Il semble que la jurisprudence considère que la transparence, en permettant aux opérateurs d'observer les actions de leurs concurrents, soit en mesure de réduire l'incertitude concurrentielle. Ce principe d'incertitude se traduit par le fait que les entreprises ne doivent pas connaître par avance les choix stratégiques de leurs concurrents afin de permettre la concurrence « cachée », c'est-à-dire le secret qui entoure l'état du marché et sans lequel il n'est pas possible de livrer une concurrence efficace¹¹⁹. Le Professeur Jenny lie directement incertitude et autonomie décisionnelle dans sa définition du marché concurrentiel puisqu'il explique qu'« un marché concurrentiel présente trois caractéristiques principales : en premier lieu, chaque offreur du bien considéré prend individuellement ses décisions stratégiques [...] ; en second lieu, chaque offreur est dans l'incertitude quant aux décisions stratégiques des autres offreurs du même bien ; en troisième lieu, il n'existe pas de barrières artificielles à l'entrée ou à la sortie du marché »¹²⁰. En outre, la Commission européenne explique qu'un « accord d'échange d'informations restreint la concurrence parce qu'il pousse la transparence entre fournisseurs à un point tel que ce qui reste de concurrence cachée entre eux sur ce marché très concentré risque de disparaître en raison de la facilité avec laquelle il devient possible de repérer tout acte de concurrence indépendant »¹²¹. Il apparaît donc que l'incertitude est pro-concurrentielle puisqu'elle permet le maintien d'une certaine pression concurrentielle au sein d'un marché.

¹¹⁸ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 434.

¹¹⁹ F. RIEM, *La notion de transparence dans droit de la concurrence*, L'Harmattan, 2002, p. 411.

¹²⁰ F. JENNY, *Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficacité*, Cahiers du droit de l'entreprise, 1989, n° 10, p. 5.

¹²¹ Décision de la Commission, *UK Agricultural Tractor Exchange*, dans [1992] JO L 68/19 ; TPICE, *John Deere Ltd contre Commission des Communautés européennes*, T-35/92, point 37.

50. À partir de cette intuition, certains ont tenté de démontrer par l'expérience le rôle de cette incertitude. Ainsi, Van Huyck et al.¹²² ont mis en situation de marché un échantillon de 107 étudiants d'une université texane et ont observé l'équilibre concurrentiel atteint avec et sans communication entre eux. Lorsqu'ils communiquent les élèves se coordonnent sur un équilibre à prix élevés alors qu'en l'absence de communication, ils tâtonnent jusqu'à aboutir à un équilibre à prix bas. Le résultat de l'expérience est donc que l'incertitude stratégique est pro-concurrentielle, même si il faut relativiser ce résultat compte tenu du petit nombre de participants¹²³. L'intuition voulant que l'incertitude soit bénéfique à la concurrence semble corroborée par cette expérience mais le doute reste entier quant au niveau d'incertitude nécessaire¹²⁴. En effet, nous avons expliqué que la connaissance du marché est indispensable aux opérateurs économiques mais également que trop d'informations peut être néfaste à la concurrence. Une revue de la littérature économique relative à l'incertitude ne permet pas d'aboutir à une conclusion définitive quant à son influence sur la concurrence comme le rappelle les Professeurs Bennett et Collins¹²⁵. La difficulté réside donc dans la recherche d'un équilibre entre connaissance du marché et maintien d'une certaine incertitude. Qu'en est-il lorsque la transparence « naturelle » du marché élimine l'incertitude et par suite l'autonomie ? Une entreprise obtenant des informations sur les actions de ses concurrents devrait-elle faire mine de ne pas les avoir ? Doit-elle prendre des décisions irrationnelles en ne tenant pas compte des informations qu'elle détient ? La jurisprudence nous éclaire en partie en précisant que « *S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact direct ou indirect entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on entend suivre sur le marché* »¹²⁶.

¹²² J. VAN HUYCK, R. BATTALIO, R. BEIL, *Tacit coordination games, strategic uncertainty and coordination failure*, American economic review, 1990, vol 80, p. 234.

¹²³ P. CHONÉ, *Les échanges d'informations*, séminaire Droit et Economie Philippe Nasse, 7 juillet 2011, p. 3.

¹²⁴ La théorie économique estime également que trop d'incertitude peut réduire les incitations à investir, voir N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 602.

¹²⁵ « *Unfortunately the only clear conclusion that can be drawn from this softening of competition literature is that reductions in uncertainty cannot be said to always harm, or always benefit consumers.* » M. BENNETT, P. COLLINS, *The laws and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, European Competition Journal, Août 2010, p. 311.

¹²⁶ CJCE, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie »*, point 174. Soulignement ajouté par nous.

51. En définitive, la jurisprudence condamne l'augmentation artificielle de la transparence, c'est-à-dire celle qui est provoquée, notamment par des échanges d'informations, lorsque celle-ci est susceptible d'atteindre l'autonomie décisionnelle. Aussi, la ligne de démarcation entre la le parallélisme conscient et la pratique concertée correspond à la nature de la transparence en vigueur sur le marché : naturelle ou artificielle¹²⁷. Ce n'est que si elle est artificielle qu'il faudra analyser son effet sur la concurrence dans le cadre du contrôle rétrospectif. Or, la question de savoir quand cette transparence sera nocive à la concurrence est une casuistique qui repose sur l'analyse économique du marché en cause¹²⁸. Aussi, est-il nécessaire de dégager les fondements économiques de cette position afin de comprendre l'analyse menée par les autorités de concurrence.

¹²⁷ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements in Handbook on EU competition law-substantive aspects*, Edward Elgar Publishing, octobre 2013 : « *The line between « natural » and « artificial » transparency is the crucial dividing line for determining whether the tacit collusion is based on conscious parallelism or, instead, on a concerted practice* ».

¹²⁸ Voir notamment L. LESUR, *L'analyse du droit de la concurrence, in Existe-t-il des échanges pro-concurrentiels ?*, séminaire Droit et économie du 3 avril 2013.

Section 2 : La place des échanges d'informations dans le processus concurrentiel

52. Afin, de comprendre le traitement qui est réservé aux échanges d'informations dans la jurisprudence contemporaine, il faut mettre en évidence le rôle de l'information dans le processus concurrentiel. Selon M. Glais « *l'acquisition et la diffusion de l'information se trouvent au cœur de la dynamique concurrentielle* »¹²⁹. Toutefois, les points de vue à ce sujet sont nombreux et il faut, pour s'en faire une idée claire, passer par les modèles généraux de concurrence (Paragraphe 1) avant d'aborder la conception plus moderne de la concurrence au travers de la notion d'oligopole (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les modèles généraux de concurrence

53. Le droit de la concurrence, européen ou français, se réfère à l'idée de libre concurrence ou encore de concurrence non-faussée¹³⁰. Un tour d'horizon des doctrines juridique et économique permet de réaliser qu'il n'existe pas de définition du concept utilisé par les autorités normatives et de régulation, mais plutôt des tentatives de justification de la légitimité de la concurrence¹³¹. En effet, le droit utilise la conception économique de la concurrence comme « *modèle théorique servant de terme de comparaison pour les phénomènes concrets, comme une hypothèse abstraite* »¹³². Ainsi, sans prétendre à une définition, il est indispensable d'explicitier ces modèles et leur lien avec l'information afin de comprendre l'analyse économique réalisée par les autorités de concurrence au sujet des

¹²⁹ M. GLAIS, *Six ans de répression des ententes et des abus de position dominante : bilan de l'activité de la Commission de la concurrence*, RTD com, 1984, p. 429.

¹³⁰ Voir notamment CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, C- 26/76, pt.20 : dans cette affaire les juges font référence au concept économique de concurrence efficace (workable competition) que nous expliciterons infra.

¹³¹ L. ZEVOUNOU, *Le concept de concurrence en droit*, thèse de doctorat soutenue le 8 décembre 2010 à l'université de Paris Ouest Nanterre La Défense.

¹³² R. FRANCESCHELLI, *Concurrence, monopole et formes de marché au point de vue juridique*, RTDcom, 1967, p. 667.

échanges d'informations. Au modèle de la concurrence pure et parfaite érigé en idéal (A), il faut ajouter les autres acceptations du concept de concurrence qui rendent la notion « praticable » (B).

A/ Le modèle de référence : la concurrence pure et parfaite

54. Après avoir posé les conditions propres à satisfaire une concurrence pure et parfaite (1), nous exposerons les critiques faites à l'encontre de ce modèle, notamment à l'aune de la condition d'information parfaite (2).

1°/ Les conditions de la concurrence pure et parfaite

55. Pour les économistes néo-classiques, il existe cinq conditions qui permettent, si elles sont réunies simultanément, l'allocation optimale des ressources et l'annulation des superprofits¹³³ par « l'isolement stratégique » des agents¹³⁴.

56. En premier lieu, il est nécessaire que le marché soit atomisé aussi bien en ce qui concerne les offreurs que les demandeurs. Cela signifie que le marché doit être composé d'un grand nombre d'entreprises de petites de tailles et indépendantes¹³⁵ afin qu'aucune d'entre elles ne puissent influencer sur le prix auquel le bien sera vendu¹³⁶. En deuxième lieu, les produits offerts doivent être parfaitement homogènes, c'est-à-dire substituables pour les demandeurs afin que la seule donnée guidant le choix de ces derniers soit le prix. En troisième lieu, les coûts de transports doivent être nuls, ce qui signifie que les facteurs de productions sont parfaitement mobiles. La quatrième condition est le caractère contestable du marché. À cette fin, il ne doit pas exister de barrières à l'entrée, ni à la sortie afin que subsiste la concurrence potentielle, c'est-à-dire l'entrée éventuelle de nouveaux acteurs évitant toute

¹³³ Cette notion renvoie à l'idée de profit à long terme, de rente de situation ; voir M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc., p. 6 et s.

¹³⁴ J. GABSZEWICZ, *La concurrence imparfaite*, Éd. La découverte, 2003.

¹³⁵ Ce lien qui est fait entre la concurrence et le marché est à l'origine de l'essentiel des critiques formulées à l'encontre du modèle néo-classique.

¹³⁶ Dans cette situation les opérateurs sont appelés des « price takers », voir notamment E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz Précis, 2005, p. 30.

rente de situation. Ces barrières peuvent être de natures réglementaires, techniques ou économiques. Doivent également être prises en compte les barrières à l'expansion, c'est-à-dire les obstacles à l'accroissement des capacités de production par les entreprises concurrentes déjà installées sur le marché.

57. Enfin, l'information doit être gratuite et immédiate pour tous les participants au marché, aussi bien les vendeurs que les acheteurs, c'est l'hypothèse de transparence absolue du marché. En effet, si les acheteurs sont parfaitement informés des prix¹³⁷ alors le produit en question ne peut que s'échanger à un prix unique. Toute modification du prix attirerait tous les acheteurs et obligerait les autres offreurs à s'aligner sur ce prix. Ce mécanisme se reproduira jusqu'à ce qu'une baisse supplémentaire du prix ne rapporte moins qu'elle ne coûte, c'est-à-dire une fois que le prix sera égal au coût marginal. On constate que la question de l'information est étroitement liée à celle de la formation des prix¹³⁸ car le niveau d'information des acheteurs va octroyer une marge de manœuvre plus ou moins élevée à celui qui a pour tâche de fixer le prix¹³⁹. En 1989, Georges Stiglitz a étudié le rôle de l'information dans le processus concurrentiel à partir du modèle des touristes et des autochtones dans lequel les premiers sont imparfaitement informés sur les conditions de marché, ce qui signifie que l'acquisition de cette information aura un coût pour eux, alors que les seconds bénéficient de cette information¹⁴⁰. En fonction de l'importance des deux groupes, cette asymétrie d'information va conduire à des prix excessivement élevés, une absence de baisse des prix en cas d'augmentation du nombre de vendeurs ainsi qu'à une dispersion des prix¹⁴¹. Dans cet article, l'auteur démontre le rôle fondamental de l'information et de la transparence pour le bon fonctionnement du marché¹⁴².

¹³⁷ L'information sur la qualité du produit est sous-entendue par l'hypothèse de substituabilité parfaite des produits.

¹³⁸ J. GABSZEWICZ, *La concurrence imparfaite*, préc., p. 27 et s.

¹³⁹ Que ce soit les firmes elles-mêmes ou le « commissaire-priseur » walrasien.

¹⁴⁰ G. STIGLITZ, *Imperfect informaton in the product market*, ch. 13 in R. Schmalensee, R. Willig, *Handbook of industrial organisation*, New York, 1989.

¹⁴¹ La dispersion des prix signifie que les prix pratiqués par les vendeurs pour un même produit sont différents, sur les effets de ce phénomène voir D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, Deboeck, 2^{ème} édition, 2008, p. 632.

¹⁴² Cf supra sur le caractère ambivalent de l'influence de la transparence sur la concurrence.

58. Ce modèle paraît extrêmement séduisant en ce que la recherche égoïste de maximisation des profits de chacun des opérateurs permet une maximisation du bien-être collectif¹⁴³. Cependant, ce idéal¹⁴⁴ liant concurrence et structure de marché a été très critiqué car il ne pouvait servir de référence aux responsables de la politique économique¹⁴⁵.

2°/ Critique du modèle de concurrence pure et parfaite

59. Aujourd'hui, tous les économistes s'accordent sur le fait que la tentative de théorisation des néo-classiques présente un certain nombre de failles. La principale lacune de ce modèle vient du couplage opéré par les néo-classiques entre la concurrence et les formes de marché. Cette idée n'était pas neuve puisque déjà Adam Smith estimait que la concurrence serait favorisée sur des marchés de grand nombre, tout en expliquant que les deux notions sont d'une nature différente : la concurrence est un comportement alors que le marché est une institution. Le défaut principal du modèle néo-classique a été d'en faire une condition sine qua non de la libre concurrence alors que, comme le démontrera plus tard le théoricien de l'oligopole, George Stigler, un marché peut être parfait et monopolistique ou imparfait et concurrentiel¹⁴⁶. Selon l'économiste Mac Nulty, la décision d'introduire la forme de marché en tant que condition de réalisation de la libre concurrence vient du fait que l'école néo-classique s'est intéressée d'avantage aux effets de la concurrence qu'à son fonctionnement réel.

60. Cette observation cristallise la seconde critique du modèle de concurrence pure et parfaite. En effet, il lui est reproché de considérer la concurrence comme une situation figée, statique dans laquelle les variables principales (prix, quantité, type de produit) sont définies a

¹⁴³ L'idée est déjà présente chez A. SMITH, *The Wealth of Nations*, 1776.

¹⁴⁴ Il existe une situation réelle correspondant à ce modèle : le marché boursier, F. LÉVÊQUE, *l'impact du choix du modèle de concurrence sur l'analyse d'un échange d'informations*, microéconomix, 2008, p. 5.

¹⁴⁵ M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc. p. 5.

¹⁴⁶ M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc. p. 7.

priori¹⁴⁷. On voit apparaître ici la condition d'information totale des participants au marché, condition essentielle du modèle. Ainsi, la situation décrite par les néo-classiques est l'aboutissement du processus de rivalité concurrentielle par lequel, notamment, les participants collectent les informations dont ils ont besoin pour évoluer sur ce marché. Or, ce modèle néglige complètement l'acquisition de l'information, ce qui fait dire à Messieurs Glais et Laurent qu'il postule à l'existence d'un « bon génie » qui collecterait puis distribuerait l'information nécessaire à tous les participants¹⁴⁸. Cette vision de la concurrence revient à nier le rôle de l'entrepreneur, comme l'explique Israël Kirzner¹⁴⁹ qui est le premier économiste à s'être intéressé à l'acquisition de l'information par le jeu du marché. En effet, dans la concurrence pure et parfaite, le postulat de l'information totale réduit les opérateurs à la condition de robot dont la seule liberté est de choisir de produire ou ne pas produire dans les conditions imposées par le marché. Or, il est évident que la réalité est bien différente et nous amène à nous intéresser au processus d'acquisition de l'information.

61. M. Kirzner envisage la concurrence comme un processus et se donne comme objectif de décrypter les modalités de l'acquisition de l'information sur un marché concurrentiel. Le schéma classique consiste pour les offreurs et les acheteurs à émettre des anticipations sur les conditions dans lesquelles ils souhaitent échanger. Après s'être confronté au marché, ils réajustent leurs anticipations grâce aux informations obtenues et diffusées par les participants au cours des échanges et ainsi de suite jusqu'à aboutir à une allocation optimale des ressources. Les pertes ainsi engendrées par de mauvaises anticipations représentent une partie du coût de l'information. Cependant, certaines personnes, les entrepreneurs, peuvent profiter de ce tâtonnement, et par conséquent accélérer la diffusion de l'information au sein du marché, grâce à une qualité rare appelée par Kirzner « alterness »¹⁵⁰. Pour illustrer ce mécanisme, il existe un exemple, repris dans de nombreux manuels d'économie, qui permet de schématiser ce processus d'acquisition et de diffusion de l'information.

¹⁴⁷ E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz Précis, 2005, p. 53 ; voir également M. GLAIS qui parle de dénaturation du modèle classique dans *Économie industrielle, les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1992, p. 218.

¹⁴⁸ M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc. p. 108.

¹⁴⁹ I. KIZNER, *Competition and entrepreneurship*, The University of Chicago Press, 1973, traduction en langue française : R. AUDOUIN, *concurrence et esprit d'entreprise*, Economica, 2005, p. 9 et s.

¹⁵⁰ Cela se traduit par « état de vigilance ».

62. Prenons un marché imaginaire sur lequel une entreprise A est disposée à vendre jusqu'à 20 oranges pour une quantité déterminée de pommes offertes par une entreprise B, elle-même prête à accepter en échange de ses pommes un nombre d'oranges supérieur à 10. Tant que A et B ignorent l'opportunité d'échange, il existe une possibilité de profit pour toute personne détenant cette information. En effet, cette personne, l'entrepreneur, peut acheter ses pommes à l'entreprise B pour un prix supérieur à 10 oranges puis les revendre à l'entreprise A pour un prix inférieur à 20 oranges. Ainsi, du fait de la concurrence que se livrent les différents entrepreneurs, les informations sur les possibilités d'échanges vont être diffusées et les participants vont obtenir les informations qu'ils étaient incapables de tirer de leur expérience. Le marché va arriver à une position d'équilibre stable et les participants n'auront plus besoin des entrepreneurs¹⁵¹ puisqu'ils auront une connaissance suffisante de leur environnement. L'apport de cet exemple est de démontrer que « *c'est aux acteurs du jeu concurrentiel qu'incombe la charge de diffuser l'information* »¹⁵².

63. Ce modèle de diffusion de l'information imaginé par Kirzner sera critiqué pour ne pas avoir tenu compte des obstacles qui existent en pratique à la diffusion de l'information¹⁵³. Toutefois, ces critiques ne font que souligner avec force le caractère impraticable du modèle néo-classique qui conduit à s'interroger sur les interprétations du concept de concurrence pouvant être utilisées en matière de politique juridique.

B/ La concurrence praticable

64. Dès lors que l'une des conditions de la concurrence pure et parfaite n'est pas satisfaite, la concurrence est dite imparfaite. Or, entre la concurrence pure et son antithèse, le monopole¹⁵⁴, il existe un nombre incalculable de formes de marché¹⁵⁵. Ainsi, il aurait été vain

¹⁵¹ L'entrepreneur peut être dit pur ou non en fonction d'une participation complémentaire au marché en tant que vendeur ou acheteur.

¹⁵² M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc. p. 110.

¹⁵³ Notamment la trop faible prise en compte de l'incertitude qui entoure les anticipations des participants.

¹⁵⁴ La théorie de la concurrence monopolistique, développée par E. H. CHAMBERLIN n'aura que peu de résonance en terme de politique économique car elle se fonde, comme la concurrence pure et parfaite, sur une analyse statique, dont nous avons expliqué la faiblesse pratique. Ce n'est qu'avec J. SCHUMPETER que l'analyse deviendra dynamique.

de chercher à dépasser le modèle néo-classique en tentant d'élaborer un référentiel capable d'englober l'ensemble des situations envisageables. Ce constat conduit à la nécessité de développer une vision de la concurrence réaliste qui servirait de modèle aux jurisprudences européenne et nationale.

65. La concurrence praticable développée par J. M. Clark¹⁵⁶ définit une méthode à l'attention des autorités de concurrence afin d'évaluer le degré de concurrence qui règne sur un marché. Il explique que lorsqu'une des conditions de la concurrence pure et parfaite n'est pas satisfaite, il faut, pour parvenir à un niveau de concurrence satisfaisant, amener un certain degré d'imperfection dans les autres conditions. La concurrence praticable est donc une question de degré¹⁵⁷. Pour séduisant qu'elle paraisse, la concurrence praticable conduit en définitive à analyser une situation de marché en émettant des jugements de valeur¹⁵⁸ sur un nombre bien trop élevé de critères¹⁵⁹, ce qui conduira certains auteurs à la qualifier d'« auberge espagnole »¹⁶⁰.

66. Plus tard, J. M. Clark va se rendre compte des lacunes de la concurrence praticable et proposer à sa place la notion de concurrence efficace¹⁶¹, qui intègre la dimension dynamique de la rivalité concurrentielle développée par J. Schumpeter, et permet de prendre en compte les bienfaits potentiels de certaines imperfections, notamment sur l'innovation. La concurrence efficace est, selon Fabrice Riem, « *une fiction juridique trompeuse indiquant que la concurrence doit être possible sur les marchés pour que les effets bénéfiques attendus se déploient* »¹⁶². Elle se définit comme la préservation par les autorités de concurrence d'une possibilité de faire concurrence sur un marché et doit donc être différenciée de la concurrence

¹⁵⁵R. FRANCESCHELLI parle d'un nombre plus élevé que celui des combinaisons de la loterie nationale italienne. *Concurrence, monopole et formes de marché au point de vue juridique*, RTDcom, 1967, p. 670.

¹⁵⁶J. M. CLARK, *Toward a concept of workable competition*, The American Economic Review, juin 1940.

¹⁵⁷A-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 238.

¹⁵⁸Certains critères sont d'ordre qualitatif alors que les économistes cherchent à aboutir à une analyse scientifique ; M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc. p. 10.

¹⁵⁹Dix-huit auteurs ont proposés plusieurs critères chacun, jusqu'à sept pour C. EDWARDS, rendant le concept difficilement exploitable et flou, M. GLAIS et P. LAURENT, préc. p. 11.

¹⁶⁰M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc. p. 10.

¹⁶¹J. M. CLARK, *Competition as a dynamic process*, Brookings Institution, 1961.

¹⁶²F. RIEM, *Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe l'œil*, RIDE, 2008, p. 67.

effective ou actuelle qui est celle qui est effectivement à l'œuvre sur un marché donné. La proximité de ces conceptions amène la jurisprudence, ainsi qu'une grande partie de la doctrine, à tenir ses expressions pour synonyme¹⁶³, si bien qu'il n'y pas lieu de développer plus avant cette distinction. Finalement, la concurrence praticable n'est qu'une liste de critères, développée à partir de la concurrence pure et parfaite, qui peut permettre d'évaluer la dose de concurrence souhaitable sur un marché au travers des différentes caractéristiques mises en évidence par les néo-classiques. Il s'agit donc d' « *un cadre concret qui ne peut être apprécié qu'à travers les données particulières de tel ou tel autre marché* »¹⁶⁴. En tout état de cause, « *aucun consensus ne s'est établi sur ce en quoi consiste la concurrence praticable, mais toutes les autorités de concurrence emploient en pratique une version ou une autre de ce concept* »¹⁶⁵.

67. Cette conception a été adoptée par la CJCE, dans son célèbre arrêt « *Metro* », qui explique que « *la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du traité CEE implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace (workable competition) c'est-à-dire d'une dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du traité, en particulier, la formation d'un marché unique réalisant des conditions analogues à celle d'un marché intérieur* »¹⁶⁶. De cette formule, désormais célèbre, il est possible d'extraire deux distinctions relatives à la notion de concurrence. Selon la première partie de cet attendu, la jurisprudence décide d'avoir recours au concept de concurrence praticable. La seconde partie de la citation évoque la réalisation des objectifs du traité ce qui fait référence à la notion de concurrence-moyen, qui doit être distinguée la concurrence-condition. Cette distinction étant principalement d'ordre politique nous ne la développerons pas ici¹⁶⁷.

¹⁶³ A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préc. p. 238.

¹⁶⁴ C. GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, 3^{ème} éd., 2008, LGDJ, p. 58.

¹⁶⁵ Glossary of statistical terms, OCDE, 2008 : « *No consensus has arisen over what might constitute workable competition but all bodies which administer competition policy in effect employ some version of it* ».

¹⁶⁶ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26/76, pt.20.

¹⁶⁷ La concurrence-moyen, concept choisi par l'UE, érige la concurrence en instrument permettant la réalisation d'objectifs, tel le marché unique, tandis que la concurrence-condition, choisie par le droit anti-trust, fait de la concurrence une fin en soi et semble moins enclin au compromis dans l'application des règles de concurrence. Pour une étude approfondie de la distinction voir : P. BONASSIES, *les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen*, in Études dédiées à Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983.

68. Le constat qui ressort de ce tour d'horizon est que ces visions de la concurrence sont très générales et ne nous permettent pas de nous faire une idée du rôle concret de l'information dans le processus concurrentiel. Fort heureusement, certains économistes ont décidé de focaliser leur attention sur l'influence de la structure de marché sur l'intensité de la concurrence, qui est un critère essentiel de l'analyse des échanges d'informations menée par en jurisprudence : c'est l'émergence de la concurrence oligopolistique.

Paragraphe 2 : La concurrence à l'aune de la structure : l'oligopole

69. Dans les années trente, les économistes vont s'intéresser plus particulièrement à la structure des marchés et à leur influence sur le processus concurrentiel. La structure qui va retenir principalement leur attention est l'oligopole dont E. Chamberlin va esquisser les premiers traits (A), avant que différents courants de pensée tentent de justifier les résultats obtenus (B).

A/ La concurrence oligopolistique

70. La définition de la situation de marché repose essentiellement sur le critère d'atomicité des participants, tant au niveau des offreurs que des demandeurs. Nous avons vu que la concurrence parfaite se définit, notamment, par une offre atomisée, ce qui signifie un nombre très élevé d'offeurs afin qu'aucun d'entre eux n'ait d'influence sur la fixation du prix¹⁶⁸. Ce pouvoir d'influence, appelé pouvoir de marché, est un élément central de l'analyse concurrentielle des marchés¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cf. supra, §1.

¹⁶⁹ Pour une synthèse de la théorie de la concurrence imparfaite voir J. GABSZEWICZ, *La concurrence imparfaite*, préc.

71. Ainsi, à l'opposé de la concurrence parfaite on trouve le monopole et ses déclinaisons. Tout d'abord, le monopole pur contredit l'hypothèse d'atomicité de l'offre puisque dans cette situation il n'y a qu'un vendeur sur le marché. Quant à l'hypothèse de transparence, on peut estimer qu'elle est respectée du côté de la demande alors qu'elle ne l'est pas forcément du côté de l'offre¹⁷⁰. En effet, l'entreprise en position de monopole peut disposer d'une connaissance technique innovante, d'un brevet, ou de compétences qui ne sont pas à disposition d'autres entreprises¹⁷¹ et qui à ce titre constituent des barrières à l'entrée¹⁷² du marché et contredit encore une fois le modèle de concurrence parfaite. Compte tenu de ces caractéristiques, le monopoleur est un *price-maker*¹⁷³ car il est libre de fixer son prix de vente, en tenant compte de la quantité qu'il souhaite écouler, à l'inverse des membres d'un marché parfaitement concurrentiel qui sont des *price-takers*¹⁷⁴.

72. Entre ces deux extrêmes que sont le monopole et la concurrence parfaite, se trouve une infinité de déclinaisons que l'on regroupe sous l'appellation d'oligopole ou de chaînes d'oligopoles. Cette forme de marché, qui est la plus répandue dans la réalité, se caractérise par un petit nombre de vendeurs¹⁷⁵. Il n'y a pas de nombre maximum précisément établi car le caractère oligopolistique d'un marché se détermine à l'aune de la notion difficilement quantifiable d'interdépendance oligopolistique. Sur un tel marché, les vendeurs ne sont pas anonymes les uns pour les autres¹⁷⁶ ce qui implique qu'ils peuvent adopter des stratégies d'action et de réaction de façon coopérative ou non. Ce phénomène mis en lumière par E. Chamberlin¹⁷⁷, connu sous le nom d'interdépendance oligopolistique ou encore de collusion tacite¹⁷⁸, a pour conséquence que les décisions de chacun influencent celles des autres et

¹⁷⁰ S. BEJEAN, C. PEYRON, *Microéconomie*, Dalloz, 2003, p. 263.

¹⁷¹ Ce qui comprend une information ou une compétence dont l'acquisition représente un coût prohibitif.

¹⁷² Ces barrières peuvent également être d'origine institutionnelle comme c'est le cas du monopole ferroviaire en France.

¹⁷³ Faiseur de prix.

¹⁷⁴ Preneur de prix, cf supra.

¹⁷⁵ Cela comprend également les situations dans lesquelles un petit nombre de gros vendeurs dominant le marché et les petits vendeurs restants, appelés « frange concurrentielle », sont contraints de s'adapter aux comportements des dominants.

¹⁷⁶ S. BEJEAN, C. PEYRON, *Microéconomie*, préc., p. 283.

¹⁷⁷ E. CHAMBERLIN, *The theory of monopolistic competition*, Harvard University Press, 1933.

¹⁷⁸ Ceci est le vocabulaire utilisé par les économistes tandis que les juristes préfèrent parler de parallélisme conscient de comportements car en droit l'idée de collusion renvoie à une entente, qu'elle soit tacite ou explicite.

modifient les conditions de marché¹⁷⁹. Cette interdépendance, peut déboucher sur des situations conflictuelles, notamment une guerre des prix, ou sur des situations collusoires, lorsque les entreprises décident de se concerter pour établir leurs stratégies. Ainsi, un équilibre non-coopératif émergera lorsque les firmes, conscientes de l'influence de leur décision sur le reste du marché, décident de leurs variables stratégiques de façon autonome et donc parfois agressive. Toutefois, même dans ce cas, il existera des réseaux de communication ainsi que des associations de défense des intérêts professionnels car, même sans volonté anticoncurrentielle, les entreprises sont obligées de s'échanger un minimum d'informations¹⁸⁰. À l'inverse, si les entreprises s'entendent pour maximiser leur profit joint alors l'équilibre est dit coopératif. Il apparaît que la distinction entre oligopole coopératif et non-coopératif est parfois très subtile pour les autorités de concurrence. Qu'elle que soit la stratégie adoptée, l'objectif est d'aboutir à un équilibre de Nash, c'est-à-dire une situation dans laquelle aucun des participants ne peut obtenir un gain supplémentaire par un changement unilatéral de stratégie¹⁸¹.

73. Ce modèle proposé par Chamberlin possède l'avantage de la simplicité mais fait l'objet de critiques notamment dues au fait qu'il ne dégage pas les conditions dans lesquelles cette interdépendance oligopolistique est susceptible d'aboutir à une collusion tacite préjudiciable¹⁸². Par la suite, les économistes ont tenté de justifier cette théorie.

B/ Les deux grandes écoles de pensée de l'oligopole

74. Du fait des lacunes de la théorie de la collusion tacite présentée par Chamberlin, des économistes vont tenter de justifier l'apparition de ce phénomène. Pour ce faire, certains vont passer par la voie de la structure (1°) et d'autres par celle du comportement (2°).

¹⁷⁹ Ce phénomène existe également sur les marchés de grand nombre dans certaines conditions mais il reste caractéristique des marchés de petit nombre, voir M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc., p. 133.

¹⁸⁰ M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc., p. 134.

¹⁸¹ M. GLAIS, *l'échange d'information : jusqu'où aller ?*, *Revue concurrence consommation*, sept/oct, 1994, p. 8.

¹⁸² N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, Bruylant, 2007, p. 21.

1°/ L'école de Harvard ou l'école structuraliste

75. Convaincus des excès opérés par les entreprises de grandes tailles du fait de leur immense pouvoir de marché¹⁸³, ces économistes cherchent à établir un lien, indirect¹⁸⁴ à la différence des néo-classiques, entre structure et pouvoir de marché. Ces auteurs¹⁸⁵ traduisent cette idée par le paradigme SCP qui veut que la structure¹⁸⁶ (S) détermine le comportement¹⁸⁷ (C) des entreprises et explique leurs performances (P). Il y a donc un lien de cause à effet¹⁸⁸ clair entre la structure de marché et la performance des entreprises. Ce courant de pensée va entraîner un durcissement de la politique antitrust américaine, et par ricochet, quelques temps après, de la politique de concurrence européenne, à tel point que ces économistes demanderont des mesures législatives positives de déconcentration. Apparaissant pour le moins excessives, elles ne seront jamais votées¹⁸⁹. Cette suspicion envers les structures de marché fortement concentrées, tel l'oligopole, est encore présente aujourd'hui dans la jurisprudence, européenne et française, et revient à poser des présomptions de caractère anticoncurrentiel de certains comportements en fonction du pouvoir de marché des firmes¹⁹⁰. En définitive, l'apport de ce courant structuraliste réside dans la recommandation de politique juridique formulée : surveiller de près les structures de marché concentrées.

76. Dans le cadre de notre étude, il nous revient d'explicitier le lien entre ces théories et la question de la circulation de l'information. En effet, nous verrons que la jurisprudence, européenne et nationale, présume du caractère anticoncurrentiel d'un échange d'information lorsqu'il est réalisé par des entreprises se trouvant sur un marché concentré. Ainsi, les juges présument du fait que ces entreprises ont un intérêt invouable à s'échanger des informations et que ce comportement collusif leur est suggéré par la structure du marché sur lequel elles évoluent. Nous retrouvons en filigrane le paradigme SCP de l'école structuraliste.

¹⁸³ Cette idée vient notamment de la défiance de certains économistes envers l'économie de marché du fait de la crise de 1929.

¹⁸⁴ E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, 2005, p. 42.

¹⁸⁵ Notamment E. S. MASON et J. BAIN.

¹⁸⁶ Concentration du marché, barrière à l'entrée,...

¹⁸⁷ Le fameux « pouvoir de marché déraisonnable » conduisant notamment à la fixation de prix débouchant sur des prix supra-concurrentiels.

¹⁸⁸ M-A. FRISON-ROCHE, M-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2006, p. 33.

¹⁸⁹ Voir N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 131.

¹⁹⁰ C'est notamment le cas en matière d'échanges d'informations, même si la jurisprudence ne va pas jusqu'à ériger la structure oligopolistique en condition pour la qualification d'échange d'informations anticoncurrentiel, voir nos développements infra.

77. Malgré l'influence, encore palpable aujourd'hui¹⁹¹, de l'école structuraliste sur les autorités de concurrence, certains économistes ont refusé ce lien de causalité entre la structure et le comportement et ont donc formulé des théories concurrentes.

2°/ L'école de Chicago ou l'école comportementaliste

78. Ces économistes marquent leur différence en proposant une relecture du paradigme SCP. Nous avons expliqué que, pour les économistes structuralistes, la structure concentrée dicte des comportements anticoncurrentiels qui conduisent à des performances anormalement élevées. Pour l'école de Chicago, les entreprises cherchent à accroître leur taille¹⁹² en vue d'améliorer leur efficacité économique grâce notamment à des économies d'échelle. En effet, H. Demsetz¹⁹³ explique que si les performances des entreprises, sur un marché concentré, venaient d'une politique de prix supraconcurrentiels alors les petites entreprises présentes sur ce marché devraient elles aussi bénéficier de profits supranormaux. Or, seules les grandes entreprises obtiennent de telles performances ce qui démontre que c'est bien la dimension de l'entreprise qui lui octroie l'efficacité nécessaire pour réaliser ces profits élevés. Ainsi, pour ces économistes c'est un comportement (C) efficace qui explique les performances (P) et ces dernières conduisent à une structure (S) concentrée par l'élimination des concurrents moins performants¹⁹⁴.

79. Forts de cette analyse, les économistes de l'école de Chicago estiment que le seul danger réside dans les comportements collusifs qui doivent donc être surveillés et sanctionnés, le cas échéant, par des injonctions de cessation et des amendes exemplaires. Aussi, ils recommandent aux pouvoirs publics de ne pas se préoccuper de la concentration des marchés, qui est pour eux source d'efficacité, mais seulement de surveiller le comportement des firmes présentes sur les marchés concentrés. Ces arguments vont être entendus aux Etats-

¹⁹¹ Notamment en matière d'échanges d'informations comme le précise M. GLAIS, *l'échange d'information : jusqu'où aller ?*, Revue concurrence consommation, sept/oct, 1994, p. 8.

¹⁹² En terme de parts de marché, et non de chiffres d'affaires, nombre d'employés,...

¹⁹³ H. DEMSETZ, *Industry structure, market rivalry and public policy*, Journal of Law and Economics, 1973, cité par M. GLAIS, *Économie industrielle, les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1992, p. 246.

¹⁹⁴ E. COMBE, *économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, p. 54.

Unis et seront à l'origine de ce que l'on appellera le « small antitrust »¹⁹⁵ qui consiste en une politique de la concurrence minimaliste¹⁹⁶. Selon certains auteurs, l'approche européenne, encore trop structuraliste, devrait évoluer vers cette approche moins sévère de l'école de Chicago¹⁹⁷.

80. Ainsi, les deux courants estiment que l'oligopole est potentiellement dangereux, or il est la forme de marché la plus répandue à l'heure actuelle¹⁹⁸. Toutefois, pour l'école de Harvard l'oligopole est nécessairement néfaste puisque il incite à la collusion, qui serait donc un phénomène de nature structurelle. À l'inverse, l'école de Chicago estime que l'oligopole est bénéfique, du fait de ses gains d'efficience, tandis que la collusion est un phénomène purement comportemental, ce que démontre le théoricien de l'oligopole, G. Stigler¹⁹⁹. Au vu de ces développements, on comprend que la jurisprudence ne fait pas tout à fait référence aux critères de la concurrence praticable tels qu'ils ont été dégagés par J. M. Clark mais à son idée selon laquelle l'analyse de différents paramètres d'une situation de marché permet de savoir si la « dose nécessaire » de concurrence y est présente. Toutefois, au lieu des critères dégagés par Clark, la jurisprudence « pioche » dans les différentes théories économiques afin d'adapter ces critères à chaque situation de marché²⁰⁰, poussant la théorie économique à affiner ces analyses afin de fournir à la jurisprudence des outils de plus en plus pointus. C'est pourquoi certains économistes, jugeant les courants structuralistes et comportementalistes caricaturaux, ont proposé d'analyser les marchés concentrés à l'aune de la notion de « comportement stratégique » afin de fournir des outils propres à analyser la concurrence en oligopole: c'est l'école de la nouvelle économie industrielle.

¹⁹⁵ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 133.

¹⁹⁶ Cette politique est confortée par la théorie des marchés contestables qui veut que dès lors qu'un marché ne présente pas de barrières à l'entrée, les entreprises présentes sont maintenues sous une pression concurrentielle par l'arrivée éventuelle d'un nouvel entrant.

¹⁹⁷ M-A. FRISON-ROCHE, M-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2006, p. 36.

¹⁹⁸ Voir notamment M. GLAIS, P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, préc. p. 151 ; N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, Bruylant, 2007, p. 17.

¹⁹⁹ G.J. STIGLER, *A theory of oligopoly*, Journal of political economy, Vol 72, 1964, p. 44.

²⁰⁰ C'est un élément de la casuistique qui permet d'avoir des bases économiques solides, tout en étant problématique pour la sécurité juridique.

CONCLUSION INTERMÉDIARE

81. L'augmentation de la transparence a un rôle de régulateur pour les nouveaux marchés et permet une intensification de la concurrence sur les marchés véritablement concurrentiels par l'information des consommateurs et d'éventuels nouveaux entrants. De plus, une meilleure connaissance du marché, notamment de la demande, permet souvent aux entreprises de réaliser une allocation optimale des ressources par un ajustement plus précis de l'offre. Toutefois, l'expérience a montré que la transparence engendre également une réduction de l'incertitude concurrentielle qui contredit le principe d'autonomie décisionnelle tiré de la jurisprudence européenne et qui atténue la pression exercée par la concurrence « cachée ».

82. La théorie économique nous enseigne que l'acquisition et la diffusion sont des procédés complexes mais surtout indispensables au bon fonctionnement des marchés. Longtemps aucune analyse concurrentielle des échanges d'informations n'était permise par la théorie qui ne voyait que des bienfaits à la circulation d'informations. Toutefois, l'analyse empirique des marchés a révélé que l'information pouvait devenir néfaste pour la concurrence, ce qui a poussé certains économistes à remettre en cause les hypothèses de la concurrence pure et parfaite afin d'être plus proche de la réalité des marchés. C'est grâce à ces recherches qu'ont pu être menées les premières analyses solides des échanges d'informations. Une ligne de démarcation importante semble apparaître à l'aune de la structure du marché. En effet, les écoles de Harvard et de Chicago nous enseignent que les principes de transparence et d'incertitude doivent être regardés à travers le prisme de la structure du marché. Ces économistes, particulièrement George Stigler, ont mis en évidence le phénomène d'interdépendance oligopolistique qui veut que les décisions des membres d'un oligopole influent fortement sur le comportement des autres entreprises présentes sur ce marché. À partir de cet état de connaissance, la « nouvelle économie industrielle » a mis en place des outils permettant l'analyse des échanges d'informations sur ces marchés concentrés, qui sont actuellement les plus répandus à travers le monde.

Chapitre 2 : Les outils jurisprudentiels

spécifiques aux échanges

d'informations : la nouvelle économie

industrielle

83. Il existe deux manières d'analyser l'impact économique d'un échange d'informations, selon que l'on se place dans un cadre statique, qui consiste en une étude de modèle à une seule période de type cliché photographique d'une situation à un moment donné²⁰¹, ou dans un cadre dynamique consistant en l'analyse des changements. D'une part, les modèles statiques, les plus anciens, étudient les incitations non-coopératives, c'est-à-dire en dehors de toute volonté de concertation, des oligopoleurs à s'échanger des informations lorsqu'ils se trouvent dans des situations d'incertitude. Cette littérature permet d'identifier les éventuels effets bénéfiques que peuvent avoir les échanges d'informations sur la concurrence. D'autre part, la littérature sur la collusion dynamique qui met en exergue, par le biais de la théorie des jeux répétés, le caractère de facilitateur de collusion des échanges d'informations, notamment en terme de coordination et de surveillance. Les autorités de concurrence accordent une place prépondérante à l'analyse dynamique ce qui justifie une vision négative des échanges d'informations et surtout peut conduire à sanctionner des entreprises dont les pratiques n'ont pas eu d'impact sur la concurrence, voire ont eu un impact positif. Ce risque de « faux positifs », particulièrement dommageable en période de ralentissement économique, justifie que certains économistes²⁰² plaident pour une plus grande prise en compte des enseignements de l'analyse statique.

²⁰¹ D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, Deboeck, 2^{ème} édition, 2008, p.11.

²⁰² Voir F. VENAYRE notamment dans *Échanges d'informations dans les oligopoles et politique de la concurrence*, Thèse de doctorat en sciences économiques, Montpellier, 2001 ; ou encore F. LÉVÊQUE, *Échanges d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? La jurisprudence John Deere vue par un économiste*, RDLC, n° 3, 2006, p. 33 ou encore X. VIVES, *Information sharing : economics and antitrust*, article issu de l'étude de l'autorité suédoise de concurrence intitulée *The pros and cons of information sharing*, 2006.

84. Aussi, est-il utile de présenter une synthèse des enseignements de la littérature statique (Section 1) avant d'explicitier en profondeur l'analyse dynamique (Section 2) puisqu'elle a la préférence de la jurisprudence, tant communautaire que française.

Section 1 : L'étude des incitations au partage de l'information: les modèles statiques

85. L'analyse statique des échanges d'informations étudie les incitations des firmes présentes sur un marché oligopolistique à partager des informations. Elle fait partie de l'économie de l'incertitude et de l'information et émerge en 1982 des travaux de W. Novshek et H. Sonnenschein²⁰³. L'intérêt de cette démarche, en matière de politique juridique, est de permettre le départ entre les échanges d'informations dictés par des considérations anticoncurrentielles et ceux qui ne le sont pas, afin de ne pas sanctionner des pratiques bénéfiques à la concurrence. Cette étude repose sur une analyse fine du type de concurrence oligopolistique présente sur le marché en cause²⁰⁴ (Paragraphe 1), qui, combinée à la nature des informations échangées, permet d'évaluer l'effet de l'échange sur la concurrence à travers la notion de bien-être (Paragraphe 2).

²⁰³ W. NOVSHEK, H. SONNENSCHNEIN, *Expectations Cournot Duopoly with information acquisition and release*, Bell Journal of Economics, 1982, 13, p. 214. Ces recherches sont effectuées dans le cadre d'un duopole mais sont valables également pour l'oligopole.

²⁰⁴ Voir notamment K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe community, p. 4 : « *the answer crucially depends on whether the monopolist chooses price or quantity* ».

Paragraphe 1 : La définition du type de concurrence : préalable à l'analyse des échanges d'informations

86. Afin de connaître les incitations des firmes au partage de l'information, il faut définir le type de concurrence qui règne sur le marché. Cette analyse fine des caractéristiques du marché est un des freins à l'utilisation des enseignements de la littérature statique par les autorités de concurrence²⁰⁵. En effet, il faut définir le type de concurrence présent sur le marché (A) ainsi que les caractéristiques des biens échangés (B).

A/ Les modèles oligopolistiques de concurrence : prix ou quantités

87. Dans un cadre oligopolistique, la rivalité concurrentielle peut se traduire principalement, soit par l'ajustement de la variable prix ou de la variable quantité²⁰⁶. En premier lieu, il existe le modèle Cournot²⁰⁷ qui consiste en une concurrence en quantités. Cela signifie que les entreprises vont déterminer la quantité qu'elles souhaitent vendre et le prix maximal de vente dépendra du niveau de demande. Le Professeur Lévêque utilise l'exemple de la concurrence sur le marché des producteurs de ciment²⁰⁸. Ainsi, ces derniers fixent la capacité de production de leur usine en anticipant le comportement de leurs concurrents et la demande des consommateurs. Cette capacité est fixée pour le long terme compte tenu des difficultés de réajustement de la production, ce qui implique l'utilisation de la variable prix. Ainsi, lorsque la demande est faible le prix de vente est bas et inversement.

88. En second lieu, la variable d'ajustement peut être la quantité, on parle alors de concurrence en prix ou de modèle Bertrand. Dans cette hypothèse, les entreprises fixent le

²⁰⁵ F. LÉVÊQUE, préc., cet auteur estime que cela est dû aux coûts de ces analyses.

²⁰⁶ Il existe également le modèle Stackelberg dit du « leader-suiveur » notamment, mais celui-ci n'est pas utilisé dans la littérature sur les échanges d'information selon le Pr Venayre, *Échanges d'informations dans les oligopoles et politique de la concurrence*, Thèse de doctorat en sciences économiques, Montpellier, 2001, p. 14.

²⁰⁷ Les expressions « concurrence à la Cournot » et « concurrence en quantité » sont considérées comme synonymes, les économistes parlent également du modèle de Cournot-Nash pour souligner l'apport de Nash sur la base des travaux de Cournot.

²⁰⁸ F. LÉVÊQUE, *l'impact du choix du modèle de concurrence sur l'analyse d'un échange d'informations*, microéconomix, 2008, p. 6.

prix de vente et les quantités vendues sont dictées par la demande. Ce type de concurrence est fréquent dans les industries disposant de coûts fixes relativement faibles permettant un ajustement de la production, tel un restaurant par exemple. Ce dernier décide des prix de sa carte puis sert tous les clients au même prix.

89. Selon certains économistes, le modèle Bertrand contient une plus forte incitation à l'entente²⁰⁹ mais dans le cadre de l'étude des incitations au partage de l'information il faut préciser la nature des biens afin de pouvoir déterminer le bien fondé d'une pratique d'échange d'informations.

B/ La nature des biens

90. Les résultats des études relatives aux incitations à l'échange d'informations sont dépendants de la nature des biens échangés sur le marché à analyser. Il existe différentes catégories de biens qui peuvent aider à l'analyse concurrentielle d'un marché.

91. Ainsi, dans le cas d'une concurrence en prix, un des déterminants de l'incitation non-coopérative à échanger des informations entre concurrents est le caractère substituable des biens. La substituabilité est la « *mesure dans laquelle les produits peuvent être considérés comme interchangeables du point de vue des producteurs ou des consommateurs* »²¹⁰. Ces biens répondent au même besoin pour le consommateur, ce qui lui permet de faire des choix, notamment en fonction du prix. Pour éviter une concurrence uniquement axée sur les prix, les firmes auront tendance à différencier horizontalement²¹¹ ou verticalement²¹² leurs produits de ceux de leurs concurrents. Lorsque des biens ne sont pas différenciés, ils sont dits homogènes et sont donc parfaitement substituables. Un autre déterminant important est le caractère complémentaire des biens. Celui-ci se définit comme la relation qui existe entre deux biens dont la consommation est associée, c'est-à-dire que ces biens doivent être consommés

²⁰⁹ D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, Deboeck, 2^{ème} édition, 2008, p. 278.

²¹⁰ Définition provenant du *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'UE*, rédigé par la Commission européenne, 2002.

²¹¹ La différenciation horizontale se fait par la création de variétés différentes, c'est une question de goût.

²¹² La différenciation verticale se fait par la modulation de la qualité des produits.

ensembles pour couvrir un besoin. Ainsi, la consommation de l'un agit directement sur celle de l'autre, comme c'est le cas, par exemple, pour une imprimante et des cartouches d'encre. Ces caractéristiques seront modulées en terme d'intensité pour les besoins de l'analyse.

92. Un autre facteur important est la corrélation des coûts, entendue comme la proximité des coûts de production des concurrents. Le Professeur Venayre²¹³ cite l'exemple de l'industrie de l'aluminium alimentaire dans laquelle les coûts sont particulièrement corrélés puisque la technique est la même pour tous, les matières premières sont peu nombreuses et identiques pour tous les producteurs

93. Au vu de ces éléments, la définition du type de concurrence semble claire. Cependant, à partir de l'affaire de l'affaire du marché anglais des tracteurs le Professeur Venayre démontre que la distinction est délicate à mettre en œuvre²¹⁴. Dans cette espèce, les producteurs de tracteurs du Royaume-Uni sont poursuivis pour avoir échangé des informations détaillées sur leurs ventes respectives. Lors des débats, les questions de la nature des biens et du type de concurrence ont été soulevées. Les firmes mises en cause expliquent que les tracteurs sont des produits hétérogènes car les constructeurs s'attachent à différencier leur produit pour s'attirer la préférence des utilisateurs, ce qui implique une forte concurrence autrement que par les prix. La Commission ne retient pas cette analyse, arguant du fait que le marché des tracteurs est un marché de renouvellement sur lequel la fidélité à la marque est importante. De plus, la Commission estime que ces produits sont substituables et donc que leur hétérogénéité est très limitée. Ainsi, les firmes estiment que les tracteurs sont des produits différenciés et que la concurrence entre eux ne s'exerce pas en prix alors que la Commission soutient qu'il s'agit d'une concurrence en prix pour un bien quasiment homogène.

94. De cette analyse ressortent plusieurs difficultés. Tout d'abord, la Commission qualifie les tracteurs de biens substituables pour rejeter l'argumentation en faveur de la

²¹³ F. VENAYRE, *Échanges d'informations dans les oligopoles et politique de la concurrence*, Thèse de doctorat en sciences économiques, Montpellier, 2001, p. 287.

²¹⁴ Démonstration basée sur la motivation de la décision de la Commission européenne, *UK Agricultural Tractor Exchange*, dans [1992] JO L 68/19 ; TPICE, *John Deere Ltd contre Commission des Communautés européennes*, T-35/92 ; TPICE, *Fiatagri et New Holland Ford contre Commission des Communautés européennes*, T-34/92 in F. VENAYRE, *Échanges d'informations : les jurisprudences française et communautaire à l'aune des prédictions théoriques*, Revue d'économie industrielle, Vol. 108. 4^{ème} trimestre 2004, p. 91.

différenciation. Toutefois, elle reconnaît ensuite que les biens sont hétérogènes. Or, si les biens sont hétérogènes alors les critères de différenciation doivent être pris en compte. En outre, se pose la question de la fidélité de la clientèle. La Commission explique que, du fait de l'importance de la fidélité de la clientèle aux marques, la concurrence sur ce marché est faible alors que la fidélité des consommateurs résulte des mécanismes de différenciation des produits ce qui contredit l'homogénéité alléguée précédemment. Au surplus, la Commission rejette l'importance de la fidélité lorsqu'il s'agit de déterminer le type de concurrence à l'œuvre sur le marché puisque cette fidélité est un argument qui va contre une concurrence en prix. À la suite de la Commission, le TPICE qualifie les tracteurs de biens homogènes en se basant sur une argumentation différente mais tout aussi discutable. En effet, celui-ci décide que « *la participation au système d'échanges d'informations en litige est seulement subordonnée à la qualité de constructeur ou d'importateur de tracteurs agricoles au Royaume-Uni, et non pas à telle ou telle catégorie de tracteurs agricoles, les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que la définition du marché de produits serait erronée et que les différents types de tracteurs ne seraient pas largement substituables* »²¹⁵. Le TPICE estime que le fait de participer à une association professionnelle implique nécessairement une homogénéité des biens des membres ce qui est pour le moins approximatif. Enfin, les juges tranchent en faveur d'une concurrence exclusivement en prix alors que selon le Professeur Venayre l'achat d'un tracteur s'inscrit dans la durée et ne peut dépendre uniquement du prix.

95. Ainsi, nous pouvons constater que la définition du fonctionnement concurrentiel du marché est parfois très délicate mais réalisable comme le rappelle le Professeur Vives lorsqu'il écrit que « *distinguer les marchés caractérisés par une concurrence en quantité ou en prix n'est pas simple mais pas non plus impossible* »²¹⁶. Toutefois, elle est essentielle puisqu'elle autorise une évaluation des échanges d'information à l'aune de la notion de bien-être, permettant de légitimer cette pratique lorsqu'elle relève d'une incitation non-coopérative.

²¹⁵ Jugement du TPICE, *John Deere*, préc. point 51.

²¹⁶ X. VIVES, « *distinguish markets characterized by quantity or price competition is not easy but not impossible* » in *Information sharing: economics and antitrust* article issu de l'étude de l'autorité suédoise de concurrence intitulée *The pros and cons of information sharing*, 2006.

Paragraphe 2 : Les effets de l'échange d'informations sur le bien-être

96. Le droit de la concurrence condamne les pratiques des entreprises lorsqu'elles portent atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché et par ricochet au bien-être²¹⁷. Cependant, il faut s'entendre sur la conception que l'on retient de la notion économique de bien-être²¹⁸. Les économistes distinguent le bien-être du consommateur de celui du producteur et nomment bien-être social l'addition des deux. Or, nous allons voir que parfois l'échange d'informations aura des effets positifs pour les producteurs et pas pour les consommateurs. Aujourd'hui, le débat reste abondant en théorie économique sur le point de savoir quelle est la conception qui doit être protégée en priorité par le droit de la concurrence. Toutefois, en accord avec la doctrine juridique majoritaire, nous estimons que le droit de la concurrence, communautaire et national, privilégie le bien-être du consommateur par le biais de l'efficacité économique²¹⁹, même si il tient évidemment compte du bien-être des firmes. À présent, nous pouvons présenter les incitations des firmes à échanger et les effets de ces échanges d'informations dans les modèles théoriques (A) avant d'envisager leur intérêt pour la jurisprudence (B).

97. Précisons que ces échanges ne seront viables et profitables que si les informations sont crédibles, ce qui suppose la présence d'un « tiers vérificateur » ou « tiers certificateur » qui sera le plus souvent une association professionnelle, et si la diffusion est exclusive, ce qui signifie que seuls les participants à l'échange bénéficient de l'information afin d'éviter qu'une

²¹⁷ Il existe un débat doctrinal fourni, notamment entre les ordo-libéraux et l'école de Chicago, sur les objectifs de la politique européenne de concurrence, voir notamment C. PRIETO, *Pouvoir de marché et liberté des entreprises : les fondements de la politique de concurrence*, D. 2006, p. 1603.

²¹⁸ Pour une définition claire du concept de bien-être voir N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 142 et s.

²¹⁹ Voir par exemple C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013, p. 206 ; C. GAVALDA, G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 2010, p. 255 ; L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2008, p. 21 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 49 et s. ; C. LEMAIRE, *Object vs. Effect after the modernisation of EU law : what has (or should have) changed ?* in *New frontiers of Antitrust*, 2012, Bruylant, p. 163 et spéc. p ; 176 ; voir toutefois CJUE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline*, C-513/06 qui a été interprété en doctrine comme un retour clair à l'approche ordo libérale par l'affirmation de l'objectif prioritaire de préservation de la structure des marchés face au bien-être des consommateurs : L. IDOT, Europe 2009, comm. 463 ; C. PRIETO, JDI, avril 2010, chron. 3 ; confirmé par CJUE, 17 février 2011, *Telia Sonera*, C-52/09, §22 : « En effet, [les règles de concurrence] ont précisément pour objectif d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien être dans l'Union. ».

firme dispose d'une information sans participer au coût de l'échange, ni fournir sa part d'information²²⁰.

A/ L'apport des modèles théoriques statiques

L'analyse statique des échanges d'informations distingue selon que l'incertitude subie par les firmes est relative à la demande (1) ou aux coûts de production (2).

1°/ L'incertitude commune sur la demande

98. Une des incertitudes principales à laquelle sont confrontées les entreprises est relative à la demande²²¹. À partir des caractéristiques exposées précédemment, nous allons pouvoir déterminer les incitations des oligopoleurs à échanger des informations. Ces incitations sont capitales dans l'analyse des échanges d'informations puisque si l'on découvre que dans telle situation les firmes sont incitées à échanger alors il n'y a pas de volonté collusoire et l'objectif n'est donc pas, a priori, la fixation en commun des variables stratégiques. Ces dernières sont fixées avec l'aide des informations obtenues mais de façon individuelle. À l'inverse, si l'analyse statique constate une absence d'incitation, l'échange d'informations ne peut être profitable pour les participants qu'au soutien d'une pratique anticoncurrentielle. L'incertitude sur la demande, c'est-à-dire le niveau réel de la demande des consommateurs, est qualifiée de commune car c'est une variable partagée par tous les membres de l'oligopole. La littérature statique permet d'affirmer que les échanges portant sur la demande sont très souvent favorables à la concurrence.

99. Ainsi, dans le cadre d'une concurrence en quantités, les firmes sont incitées dans plusieurs cas de figure à échanger des informations sur la demande. Or, une information sur la demande permet aux entreprises d'ajuster plus précisément leur production ce qui entraîne une meilleure allocation des ressources et donc une plus grande efficacité économique²²². Cependant, cette efficacité ne sera pas toujours profitable aux consommateurs. En effet,

²²⁰ Ce comportement dit de « free riding » annule toute incitation au partage, voir X. Vives cité dans thèse F. Venayre, préc. p. 13.

²²¹ La notion de demande est entendue au sens large, c'est-à-dire qu'elle comprend toute information qui permet de déduire la demande comme par exemple les commandes ou les ventes passées.

²²² L'efficacité est entendue ici comme le bien-être social, cf. supra.

lorsque la demande sera faible l'entreprise, qui en aura été informée, pourra baisser son niveau de production et ainsi maintenir ses prix à un niveau plus élevé que si elle n'avait pas été informée. En revanche, si la demande est plus élevée que celle qu'avait anticipée l'entreprise alors l'augmentation des quantités produites permettra d'éviter une envolée des prix due à la rareté du bien. Selon les Professeurs Kühn et Vives, le gain de bien-être obtenu par le consommateur en cas de demande élevée est supérieur à la perte subie lorsque la demande est faible²²³. Il semble que le partage d'informations sur la demande soit toujours profitable aux consommateurs dans le cadre d'une concurrence en quantités. Toutefois afin d'affiner ces résultats, il faut ajouter les critères relatifs aux biens.

100. Dans un oligopole Cournot, les firmes sont incitées à échanger lorsqu'elles produisent des biens complémentaires et également des biens substituables, à l'exception du cas où ces biens seraient très fortement substituables²²⁴. En terme de bien-être, l'échange se révélera profitable au bien-être des consommateurs, ainsi qu'au bien-être social, dans tous les cas sauf si les biens produits par les firmes atteignent un degré important de complémentarité.

101. En revanche, le mécanisme est différent lorsque la concurrence entre les firmes s'exerce, à titre principal, en prix. Dans un marché Bertrand, les firmes fixent leur prix de vente en fonction d'une anticipation du niveau de la demande ce qui implique que ce prix sera trop bas en cas de demande élevée et trop élevé en cas de demande faible. Ainsi, avec une meilleure anticipation due à l'échange d'informations l'entreprise pourra fixer un prix plus adapté qui sera profitable au consommateur en cas de demande faible et inversement en cas de demande forte. Cependant, la différence majeure avec le cas du marché Cournot est qu'ici la perte de bien-être subie par le consommateur en cas de demande forte est supérieure au gain réalisé en période de demande faible²²⁵. Ce constat laisse penser que le partage d'information sur un marché Bertrand est, dans l'ensemble, néfaste pour le consommateur.

102. De plus, l'ajout des critères relatifs aux biens confirme cette impression puisque les firmes sont incitées à échanger si elles produisent des biens substituables ou des biens

²²³ K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe, p. 7.

²²⁴ Voir tableau page 36 de K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc.

²²⁵ K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc., graphique p. 8.

complémentaires, sauf si ils atteignent un fort degré de complémentarité. En effet, leur bien-être augmente en toute hypothèse grâce aux phénomènes d'ajustement exposés ci-dessus. Toutefois, le bien-être des consommateurs diminue dans tous les cas de figure²²⁶.

L'échange d'informations sur la demande est donc quasiment toujours profitable dans le cas d'une concurrence en quantités alors qu'il ne l'est pas si la concurrence s'exerce en prix. La littérature statique s'est également intéressée au partage d'informations relatives aux coûts de production.

2°/ L'incertitude privée sur les coûts

103. De prime abord, échanger des informations sur les coûts semble plus dangereux car le coût est lié aux marges et aux prix, voire aux secrets de fabrication. En outre, ces éléments sont présents dans les ententes les plus graves, dites injustifiables. De plus, l'évaluation des incitations et de l'impact de ces échanges se complexifie nettement en comparaison des échanges portant sur la demande. Dans cette hypothèse, l'incertitude est privée ce qui signifie qu'elle n'est plus unique mais qu'il existe autant d'incertitudes que de firmes présentes sur le marché, ce qui a pour conséquence de créer des mécanismes d'interdépendance qui modifient les incitations à échanger. Ainsi, l'effet de précision du à l'échange, qui permettait aux firmes de s'adapter à la demande commune, se transforme en effet d'allocation qui se traduit par le souci de faire correspondre les décisions stratégiques et le niveau des coûts conduisant à une meilleure allocation des ressources sur le marché²²⁷. Cette complexité oblige à l'ajout de paramètres supplémentaires tels que la taille du marché ou le degré de corrélation des coûts.

104. Dans le cas d'une concurrence en quantités, les firmes sont toujours incitées à échanger leurs informations privées relatives aux coûts de production. Notons que certains économistes ont montré que ces incitations pouvaient être retournées en cas d'aversion au risque des entreprises²²⁸, mais l'impossibilité d'évaluer le degré d'aversion au risque d'une firme rend cette contribution inutile en terme de politique concurrentielle. En outre, il semble

²²⁶ Voir tableau page 36 de K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc.

²²⁷ Pour la démonstration et l'explication de ce phénomène voir F. VENAYRE, thèse préc., p. 65 et s.

²²⁸ Voir KAO et HUGUES, *Note on risk aversion and sharing of firm-specific information in duopolies*, 1993 cité dans F. VENAYRE, thèse préc., p. 115.

que la corrélation des coûts puisse avoir une influence sur ces incitations, sans toutefois conduire à leur extinction. En effet, il apparaît que les firmes voient leur incitation réduire fortement lorsque leurs coûts sont corrélés et ce, qu'elles produisent des biens complémentaires ou substituables.

105. Quant aux effets sur le bien-être, ils vont dépendre du nombre de firmes présentes sur le marché. Ainsi, la théorie économique nous enseigne²²⁹ que si l'échange sur les coûts se produit sur un marché comptant au moins neuf concurrents alors le bien-être des consommateurs augmente. Au delà de dix entreprises, ce résultat nécessite la combinaison de deux conditions supplémentaires et difficilement compatibles : une forte corrélation des coûts et des produits différenciés. Or, il est aisé de comprendre que plus des produits sont différenciés moins leurs coûts de production seront corrélés. Cependant, ces conditions permettent d'aboutir à une augmentation du bien-être des consommateurs à partir de vingt firmes sur le marché, ce qui a pour conséquence de réduire fortement le nombre de marchés sur lesquels l'échange d'informations sera favorable aux consommateurs²³⁰. En définitive, le partage d'informations sur les coûts dans un oligopole Cournot n'est directement profitable aux consommateurs que si le marché compte plus de dix firmes produisant des biens substituables et des coûts corrélés. En revanche, il est intéressant de remarquer que le bien-être social augmente dans tous les cas ce qui signifie que les firmes bénéficient de ces échanges en dehors de toute volonté collusoire.

106. Au sein d'un oligopole Bertrand, les entreprises ne sont quasiment jamais incitées à échanger des informations privées sur les coûts. Toutefois, certains auteurs ont réussi à dégager des situations dans lesquelles les firmes sont incitées. Ainsi, Sakai²³¹ démontre que dans l'hypothèse de biens substituables aux coûts fortement corrélés les firmes sont incitées à échanger sur leurs coûts de production. De plus, il explique que plus le nombre d'entreprises sur le marché est élevé plus les contraintes imposées à ces paramètres se réduisent, c'est-à-dire que les incitations seront présentes pour de faibles valeurs de ces paramètres.

²²⁹ Voir SAKAI et YAMATO, *Oligopoly, information and welfare*, Journal of economics, 1989, 49, p. 3-24, cité dans F. VENAYRE, thèse préc., p. 117.

²³⁰ En effet, les marchés regroupant au moins 20 firmes sont rares, voire quasiment inexistantes si on adhère à la thèse selon laquelle « les marchés de grand nombre ne représentent, en fait, que des chaînes d'oligopoles », M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 151.

²³¹ SAKAI, *Information sharing in oligopoly : overview and evaluation*, Keio Economic studies, 1991, cité dans F. VENAYRE, thèse préc., p. 114.

107. En terme de bien-être des consommateurs, l'impact d'un échange d'informations sur les coûts est toujours négatif sauf lorsque les firmes sont plus de neuf sur le marché et produisent des biens substituables avec des coûts corrélés. Cependant, à l'inverse de l'oligopole Cournot, le bien-être social diminue dans quasiment tous les cas, ce qui justifie une forte suspicion envers les échanges relatifs aux coûts de production dans le cas d'une concurrence en prix.

108. Nous venons de voir que la littérature statique sur les échanges d'informations est riche d'enseignements, ce qui pose la question de leur réception par les autorités concurrentielles.

B/ La place de l'analyse statique au sein de la jurisprudence

109. La jurisprudence ne laisse que peu de place à l'analyse statique relative aux échanges d'informations alors que nous avons vu que ces derniers n'étaient pas toujours dictés par une volonté collusoire et pouvaient générer des gains importants de bien-être pour les consommateurs. À ce titre, l'affaire de la téléphonie mobile est très intéressante à analyser.

110. Par une décision du 30 novembre 2005²³², le Conseil de la concurrence condamne les trois opérateurs de téléphonie mobile français à d'importantes amendes pour deux pratiques anticoncurrentielles, en apparence distinctes. En premier lieu, il est démontré que ces trois entreprises se sont entendues de 2000 à 2002 pour stabiliser leurs parts de marché respectives par le biais de ce qu'ils ont appelé « le Yalta des marchés »²³³. En second lieu, il leur est reproché d'avoir échangé régulièrement des informations entre 1997 et 2003 sur les ventes brutes, les résiliations et les ventes nettes. Or, de prime abord l'analyse du marché de la téléphonie mobile au regard de la théorie statique pourrait conduire à une remise en question de cette jurisprudence. En effet, le marché de la téléphonie mobile français peut être considéré comme un oligopole Cournot car l'opérateur fixe d'abord les quantités lors du déploiement de

²³² Décision du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, n° 05-D-65, CHAGNY M. CCE, n°5, 05/2006, comm.83; CCC, n°1, 01/2006, comm.9 ; LEHMAN J-P. Lexbase Hebdo éd affaires, 08/12/2005, n°193 ; IDOT L. Europe, n°1, 01/2006, comm.24 ; CLAUDEL E. RDLC, 2006, n°1, p.129..

²³³ Pt. 54 de la décision préc.

son réseau puis ajuste son prix en fonction de la demande. En outre, les informations sur les ventes passées permettent d'anticiper la demande future, particulièrement fluctuante sur ce marché²³⁴. Ainsi, selon les modèles étudiés ci-dessus, l'échange d'informations semble profitable au bien-être des consommateurs.

111. La Cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi²³⁵, estime que contrairement à ce que soutient Orange, « *il n'est pas exclu qu'un échange d'informations sur les ventes passées dans le cas d'une concurrence en quantités puisse produire un effet anticoncurrentiel, même s'il peut être favorable au consommateur dans certaines conditions* »²³⁶. Les juges semblent tenir compte des enseignements de la littérature statique mais ne les retiennent pas puisqu'ils déclarent l'échange anticoncurrentiel. Cette relégation au second plan de l'analyse statique est caractéristique de la jurisprudence, même si en l'espèce elle est totalement justifiée puisque dans cette affaire, une pratique anticoncurrentielle existe en parallèle, même si elle n'est pas concomitante, ce qui laisse une forte présomption de collusion. En effet, si l'échange en lui-même peut être considéré comme non-collusoire, grâce à l'analyse statique, l'accord de répartition des marchés incite, à juste titre, les autorités à considérer que l'échange d'informations permet la surveillance du respect de l'accord sur les parts de marché. Il est important de comprendre que les juges sanctionnent l'échange d'informations en tant qu'infraction à part entière, et non en tant qu'élément d'une entente sur les parts de marché, mais que l'existence de cette entente ne laisse que peu de place à une argumentation économique basée sur le caractère non-collusif des échanges.

112. En revanche, le Conseil de la concurrence a déjà appliqué sa vision dynamique à une espèce dans laquelle il n'y avait pas d'entente. Ainsi, dans l'affaire des palaces parisiens²³⁷, ces derniers se sont échangés un certain nombre d'informations et ont proposés des offres communes. Le Conseil reconnaît qu'il n'y a pas d'entente sur les prix qui résulterait des offres communes²³⁸, mais applique une vision dynamique pour condamner les hôteliers sur le potentiel collusif de l'échange d'informations. Même si il faut reconnaître qu'il aurait été

²³⁴ Décision préc., point 119.

²³⁵ Arrêt de renvoi suivant l'arrêt Cass. com. du 29 juin 2007 n° 07-10.303, 07-10.354, 07-10.397.

²³⁶ Arrêt de la CA de Paris du 11 mars 2009, n° 07-19.110.

²³⁷ Décision du Conseil de la concurrence du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, n° 05-D-64.

²³⁸ Décision préc., point 282.

difficile d'appliquer l'analyse statique à cette espèce²³⁹, le Conseil sanctionne la pratique sur le fondement de la théorie de la collusion dynamique en l'absence d'entente, ce qui paraît difficilement justifiable économiquement pour certains²⁴⁰. En effet, ces auteurs estiment qu'un échange d'informations ne devrait être sanctionné que lorsqu'il est adossé à une entente, tandis que les autorités de concurrence les sanctionne dès lors qu'il augmente le potentiel collusoire d'un marché.

113. Malgré leurs particularités, ces espèces demeurent caractéristiques de la vision dynamique faisant autorité en jurisprudence lorsqu'il s'agit des phénomènes d'échanges d'informations.

²³⁹ Le secteur du luxe ne correspond pas aux critères de fonctionnement classiques du marché tels que la concurrence en prix ou en quantités voir F. VENAYRE, *échanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels*, RLC, 2006.

²⁴⁰ *Ibidem*.

Section 2 : La vision dynamique sous-tendant

l'analyse des autorités de concurrence : la théorie

de la collusion tacite

114. L'Autorité reconnaît que l'analyse statique est utile pour évaluer les éventuels gains d'efficacité des échanges d'informations. Cependant, « *une autorité de la concurrence ne peut pas, en général, observer ni prouver ces caractéristiques* »²⁴¹.

115. À l'inverse, l'Autorité de la concurrence estime que la littérature dynamique sur la collusion offre « *des résultats simples et robustes, qui sont de nature à fonder un raisonnement juridique* »²⁴². En effet, la jurisprudence, communautaire et française, utilise la théorie de la collusion tacite pour sanctionner les pratiques concertées, telles que les échanges d'informations, en faisant apparaître le risque de facilitation de la collusion que ces derniers représentent. Cependant, il faut préciser que la jurisprudence fonde également sur la notion de collusion tacite sa doctrine de la domination collective²⁴³. En effet, « *du point de vue économique, la circonstance que la collusion soit explicite ou tacite est indifférente* »²⁴⁴. En revanche, pour le juriste la collusion explicite renvoie à l'ensemble du spectre des ententes, du cartel aux pratiques concertées, tandis que la collusion tacite, ou comportement coordonné, est un phénomène licite et est sanctionné s'il y a abus sur le fondement de l'abus de position dominante collective²⁴⁵. La proximité de ces notions est telle que certains estiment que

²⁴¹ P. CHONÉ, *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, RLC, n° 14, 2008, p. 197, l'auteur s'exprime en tant que Chef économiste au Conseil de la concurrence.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ La théorie de la collusion tacite sert également de fondement à l'analyse des effets coordonnés dans le cadre du contrôle des concentrations.

²⁴⁴ E. GLASER, *Conclusions sous arrêt CE n° 305903 du 31 juill. 2009*, *Revue juridique de l'économie publique*, n° 670, décembre 2009, comm. 51 ; voir également K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe community, p. 43.

²⁴⁵ Cette proximité peut faire craindre une sanction par le biais de l'abus de position dominante collective d'une entente oligopolistique, lorsque celle-ci s'avère difficile à prouver. Pour un tour d'horizon de la question voir E. AVENEL, N. DALEY, G. de MUIZON, *Position dominante collective : dépasser les critères Airtours en matière de contrôle a posteriori des pratiques anticoncurrentielles*, RDLC, n° 4-2011, p. 41 ; E. GARCIA-ROSADO, *Pratiques anticoncurrentielles*

l'application de la théorie de la collusion tacite remet en question la dichotomie qui existe entre l'entente et l'abus de position dominante²⁴⁶.

116. Ainsi, il est important de maîtriser les enseignements de la littérature sur la collusion tacite afin d'apprécier la jurisprudence relative aux échanges d'informations. Nous étudierons la collusion tacite en commençant par ses critères de caractérisation (Paragraphe 1) avant d'exposer les facteurs facilitant celle-ci (Paragraphe 2).

au sein des oligopoles : le lien entre les ententes et les abus de position dominante collective, RLC, 2005, n° 3 ; voir également nos développements infra Titre II, Chapitre II, Section II.

²⁴⁶ C. GUENOD, M. IDRI, *La théorie de la collusion tacite à l'épreuve des régulations sectorielles*, RDLC, n° 4- 2010 ou encore F. MARTY, *Incertitudes économiques et insécurité juridique : la notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes*, Document de travail de l'OFCE, n° 2007-20, juill. 2007, p. 4; E. GARCIA-ROSADO, *Pratiques anticoncurrentielles au sein d'oligopoles : le lien entre les ententes et les abus de position dominante collective*, RDLC, 2005, n° 3.

Paragraphe 1 : La caractérisation de la collusion tacite

117. La détermination des conditions de la collusion (B) passe par le biais de la théorie des jeux répétés (A).

A/ La théorie des jeux répétés

118. Il convient de présenter quelques notions indispensables (1) à la compréhension des applications de la théorie des jeux (2).

1°/ Les éléments de définitions de la théorie des jeux

119. Paul Krugman explique que « *quand les décisions de deux firmes ou davantage influencent significativement leurs profits respectifs, celles-ci sont en situation d'interdépendance. [...] L'étude des comportements en situations d'interdépendance est appelée théorie des jeux* »²⁴⁷. Cette conception de la théorie des jeux²⁴⁸ est celle qui va nous permettre d'étudier les interactions stratégiques entre oligopoleurs en « *formalisant les processus de conflit et de coopération* »²⁴⁹. La notion clé est celle de comportement stratégique qui est défini comme « *l'ensemble des décisions prises par l'entreprise dont le but est d'influencer l'environnement du marché pour augmenter son profit* »²⁵⁰.

120. Cette théorie constitue la première analyse dynamique de la concurrence au sein d'un oligopole²⁵¹ et sert aussi bien à analyser les oligopoles dits coopératifs, c'est-à-dire les situations qui vont des pratiques concertées aux cartels, que les oligopoles dits non-coopératifs, c'est-à-dire lorsque les entreprises agissent en toute indépendance pour maximiser leurs profits, en réduisant celui de leurs concurrents, mais tout en étant pleinement

²⁴⁷ P. KRUGMAN et R. WELLS, *microéconomie*, De Boeck, 2009, 2^{ème} édition.

²⁴⁸ La théorie des jeux est utilisée dans un grand nombre de domaines qui vont de la philosophie à la stratégie militaire, voir N. EBER, *Théorie des jeux*, Dunod, 3^{ème} édition 2013, p. 6.

²⁴⁹ D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, Deboeck, 2^{ème} édition, 2008, p. 5.

²⁵⁰ D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *op cit.*, p. 428.

²⁵¹ T. PENARD, *Collusion et comportements dynamiques en oligopole*, 1997, page personnelle université de Rennes.

conscientes de leur coexistence²⁵². La caractéristique principale d'un oligopole non coopératif est que les firmes ne sont pas en mesure de passer des accords²⁵³, notamment par respect du droit de la concurrence.

121. Dans le cadre de notre étude, les deux types d'oligopoles sont représentés. En effet, l'échange d'informations est souvent le révélateur d'une entente, ce qui correspond à un oligopole coopératif. Cependant, nous ne présenterons pas les jeux dits de coordination²⁵⁴ qui correspondent à ces situations car lorsque l'entente est démontrée il n'est pas nécessairement utile de faire appel à la théorie économique²⁵⁵. En revanche, lorsque il n'y a pas d'entente et que l'on se trouve donc en présence d'un oligopole non-coopératif, comme dans le cas des palaces parisiens²⁵⁶, l'échange d'informations est sanctionné en tant que pratique concertée pour son potentiel collusoire. Or, la démonstration de ce potentiel collusoire est réalisée au moyen de la théorie des jeux qui sert ainsi d'instrument de « preuve économique » en la matière.

122. Au delà, de l'apparence robuste de cette distinction il faut préciser que l'introduction de la notion de répétition du jeu permet de relier ces deux conceptions. Ainsi, la répétition d'un jeu non-coopératif permet l'émergence d'une solution coopérative dans laquelle chaque joueur choisit la coopération dans un but de préservation de ses propres intérêts sur le long terme²⁵⁷. Cependant, l'observation répétée conduisant à cet équilibre n'est pas nécessairement constitutive d'une entente s'il n'y a pas de communication permettant cette observation.

123. Les jeux peuvent se dérouler de façon dynamique ou statique. Ainsi, une foire est un exemple de marché à une seule période dans le sens où les commerçants qui y participent prennent leurs décisions stratégiques²⁵⁸ sans observer le comportement de leurs concurrents et

²⁵² D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc. Les auteurs expliquent que la distinction n'est pas tranchée et qu'il existe souvent un mécanisme de va-et-vient entre coopération et non-coopération.

²⁵³ Ces accords sont aussi bien ceux visant à se coordonner qu'à détecter les déviations,...

²⁵⁴ Pour une présentation synthétique de ce type de jeux voir N. EBER, op. cit., chapitre 4.

²⁵⁵ Sauf pour l'analyse de la stabilité des accords de cartels.

²⁵⁶ Décision du Conseil de la concurrence du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, n° 05-D-64.

²⁵⁷ F. VENAYRE, thèse préc. p. 156 ; Cette porosité qui apparaît aux yeux du juriste est indifférente à l'économiste et explique l'ambivalence du concept de dominance collective.

²⁵⁸ Fixation des prix, des quantités notamment.

ne peuvent pas réagir lorsqu'ils y sont confrontés lors de la foire. Ce type de jeu ne concerne qu'un petit nombre de marchés²⁵⁹ et ne laissent pas de place aux réactions de chacun relativement aux actions des autres. Aussi est-il nécessaire pour notre étude de procéder à des jeux répétés, c'est-à-dire sur un grand nombre de périodes, afin de retranscrire la complexité des interactions qui existent entre les concurrents. Par exemple²⁶⁰, une entreprise pourra décider de fixer sa production en fonction du comportement de ses rivales observé lors des périodes précédentes. Cette stratégie pourra aboutir à une coopération visant à produire moins durant les premières périodes afin de provoquer une augmentation des prix. Cependant, lors de la dernière période il risque d'y avoir conflit car les deux joueurs savent qu'ils ne pourront pas subir de représailles du fait de leur déviation puisque le jeu s'arrête à l'issue de cette période²⁶¹. Afin d'éviter la question de la dernière période, l'analyse de ces marchés se fait le plus souvent à horizon infini ce qui signifie que le jeu est censé ne jamais s'arrêter. Cette hypothèse correspond mieux à la réalité des affaires²⁶².

124. Enfin, la notion qui constitue la « pierre angulaire de la théorie des jeux »²⁶³ est celle d'équilibre de Nash. Ce dernier se définit comme un ensemble de stratégies tel qu'aucune entreprise ne peut obtenir un gain supplémentaire en changeant unilatéralement de stratégie. Dans cette configuration, aucune entreprise ne souhaite modifier son comportement stratégique. Cependant, la question de la détermination de l'équilibre de Nash est délicate. En effet, dans un jeu simple l'équilibre de Nash est unique et optimal en ce sens qu'il correspond à la configuration qui permet d'obtenir le gain maximum pour chacun des joueurs. En revanche, il arrive que l'équilibre soit sous optimal mais aussi qu'il existe une multitude d'équilibres potentiellement acceptables²⁶⁴. Au surplus, il apparaît très complexe, voire aléatoire, de distinguer un équilibre collusif d'un équilibre concurrentiel²⁶⁵.

²⁵⁹ C'est notamment le cas des marchés soumis à procédure d'appel d'offres.

²⁶⁰ Exemple tiré de D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc. p. 260.

²⁶¹ Ce type de jeux est aussi appelé super-jeux.

²⁶² N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, préc. p. 34.

²⁶³ N. EBER, *Théorie des jeux*, Dunod, 3^{ème} éd., 2013, p. 14.

²⁶⁴ Ce phénomène s'appelle le « folk theorem » et cette multiplicité d'équilibres possibles est un argument des économistes qui estiment que la collusion tacite n'est pas possible sans un minimum de communication entre les entreprises, cf infra et voir T. PÉNARD, op. cit. qui cite Friedman ou encore Howard et Stanbury.

²⁶⁵ Pour une revue critique des méthodes d'évaluation basées sur la comparaison entre les comportements observés et ceux attendus de firmes en concurrence voir E. AVENEL, N. DALEY, G. de MUIZON, *Position dominante collective : dépasser les critères Airtours en matière de contrôle a posteriori des pratiques anticoncurrentielles*, préc.

125. Grâce aux éléments présentés, nous allons pouvoir étudier les applications de la théorie des jeux permettant d'aboutir à la modélisation des interactions stratégiques au sein d'un oligopole.

2°/ L'application de la théorie des jeux aux marchés oligopolistiques : le dilemme du prisonnier

126. L'application la plus célèbre de la théorie des jeux est le dilemme du prisonnier²⁶⁶. Il traduit l'idée générale selon laquelle « *la confrontation des intérêts individuels ne débouche pas nécessairement sur l'optimum collectif* »²⁶⁷ et permet d'étudier les interactions d'entreprises non-coopératives. L'énoncé est simple : « Deux hommes, accusés d'avoir conjointement enfreint la loi, sont détenus séparément par la police. Chacun est informé que :

- Si l'un des deux avoue et que l'autre non, le premier aura une récompense (gain +1) alors que le second sera lourdement condamné (gain - 2).

- Si les deux avouent, ils subiront tous les deux une peine légère (gain - 1)

En outre, ils savent que si aucun des deux n'avoue, ils ne seront pas condamnés. La matrice des gains correspondante prend cette forme²⁶⁸ :

Joueur 2

Joueur 1

	Avoue (A)	N'avoue pas (NA)
Avoue (A)	- 1 ; - 1	+ 1 ; - 2
N'avoue pas (NA)	- 2 ; + 1	0 ; 0

127. La stratégie dominante, celle qui conduit à un équilibre de Nash, de ce jeu est le (A, A), c'est-à-dire que les deux avouent et écopent d'une peine légère. Le dilemme est clair :

²⁶⁶ Il tient son nom de la première présentation publique qui en a été faite par le mathématicien A. Tucker, dont nous nous inspirerons.

²⁶⁷ N. EBER, op cit.,p. 54. L'économiste dirait que l'équilibre de ce jeu est sous-optimal.

²⁶⁸ Les gains obtenus par le joueur 1 sont représentés en gras.

l'idéal aurait été que chacun garde le silence, mais, sans communication²⁶⁹, aucun d'eux ne prendra le risque de se taire en sachant que dans ce cas l'autre aurait intérêt à avouer. On constate que l'équilibre du jeu est bien sous-optimal. En effet, l'équilibre optimal aurait été le silence de chacun.

128. Nous sommes maintenant en mesure de transposer ce jeu afin d'étudier les interactions des firmes en situation d'oligopole, ce qui nous renseignera sur le risque de collusion²⁷⁰. En effet, la dynamique concurrentielle est un jeu dans lequel les entreprises prennent des décisions stratégiques pour maximiser leur profit. Les firmes ont le choix entre une stratégie de concurrence²⁷¹, comprenant notamment des réductions de prix ou encore des dépenses de communication, et une stratégie de collusion²⁷² dans laquelle elle vont maintenir leur niveau de prix voire l'augmenter. Les interactions qui en découlent prennent la forme suivante :

Entreprise A

Entreprise B

	Collusion	Concurrence
Collusion	3 ; 3	1 ; 4
Concurrence	4 ; 1	2 ; 2

129. L'analyse de ces résultats amène à penser que la stratégie dominante est la concurrence. En effet, si l'entreprise A adopte une stratégie de collusion la meilleure réponse pour l'entreprise B est de lui faire concurrence et si l'entreprise A opte pour la concurrence la meilleure option reste la concurrence pour l'entreprise B. Le droit de la concurrence prohibant

²⁶⁹ Nous sommes dans le cadre des jeux non-coopératifs donc aucune communication, ni a fortiori accord, n'est possible entre les joueurs.

²⁷⁰ Cette représentation et les données chiffrées qui l'accompagnent sont inspirées de celle de J. FAULL, A. NIKPAY (red.), *The EC law of competition*, 2^{ème} édition, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 28 et s.

²⁷¹ Cette stratégie correspond à la confession du dilemme du prisonnier.

²⁷² Cette stratégie correspond au refus d'avouer du dilemme du prisonnier.

les accords visant à mettre en place ou à soutenir une collusion, les deux firmes ne pourront pas s'entendre sur la stratégie de collusion qui serait la plus favorable pour elles, l'équilibre de Nash optimal. Le résultat semble surprenant lorsque l'on connaît la méfiance justifiée des autorités concurrentielles envers les structures oligopolistiques, puisque il correspond à une absence d'incitations à la collusion en oligopole. Cette inadéquation à la réalité va être surmontée par l'introduction de la notion de jeux répétés à horizon infini. Comme nous l'avons expliqué plus haut, c'est la répétition du jeu va faire basculer l'équilibre du jeu vers une stratégie de collusion et ce, pour deux raisons.

130. Premièrement, nous avons constaté que la stratégie de collusion est la plus profitable pour les deux mais que l'interdiction de communication entre les entreprises implique un défaut de confiance réciproque qui les empêche de coopérer. Les entreprises n'ont pas le pouvoir d'influencer la stratégie de leurs concurrents dans le sens de la collusion. Or, la répétition du jeu va permettre de contourner ce problème par la mise en place d'une communication indirecte²⁷³. En effet, les entreprises vont émettre des « signaux » afin de déplacer l'équilibre concurrentiel vers un équilibre collusif. Ainsi, une entreprise pourra décider de subir des pertes durant quelques périodes en réduisant ses quantités de production ou en élevant son prix afin de signaler à ses rivaux son intention de coopérer²⁷⁴.

131. Deuxièmement, la répétition à horizon infini du jeu va entraîner une réflexion à long terme de la part des participants, ce qui signifie que les gains obtenus grâce à une stratégie concurrentielle lors de la première période doivent être confrontés aux pertes subies lors de toutes les périodes suivantes. En effet, si lors de la première période une entreprise décide d'envoyer un signal collusif, avec un prix élevé par exemple, ses concurrents pourraient être tenté de jouer la carte de la concurrence afin d'accaparer une grande partie de la demande et de réaliser un profit important (8 dans notre exemple). Toutefois, cette stratégie conduirait à une situation de concurrence agressive au cours de toutes les périodes qui suivent²⁷⁵, avec pour conséquence une perte de profit (3 indéfiniment) alors que la collusion aurait permis un gain substantiel (5 indéfiniment). Cette riposte, par un retour à une stratégie concurrentielle,

²⁷³ D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc. p. 288.

²⁷⁴ Ibidem pour un exemple incluant les signaux par voie de tract.

²⁷⁵ Les concurrents n'auront plus confiance et donc un retour à la collusion semble peu probable même si certains économistes estiment que cela demeure possible, voir J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, pré., p. 258.

représente la notion de représailles qui est l'une des conditions essentielles à la stabilité de la collusion.

132. Après avoir décrypter la dynamique concurrentielle au sein des oligopoles, la théorie des jeux répétés à horizon infini fournit les instruments de preuve économique nécessaires à la démonstration de l'existence d'une collusion tacite.

B/ Les conditions de caractérisation de la collusion tacite

133. La théorie économique²⁷⁶ identifie quatre problèmes communs à toutes les ententes, explicites ou tacites²⁷⁷, qui doivent être résolus pour aboutir à une collusion. En sens inverse, ces quatre éléments représentent les conditions que doivent démontrer les autorités de concurrence lorsqu'elles souhaitent démontrer un risque de collusion²⁷⁸. Comme le suggère la célèbre citation de M. Levenstein et V. Suslow²⁷⁹, ces conditions peuvent être présentées en trois temps. Tout d'abord, les entreprises doivent se coordonner (1) puis lors de la phase d'exécution elles doivent être en mesure de détecter et punir les éventuelles déviations de la ligne de conduite : c'est la stabilité interne de la collusion (2). Enfin, la réalisation de ces coordinations nécessite un marché fermé : c'est la stabilité externe de la collusion (3). Nous exposerons ces conditions en précisant le rôle que sont susceptibles de jouer les échanges d'informations²⁸⁰.

²⁷⁶ Les travaux de référence en la matière sont ceux de D. ORR, P.W Mc AVOY, *Price strategies to promote cartel stability*, *Economica*, 32, 1965 ; et de D. K. OSBORNE, *Cartels problems*, *American Economic Review* 66, n° 5, décembre 1976.

²⁷⁷ T. PÉNARD, op. cit, p. 3.

²⁷⁸ Ces conditions sont celles utilisées dans le cadre du contrôle des concentrations horizontales. En revanche, il semble qu'en matière de contrôle a posteriori, relatif aux échanges d'informations, ces conditions soient alternatives et non plus cumulatives comme en matière de concentrations horizontales, voir Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux accords de coopération horizontale, JO C11 du 14 janvier 2011, p. 16, § 76 ; voir nos développements infra.

²⁷⁹ « *Upon its creation, a cartel immediately faces three key problems : coordination, cheating, and entry* », M. LEVENSTEIN, V. SUSLOW, *What determines cartel success ?*, *Journal of economic literature*, vol. XLIV, p. 43.

²⁸⁰ La théorie économique nomme ces conditions de la manière suivante : Compréhension (C1), Détection (C2), Punition (C3), Absence de contestation externe (C4). Les conditions C3 et C4 seront présentées ensemble par souci de simplification.

1°/ La compréhension mutuelle des termes de la coordination

134. La première difficulté va être de coordonner les politiques des participants alors que les entreprises sont censées prendre leurs décisions de façon individuelle dans le cadre d'un oligopole non-coopératif. Or, même dans le cas d'un cartel avec une communication très importante, la coordination est délicate car il existe plusieurs équilibres. Ainsi, l'anticipation du comportement des concurrents ne vient pas d'un aléa sur la demande ou sur les coûts mais de l'existence d'une multitude d'équilibres collusifs possibles²⁸¹. Les entreprises vont donc devoir procéder par tâtonnement en faisant varier leurs prix ou leurs quantités de production afin d'envoyer des signaux aux concurrents permettant d'aboutir à un référentiel commun²⁸². Or, ce tâtonnement est non seulement coûteux pour les entreprises mais aussi risqué. En effet, si une entreprise souhaite une augmentation du prix de marché elle va augmenter le sien, perdant ainsi des parts de marché en attendant les signaux en réponse de ses concurrents. À l'inverse, si elle réduit son prix pour signifier qu'elle souhaite voir baisser le prix, les concurrents peuvent interpréter cette baisse comme constitutive d'une agression concurrentielle et se lancer dans une guerre des prix. Or, cette recherche onéreuse combinée à la multiplicité d'équilibres rend la coordination extrêmement hasardeuse. En outre, même quand les membres se sont entendus sur une ligne d'action, celle-ci sera remise en cause par les modifications des conditions de marché, notamment des chocs d'offre et de demande²⁸³. Les économistes parlent de contrats incomplets pour désigner le fait que les entreprises ne peuvent pas prévoir l'ensemble des conditions économiques pertinentes lors de la phase de coordination²⁸⁴.

135. Afin d'éviter ce tâtonnement, les entreprises vont tenter de communiquer. En effet, de nombreux économistes estiment qu'une coordination purement tacite est peu vraisemblable²⁸⁵ malgré le fait qu'il n'ait jamais été démontré non plus que la communication est indispensable

²⁸¹ P. CHONÉ, *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, préc, p. 199.

²⁸² En économie, on parle de point focal.

²⁸³ Nous verrons que ces chocs posent également des problèmes lors de la phase d'exécution. Cf infra.

²⁸⁴ O. WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, New York : Oxford University Press , 1996 cité par P. CHONÉ, préc.

²⁸⁵ Voir T. PÉNARD, préc. p. 6 citant HOWARD, STANBURY, *Oligopoly power, co-ordination and conscious parallelism*, qui présentent une liste de sept conditions, permettant la collusion tacite pure, qu'ils qualifient d'hypothèses héroïques, ou encore P. CHONÉ, préc. qui écrit que « les échanges d'informations apparaissent indispensables pour résoudre le problème de coordination ».

à la collusion²⁸⁶. Les membres de la collusion vont pouvoir communiquer de façon indirecte ou directe. La communication directe effectuée dans le but de coordonner les politiques commerciales étant anticoncurrentielle par objet, elle n'entre pas dans le cadre de notre étude.

136. En revanche, le choix d'une communication indirecte présente l'avantage d'être, a priori, compatible avec le droit de la concurrence. En effet, la communication d'informations disponibles publiquement²⁸⁷, par exemple par voie de presse, par sondage ou même par le biais de régulateurs sectoriels²⁸⁸, n'est pas susceptible de constituer une infraction au droit des ententes²⁸⁹ sauf si les entreprises sont en mesure d'effectuer une analyse des données permettant d'en tirer des informations potentiellement anticoncurrentielles²⁹⁰. Le Conseil de la concurrence l'a exprimé clairement : « *dans la mesure où les informations échangées n'ajouteraient rien de déterminant par rapport aux informations déjà disponibles sur le marché, elles ne modifieraient pas la structure du marché et donc les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence* »²⁹¹. La communication peut être plus subtile encore comme le montre le Professeur Motta qui cite l'hypothèse d'un producteur qui annonce publiquement la fermeture d'unités de production afin de permettre à ses concurrents de mesurer précisément les quantités que celui-ci souhaite mettre en vente sur le marché²⁹². Ainsi, la communication d'informations sur les intentions futures, telles que des annonces de prix à l'avance, permet une coordination plus précise mais peut également être justifiée par une meilleure gestion des capacités de production ce qui implique que cette communication ne semble pas être anticoncurrentielle par objet.

²⁸⁶ P. CHONÉ, intervention dans cadre du séminaire Nasse du 7/07/2011 relatif aux échanges d'informations.

²⁸⁷ Encore faut-il s'accorder sur la notion d'information publique qui n'est pas spécifique à la coordination et sera donc traitée dans nos développements infra.

²⁸⁸ Voir C. GUENOD, M. IDRI, *La théorie de la collusion tacite à l'épreuve des régulations sectorielles*, RDLC, n° 4- 2010.

²⁸⁹ Voir TPICE, 30 septembre 2003, *Trans-Atlantic Conference Agreement « TACA »*, T-191/98 solution reprise dans Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontales de 2011, § 92.

²⁹⁰ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 607.

²⁹¹ Décision du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, 05-D-65.

²⁹² Voir M. MOTTA, *Competition policy – Theory and practice*, Cambridge Press University, 2004, p. 154.

137. Une question importante, afin de connaître le traitement réservé aux échanges d'intentions futures, va être celle de la crédibilité des annonces. Ainsi, lorsque la communication ne présente aucun engagement²⁹³ alors certains économistes pensent que la coordination n'est pas possible²⁹⁴. Cependant, la majorité de la doctrine économique ainsi que les autorités concurrentielles estiment que la coordination est parfaitement possible grâce au cheap talk²⁹⁵ comme l'atteste l'affaire *Airline Tariff Publishing (ATP) company*²⁹⁶. En l'espèce, la société ATP est une entreprise commune²⁹⁷ constituée entre toutes les compagnies aériennes américaines et ayant pour mission de collecter et conserver les tarifs affichés dans les systèmes centraux de réservation. Ainsi, les compagnies pouvaient annoncer des hausses de prix pour le futur par le biais de leur plateformes de réservation qui seront ensuite transmises aux concurrents par le biais d'ATP. Cette pratique est appelée *First ticketing date*. Or, lorsqu'elles constataient que les concurrents ne suivaient pas cette hausse elles pouvaient abandonner sans coût le prix proposé. Le Département of Justice a mis fin à cette pratique qui permettait d'éviter les coûts liés au processus de tâtonnement. On constate que le cheap talk, c'est-à-dire sans engagement vis-à-vis du consommateur, permet ici de se délier des annonces effectuées sans avoir à supporter les risques qui accompagnent normalement ce type d'annonces unilatérales.

138. La doctrine économique est divisée au sujet du traitement juridique de ce phénomène. Le Professeur Kühn estime qu'il faut interdire purement et simplement toute communication privée, et donc non contraignante, relative aux prix ou aux quantités²⁹⁸. Ce dernier estime que le cheap talk ne sert qu'à supprimer l'incertitude stratégique et que cette suppression a

²⁹³ On parle de cheap talk.

²⁹⁴ F. VENAYRE, thèse préc., p. 173.

²⁹⁵ K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe community, p. 54 ; ou encore P. CHONÉ, préc. p. 201 ; pour une démonstration expérimentale voir J. VAN HUYCK, R. BATTALIO, R. BEIL, *Tacit coordination games, strategic uncertainty, and coordination failure*, *American economic review*, 80, 1990, p. 234 déjà explicité supra Chapitre I.

²⁹⁶ *United States c/ Airline Tariff Publishing Co.*, 1994-2 Trade Cas.(CCH)70,687(D.D.C.1994); Cette affaire est tellement représentative que la Commission s'en est fortement inspirée pour illustrer le problème de la communication des intentions futures dans ses lignes directrices, voir Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale de 2011, § 105.

²⁹⁷ Le terme est souvent utilisé en anglais : joint-venture.

²⁹⁸ K. U. KÜHN, *Fighting collusion : regulation of communication between firms*, *Economic Policy*, vol. 32, 2001, p. 167, « *I suggest a prohibition of any private discussion of future output prices or production plans as a violation of Art. 81(1)* ».

nécessairement un effet anticoncurrentiel. Certains contestent cette analyse²⁹⁹ sur les deux points. En premier lieu, ils expliquent que le cheap talk sert également à transmettre des informations sur la demande ou sur les coûts³⁰⁰ qui peuvent être crédibles du fait de la répétition des interactions entre les entreprises alors que le Professeur Kühn jugeait que les entreprises préféreraient transmettre des informations mensongères. Il semble que la répétition puisse inciter les entreprises à ne pas mentir afin d'éviter des pertes à long terme dues aux représailles des concurrents trahis, mais cela suppose des possibilités de punitions qui ne sont pas présentes sur tous les marchés. En second lieu, le caractère automatiquement anticoncurrentiel de la réduction de l'incertitude est remis en cause par les modèles statiques qui démontrent que dans certaines circonstances les informations sur la demande et les coûts peuvent notamment permettre une meilleure allocation des ressources³⁰¹.

139. Malgré ces débats, la Commission européenne a adopté une position ferme à ce niveau. En effet, elle précise qu'« *il convient par conséquent de considérer les échanges, entre concurrents, de données individualisées concernant les futurs prix ou quantités envisagés comme constituant une restriction de la concurrence par objet* »³⁰². Ainsi, la Commission exclue tout gain éventuel du fait de ce type d'échange d'intentions puisqu'elle ajoute qu'il est très peu probable que ces pratiques puissent bénéficier d'une exemption au titre de l'article 101 § 3 du TFUE. La circonstance que le Professeur Kühn occupait alors le poste d'économiste en chef de la Direction Générale de la concurrence de la Commission n'est sans doute pas étrangère à cette prise de position. Cependant, dans sa définition des « futurs prix envisagés » elle ouvre une voie à ce type d'échange puisqu'elle explique que « *dans les cas spécifiques où les entreprises s'engagent pleinement à pratiquer à l'avenir les prix annoncés précédemment au grand public (prix qu'elles ne peuvent donc pas revoir), de telles annonces publiques de prix ou de quantités individuels futurs ne seraient pas considérées comme des intentions et ne seraient donc normalement pas considérées comme restreignant le jeu de la concurrence par objet* »³⁰³. Cette atténuation s'explique par le fait que si les entreprises s'engagent envers les consommateurs à pratiquer le prix annoncé alors

²⁹⁹ Voir notamment E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2005, p. 124 : « *les échanges d'informations sur les prix [...] futurs semblent théoriquement moins dommageables pour la concurrence dans la mesure où ils n'ont aucune valeur d'engagement* ».

³⁰⁰ Nous avons vu que ces informations pouvaient avoir des effets pro-concurrentiels, cf supra, Chapitre II, section I.

³⁰¹ Voir nos développements supra, Chapitre II, section I.

³⁰² Voir Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale de 2011, § 74.

³⁰³ Voir Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale de 2011, note 4, page 16.

ils subiront le coût de la recherche de l'équilibre. En effet, si l'entreprise annonce une hausse de prix et que ses concurrents ne la suivent pas alors cette entreprise va subir une baisse de ses parts de marché car les consommateurs vont se tourner vers les entreprises qui auront annoncé un prix plus bas. Ainsi, la théorie économique nous enseigne que l'engagement envers les consommateurs rétabli en partie les coûts du processus de tâtonnement et de ce fait justifie un regard moins critique de la part des autorités concurrentielles. Une fois les termes de la coordination fixés, il est nécessaire de pouvoir en contrôler la bonne exécution.

2°/ Le maintien de la stabilité interne de la collusion

140. Le maintien de la stabilité interne de la collusion, c'est-à-dire entre les participants, requiert de pouvoir surveiller la mise en œuvre de la ligne de conduite arrêtée mais également de pouvoir punir toute déviation qui rendrait la collusion moins profitable. En effet, toute stratégie concurrentielle, notamment une baisse secrète du prix, opérée par l'un des participants met en danger la stabilité de la collusion. La théorie des jeux répétés nous enseigne que la tentation de dévier de la ligne de conduite commune répond à un calcul simple : le profit retiré de la défection se mesure à l'aune de la perte des profits collusifs futurs³⁰⁴ puisque la tricherie de l'un des participants va entraîner une guerre des prix en représailles. Or, cette punition nécessite de pouvoir différencier une déviation d'un choc négatif de demande car tous les participants seraient perdants s'ils alliaient un choc de demande et une guerre des prix. En effet, dans le cas où les entreprises ne seraient pas en mesure de faire la différence entre une déviation et un choc de demande, elles se verraient obligées de se lancer dans une guerre des prix pour maintenir l'incitation à suivre la ligne commune³⁰⁵. La solution se trouve dans la surveillance des comportements des concurrents qui permet la détection³⁰⁶ des déviations et la punition du tricheur.

141. En premier lieu, les oligopoleurs doivent être en mesure de détecter rapidement et précisément toute déviation. En effet, un repérage tardif de la déviation laisse d'autant plus de

³⁰⁴ Voir nos développements supra.

³⁰⁵ E.J. GREEN, R.H. PORTER, *Non-cooperative collusion under imperfect price information*, *Econometrica*, janvier 1984, vol. 52, n° 1.

³⁰⁶ G. Stigler a été le premier à analyser le problème de la détection qu'il considère comme fondamental, voir G.J. STIGLER, *A theory of oligopoly*, *Journal of political economy*, Vol 72, 1964, p. 44.

temps au tricheur pour engranger des profits. La surveillance des concurrents est particulièrement caractéristique des situations collusives. Nous avons vu que l'échange de vues sur un marché pouvait servir la coordination mais également être proconcurrentiel puisqu'il offre aux opérateurs une meilleure connaissance du marché qui peut notamment se traduire par une meilleure allocation des ressources³⁰⁷. En revanche, la surveillance a posteriori des actions des concurrents est nettement plus suspecte car elle donne une crédibilité aux engagements des firmes. Ainsi, la théorie économique démontre qu'une concertation sur une hausse de prix ne sera néfaste pour la concurrence que si les entreprises sont tenues de suivre cette hausse³⁰⁸, cette contrainte étant la raison d'être des mécanismes de détection. Ce constat explique que certains économistes estiment que « *les pratiques facilitant l'exécution d'une collusion devraient faire l'objet d'une plus grande sévérité que les pratiques facilitant seulement la convergence de vue* »³⁰⁹. Selon le Professeur Pénard, l'idée est de rendre ses accords de coordination inopérants et éviter le risque de sanctionner des entreprises innocentes³¹⁰.

142. La détection des comportements déviants sera rendue possible par le degré de transparence du marché. Cette dernière peut être naturelle, c'est-à-dire intrinsèque au marché comme sur le marché boursier, ou résulter de l'action des pouvoirs publics, notamment dans le cadre de la régulation de certains marchés³¹¹ ou encore de l'obligation faite aux entreprises de publier leur comptabilité³¹². Cependant, le plus souvent elle résulte de pratiques mises en œuvre par les entreprises pour surveiller leurs concurrents dont la plus efficace est l'échange d'informations. Le Professeur Petit souligne l'importance de la sincérité des informations transmises pour l'effectivité de la détection³¹³. Il nous semble que le risque est atténué par la possibilité qu'ont les entreprises de procéder à des recoupements à partir de leurs propres

³⁰⁷ Voir analyse statique des échanges d'informations supra Section I du présent chapitre.

³⁰⁸ T. PÉNARD, *Les jeux répétés, un instrument de décision pour les autorités concurrentielles*, Revue économique, 1998, vol 49, n° 3, p. 746.

³⁰⁹ T. PÉNARD, préc. p. 746.

³¹⁰ On parle d'erreurs de type I, c'est-à-dire de sanctionner une entreprise dont la pratique n'est pas anticoncurrentielle en opposition à l'erreur de type II qui consiste en une absence de sanction envers une pratique anticoncurrentielle.

³¹¹ Voir supra nos développements relatifs à l'industrie du béton prêt à l'emploi, Chapitre I, section I.

³¹² G.J. STIGLER, *A theory of oligopoly*, préc. p. 47, l'auteur évoque la possibilité pour les coalisés de scruter leurs comptabilités respectives.

³¹³ N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc. p. 40, note 111.

informations et de bases de données publiques et, surtout, par la répétition des transactions qui incitent les oligopoleurs à maintenir une confiance réciproque.

143. Une détection rapide et précise requiert des participants à la collusion qu'ils s'échangent des informations récentes, individualisées, ou individualisables, et renseignant sur la variable choisie pour la coordination. En outre, cet échange doit couvrir une part importante du marché afin d'éviter que des entreprises ne prenant pas part à l'échange ne mettent en place des stratégies concurrentielles sans pouvoir être détectées. La jurisprudence fondatrice en la matière³¹⁴, du moins au niveau européen, est celle du marché anglais des tracteurs³¹⁵. Dans cette affaire, les producteurs de tracteurs exerçant sur le marché du Royaume-Uni se sont échangés, par le biais d'une association professionnelle, des informations récentes et individualisées sur les ventes et les parts de marché des huit principaux acteurs de ce marché, représentant 87 à 88% du marché³¹⁶. Le prix n'étant pas une variable pertinente de coordination, du fait d'un système de négociation personnalisée de type enchère, les producteurs avaient opéré un partage géographique du marché sur la base de leurs positions historiques. Ce découpage s'appuyait sur les codes postaux afin de faciliter la détection des tricheries. En effet, au sein des informations diffusées figuraient l'identification du vendeur ainsi que le code postal de l'acheteur ce qui permettait de savoir si le vendeur avait respecté son territoire. En outre, la CJCE invoque une diffusion « *selon une périodicité rapprochée* »³¹⁷, condition indispensable à une détection rapide dont nous avons expliqué l'importance. Ce système présente donc les caractéristiques de précision, grâce à l'individualisation des données, et de célérité propre à permettre une détection effective.

144. Au niveau français, l'exemple emblématique est l'affaire de la téléphonie mobile³¹⁸. Dans cette espèce, les trois opérateurs français, représentant l'intégralité du marché, se sont

³¹⁴ P. CHONÉ, intervention dans le cadre du séminaire Nasse du 7/07/2011 intitulé *Les échanges d'informations*.

³¹⁵ Décision de la Commission du 17 février 1992, *UK Tractor Registration Exchange*, 92/157/ CEE ; les arrêts du TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere*, T-35/92 et 27 octobre 1997, *Fiatagri et New Holland Ford*, T-34/92 ; ainsi que les arrêts de la CJCE, 28 mai 1998, *John Deere*, C-7/95P, et 28 mai 1998, *New Holland Ford*, C-8/95P.

³¹⁶ CJCE, *John Deere*, préc., point 3.

³¹⁷ CJCE, *John Deere*, préc., point 7.

³¹⁸ Décision du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, n° 05-D-65 ; CA Paris 12 déc 2006, n° 2006/00048 CLAUDEL E. RTD Com, 2007, p.47 ; RDLC, n° 1, 2007, p.82 ; BACCICHETTI E. LPA, 10/04/2007, n°72, p.12 ; GRANDVUILLEMIN S. JCP E, n°6, 08/02/2007, 1179 ; CHAGNY M., JCP

échangés des informations relatives aux ventes passées. Or, ce marché était déjà caractérisé par une transparence importante du fait de la diffusion d'informations par le régulateur du marché, l'ART³¹⁹, sous la forme d'un « observatoire du mobile » publié tous les mois puis tous les trimestres à partir d'avril 2000. Cependant, seules les ventes nettes étaient diffusées par le régulateur, ce qui ne permettait pas la surveillance de l'accord de répartition du marché. En effet, sur ce marché « *la transparence des prix est gênée par la multiplicité des formules d'abonnements et de cartes pré-payées, l'existence de multiples options qui permettent de différencier les offres, la fréquence des mises sur le marché de nouvelles offres et l'existence de plusieurs réseaux de distribution susceptibles d'accroître encore la différenciation des offres, l'observation de l'évolution des ventes brutes est le seul indicateur capable de renseigner de façon synthétique sur « l'effort concurrentiel » fait par les concurrents* »³²⁰. En effet, les seules ventes nettes ne suffisent pas à connaître l'action des opérateurs puisqu'en fonction du nombre de résiliations ceux-ci ont pu gagner de nouveaux clients sans que cela apparaisse. La transparence « naturelle » du marché, du fait de l'ART, n'était pas suffisante pour surveiller le respect de l'accord. Les opérateurs se sont donc échangés tous les mois leurs chiffres, individuellement, relatifs aux ventes nettes, aux ventes brutes ainsi qu'aux résiliations afin d'être en mesure de différencier un choc de demande négatif d'une politique agressive menée par l'un d'entre eux, ce qui correspond au critère de précision de la jurisprudence *John Deere*. De plus, les opérateurs ont maintenu une périodicité d'un mois entre chaque transmission, ce qui correspond à l'objectif de rapidité de la détection. Cet échange d'informations est donc caractéristique de la surveillance du respect d'une ligne de conduite permettant la mise en œuvre de représailles.

145. En second lieu, la stabilité interne d'une collusion nécessite la possibilité de punir toute entreprise déviante³²¹. Grâce, à un mécanisme de détection tel que nous l'avons décrit la

G, n°4, 24/01/2007, II 10012; CCE, n°2, 02/2007, comm. 26; CCC, n°1, 01/2007, comm. 16; Cass. com. du 29 juin 2007, n° 07-10.303, BOY L. RLDA, 2007, n° 20; BAZEX M. BLAZY S.CCC, n°8, 08/2007, comm. 209; CHAGNY M. CCE, n° 9, 09/2007, comm. 108; PRIETO C. JCP G, n°37, 12/09/2007, II 10153; CLAUDEL E. RTD Com, 2007, p.707; CHEVRIER E. D 2007, p.1953; SELINSKY V. RLDA, 2007, n° 13; ARHEL P. LPA, 06/03/2008, n°48, p. 3 ; Gaz Pal, 25/08/2007, n°237, p.26; DEBROUX M. RDLC, n° 3, 2007, p.87.

³¹⁹ Devenue l'ARCEP le 7 septembre 2004.

³²⁰ Décision du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, n° 05-D-65, point 210.

³²¹ « *No conspiracy can neglect the problem of enforcement* », G.J. STIGLER, *A theory of oligopoly*, préc. p. 46.

punition pourra être rapide³²² et individualisée ce qui permet une plus grande efficacité et évite d'alourdir le coût des représailles pour les participants. Quant à la punition elle-même, elle doit être suffisamment crédible et sévère pour remplir sa fonction dissuasive³²³. Tout d'abord, elle doit être crédible ce qui implique que les membres de la collusion soient en mesure de punir le tricheur. La punition la plus courante consiste en un retour à l'équilibre concurrentiel du fait d'une guerre des prix. Concrètement, la punition va dépendre du mode de concurrence puisque dans une concurrence en prix il faudra baisser le prix alors que dans une concurrence en quantités il faudra augmenter les quantités produites. Cependant, nous avons vu que, dans le cas d'une concurrence en quantités, il existe de fortes contraintes de capacité³²⁴. Afin de crédibiliser les représailles, certaines entreprises vont jusqu'à constituer d'importants stocks qui n'ont d'autre utilité que la dissuasion. La punition peut également prendre la forme d'une campagne de dénigrement³²⁵. D'après le Professeur Motta, tout comportement concurrentiel agressif peut représenter une punition³²⁶. Quelle que soit la forme choisie³²⁷, les représailles sont coûteuses aussi bien pour l'entreprise punie que pour celles qui la mettent en œuvre, ce qui implique que la santé financière de ces dernières revêt une grande importance en terme de crédibilité. Quant aux échanges d'informations, ils renforcent indirectement la punition grâce à leur rôle dans la détection et permettent d'éviter des situations absurdes dues au manque de transparence telles que des guerres de prix mises en œuvre à la suite d'un choc de demande négatif.

146. La punition doit, ensuite, être sévère. Un calcul, en apparence simple, peut être effectué : une sanction dissuasive doit engendrer, pour le tricheur, des pertes plus importantes que les profits réalisés par la déviation. Les représailles seront dissuasives lorsque sera mise en œuvre une stratégie de prix prédateurs ou une guerre de prix intense et durable mais les économistes sont divisés sur le point de savoir si un simple retour à la concurrence est une punition suffisamment sévère³²⁸. En outre, la punition peut constituer un retour à la

³²² Il faut préciser que dans le cas d'un marché basé sur des contrats à long terme, les représailles seront tardives malgré une détection rapide ce qui posera un problème en terme de dissuasion.

³²³ L'accord entre les entreprises sur le mode de punition s'appelle en économie un code pénal.

³²⁴ Voir nos développements supra, Chapitre II, section I.

³²⁵ Pour un exemple de punition alliant différentes techniques voir D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc. p. 289.

³²⁶ M. MOTTA, préc. 139.

³²⁷ D'autres méthodes existent sûrement et comme l'explique les auteurs les meilleures méthodes de réussite restent peut-être secrètes, voir D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc. p. 218.

³²⁸ Voir N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc. p. 39.

concurrence définitif, appelée stratégie de la gâchette³²⁹, ou temporaire, appelée stratégie de la carotte et du bâton³³⁰. La stabilité interne étant assurée, il est nécessaire que la collusion ne soit pas remise en cause par des acteurs extérieurs.

3°/ La stabilité externe de la collusion

147. La stabilité externe peut être menacée par des entreprises souhaitant entrer sur le marché mais aussi parfois par des clients. Un marché collusif ayant pour objectif la réalisation de profits supraconcurrentiels, il est de ce fait attractif aux yeux des entreprises extérieures. La libre entrée apparaît donc comme « *le principal obstacle à la collusion* »³³¹. En effet, cette menace d'entrée est à l'origine d'un paradoxe puisque une industrie collusive sans barrière à l'entrée va être moins profitable que certaines industries concurrentielles du fait de son attractivité³³². Sans barrières à l'entrée, des entreprises entrantes peuvent se placer en dessous du prix collusif et réaliser d'importants profits³³³ ou encore désirer faire partie de la collusion³³⁴. Il est donc souhaitable qu'existent sur le marché des obstacles à l'arrivée de nouveaux concurrents. Cette notion est controversée et difficile à définir précisément³³⁵. La Commission européenne la définit comme l'ensemble des « *facteurs qui empêchent ou entravent l'entrée d'entreprises sur un marché donné* »³³⁶. Ces facteurs peuvent être d'ordre

³²⁹ Aussi appelée stratégie du déclic, *trigger price*, et définie par J. FRIEDMAN, *A non-cooperative equilibrium for supergames*, Review of economic studies 38, 1-12, 1971.

³³⁰ L. FLOCHEL, *Les échanges d'informations, le point de vue de l'économiste*, RDLC, n° 2, 2011, p. 5.

³³¹ T. PÉNARD, *Collusion et comportements dynamiques en oligopoles : une synthèse*, page personnelle Université de Rennes, 1997, p. 3, l'auteur précise cependant que la collusion est possible sans barrière à l'entrée grâce à un système de punition dégressives appliquées aux nouveaux entrants voir J. HARRINGTON, *Collusion and predation under (almost) free entry*, International Journal of industrial organization, n° 7, p. 381.

³³² T. PÉNARD, *opcit.*

³³³ On parle, en économie, de comportement de « franc-tireur », qui réalise une contestation directe.

³³⁴ Ce qui aurait pour conséquence de la rendre moins profitable et moins stable, on parle de contestation indirecte.

³³⁵ Voir Étude thématique de l'Autorité de la concurrence, *les barrières à l'entrée*, 2006 ; ou OCDE, *Barrières à l'entrée*, 6 mars 2006, DAF/COMP (2005)42 qui présente huit définitions ; R. P. McAFEE, H. M. MIALON, M. A. WILLIAMS, *What is a barrier to entry ?*, American Economic review paper and proceedings, mai 2004.

³³⁶ Définition provenant du *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'UE*, rédigé par la Commission européenne, 2002 ; on retrouve la même approximation dans la définition chez les économistes car il existe de nombreuses tentatives de précisions mais aucune n'a fait l'objet d'un consensus, voir notamment D. W. CARLTON, J. M.

« naturel »³³⁷, économique³³⁸ ou encore règlementaire³³⁹ et même comportemental³⁴⁰. Il faut préciser que le concept de barrières à l'entrée comprend celui de barrières à la sortie. En effet, si l'installation sur un marché engendre des dépenses importantes et irrécupérables au moment d'une éventuelle sortie, les entreprises seront moins incitées à entrer³⁴¹.

148. De plus, sur certains marchés la collusion court le risque d'être contestée par les clients des coalisés. Ainsi, les clients représentant une part substantielle du marché, ou plusieurs qui se regroupent pour bénéficier d'une plus grande puissance d'achat, peuvent remettre en question le niveau supraconcurrentiel des prix par leur pouvoir de négociation ou encore menacer de financer l'entrée d'un franc tireur sur le marché³⁴².

149. Quant aux échanges d'informations, ils peuvent jouer le rôle de barrière à l'entrée par la discrimination qu'ils sont capables d'opérer³⁴³. En effet, un échange d'informations commerciales sensibles peut procurer un avantage décisif pour les entreprises parties à l'échange ce qui conduirait, si celui-ci couvre une partie suffisamment importante du marché, à une éviction anticoncurrentielle des concurrents actuels ou potentiels³⁴⁴. Ce privilège informationnel provient le plus souvent d'un droit de propriété intellectuelle³⁴⁵ ou encore d'une position dominante historique³⁴⁶. Afin d'éviter cette restriction, certains échanges

PERLOFF, *économie industrielle*, préc. p. 124 ; ou encore N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc. p. 47.

³³⁷ Les appellations d'origine, la rareté des ressources, notamment.

³³⁸ Notamment des coûts d'installation très élevés indispensables à la réalisation d'économies d'échelle.

³³⁹ Notamment des autorisations administratives, le nombre limité de fréquences dans le cas des télécommunications, un brevet pour lequel il faut préciser que même lorsqu'une autorité de concurrence oblige le détenteur du brevet à concéder une licence à un entrant, le prix de la licence est lui aussi une forme de barrières à l'entrée.

³⁴⁰ Une campagne de communication massive ou encore toutes les pratiques d'éviction sanctionnées par l'abus de position dominante, pour des exemples voir Étude thématique de l'Autorité de la concurrence, 2006, préc., p. 148.

³⁴¹ Voir D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc. p. 125.

³⁴² N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc., p. 41.

³⁴³ Pour une analyse économique de la question voir K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc. p. 101 et s.

³⁴⁴ Voir Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale de 2011, § 69 et s.

³⁴⁵ Voir par exemple la Décision du Conseil de la concurrence du 31 mars 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Code Rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles n° 04-D-09.

³⁴⁶ Voir par exemple la Décision du Conseil de la concurrence du 13 juillet 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, Pages Jaunes Groupe et Pages Jaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par internet n° 06-D-20.

d'informations ont pu être qualifiés d'essentiels, au sens de la théorie des facilités essentielles, et donc être ouverts aux concurrents actuels ou potentiels³⁴⁷.

150. Ainsi, le maintien de la stabilité, aussi bien interne qu'externe, va permettre à la collusion de prospérer. Afin de permettre la détection de ce phénomène, les économistes ont recherché les facteurs propices à la collusion qui sont autant d'indices pour les autorités concurrentielles.

³⁴⁷ Cette qualification repose sur trois conditions cumulatives et relativement restrictives issues de la jurisprudence *Magill*, CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission (« Magill »), C-241/91P et C-242/91P.

Paragraphe 2 : Les facteurs facilitant la collusion

151. L'importance de la théorie de la collusion tacite en matière de politique de concurrence a donné lieu à de nombreuses études ayant pour but d'identifier les facteurs propices à la collusion. Les échanges d'informations étant sanctionnés sur le fondement de la collusion tacite il faut être en mesure d'évaluer ce risque. Or, « *on ne peut se faire une idée correcte de la probabilité d'une collusion sur le marché étudié que si l'on a pris en considération tous les niveaux et tous les facteurs collectivement* »³⁴⁸.

152. Nous les présenterons, sans prétendre à l'exhaustivité³⁴⁹, selon une classification comprenant les facteurs intrinsèques au marché (A) et les facteurs extrinsèques au marché, puisque dus au comportement des acteurs (B)³⁵⁰.

A/ Les facteurs intrinsèques au marché

Quant aux facteurs intrinsèques au marché, il convient de distinguer les facteurs relevant de l'offre (1) de ceux relevant de la demande (2) avant d'arriver à des facteurs plus globaux (3). Ces facteurs seront présentés dans un ordre inspiré par les travaux de référence sur le sujet³⁵¹.

³⁴⁸ E. KANTZENBACH, E. KOTTMANN, R. KRÜGER, *New industrial economics and experiences from european merger control: new lessons about collective dominance*, Study for European Commission, Hamburg, 1995, p. 6.

³⁴⁹ Pour une étude complète voir notamment M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE, *The economics of tacit collusion*, Final report for DG competition, European commission, March 2003 ; ou encore OCDE, *Oligopole*, oct. 1999, DAFPE/CLP(99)25.

³⁵⁰ Le Professeur PETIT remarque que cette classification épouse les contours des règles de concurrence avec le contrôle des concentrations pour les facteurs intrinsèques au marché et les pratiques anticoncurrentielles pour les facteurs comportementaux, N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc. p. 45 ; cependant, il est essentiel de les présenter car ils font tous partie de l'analyse économique des échanges d'informations menée par les autorités de concurrence et ont une influence déterminante sur le résultat de cette analyse, cf infra.

³⁵¹ Voir notes ci-dessus et N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc. pour une présentation plus accessible aux juristes.

1°/ Les facteurs relevant de l'offre

a) La concentration de l'offre

153. La concentration de l'offre est un élément primordial. En effet, comme nous l'avons vu, ces phénomènes d'interdépendance et de collusion tacite apparaissent dans les oligopoles dont l'élément principal de définition est le degré de concentration de l'offre. Malgré un recul de ce critère dans l'évaluation du risque de collusion tacite dans certains pays³⁵², il reste l'élément indispensable à l'émergence de ces phénomènes. La concentration du marché s'entend du nombre d'entreprises actives sur un marché, plus le degré de concentration est élevé moins les entreprises sont nombreuses. Pour simple qu'il paraisse, le calcul de la concentration d'un marché ne saurait se réduire au comptage des entreprises présentes mais doit absolument inclure les parts de marché de chacun des opérateurs afin de rendre compte fidèlement du risque de collusion³⁵³. Quant à la définition d'un nombre d'entreprises « plafond », au-delà duquel la collusion serait impossible, aucune étude n'a permis de le déterminer précisément³⁵⁴.

154. La concentration du marché a une influence positive sur la probabilité d'une collusion. Ainsi, une concentration élevée facilite la compréhension mutuelle et réduit les incitations à dévier de l'accord grâce à une grande profitabilité due au partage des profits entre un petit nombre d'entreprises. En revanche, certains économistes ont démontré, dans un cas

³⁵² OCDE, *Oligopole*, préc., p. 59, notamment les États-Unis qui se concentrent de plus en plus sur la notion de « contestabilité » du marché.

³⁵³ Il existe deux techniques d'évaluation du degré de concentration d'un marché le ratio de concentration (CR) et l'indice Hirschman-Herfindhal (IHH) qui est celui qui est utilisé par les autorités de concurrence en Europe ; pour une comparaison voir E. COMBE, préc. p. 344.

³⁵⁴ Voir R. STELEN qui considère que lorsqu'il y a plus de cinq entreprises sur un marché il est intéressant de rester en dehors d'une éventuelle entente alors que cette dernière est profitable lorsque le marché comprend moins de 5 entreprises, R. STELEN *A simple model of imperfect competition : when four are few and six are many*, International Journal of Game Theory, 1973, n° 2 ; ou encore du même avis L. PEEPERKORN : « *when there are four firms or less in a market the likelihood of collusion will be 1 while this likelihood drops to close to 0 when the number of firms becomes six or more* », citation extraite du discours intitulé *Competition Policy Implications from Game Theory: an Evaluation of the Commission's Policy on Information Exchange*, 1996, p. 7 ; voir cependant F.M SCHERER et D. ROSS estiment que le risque diminue sur les marchés présentant plus de 12 entreprises, F.M SCHERER, D. ROSS, *Industrial market structure and economic performance*, 3^{ème} édition, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990 ; enfin, S. BISHOP et M. WALKER estime que le risque de collusion est faible lorsque si le contrôle de 50% du marché nécessite la coordination de plus de quatre entreprises, S. BISHOP, M. WALKER, *The economics of EC competition law : concepts, application and measurement*, 2^{ème} éd. , 2001, point 7.30.

particulier, qu'une grande concentration atténue la sévérité des punitions, puisque les entreprises sont peu nombreuses à mettre en œuvre les représailles, et incite donc à dévier de l'accord³⁵⁵. Selon le Professeur Pénard, « *la collusion est donc plus difficile à soutenir lorsque les firmes sont peu nombreuses ou au contraire très nombreuses* » et le risque le plus élevé se trouve dans une concentration intermédiaire³⁵⁶.

b) La pression concurrentielle

155. Les conditions d'entrée sur un marché reflètent la pression concurrentielle qui s'exerce sur les opérateurs en place. Il faut ajouter la notion de barrières à l'expansion qui représente les difficultés rencontrées par les entreprises de la frange concurrentielle dans leur développement³⁵⁷. Or, comme nous l'avons expliqué, la stabilité d'une collusion dépend grandement de la présence de barrières à l'entrée sur le marché³⁵⁸, malgré le fait que certains économistes aient démontré que la collusion est possible sur un marché avec libre entrée³⁵⁹.

c) La symétrie de l'offre

156. La symétrie entre des entreprises correspond à l'idée d'une ressemblance qui peut s'exprimer en terme de coûts, de capacités, de parts de marché etc. Ainsi, par exemple, une intégration verticale peut permettre d'homogénéiser les coûts et donc de faciliter la compréhension mutuelle entre les coalisés sur les prix qu'ils souhaitent pratiquer³⁶⁰. À l'inverse, toute asymétrie sera de nature à inciter à la déviation³⁶¹. Une entreprise qui aurait un

³⁵⁵ Il s'agit de BROCK et SCHEINKMAN dont les travaux sont cités par T. PÉNARD, *Structures de marché et pratiques collusives : une approche par la théorie des jeux répétés*, Économie rurale, Vol. 277, n° 1, 2003, p. 80-98.

³⁵⁶ T. PÉNARD, *opcit.*

³⁵⁷ Voir OCDE, *Oligopole*, préc. p. 60 ; la « frange concurrentielle » représente les petites entreprises qui évoluent en marge des principaux membres de l'oligopole.

³⁵⁸ Voir nos développements supra.

³⁵⁹ Voir notamment J. HARRINGTON, *Collusion and predation under (almost) free entry*, préc., l'auteur résout le problème en appliquant des punitions dégressives aux nouveaux entrants.

³⁶⁰ Voir OCDE, *Oligopole*, préc., p. 62.

³⁶¹ Sauf une symétrie en terme de taille avec une entreprise leader puisque la collusion tacite peut fonctionner par le phénomène du *price leadership* par lequel la collusion se fera au niveau de prix pratiqué par l'entreprise dominant le marché.

coût inférieur à celui des autres serait tentée de baisser secrètement son prix. De même, une asymétrie en terme de parts de marché inciterait l'entreprise la plus faible à dévier³⁶².

d) La nature de la concurrence

157. Dans un marché de biens substitués, les profits issus d'une concurrence en prix sont toujours plus faibles que dans le cas d'une concurrence en quantités. Le Professeur Pénard en déduit que la concurrence sur les prix renforce la sévérité des punitions basées sur la stratégie du déclic tout en offrant des profits plus élevés en cas de déviation³⁶³. Cependant, l'application numérique démontre que l'effet déviation l'emporte sur l'effet punition ce qui rend les oligopoles Bertrand moins favorables à la collusion car l'incitation à la déviation sera plus forte que la dissuasion due à la sévérité de la punition³⁶⁴.

e) Les capacités excédentaires de production

158. La littérature économique nous enseigne que l'excès de capacité de production peut constituer une barrière à l'entrée³⁶⁵ et est favorable à la collusion puisqu'il permet de crédibiliser les représailles. En effet, une déviation pourra entraîner une production importante qui, une fois mise sur le marché, constituerait une punition sévère³⁶⁶. Cependant, les entreprises qui disposent de capacités excédentaires sont tentées de les utiliser pour dévier de la ligne de conduite commune, a fortiori si les coûts d'entretien de ces moyens de production sont élevés³⁶⁷. En revanche, si tous les coalisés disposent des mêmes surcapacités³⁶⁸ ces dernières sont bénéfiques à la stabilité de la collusion³⁶⁹. Ce constat

³⁶² E. DARGAUD, *Mise en œuvre de la politique de concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations horizontales*, thèse de doctorat soutenue à l'Université Lumière-Lyon II le 7 décembre 2007, p. 138.

³⁶³ T. PÉNARD, *Structures de marché et pratiques collusives : une approche par la théorie des jeux répétés*, *Économie rurale*, Vol. 277, n° 1, 2003, p. 80-98.

³⁶⁴ *Ibidem* et E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, opcit, p. 123.

³⁶⁵ T. PÉNARD, *Structures de marché et pratiques collusives : une approche par la théorie des jeux répétés*, *Économie rurale*, Vol. 277, n° 1, 2003, p. 80-98.

³⁶⁶ La même analyse peut être faite relativement à la constitution de stocks, à la différence qu'ils représentent une punition d'une ampleur limitée à la quantité stockée.

³⁶⁷ N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc. p. 48.

³⁶⁸ On parle de symétrie.

justifie, qu'une fois encore, la majorité des économistes estiment que les capacités excédentaires de production ont un effet ambigu sur la collusion³⁷⁰.

f) Les contacts multi-marchés

159. Les contacts multi-marchés, c'est-à-dire la présence des mêmes entreprises sur plusieurs marchés, sont reconnus comme un facteur facilitant la collusion³⁷¹. Cet effet a été démontré par de nombreuses études empiriques³⁷² et permet même d'exporter les capacités d'entente de marchés porteurs de collusion vers d'autres qui ne le sont pas³⁷³ en favorisant la compréhension mutuelle des entreprises et en compensant les difficultés rencontrées sur un marché par les facilités présentes sur un autre.

160. En outre, les contacts multi-marchés influent sur la stabilité interne de la collusion. Ainsi, les punitions seront plus sévères, puisque mises en œuvre sur plusieurs marchés, mais parallèlement les déviations sont plus profitables. Cependant, il semble que l'effet punition l'emporte le plus souvent sur l'effet déviation³⁷⁴. Enfin, les contacts multi-marchés augmentent la fréquence des interactions entre les opérateurs ce qui, nous le verrons, est un facteur favorable à la collusion.

³⁶⁹ E. DARGAUD, *Mise en œuvre de la politique de concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations horizontales*, thèse de doctorat soutenue à l'Université Lumière-Lyon II le 7 décembre 2007, p. 139.

³⁷⁰ Voir notamment M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc., p. 44, E. DRAGAUD, thèse préc. p. 139.

³⁷¹ M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc., p. 48 ; ou T. PÉNARD, préc. , qui précise, toutefois, la seule hypothèse contraire qui consiste en des firmes et des marchés symétriques et une technologie à rendement constant.

³⁷² Pour une étude du marché américain de la téléphonie mobile voir P. M. Parker, L.-H. Röller, *Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger*, *The American Economic Review*, 1997, n° 75, p.219-227 ; ou pour le secteur aérien voir W. N. Evans, I.N. Kessides, *Living by the 'Golden Rule': Multimarket Contact in the U.S. Airline Industry*, *Quarterly Journal of Economics*, 1994, n° 109, p. 341-366.

³⁷³ T. PÉNARD, *Structures de marché et pratiques collusives : une approche par la théorie des jeux répétés*, préc.

³⁷⁴ *Ibidem*.

2°/ Les facteurs relevant de la demande

a) La croissance de la demande³⁷⁵

161. S'agissant de la baisse de la demande, correspondant à une période de déclin, il semble qu'elle ait une influence négative sur les possibilités de collusion du fait du manque de sévérité des représailles due à la faiblesse du marché³⁷⁶. De plus, les perspectives de profits étant faibles les entreprises sont incitées à dévier de l'accord³⁷⁷. À l'inverse, la croissance de la demande offre des perspectives attractives dont aucun des coalisés ne souhaite se priver, ce qui incite à la collusion afin de profiter à plein de la demande attendue. En revanche, certains estiment que si la demande croît alors les firmes sont incitées à être agressives pour capter la nouvelle demande³⁷⁸. Ce point de vue est appuyé par le fait que la collusion future attendue par les entreprises a de grandes chances d'être contestée. En effet, un marché en croissance, ne disposant pas de barrières à l'entrée, va attirer de nouveaux entrants qui vont rendre le marché moins attractif pour les opérateurs déjà en place³⁷⁹. Il semble difficile de se faire une idée claire de l'impact de ce facteur sur la collusion.

b) La stabilité de la demande

162. La stabilité de la demande facilite la détection des déviations. En effet, dans cette hypothèse une baisse de la demande subie par une entreprise est, de façon quasiment certaine, due à une déviation de la part d'un des coalisés, selon le principe des vases communicants. Ainsi, les entreprises, conscientes de ce phénomène, n'ont pas intérêt à dévier car cela déclencherait immédiatement une guerre des prix. Par ailleurs, la coordination est facilitée car, sans évolution de la demande, il est aisé de s'entendre sur un maintien des positions acquises. À l'inverse, une demande xle, qui varie beaucoup, laisse les coalisés dans le flou

³⁷⁵ L'étude de référence est celle de J. HALTIWANGER, J. E. HARRINGTON, *The impact of cyclical demand movements on collusive behavior*, Journal of economics, 1991, n° 22, p. 89-106.

³⁷⁶ E. DRAGAUD, thèse préc. p. 140.

³⁷⁷ M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc., p. 27.

³⁷⁸ E. DRAGAUD, thèse préc. p. 140.

³⁷⁹ M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc., p. 28.

quant à l'origine de cette baisse. La résolution de cette difficulté est l'un des principaux intérêts d'un système d'échanges d'informations dans la soutenabilité d'une collusion³⁸⁰.

c) L'élasticité de la demande

163. L'élasticité représente la réaction de la demande face à une variation de prix³⁸¹. Elle est à l'origine d'une critique formulée à l'encontre de la théorie des jeux. En effet, nous avons vu que cette théorie part du principe que l'entreprise qui baisse son prix capte l'ensemble de la demande. Or, si cette dernière est inélastique alors une baisse de prix n'entraînera qu'un faible mouvement de la demande et l'incitation à dévier sera très faible, voire négative. Cela apparaît très nettement si l'on utilise la représentation du dilemme du prisonnier en supposant une faible élasticité-prix de la demande³⁸² :

		<u>Entreprise A</u>	
		Collusion	Concurrence
<u>Entreprise B</u>	Collusion	5 ; 5	4 ; 3
	Concurrence	3 ; 4	2 ; 2

164. Quant à son influence sur la collusion, elle est ambiguë³⁸³ lorsque la demande est élastique. Une demande fortement élastique incite à dévier car le tricheur espère des profits immédiats importants, du fait de la captation d'une grande partie de la demande. Toutefois, le même mécanisme abouti à une punition très sévère. À l'inverse, une faible élasticité, due par

³⁸⁰ Voir nos développements supra.

³⁸¹ L'élasticité-prix de la demande dépend de nombreux paramètres, voir D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc. p. 111.

³⁸² Les valeurs sont à comparer avec celles obtenues supra sans prendre en compte l'élasticité-prix de la demande ; les valeurs utilisées sont issues de N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc. p. 33.

³⁸³ M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc., p. 50.

exemple à la fidélité de la clientèle, participe de la stabilité de la demande et améliore grandement la soutenabilité de la collusion³⁸⁴.

d) La puissance d'achat compensatrice

165. Nous avons vu qu'une puissance d'achat importante de la demande permet une contestation de la collusion par les clients. En effet, des acheteurs importants peuvent augmenter la profitabilité d'une déviation en dirigeant l'ensemble de leur demande vers l'entreprise qui leur accordera une réduction³⁸⁵ ou encore menacer de s'intégrer verticalement.

3°/ Les autres facteurs intrinsèques au marché

a) La transparence du marché

166. La transparence est un facteur déterminant de la collusion³⁸⁶. Elle s'entend ici de la dimension horizontale de la notion qui correspond à l'accès rapide et gratuit aux informations relatives aux actions des concurrents³⁸⁷, ce qui correspond principalement aux prix pratiqués mais peut s'étendre à toutes les décisions stratégiques prises par les firmes. Cette définition doit comprendre non seulement ce qui est directement observable par les firmes mais aussi tout ce qu'elles pourraient déduire des données de marché disponibles³⁸⁸. Il s'agit de la

³⁸⁴ M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc., p. 51. Pour un exemple jurisprudentiel de la difficulté de prise en compte de ce critère voir le débat généré par l'affaire des Palaces parisiens, Décision n° 05-D-64, préc. et le commentaire de A-P. WEBER, *Hôtels parisiens, sanctions et cohérence*, Lexbase Hebdo éd. Affaires, n° 196, 5/01/2006 confirmé par CA Paris, 26 septembre 2006, n° 2005/24285, WEBER A-P Lexbase Hebdo éd. Privée, n°233, 26/10/2006 ; CLAUDEL E. RTD Com, 2007, p.43. ; SABATHIE E. D 2007, p. 198 ; BACCICHETTI E. LPA, 10/04/2007, n°72, p.11 ; SIBONY A-L, JCP G, n°50, 13/12/2006 ; VAN DER WOUDE M. RDLC, 2006, n°4, p. 68 ; MALAURIE-VIGNAL M. CCC, n°11, 11/2006, comm.226.

³⁸⁵ *Ibidem* p. 53.

³⁸⁶ Voir G.J. STIGLER, *A theory of oligopoly*, préc. p. 47 et D. ABREU, D. PEARCE, E. STACHETTI, *Optimal Cartel Equilibria with Imperfect Monitoring*, Journal of Economic Theory, 1985, n° 39 : « *The lack of transparency on prices and sales does not necessarily prevent collusion completely, but makes it both more difficult to sustain and more limited in scope* ».

³⁸⁷ Voir nos développements supra Chapitre I, section I.

³⁸⁸ M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc., p. 25.

transparence naturelle du marché, c'est-à-dire qu'elle n'est pas « améliorée » par les entreprises en place par le biais d'un échange d'informations par exemple.

167. La transparence est considérée comme indispensable à la collusion car elle produit des effets sur les quatre conditions de la collusion tacite, dans un sens favorable pour trois d'entre elles. Il faut préciser qu'en terme de respect du droit de la concurrence, la transparence naturelle du marché permet d'éviter l'essentiel de la communication illicite nécessaire à la mise en place et au soutien d'une collusion.

168. En premier lieu, l'observabilité du comportement des concurrents permet une compréhension mutuelle des termes de la coordination. Ainsi, si les entreprises peuvent connaître les structures de coûts et les prix pratiqués par leurs rivaux alors elles pourront plus facilement déterminer le niveau de prix collusif, le point focal.

169. En deuxième lieu, elle permet une détection immédiate et précise des déviations puisque toute baisse de prix ou modification des conditions de vente sera observée rapidement par les concurrents qui pourront identifier le tricheur.

170. En troisième lieu, la condition de punition est renforcée par la qualité de la détection. En effet, une détection rapide engendre une punition rapide ce qui rend la déviation moins profitable, puisque le tricheur n'aura que peu de temps pour réaliser des profits. De plus, une détection précise crédibilise les représailles car une punition ciblée est moins coûteuse à mettre en œuvre et plus dommageable pour le déviant.

171. En sens inverse, la transparence rend le marché collusif très attractif et incite donc à la contestation par de nouveaux entrants. Ces derniers pourront anticiper le niveau de prix à pratiquer par l'observation des entreprises en place, évitant ainsi la coûteuse phase de tâtonnement³⁸⁹. La conjonction des prix élevés, dus à la collusion, et de l'entrée facilitée, due à la transparence, rend ce type de marché extrêmement difficile à fermer et donc complique la soutenabilité de la collusion.

³⁸⁹ OCDE, *Price transparency*, 11 septembre 2001, DAF/CLP (2001)22, p. 53.

b) Les caractéristiques des transactions

172. Il existe de nombreuses modalités et spécificités qui font des transactions des facteurs facilitant ou non la collusion. Nous en présenterons les principales sous forme d'exemple :

- si les transactions sont publiques³⁹⁰ (un appel d'offre donnant lieu à publication par exemple) alors la détection des déviations est nettement plus facile que pour des négociations secrètes³⁹¹.

- si les transactions sont fréquentes et régulières alors la punition sera rapide et l'incitation à dévier réduite³⁹², à la différence des contrats de long terme qui offre au tricheur une grande profitabilité.

- si les transactions sont personnalisées, en ce sens que chaque client négocie plusieurs paramètres, alors la coordination sera difficile car il faudra trouver autant d'équilibres qu'il y a de clients.

c) Différenciation des biens³⁹³

173. La différenciation des produits³⁹⁴ semble compliquer la collusion³⁹⁵. En effet, en présence de biens différenciés la coordination nécessite d'appliquer des pondérations correspondant aux différentes caractéristiques des biens afin d'établir le niveau de prix collusif. De plus, la différenciation complique la détection des déviations puisqu'un choc de demande peut également provenir de la préférence des clients pour une caractéristique spécifique du bien. Les punitions sont moins efficaces pour la même raison de spécificité du bien³⁹⁶. Enfin, l'incitation à la déviation est réduite du fait de l'incertitude des gains due au fait que les clients ne seront pas toujours sensibles aux baisses de prix. En conclusion, la différenciation verticale complique la collusion alors que l'impact de la différenciation horizontale est ambigu³⁹⁷.

³⁹⁰ On retrouve ici la transparence.

³⁹¹ G.J. STIGLER, *A theory of oligopoly*, préc. p. 47.

³⁹² E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, op. cit, p. 123.

³⁹³ L'étude de référence est celle de T. ROSS, *Cartel stability and product differentiation*, *International journal of industrial organization*, 1992, 10(1), p. 4.

³⁹⁴ Les différenciations horizontales et verticales ont été définies supra Chapitre II, section I.

³⁹⁵ Voir OCDE, *Oligopole*, préc., p. 61.

³⁹⁶ T. PÉNARD, *Structures de marché et pratiques collusives : une approche par la théorie des jeux répétés*, *Économie rurale*, Vol. 277, n° 1, 2003, p. 80-98

³⁹⁷ M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc., p. 46 et s.

d) Les marchés avec innovations

174. Sur ce type de marché, le risque de collusion est infime pour plusieurs raisons. Quant à la coordination, l'innovation³⁹⁸ crée des différences entre les firmes qui compliquent la mise en place d'une ligne commune. De plus, elle rend la détection difficile puisque les chocs de demande pourront provenir aussi bien d'une déviation que de la captation de la clientèle due aux nouvelles caractéristiques du bien. Enfin, les représailles seront peu efficaces car une partie des clients ne seront pas sensibles aux baisses de prix, du fait des spécificités de l'innovation. En définitive, l'innovation réduit le gain espéré de la collusion et les moyens de représailles³⁹⁹ ce qui compromet l'ensemble des conditions de la collusion.

B/ Les facteurs extrinsèques au marché

Ces facteurs sont le plus souvent le fait des entreprises présentes sur le marché (1) mais peuvent aussi être dus aux pouvoirs publics (2).

1°/ Les pratiques facilitatrices dues aux entreprises

a) Les échanges d'informations

175. « *Les échanges d'informations sont souvent incontournables lorsque les firmes souhaitent parvenir à un accord de collusion* »⁴⁰⁰. L'échange d'informations est la pratique facilitatrice par excellence car, comme nous l'avons expliqué, il influe sur les quatre conditions de la collusion. Lorsque les entreprises échangent des informations sur leurs intentions commerciales futures, elles se coordonnent plus facilement, tandis que l'échange d'informations passées permet la détection des déviations et crédibilise les représailles. Enfin,

³⁹⁸ L'innovation peut concerner le produit lui-même ou une partie du produit mais aussi le processus de fabrication.

³⁹⁹ M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc. p. 32.

⁴⁰⁰ T. PÉNARD, *Collusion et comportements dynamiques en oligopoles : une synthèse*, page personnelle Université de Rennes, 1997, p. 21.

l'échange d'informations peut, dans certains cas, jouer le rôle de barrières à l'entrée par la discrimination qu'il opère.

176. Le plus souvent, ces circulations d'informations se font par le biais d'une association professionnelle mais ils peuvent prendre des formes plus subtiles à l'image des accords de benchmarking⁴⁰¹ ou encore les annonces publiques d'intentions de prix qui peuvent remplir le même rôle. Il est intéressant de préciser que les annonces de prix sont l'outil principal des pratiques de prix directeurs par lesquelles les firmes peuvent tenter de se coordonner⁴⁰². Ce phénomène oligopolistique consiste en l'annonce d'une intention de prix par une entreprise « leader » qui sera suivie par les autres membres du marché⁴⁰³. Ces distinctions seront développées ultérieurement car leur principal intérêt se situe sur le terrain de la preuve⁴⁰⁴.

b) Les clauses anglaises

177. Par ces clauses, également appelées clauses d'alignement sur la concurrence, le vendeur s'engage auprès de ses clients à s'aligner sur le prix, ou les conditions commerciales, pratiqués par les fournisseurs concurrents⁴⁰⁵. Ces clauses correspondent aux annonces des distributeurs qui offrent le remboursement de la différence si le client trouve moins cher chez la concurrence. On les trouve également dans le secteur de l'énergie du fait des contrats d'exclusivité à long terme pratiqués dans ce secteur, dans lesquels elles apportent la souplesse qui leur fait défaut⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ Le benchmarking est une étude qui permet de connaître les meilleures pratiques de gestion des autres entreprises d'un secteur, ce qui suppose la mise à disposition de renseignements parfois confidentiels.

⁴⁰² Cette pratique est utile à la coordination même en l'absence d'un leader sur le marché, voir D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc., p. 464.

⁴⁰³ Ce phénomène, aboutissant à une perte d'indépendance dans la fixation des prix, est une des raisons qui ont conduit les structuralistes, notamment J. Bain, à réclamer des mesures de déconcentration car il correspond parfaitement à l'oligopole collusif, voir J. W. MARKHAM, *The nature and significance of price leadership*, *The American Economic Review*, 1951, vol 41, n° 5, p. 901-903.

⁴⁰⁴ Cf infra Titre II, Chapitre I, Section I.

⁴⁰⁵ Une autre modalité, plus rare, consiste à donner une option au fournisseur qui peut laisser le client partir à la concurrence s'il ne souhaite pas s'aligner.

⁴⁰⁶ Dans ces contrats à long terme ces clauses sont bénéfiques pour la concurrence car elle permettent l'ajustement des prix, N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, 2007, Bruylant citant K. J. CROCKER, T. P. LYON, *What do facilitating practices facilitate? An empirical investigation of most-favoured-nation clauses in natural gas contracts*, *Journal of law and economics*, 1994, n° 297, p. 301.

178. En matière de stabilité de la collusion, ces clauses ont pour effet principal d'augmenter la transparence du marché en transformant « *les acheteurs en surveillants de l'interaction coordonnée* »⁴⁰⁷. En effet, lorsque ces clauses sont généralisées sur un marché, toute déviation est immédiatement détectée puisque tout prix inférieur à la ligne d'action commune est révélé par le client à son fournisseur. Cette pratique présente donc l'avantage de grandement réduire le coût de la surveillance. En outre, ces clauses peuvent constituer une barrière à l'entrée pour une entreprise qui souhaiterait intégrer un marché avec un prix inférieur car les opérateurs en place sont en mesure de s'aligner immédiatement sur celui-ci⁴⁰⁸. Ce phénomène d'alignement permet également à une firme d'augmenter ses prix sans subir de pertes transitoires puisqu'elle ne perdra pas de client et les autres firmes vont suivre cette augmentation car elles ne gagnent rien à maintenir un prix plus bas⁴⁰⁹.

c) Les clauses du client le plus favorisé

179. Cette clause assure à tous les clients qu'ils seront traités de la même façon, ce qui implique que si l'un d'entre eux obtient un meilleur prix, ou de meilleures conditions commerciales, ils seront répercutés sur les autres. Elle peut également être rétroactive en garantissant aux clients qu'ils bénéficieront des baisses de prix futures.

180. Cette clause est moins utilisée que la précédente car elle produit un effet ambivalent sur la collusion. Dans un premier temps, elle permet une meilleure détection des déviations. En effet, si une entreprise octroie un prix inférieur au prix collusif elle devra le généraliser à tous ses clients, ce qui se saura sur le marché. De plus, les concurrents peuvent se surveiller en épiant un seul client ce qui limite le coup de la détection⁴¹⁰. En revanche, cette pratique renchérit nettement le coût des représailles. Du fait de cette clause, toute baisse de prix punitive devra être généralisée à l'ensemble de la clientèle. Il n'est plus possible de mettre en

⁴⁰⁷ Voir OCDE, *Oligopole*, préc., p. 66.

⁴⁰⁸ P. CHONÉ, H. BOURGUIGNON, *Analyse des garanties de prix bas : une brève revue de la littérature*, Revue d'économie industrielle, 2007, n° 118, p. 109-118.

⁴⁰⁹ Voir S. C. SALOP, *practices that (credibly) facilitate oligopoly co-ordination*, in *New developments in the analysis of market structure*, J. Stiglitz, G. F. Mathewson, Cambridge, MIT Press, p. 265-290.

⁴¹⁰ N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, 2007, Bruylant, p. 58.

œuvre des représailles individualisées ce qui constitue un obstacle à la stabilité de la collusion⁴¹¹.

d) Les systèmes des prix incluant les frais de livraison

181. Selon les économistes⁴¹², dans un marché concurrentiel le prix devrait être *Franco à bord*⁴¹³, c'est-à-dire que le client paie le prix départ d'usine augmenté des frais réels de transport. Dans la pratique, les entreprises utilisent le plus souvent un système de prix de livraison compris pour des raisons légitimes de simplicité de l'offre et d'économie de coûts administratifs⁴¹⁴. En effet, dans ce système le prix de livraison n'est pas fonction de la distance réelle entre le vendeur et son client mais est calculé à partir d'un point de base, ou point de parité, choisit par l'ensemble des acteurs du marché⁴¹⁵. Cependant, de nombreux économistes jugent que la mise en place de ce système répond principalement à un objectif collusif lorsque les entreprises sont éloignées géographiquement⁴¹⁶.

182. Tout d'abord, il permet de contrer les entreprises qui voudraient accorder des remises secrètes en ajustant les frais de livraison pour plus de discrétion. La détection des déviations est facilitée puisque un écart avec le prix collusif ne pourra être justifié que par une tricherie. Ensuite, ce système permet de créer une certaine symétrie en terme de coût, en uniformisant les prix, ce qui facilite la compréhension mutuelle entre les entreprises.

⁴¹¹ T. PÉNARD, *Collusion et comportements dynamiques en oligopoles : une synthèse*, page personnelle Université de Rennes, 1997, p. 29.

⁴¹² D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc., p. 466.

⁴¹³ Plus connu par sa traduction anglaise : Free on board.

⁴¹⁴ Même lorsque les coûts de livraison varient beaucoup d'un client à un autre les entreprises mettent en place un forfait par zone de localisation de leurs clients.

⁴¹⁵ Par exemple, le prix de l'acier aux Etats-Unis a longtemps été fixé avec des frais de livraison calculés à partir de Pittsburg et un barème standard de coût, voir D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc, qui font une analyse économique de cette pratique à partir de cet exemple jurisprudentiel.

⁴¹⁶ T. PÉNARD, *Collusion et comportements dynamiques en oligopoles : une synthèse*, préc. p. 22 ; OCDE, *Oligopole*, préc. p. 65 ; D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, préc, p. 466.

e) Les liens structurels

183. Cette terminologie regroupe différents éléments pouvant avoir une influence importante sur la collusion. Il s'agit principalement de participations minoritaires dans le capital d'un concurrent, croisées ou non. Ces investissements sans contrôle⁴¹⁷ ne font pas l'objet d'une réglementation européenne spécifique, à l'inverse de ceux offrant un contrôle⁴¹⁸. Or, les économistes ont démontré plusieurs effets potentiellement anticoncurrentiels de cette pratique en matière de collusion⁴¹⁹.

184. Tout d'abord, il apparaît que ces participations créent un climat de paix concurrentielle au sein de l'oligopole due à l'incidence du résultat des entreprises sur celui des autres et à la pratique, souvent associée, de « l'échange d'administrateurs » qui implique un droit de nommer un administrateur au sein de l'entreprise dont une partie du capital est détenue. En effet, il a été démontré que les investissements, notamment croisés, poussent les entreprises à réduire la pression concurrentielle sur un concurrent dont on souhaite qu'il réalise des profits⁴²⁰. Cependant, il ne semble pas que cet effet nécessite une collusion⁴²¹. En revanche, les participations, croisées ou non, atténuent l'incitation à dévier puisque l'érosion des résultats des concurrents a un impact direct sur la valeur des participations détenues. Dans le même ordre d'idée, les représailles seront exercées avec prudence car les pertes infligées au tricheur rejailliront indirectement sur les entreprises qui les mettent en œuvre. Enfin, ces liens facilitent l'obtention d'informations sur les performances des entreprises concurrentes, du fait du droit à l'information des actionnaires, voire de la présence d'un administrateur nommé par

⁴¹⁷ Les économistes parlent d'investissements passifs pour les participations sans contrôle, car les participations minoritaires peuvent, dans certaines circonstances, conférer un contrôle, par exemple par le biais d'un droit de veto.

⁴¹⁸ Le contrôle repose sur la notion « d'influence déterminante » et est définie par le Règlement 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif aux concentrations entre entreprises, JOCE L 24 29/01/2004 ; Il faut toutefois précisé que ces participations minoritaires sont examinées pour leurs potentiels effets anticoncurrentiels dans différents pays, tels que l'Allemagne, l'Autriche et le Royaume-Uni, et que la Commission européenne envisage de les prendre en compte dans son contrôle des opérations de concentrations, voir Livre blanc intitulé *Towards more effective EU merger control*, 7 juillet 2014, p. 8 et s.

⁴¹⁹ Pour plus de clarté, nous ne traiterons pas ici des effets unilatéraux de ces participations, pour une synthèse de ces effets, voir CRA International, *Les participations minoritaires*, Competition mémo, avril 2003 disponible sur le site www.crai.com.

⁴²⁰ Voir R. J. REYNOLDS, B. R. SNAPP, *the competitive effect of partial equity interests and joint ventures*, International journal of industrial organization, 1986, n° 141.

⁴²¹ *Ibidem*.

le concurrent, et partant peuvent avoir les effets de facilitation de la collusion mis en lumière pour les échanges d'informations.

f) L'intégration verticale

185. L'intégration verticale permet une meilleure surveillance du respect de l'accord collusif. En effet, une variation du prix final peut être la conséquence d'une déviation mais aussi d'une variation de la marge du distributeur⁴²². La mise en place d'un prix imposé permet de s'assurer qu'une baisse de prix est due à une déviation.

g) Les accords de coopération horizontaux

186. Chaque type de coopération entre les membres d'un oligopole présente un risque de facilitation à trois niveaux de la collusion. Il peut s'agir pêle-mêle des accords de partage de droits de propriété intellectuelle et de R&D, des accords de production, spécialisation, de normalisation, etc.⁴²³ En premier lieu, ces accords auront souvent pour conséquence d'augmenter la symétrie entre les entreprises, notamment en terme de coûts, par le partage d'éléments de production ou encore par la mise en place de normes de production communes. Or, nous avons vu que la symétrie facilite la mise en place de l'accord en permettant une meilleure compréhension mutuelle. En deuxième lieu, la détection est améliorée par le partage de moyens de production ou la pratique des achats communs. En effet, ces accords donnent la possibilité aux concurrents de surveiller les quantités utilisées par chacun d'entre eux sur les marchés amont. Ainsi, une augmentation de ces quantités laisse supposer qu'il y a déviation sur le marché aval. En dernier lieu, les coopérations représentent un outil de punition important puisque les entreprises peuvent remettre en cause leurs investissements coopératifs ou le prix d'une licence de droit de propriété intellectuelle dans un objectif de sanction⁴²⁴.

⁴²² OCDE, *Oligopole*, préc., p. 66.

⁴²³ En revanche, T. PÉNARD explique que les assurances collectives fragilisent la collusion en diminuant la sévérité des punitions, voir *Collusion et comportements dynamiques en oligopoles : une synthèse*, préc. p. 34.

⁴²⁴ Pour un exemple relatif au secteur des télécommunications voir M. IVALDI *et al.*, *The economics of tacit collusion*, préc., p. 54.

2°/ Les pratiques facilitatrices dues aux pouvoirs publics

a) Les réglementations de prix

187. À l’instar du leadership en prix, la mise en place d’un prix « plafonds » est de nature à faciliter la coordination des entreprises⁴²⁵. En effet, ce prix constitue un repère, un point focal, vers lequel les entreprises vont pouvoir tendre afin de se coordonner⁴²⁶. Toutefois, ce prix est rarement d’un niveau très élevé⁴²⁷ et aucune étude économique n’a démontré clairement que le niveau de prix pratiqué par les entreprises aurait été différent en l’absence de cette réglementation⁴²⁸. Il serait donc hasardeux de conclure définitivement sur un effet favorable à la collusion même si cela doit être pris en compte comme facilitateur de la coordination par l’indication d’un équilibre donné.

b) L’augmentation de la transparence du marché

188. Cette augmentation de la transparence peut provenir de différentes pratiques de diffusion de l’information. Ainsi, la législation commandant la publication des offres dans le cadre des marchés publics peut être problématique lorsqu’elle a lieu sur un marché oligopolistique car elle permet une surveillance précise qui améliorera par ricochet la condition de punition⁴²⁹. En outre, les autorités de régulation sectorielles ont parfois mis en œuvre des mesures de transparence tarifaire qui ont facilité la collusion⁴³⁰, comme dans le

⁴²⁵ Pour une démonstration empirique relative au secteur de la régulation bancaire voir C. R. KNITTEL, V. STANGO, *Price ceiling as focal points for tacit collusion : evidence from credit cards*, *The American Economic Review*, vol. 93, n° 5, décembre 2003, p. 1703-1729.

⁴²⁶ Voir par exemple l’affaire Exxon/Mobil dans laquelle la Commission constate que la fixation, par le gouvernement luxembourgeois, d’un prix maximum pour chaque carburant automobile incitait les entreprises à s’en servir comme point focal et à appliquer ce tarif systématiquement, Décision de la Commission IV/M. 1383, Exxon/Mobil du 29 septembre 1999.

⁴²⁷ Il est souvent mis en place pour lutter contre l’inflation.

⁴²⁸ N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, préc., p. 69.

⁴²⁹ Ce risque a incité certains à envisager de ne plus faire apparaître le nom de l’adjudicataire et les conditions de l’offre mais les objectifs d’équité et de lutte contre la corruption restent prioritaires, voir OCDE, *Price transparency*, préc., p. 65.

⁴³⁰ Voir C. GUENOD, M. IDRI, *La théorie de la collusion tacite à l’épreuve des régulations sectorielles*, RDLC, n° 4- 2010.

célèbre exemple du marché du béton prêt à l'emploi au Danemark⁴³¹ ou encore celui du secteur ferroviaire américain⁴³².

⁴³¹ Voir nos développements supra, Chapitre I, Section I.

⁴³² Voir OCDE, *Price transparency*, préc., p. 62.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

189. En économie, la principale critique essayée par les modèles statiques d'analyse est que « *les firmes s'engagent dans un accord de partage de l'information avant d'être elles-mêmes informées sur la réalisation de la variable* »⁴³³. Or, il est possible qu'une fois l'information reçue, la transmission réciproque envers les firmes rivales ne soit plus assez profitable pour la firme qui s'était engagée à transmettre. Cette inadéquation entraînerait une instabilité des accords d'échange d'informations qui réduit considérablement la portée pratique de cette analyse. En outre, la littérature statique n'aborde qu'indirectement la collusion tacite car cette dernière n'est que suspectée lorsque l'analyse statique conclut à l'inexistence d'incitations non-coopératives. La jurisprudence, quant à elle, la juge « *peu opératoire* »⁴³⁴ du fait de l'analyse des caractéristiques fines du marché dont dépend ses résultats et lui préfère donc l'analyse dynamique prodiguée par la théorie de la collusion tacite.

190. Néanmoins, la théorie de la collusion tacite fait l'objet de critiques, notamment à cause de la simplification opérée par la théorie des jeux qui ne serait pas à même de représenter la réalité complexe des marchés. En effet, les jeux étudient principalement les prix alors qu'il existe d'autres variables sur lesquelles les entreprises peuvent se faire concurrence. En outre, les tenants de cette théorie n'ont pas réussi à fournir une explication au fait que certains marchés présentant toutes les caractéristiques propices à la collusion tacite jouissent d'une concurrence exacerbée. Enfin, certains économistes contestent le postulat de rationalité économique. Ces derniers estiment que les personnes à la tête des entreprises ne prennent pas leurs décisions seulement au regard de la maximisation des profits⁴³⁵.

191. Au delà de ces critiques, cette théorie fournit des instruments de preuve, utiles à titre prospectif comme rétrospectif. Ainsi, en matière de contrôle des concentrations le risque de collusion est évalué à l'aune des quatre conditions de compréhension mutuelle, de détection,

⁴³³ F. VENAYRE, thèse préc. p. 133.

⁴³⁴ P. CHONÉ, *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, RLC, n° 14, 2008, p. 197, l'auteur s'exprime en tant que Chef économiste au Conseil de la concurrence.

⁴³⁵ C'est l'école de l'« experimental economics », voir Messieurs Glais et Laurent qui parle du « *caractère relativement artificiel de l'hypothèse unidimensionnelle de la recherche du profit maximum* », M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983, p. 153.

de punition et d'absence de contestation, dégagées par la théorie des jeux. Quant au contrôle rétrospectif, il utilise ces conditions lors de la démonstration du caractère collusif d'un parallélisme de comportement : si celui-ci peut être justifié par un phénomène de collusion tacite alors il n'est pas répréhensible⁴³⁶ tandis que si la communication entre les entreprises est l'explication la plus plausible au parallélisme alors il y a pratique concertée. C'est ce second aspect qui va nous intéresser dans le cadre de notre étude puisque nous analysons le rôle des échanges des informations en tant que facilitateur de collusion. Dans cet esprit, cette théorie a dégagé les facteurs structurels et comportementaux qui facilitent la collusion, là où les écoles de pensée précédentes étaient soit structuralistes, c'est l'école d'Harvard, soit comportementalistes, c'est l'école de Chicago. Toutefois, aussi indispensable que soit la prise en compte de la structure de marché, il nous apparaît que le contrôle des phénomènes de coordinations tacites doit reposer essentiellement sur les facteurs comportementaux et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les études relatives aux facteurs structurels ont révélé leur ambiguïté en matière de collusion⁴³⁷, accentuée par le fait que ces facteurs interagissent et qu'il est donc indispensable de les analyser de façon combinée⁴³⁸ ce qui rend la tâche extrêmement complexe. Ajoutons à cela, que les autorités de concurrence n'ont qu'un pouvoir très limité sur les facteurs structurels.

192. Enfin, la collusion tacite pure, entendue comme une collusion indépendante de tout comportement anticoncurrentiel des entreprises, semble être une hypothèse improbable voire « *purement académique* »⁴³⁹ selon certains économistes. En d'autres termes, la collusion est toujours assortie de pratiques de facilitation, dont nous avons présenté les principales techniques. Ainsi, certains reprochent à la théorie de surestimer l'interdépendance oligopolistique⁴⁴⁰. Ce constat ouvre une voie de contrôle intéressante pour les autorités de concurrence car, au travers de ces aspects comportementaux, elles semblent être en mesure d'agir sur ce phénomène.

⁴³⁶ On parle d'« oligopoly defense ».

⁴³⁷ Un auteur est allé jusqu'à qualifier la littérature sur les facteurs structurels de jungle, K.-U. KÜHN, *An economists' guide through the joint dominance jungle*, juillet 2001, Paper #02-014, John M. Olin Center for Law & Economics – University of Michigan.

⁴³⁸ Voir notamment OCDE, *Oligopole*, préc., p. 69.

⁴³⁹ Voir notamment T. PÉNARD, *Collusion et comportements dynamiques en oligopoles : une synthèse*, page personnelle Université de Rennes, 1997, p. 6.

⁴⁴⁰ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition law*, Oxford University Press, 7^{ème} éd., 2012, p. 563.

193. La sanction des échanges d'informations, en tant qu'infraction à part entière, répond directement à cette problématique puisque ils représentent la pratique facilitatrice par excellence. Cependant, nous avons vu que la littérature économique, notamment la statique, attache à l'échange d'informations des effets de bien-être importants, aussi bien pour les entreprises que pour les consommateurs. Ainsi, des échanges d'informations sur les coûts ou la demande sont, sous certaines conditions, fréquemment proconcurrentiels. C'est dans ce contexte qu'est utilisée la théorie statique mais de façon presque instinctive et toujours de façon secondaire par rapport à la théorie de la collusion tacite. Or, ce sont ces études qui suggèrent que ce type d'échange ne doit en aucun cas être condamnés *per se*. La difficulté vient du fait qu'il est souvent difficile de distinguer les deux catégories d'échanges. Comme nous l'avons montré, l'étude des effets de ces échanges d'informations nécessite une analyse fine des caractéristiques du marché qui divise les économistes⁴⁴¹. En conséquence, il est souvent reproché à la jurisprudence un manque de robustesse des lignes de partage entre échanges licites et illicites qui conduit à une casuistique difficile à appréhender pour les entreprises alors que ces dernières ont besoin de sécurité juridique. Ce constat fait dire à M. Kühn que « *quasiment dans toutes les circonstances un échange d'information peut être bénéfique ou néfaste* »⁴⁴².

⁴⁴¹ Cf nos développements supra relatifs aux affaires du marché anglais des tracteurs et des palaces parisiens, Chapitre II, section I.

⁴⁴² K. U. KÜHN : « *Almost under any circumstances information exchange could be good or bad* », *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents*, préc., p. 416.

TITRE II : LA PROHIBITION

DES ENTENTES APPLIQUEE

AUX ECHANGES

D'INFORMATIONS ENTRE

CONCURRENTS

194. Face aux nombreux rôles que peuvent remplir les échanges d'informations, le droit de la concurrence a choisi de suivre une « approche graduée »⁴⁴³. Ainsi, les échanges accessoires à une entente ont toujours été condamnés en tant que restriction caractérisée. Plus récemment, certains échanges autonomes ont été inclus dans la catégorie des pratiques restrictives par l'objet, même si nous verrons, qu'en pratique, la ligne de démarcation entre ces derniers et les échanges accessoires à une entente est particulièrement ténue. Les autres échanges d'informations seront analysés dans le cadre de l'approche par les effets afin de tenir compte de leurs éventuels effets bénéfiques sur le processus concurrentiel.

195. L'application du droit de la concurrence aux échanges d'informations suit le processus classique de qualification des ententes. Ainsi, la première étape consiste en une analyse du contenu de la pratique. À cette fin, il est nécessaire d'établir la réalité des contacts directs ou indirects entre les concurrents avant toute analyse de la restriction de concurrence. Or, la tendance actuelle, impulsée par la Commission européenne, est à « l'élargissement des

⁴⁴³ Sur la nécessité d'une approche graduée en la matière voir notamment B. LASSERRE, *Several strokes of black and a palette of grays : Competitor agreements through the eyes of an enforcement agency*, RDLC, n° 4, 2013, p. 48.

restrictions par objet »⁴⁴⁴, ce qui a pour conséquence un déplacement de plus en plus fréquent du débat sur le terrain de la preuve du contenu de l'échange d'informations⁴⁴⁵. Par ailleurs, de fortes présomptions ont été mises en place rendant souvent la démonstration du contenu suffisante à la qualification d'entente: « *La seule préoccupation porte alors sur la réalité de l'échange* »⁴⁴⁶. Ces éléments justifient la place grandissante de l'analyse du contenu de l'échange d'informations (Chapitre I).

196. Cependant, les échanges d'informations demeurent un terrain privilégié de l'étude des effets restrictifs de concurrence. En effet, la théorie économique nous enseigne que les échanges d'informations sont des pratiques aux effets particulièrement ambivalents sur la concurrence. En outre, ces effets vont dépendre d'un grand nombre de facteurs et ce n'est qu'après une analyse approfondie de l'ensemble des facteurs que le risque de collusion engendré par ces échanges sera connu. La spécificité des échanges d'informations en tant qu'infraction autonome se situe donc principalement dans l'analyse multicritère complexe qui permet de déterminer les effets sur la concurrence de la pratique (Chapitre II).

⁴⁴⁴ L. IDOT, *Le retour de l'objet anticoncurrentiel*, RDLC, 2009, n° 4, p. 1 ; C. VILMART, *Les lignes directrices sur les restrictions horizontales : l'enfer pavé de bonnes intentions*, JCP E, n° 7, 17 février 2011, 1134.

⁴⁴⁵ Voir notamment L. IDOT, Europe, n° 6, juin 2000, comm. 179.

⁴⁴⁶ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2013, p. 447.

Chapitre I : L'échange d'informations à l'aune de son contenu

197. Le préliminaire indispensable à toute analyse concurrentielle est la démonstration de la réalité de l'échange d'informations. Celle-ci peut être prouvée par tous moyens en droit de la concurrence. En effet, la poursuite de « griefs assimilés à des accusations pénales »⁴⁴⁷ autorise une preuve libre et de nombreuses présomptions⁴⁴⁸ qui facilitent grandement la démonstration des éléments constitutifs de l'entente. Toutefois, l'ingéniosité des entreprises, mêlée à leur conscience grandissante du droit de la concurrence, oblige la jurisprudence à sans cesse faire évoluer ses concepts, notamment en matière de pratiques concertées. Les échanges d'informations, par leur subtilité et leur diversité, sont un terrain privilégié de ces évolutions. En effet, les échanges d'informations occupent un spectre qui va de l'entente injustifiable aux échanges de vues par voie de presse, en principe non justiciables. Il est donc aisé de comprendre que l'appréhension de ces pratiques va nécessiter des évolutions constantes des définitions des éléments constitutifs de l'infraction d'entente (Section I).

198. Une fois l'échange établi, les autorités disposent de son contenu. Or, la tendance actuelle est à une nette prédominance de l'analyse du contenu par rapport à celle des effets. À ce propos, le Professeur Idot rappelle qu'en matière de pratiques concertées notamment le lien est très fort entre le concours de volontés et la restriction de concurrence, à tel point que l'on a tendance à les analyser ensemble⁴⁴⁹. Cela explique que la dichotomie objet/effet trouve dans les échanges d'informations un terrain d'expression idéal. En effet, la jurisprudence, notamment européenne, a mis en place des présomptions qui permettent de déduire presque directement du contenu de l'échange son caractère restrictif, sans passer par la démonstration

⁴⁴⁷ Étude thématique de l'Autorité de la concurrence, *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente*, 2006, p. 112.

⁴⁴⁸ Le droit de la concurrence va jusqu'à admettre des preuves négatives, notamment en matière de comportements parallèles, vivement critiquées en doctrine, sur ces questions voir A. PERROT, L. VOGEL, *Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement*, JCP E, n° 48, 2 décembre 1993, 299 et A. DECOCQ, *Alignement du comportement, action et pratique concertées en droit de la concurrence*, Gaz. Pal. Mars 1993, p. 4.

⁴⁴⁹ L. IDOT, *Précisions de la Cour de justice sur les échanges d'informations entre concurrents*, Revue des contrats, 1^{er} octobre 2009, n° 4, p. 1401.

des effets de la pratique. Or, classiquement, les échanges d'informations étaient exclusivement analysés par leurs effets avant de succomber au mouvement d'extension de l'objet anticoncurrentiel au point de devenir une pratique symbolique de cette évolution de l'objet⁴⁵⁰ (Section II).

⁴⁵⁰ Voir notamment l'affaire CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08 ou encore les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux accords de coopération horizontale, JO C11 du 14 janvier 2011.

Section I : La démonstration des éléments constitutifs de la concertation en matière d'échanges d'informations

199. La démonstration des éléments constitutifs de la concertation nécessite l'établissement d'un préliminaire indispensable : la concertation doit intervenir entre deux entreprises concurrentes. Des entreprises seront considérées comme des concurrents, c'est-à-dire des entreprises placées au même stade du processus économique, qu'elles soient des concurrents actuels que potentiels⁴⁵¹. Ensuite, les concurrents doivent être des entreprises distinctes au sens du droit de la concurrence⁴⁵², ce qui renvoie à la jurisprudence sur les sociétés mère et leur filiale ainsi que sur les sociétés sœurs⁴⁵³. N'étant pas spécifique aux échanges d'informations, cette question ne sera pas traitée plus avant.

200. L'examen de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence montre qu'un échange d'informations est susceptible d'épouser l'ensemble du spectre des pratiques pouvant être qualifiées d'ententes⁴⁵⁴. Toutefois, on constate une prééminence de la notion de pratique concertée en la matière. Celle-ci se manifeste de deux manières différentes. En premier lieu, le constat d'un comportement parallèle sur le marché peut, dans certaines circonstances, permettre d'inférer une pratique concertée. Cependant, la jurisprudence exige une démonstration de nature économique afin de condamner le simple parallélisme de comportement⁴⁵⁵. Sans cette démonstration, la condamnation d'un comportement parallèle

⁴⁵¹ Voir par exemple C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 1^{ère} édition, 2013, p. 569 ; voir également Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux accords de coopération horizontale, JO C11 du 14 janvier 2011, point 10.

⁴⁵² CJCE, 23 avril 1991, C- 41/90, *Höfner et Elser*. Voir L. ARCELIN-LÉCUYER, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, 2001, Lexis Nexis.

⁴⁵³ J.B. BLAISE, *Répertoire de droit européen*, Dalloz, point 271.

⁴⁵⁴ En droit européen on trouve les accords, pratiques concertées et décisions d'association d'entreprise et en droit français les actions concertées, les conventions expresses ou tacites et les coalitions.

⁴⁵⁵ La démarche consiste à démontrer que le parallélisme comportemental n'a pas d'autre explication plausible que la concertation : « un parallélisme de comportement ne peut être considéré comme apportant la preuve d'une concertation que si la concertation en constitue la seule explication ».

nécessitera une corroboration par des indices laissant supposer une concertation. En matière d'échanges d'informations, le comportement sur le marché sera le plus souvent un indice supplémentaire ajouté à la démonstration de la concertation. En second lieu, la pratique concertée peut être révélée par des contacts entre concurrents. En effet, l'« exigence d'autonomie [...] s'oppose cependant rigoureusement à **toute prise de contact direct ou indirect entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause** »⁴⁵⁶. En conséquence, les autorités de concurrence regardent avec méfiance les contacts entre concurrents qui font l'objet d'une jurisprudence sévère.

201. En apparence bien balisée, la notion d'entente se heurte à des comportements novateurs des entreprises, telle la grande variété des échanges d'informations, qui obligent la jurisprudence à faire évoluer la notion, notamment à l'aune de la concertation, pour garder une certaine efficacité répressive (Paragraphe 1). Grâce à ces éléments de définition, nous pourrions étudier l'appréhension, par les autorités de concurrence, des diverses formes d'échanges d'informations (Paragraphe 2)

plausible », CJCE, 31 mars 1993, *Pâte de bois*, C-89/85, point 71. Pour un exposé de l'évolution de cette jurisprudence voir notamment N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 201 et s. et l'article de A. PERROT, L. VOGEL, *Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement*, préc.

⁴⁵⁶ CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd*, préc. point 87.

Paragraphe 1 : Les évolutions de la notion de concertation suggérées par les pratiques d'échanges d'informations

202. À l'instar des échanges d'informations, la notion de concertation est présente dans l'ensemble des pratiques collusives justiciables du droit des ententes. Plus précisément, les échanges d'informations sont le cœur de toutes les pratiques d'ententes et notamment celles qui allient différents types de contacts et discussions. Ce mélange des formes de concertations a engendré des difficultés probatoires qui ont conduit à la reconnaissance jurisprudentielle de la notion d'infraction complexe, facilitant la condamnation de ces pratiques (A).

203. Parallèlement, les années deux mille ont vu la jurisprudence opérer un recentrage de la notion d'accord vers une plus grande orthodoxie probatoire. Par ailleurs, la notion de pratique concertée a connu de nombreuses évolutions afin d'appréhender des formes de plus en plus subtiles de concertation. Les pratiques d'échanges d'informations ont eu une influence certaine sur ces évolutions, particulièrement à l'aune de l'exigence de réciprocité (B).

A/ La porosité des notions d'accord et de pratique concertée : l'infraction complexe⁴⁵⁷

204. Catégorie « fourre-tout » du droit des ententes, la notion de pratique concertée a été créée pour appréhender les formes de concertation « *qui, sans avoir été jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération entre elles aux risques de la concurrence* »⁴⁵⁸. Dans l'arrêt *Suiker Unie*, la Cour, après avoir rappelé le principe selon lequel chaque opérateur doit déterminer de manière autonome son comportement sur le marché, définit la pratique concertée comme « *toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel*

⁴⁵⁷ Appelée également infraction unique ; pour une revue complète de la question voir L. LIANOS, *La confusion des infractions de l'article 81§1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique*, RTD E, 2000, p. 239.

⁴⁵⁸ CJCE, 14 juillet 1972, C-48/69, *ICI* « *matières colorantes* », point 64.

concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché »⁴⁵⁹. Cette définition est toujours parfaitement valable aujourd'hui⁴⁶⁰.

205. Ainsi, la notion apparaît comme tout aussi floue qu'accueillante par rapport à la notion d'accord⁴⁶¹, puisqu'elle n'exige pas que les entreprises soient parvenues à un accord « *sur ce qu'ils devaient faire ou ne devraient pas précisément faire sur le marché* »⁴⁶², ni même qu'elles se soient accordés « *sur les conditions de leur action ou abstention réciproque* »⁴⁶³. Ces décisions font directement référence à la notion d'accord en ce qu'elle constitue une concertation par laquelle « *les parties se sont mises d'accord, même en termes généraux sur les lignes de leur action mutuelle, ou de leur non action, sur le marché* »⁴⁶⁴. Cette distinction sera synthétisée par la décision Cartonboard dans laquelle la Commission précise que la pratique concertée existe lorsque « *les parties n'ont pas convenu ou décidé à l'avance entre elles ce que chacune ferait sur le marché, mais que, en toute connaissance de cause, elles adoptent un mécanisme collusoire qui encourage ou facilite la coordination de leur comportement commercial ou se rallient à un tel mécanisme* »⁴⁶⁵. Ainsi, les parties adoptent un mécanisme de coordination qui, se substituant à l'accord, rend inutile la détermination à l'avance d'un comportement à suivre⁴⁶⁶.

206. Au vu de ces éléments, la distinction semble résider dans l'intensité de la concertation comme le relève la Cour : « *La comparaison entre cette notion d'accord et celle de pratique concertée [...] fait apparaître que, du point de vue subjectif, elles appréhendent des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent* »⁴⁶⁷. Cette formule nie toute distinction

⁴⁵⁹ CJCE, 16 décembre 1975, C-40/73, *Suiker Unie*, point 174.

⁴⁶⁰ La définition a été précisée par un arrêt du TPICE sans qu'il puisse être constaté de changement majeur, elle est définie comme « *toute prise de contact directe ou indirecte entre opérateurs économiques de nature à dévoiler à un concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché, lorsqu'une telle prise de contact a pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché* », TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR*, T-25/95, point 1852.

⁴⁶¹ D. MAINGUY, J.L. RESPAUD, M. DEPINCE, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, p. 244.

⁴⁶² Commission européenne, 14 octobre 1998, n° 1999/210/CE, *British Sugar*, point 67.

⁴⁶³ Commission européenne, 14 octobre 1998, n° 1999/60/CE, *Conduites précalorifugées*, point 129.

⁴⁶⁴ Commission européenne, 14 octobre 1998, n° 1999/210/CE, *British Sugar*, point 66.

⁴⁶⁵ Commission européenne, 13 juillet 1994, n° 94/601/CE, *Cartonboard*, point 127.

⁴⁶⁶ C. GRYNFOGEL, *Le concours de volontés entre entreprise, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes*, RJDA 2005, p. 551.

⁴⁶⁷ CJCE, 8 juillet 1999, C-49/92, *Anic Partecipazioni*, point 131. Soulignement ajouté par nous.

conceptuelle entre les deux notions puisqu'elles visent le même type de comportement. En effet, malgré un objet différent, l'élaboration d'un plan pour l'accord et le partage d'informations pour la pratique concertée, le concept de base est le même : une concertation. Aussi, certains auteurs estiment que la « *pratique concertée ne serait jamais qu'un accord dont la Commission ne disposerait pas de preuve directe, auquel cas la valeur ajoutée du concept de pratique concertée apparaît bien faible* »⁴⁶⁸. La différence ne serait donc que probatoire dans la mesure où la démonstration d'un accord nécessiterait des preuves directes quand celle d'une pratique concertée se contenterait de preuves indirectes.

207. À l'heure actuelle, cette distinction se justifie donc par la difficulté croissante à laquelle sont confrontées les autorités de contrôle dans l'établissement des ententes par le biais de preuves directes. En effet, la culture de concurrence qui s'implante dans l'esprit des entreprises a pour conséquence retorse de les inciter à imaginer des moyens de plus en plus diffus de communication, mélangeant des accords et des pratiques concertées, rendant leur démonstration directe souvent impossible⁴⁶⁹. Ce constat a conduit les autorités de concurrence à adopter une approche moins legaliste qui s'est traduit par l'apparition de la notion d'infraction complexe permettant d'appréhender ces comportements. En conséquence, on assiste à une disparition, au stade de la qualification, de la distinction entre les notions d'accord et de pratiques concertées⁴⁷⁰. En effet, au sein de la notion d'infraction complexe sont englobés les deux types de comportements comme le révèle la décision de la Commission dans l'affaire Cartonboard : « *il n'est pas nécessaire, notamment dans le cas d'une infraction complexe de longue durée, que la Commission qualifie celle-ci exclusivement d'accord ou de pratique concertée. En fait, il se peut même qu'il ne soit pas possible, ni réaliste, d'opérer une telle distinction, car l'infraction peut présenter simultanément les caractéristiques de ces deux types de conduite illicite et, prises individuellement, certaines de ses manifestations peuvent s'assimiler d'avantage à l'une qu'à l'autre. Il serait toutefois artificiel de subdiviser ce qui est à l'évidence une entreprise commune continue ayant un*

⁴⁶⁸ *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Dir. F. BRUNET et G. CANIVET, LGDJ, 2008, p. 15 ; voir également N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 202.

⁴⁶⁹ Déjà en 1990, le Conseil de la concurrence admettait qu'il était rare d'obtenir « *des preuves matérielles établissant de manière irréfutable la participation d'entreprises à une concertation* », Rapport d'activité pour 1990.

⁴⁷⁰ *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Dir. F. BRUNET et G. CANIVET, préc. p. 16.

seul et unique objectif global en plusieurs infractions distinctes »⁴⁷¹. Cette nouveauté a ensuite reçu l'aval du TPI dans un arrêt de 1999⁴⁷². Aussi, c'est l'ensemble constituant l'infraction complexe qui pourra être qualifié d'« accord *et/ou* pratique concertée »⁴⁷³. L'attrait de l'infraction complexe ne s'est jamais démenti par la suite puisqu'il suffit aux autorités de contrôle de démontrer une identité de but et de parties au sein des différentes pratiques pour aboutir à une qualification d'entente sans se préoccuper de la forme des pratiques⁴⁷⁴.

208. Les échanges d'informations sont un terrain propice à la qualification d'infraction complexe. En effet, les échanges d'informations sont présents dans toutes les ententes. Tout d'abord, les échanges peuvent être l'accessoire d'un cartel, notamment en permettant la surveillance du respect de la ligne de conduite collusive, auquel cas ils seront analysés dans le cadre de l'évaluation de l'accord de cartel. De la même manière, les échanges résultant d'un accord de coopération horizontale ou verticale seront évalués à l'aune de l'ensemble de l'accord. Il faut préciser que ces échanges seront analysés dans le cadre de la pratique qui les englobe si les autorités parviennent à prouver l'existence de cette dernière.

209. Dans le cas contraire, l'échange d'informations sera considéré comme autonome et, là encore, sera susceptible d'embrasser tout le spectre des ententes. En effet, les entreprises peuvent conclure de simples accords d'échange d'informations sans le moindre lien avec une pratique anticoncurrentielle, ni volonté collusive. L'exemple le plus pertinent est celui de

⁴⁷¹ Commission européenne, 13 juillet 1994, n° 94/601/CE, *Cartonboard*, point 128, soulignement ajouté par nous.

⁴⁷² TPICE, 20 avril 1999, T-305-94, *PVC*, notamment point 696 ; Quant aux trois conditions d'application de l'infraction complexe voir par exemple CJUE, 11 juillet 2013, C- 444/11, *Team Relocations*, point 51 : « à savoir l'existence d'un plan d'ensemble poursuivant un objectif commun, la contribution intentionnelle de l'entreprise à ce plan et le fait qu'elle avait connaissance (prouvée ou présumée) des comportements infractionnels des autres participants ».

⁴⁷³ Commission européenne, 14 octobre 1998, *British Sugar*, 1999/210/CE, point 89, soulignement ajouté par nous.

⁴⁷⁴ Cela n'autorise toutefois pas une qualification incertaine, mais permet d'opérer une double qualification dans les cas où la preuve s'avère difficile à rapporter pour chacun des comportements, voir notamment J. B. BLAISE, *Chronique de droit communautaire*, RTD E, 2000, p. 335, n° 30 et s ; voir également L. LIANOS, *La confusion des infractions de l'article 81§1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique*, préc. qui explique que « si l'infraction unique peut être globalement qualifiée d'« accord et pratique concertée », cela ne veut pas dire que pour qualifier l'infraction il faut prouver les éléments constitutifs de l'accord et de la pratique concertée, mais qu'il suffit de prouver la collusion contraire à l'article 81 § 1 du traité ».

l'affaire des palaces parisiens⁴⁷⁵. Dans cette affaire, les palaces avaient mis en place un accord de partage d'informations afin de gérer les fluctuations de la demande. Vieux d'un siècle, cet accord fut analysé au regard de la baisse de demande consécutive aux attentats de New York du 11 septembre 2001. Les palaces s'échangeaient, sur une base hebdomadaire, les taux d'occupation, le prix moyen par chambre louée et le revenu moyen par chambre disponible. Après analyse, aucune volonté anticoncurrentielle n'était présente et les entreprises n'avaient même pas conscience d'être en infraction au droit de la concurrence⁴⁷⁶. Dans cette hypothèse, il peut y avoir contradiction avec le droit des ententes, en raison de leur objet ou de leur effet, mais la violation ne sera pas considérée comme d'une particulière gravité. À l'opposé, les autorités de concurrence constatent que de plus en plus de cartels sont constitués uniquement d'échanges d'informations⁴⁷⁷. Du fait de la meilleure compréhension des règles de concurrence par les entreprises, il arrive de plus en plus souvent que « *l'échange d'informations [soit] structuré de telle manière qu'il mélange accord et pratique concertée et [devienne] le cœur du cartel* »⁴⁷⁸. Dans ces hypothèses, il serait artificiel de distinguer l'accord de la pratique concertée puisqu'ils sont totalement imbriqués et l'on perçoit l'intérêt de recourir à la notion d'infraction complexe afin de ne pas se laisser enfermer dans des considérations de pure forme⁴⁷⁹. Certains auteurs ont pu en conclure que « *cette confusion des différentes catégories d'ententes illustre l'évolution de la pratique du droit communautaire de la concurrence tendant à s'attacher à la réalité économique des pratiques en cause plus qu'à leur forme* »⁴⁸⁰. Il semble que la même idée ait commandé l'évolution de l'exigence de réciprocité contenue dans les textes de prohibition des ententes.

⁴⁷⁵ Décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-64, du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, WEBER A-P Lexbase Hebdo éd. Affaires, n°196, 05/01/2006 ; CLAUDEL E., RDLC, 2006, n°1, p.129.

⁴⁷⁶ En effet, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office après que les directeurs commerciaux de ces établissements aient présenté en détail leur système d'échange d'informations dans une émission télévisée.

⁴⁷⁷ C. ROQUES, *L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence : Degré d'incertitude et jeu répété*, RDLC, 2009, n° 3, Doctrines, supplément électronique.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, soulignement ajouté par nous, Voir notamment TPICE, 12 juillet 2001, *Tate Lyle*, T-202/98, IDOT L., Europe, 10/2001, comm. 308 ; ARHEL P., LPA, 24/10/2001, n° 212, p.4. ou TUE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce*, « affaire bananes », T-587/08.

⁴⁷⁹ Voir toutefois C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 451, ces auteurs estiment que la qualification d'échange d'informations autonome est une source de fragilisation de la qualification d'infraction complexe, notamment au regard des exigences de la Cour de cassation dans l'affaire de la téléphonie mobile, voir Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303.

⁴⁸⁰ *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Dir. F. BRUNET et G. CANIVET, préc. p. 18.

B/ La question de la réciprocité : entre rigueur et souplesse jurisprudentielle

210. L'essence de la notion de concertation suppose un concours de volonté impliquant une réciprocité. Toutefois, le sens de cette exigence a évolué dans le but d'appréhender des phénomènes apparemment unilatéraux, ce qui a des conséquences sur certaines pratiques de diffusion de l'information. Toutefois, la question se pose différemment selon que l'on se place dans le cadre d'un accord (1°) ou d'une pratique concertée (2°).

1°/ La réciprocité en matière d'accord anticoncurrentiel : la rigueur de l'adhésion

211. Longtemps, les autorités de concurrence ont fait preuve d'une grande souplesse dans l'appréciation de la réciprocité en matière d'entente. Ce constat provient de l'utilisation par la jurisprudence de deux doctrines distinctes mais consistant toutes les deux à présumer largement l'adhésion d'une entreprise à une pratique mise en œuvre unilatéralement par une autre. Ainsi, dans l'arrêt *AEG Telefunken* les juges ont estimé qu'il y avait accord anticoncurrentiel entre un fournisseur et ses distributeurs constitué par le refus, parfaitement unilatéral, du fournisseur d'agréer un nouveau distributeur⁴⁸¹. La Cour justifie son raisonnement par la doctrine de la « communauté d'intérêts » qui implique que l'ensemble du réseau avait intérêt à ne pas laisser entrer un distributeur supplémentaire qui ne ferait qu'accentuer la concurrence. Dans d'autres affaires du même type, la jurisprudence utilisa la doctrine du « cadre contractuel ». Ainsi, dans l'affaire *Ford II*, la Commission qualifie d'entente une circulaire du fournisseur, Ford, par laquelle il informe ses distributeurs allemands qu'il ne leur livrera plus de voitures avec conduite à droite, destinées à être exportées sur le marché britannique⁴⁸². La Cour expliqua qu'« *une pareille décision de la part du fabricant ne constitue pas un comportement unilatéral de l'entreprise qui [...] échapperait à l'interdiction de l'article [101], paragraphe 1 du traité. Elle s'insère, par contre, dans les relations contractuelles que l'entreprise entretient avec ses revendeurs. En effet, l'admission au réseau de distributeurs de Ford AG implique l'acceptation, par les contractants, de la politique de Ford en matière de modèle à livrer sur le marché*

⁴⁸¹ Commission européenne, 6 janvier 1982, IV/28.748, *AEG Telefunken* ; CJCE, 25 octobre 1983, *AEG Telefunken*, C-107-82.

⁴⁸² Commission européenne, 16 novembre 1983, IV/30.696, *Ford Werke* ; CJCE, 17 septembre 1985, *Ford Werke*, Aff jointes C- 25 et 26/84.

allemand »⁴⁸³. Cette position a été vivement critiquée en doctrine⁴⁸⁴ pour son manque de rigueur probatoire et l'atteinte à la sécurité juridique qu'elle constitue, ce qui a conduit les autorités européennes à revoir leur copie.

212. C'est le Tribunal qui a opéré un retour à une plus grande « orthodoxie probatoire »⁴⁸⁵ dans deux arrêts de principe rendus en 2000 et 2003. L'affaire à l'origine de l'arrêt *Bayer*⁴⁸⁶ prend place au sein d'un réseau de grossistes en pharmacie liés par la commercialisation sur le marché espagnol de l'Adalat, un médicament produit par le laboratoire Bayer et agissant contre les maladies cardio-vasculaires. Les grossistes profitaient du prix réduit du médicament sur le marché espagnol pour procéder à des exportations parallèles sur le marché britannique. Le laboratoire Bayer voulut endiguer ce phénomène en limitant l'approvisionnement de ces grossistes espagnols. La Commission fit application de la doctrine du cadre contractuel pour sanctionner « l'accord » anticoncurrentiel basé sur ces quotas d'achat. Le TPICE désavoua la Commission en expliquant qu'« *il faut distinguer les hypothèses où une entreprise a adopté une mesure véritablement unilatérale et donc sans la participation expresse ou tacite d'une autre entreprise de celles où le caractère unilatéral n'est qu'apparent. Si les premières ne relèvent pas de l'article [81], paragraphe 1, du Traité, les secondes doivent être considérées comme révélant un accord entre entreprises et peuvent rentrer, dès lors, dans le champ d'application de cet article. Tel est le cas, notamment, des pratiques et mesures restrictives de concurrence qui, adoptées apparemment de façon unilatérale par le fabricant dans le cadre de ses relations contractuelles avec ses revendeurs, **reçoivent toutefois l'acquiescement, au moins tacite, de ces derniers*** »⁴⁸⁷. En effet, dans cette affaire les grossistes n'avaient pas consenti aux quotas d'achat, n'avaient cessé de protester et avaient même tenté de s'approvisionner par d'autres canaux. Aussi, le Tribunal estima que la Commission n'avait pas rapporté la preuve d'une acceptation, même tacite, de la mesure prise par Bayer puisqu'il relève que les grossistes avaient fait preuve d'« *une volonté ferme et persistante de réaction contre une politique foncièrement contraire à leurs intérêts* »⁴⁸⁸. Le Tribunal confirma sa position dans l'arrêt *Volkswagen* dans lequel il précise qu'« *il ne saurait être admis qu'une*

⁴⁸³ *Idem*, point 21, soulignement ajouté par nous.

⁴⁸⁴ Voir par exemple N. PETIT qui parle de schizophrénie imposée aux distributeurs par la doctrine du cadre contractuel, *Droit européen de la concurrence*, préc.

⁴⁸⁵ C. GRYNFOGEL, *Le concours de volontés entre entreprise, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes*, préc.

⁴⁸⁶ TPICE, 26 octobre 2000, *Bayer*, T-41/96, confirmé par la CJCE, 6 janvier 2004, *Bayer*, C-2/01.

⁴⁸⁷ *Idem*, point 71, soulignement ajouté par nous.

⁴⁸⁸ *Idem*, point 129.

évolution contractuelle illégale puisse être considérée comme ayant été acceptée d'avance, lors de la signature d'un contrat de distribution légal. En effet, dans ce cas, l'acquiescement à l'évolution contractuelle illégale ne peut intervenir qu'après que le concessionnaire a connaissance de l'évolution voulue par le concédant »⁴⁸⁹. Dans cet arrêt, les juges précisent également le standard de preuve exigé pour démontrer l'acquiescement en décidant qu'il peut se manifester par le « *comportement effectif des destinataires de l'invitation unilatérale* »⁴⁹⁰. Ainsi, la Commission devra démontrer qu'il y a eu une offre suivie d'une acceptation expresse ou tacite pour démontrer la réalité de l'accord. Le revirement de jurisprudence réalisé par ces arrêts a été salué par la doctrine pour son retour à une plus grande rigueur probatoire⁴⁹¹.

213. Plus tard, cette jurisprudence sera appliquée dans le domaine des relations horizontales par une série de cinq arrêts rendus dans une affaire relative à une entente dans le secteur bancaire⁴⁹², confirmant ainsi sa portée générale en matière d'accord anticoncurrentiel et le retour à une conception civiliste de l'entente. Cette rigueur probatoire va compliquer la démonstration de certaines pratiques de diffusion de l'information, notamment dans le cadre de relations mêlant des discussions verticales et horizontales, on parle de Hub and Spoke⁴⁹³. Ces pratiques, classiquement sanctionnées avec une relative facilité, se voient aujourd'hui soumises à une rigueur probatoire importante qui aurait pu mettre en péril l'efficacité répressive du droit des ententes. Cette évolution incite les autorités de concurrence à se tourner vers le concept de pratique concertée, seule à même d'assurer une efficacité répressive suffisante en matière d'échange d'informations.

⁴⁸⁹ TPICE, 3 décembre 2003, *Volkswagen*, T-208/01, point 45.

⁴⁹⁰ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 198.

⁴⁹¹ M. THILL-TARAYA, *Jurisprudence communautaire récente en matière d'entraves au commerce parallèle : la fin des ententes présumées ?*, RLDA, fév. 2004, n° 68 ; C. VILMART, *Importations parallèles, la Commission désavouée par la CJUE qui confirme la conception restrictive des ententes prohibées déjà adoptée par le TPICE*, JCP E, mai 2004, 691 ; P. AHREL, LPA, avril 2004, p. 4.

⁴⁹² TPICE, 14 octobre 2004, *Bayerische Hypo und Vereinsbank*, T-56/02; *DresdnerBank*, T-44/02 ; *Vereins-und Westbank*, T-54/02; *Deutsche Verkehrsbank*, T-60/02; *Commerzbank*, T-61/02, voir commentaire de M. DEBROUX, *Chroniques*, RDLC, 2005, n° 1.

⁴⁹³ Voir nos développements infra, Paragraphe 2.

2°/ La réciprocité en matière de pratique concertée : la souplesse de l'acceptation

214. La question est délicate en la matière puisque, comme l'a remarqué un auteur, la pratique concertée se situe entre l'acte unilatéral et le concours de volontés⁴⁹⁴. En effet, une pratique concertée se caractérise par une « *juxtaposition de consentements à partager des informations* »⁴⁹⁵. On constate que la rencontre des volontés est particulièrement ténue⁴⁹⁶, ce qui incite les autorités à faciliter sa démonstration dans un souci d'efficacité. La jurisprudence procède à une distinction des plus subtiles puisque la « *rencontre de volontés unilatérales* »⁴⁹⁷ est un comportement anticoncurrentiel alors que « *les actes unilatéraux des entreprises* »⁴⁹⁸ ne le sont pas.

215. Dans l'affaire *Pâte de bois*, les juges étaient confrontés à un système d'annonces publiques des prix prévus par les producteurs pour le trimestre suivant⁴⁹⁹. Ces annonces, effectuées plusieurs semaines à l'avance, étaient ensuite relayées par les clients et la presse, ce qui laissait le temps aux autres producteurs de s'aligner sur les prix annoncés. La Commission estima que cela constituait un système d'échange indirect d'informations sur les prix doté d'un objet anticoncurrentiel⁵⁰⁰. La Cour censura cette analyse du fait de l'absence de preuve d'une concertation et expliqua que le parallélisme des prix pouvait s'expliquer par les tendances oligopolistiques du marché. En effet, la démonstration d'une concertation suppose la réciprocité dans la communication comme le rappelle l'Avocat général Darmon : « *il nous paraît certain que la concertation requiert par définition une réciprocité de communications entre concurrents* »⁵⁰¹. La doctrine en déduisit que l'absence de réciprocité laissait subsister

⁴⁹⁴ Voir Thèse de C. VINCENT, *Comportement unilatéral et concours de volonté en droit de la concurrence*, 1997, soutenue à l'Université Paris II, p. 24.

⁴⁹⁵ Voir l'Étude thématique 2006 du Conseil de la concurrence, *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente*, p. 102.

⁴⁹⁶ E. CLAUDEL, *Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?*, RTD com 1999, p. 291.

⁴⁹⁷ CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, C-40/73.

⁴⁹⁸ CJCE, 31 mars 1993, *Pâte de bois*, C-89/85.

⁴⁹⁹ En économie, on parle de signal de marché défini comme « *une action d'un concurrent qui fournit directement ou indirectement une indication sur ses projets, motivations, objectifs ou sur sa situation interne* », définition de M. PORTER, cité in H. SIMON, F. JACQUET, F. BRAULT, *La stratégie prix*, Dunod, 2011, p. 95.

⁵⁰⁰ Commission européenne, 19 décembre 1984, *Pâte de bois*, IV/29.725.

⁵⁰¹ Conclusions de l'Avocat général Darmon présentées le 7 juillet 1992 dans l'affaire *Pâte de bois*, point 170, reprenant la célèbre thèse défendue précédemment par R. JOLIET, *La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I. dans une perspective comparative*, (1974) 10 *Cahiers de droit européen* 251-286.

une incertitude quant au comportement des concurrents, maintenant ainsi un degré suffisant de concurrence⁵⁰². Cette justification est tout à fait discutable dans la mesure où les juges avaient estimé que la pratique concertée est constituée par le simple fait de dévoiler son comportement à ses concurrents⁵⁰³. Or, dans cette affaire les entreprises s'informent mutuellement du comportement tarifaire qu'elles entendent suivre. Ce constat fera dire à un auteur qu' « *il était impossible de déceler des contacts directs entre les entreprises, mais tous les ingrédients d'un échange d'informations semblaient réunis* »⁵⁰⁴. La question se pose alors de savoir pourquoi le fait d'obtenir des informations directement de ses concurrents est condamnable en soi, en dehors de tout comportement subséquent, alors que la dissémination des mêmes informations diffusées publiquement par la presse ou par un autre moyen ne le serait pas. L'avocat général reconnaît cette contradiction puisqu'il explique que ces annonces peuvent traduire « *un dialogue public entre les firmes en leur fournissant des assurances respectives sur leur comportement* »⁵⁰⁵. Toutefois, ces annonces relèvent d'actions unilatérales des entreprises, faute de pouvoir démontrer une réciprocité des communications seule à même de caractériser une pratique concertée. Cette jurisprudence semble donc déplacer le débat sur le terrain formel alors justement que sur le fond la circulation de ces informations est de nature à altérer la concurrence. Là encore, l'Avocat général Darmon est conscient de cette difficulté puisqu'il précise qu' « *à supposer que puisse être caractérisée la nature réciproque des communications en cause, nous ne verrions aucune raison de ne pas les analyser comme l'élément d'une concertation parce qu'elles se déroulent publiquement alors que les mêmes échanges, relatés dans un procès-verbal rédigé à la fin d'une réunion feutrée, seraient, eux, constitutifs d'une violation des règles de concurrence* »⁵⁰⁶. Des auteurs ont pu s'inquiéter de ce que la jurisprudence semble « *privilegier, de façon excessive, la répression des comportements formels de concertation, au détriment de la prise en considération des effets réels des politiques commerciales des entreprises sur le fonctionnement concurrentiel des marchés* »⁵⁰⁷.

⁵⁰² Voir par exemple L. IDOT, *Epilogue de l'affaire Pâte de Bois. Les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence*, Europe, juin 1993, p. 2.

⁵⁰³ TPICE, 24 octobre 1991, *Polypropylène*, T-2/89, T-3/89.

⁵⁰⁴ F. RIEM, *Les difficultés de traitement des systèmes d'échanges d'informations par les autorités concurrentielles* in *Immatériel, nouveaux concepts*, Economica, 2001, p. 95.

⁵⁰⁵ Conclusions DARMON préc. point 181.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, point 182.

⁵⁰⁷ J.B. BLAISE, L. IDOT, *Chronique de droit communautaire de la concurrence*, RTD E, 1995, p. 39, notamment points 55 et s.

216. Cette solution paraît dangereuse, en ce qu'elle offre « *un espace d'immunité que les entreprises [vont] chercher à exploiter* »⁵⁰⁸, notamment au regard de la sévérité dont font preuve les autorités de concurrence en matière d'échange d'informations lors de réunions. En effet, la condition de réciprocité est toujours rappelée dans les décisions mais fait l'objet de présomptions qui la vident de sa substance. Le TPICE dans son arrêt *Cimenteries* précise clairement que « *la notion de pratique concertée suppose l'existence de contacts caractérisés par la réciprocité* »⁵⁰⁹. Le Tribunal poursuit en expliquant que « *cette condition est satisfaite lorsque la divulgation, par un concurrent à un autre, de ses intentions ou de son comportement futurs sur le marché a été sollicitée ou, à tout le moins, acceptée par le second* »⁵¹⁰. La formule n'est pas sans rappeler celle de l'arrêt Bayer et laisse penser que les juges doivent démontrer cette réciprocité de la même manière que dans le cas des accords. En l'espèce, le Tribunal déduit d'une lettre de couverture émise par l'entreprise Lafarge que cette dernière a provoqué l'entretien au cours duquel elle a reçu les informations litigieuses ce qui constitue la sollicitation exigée. Les juges précisent encore que l'entreprise réceptrice ne sera pas considérée comme adhérant à la pratique si elle a tenu un rôle purement passif de récepteur⁵¹¹, imposant ainsi un standard de preuve élevé.

217. Toutefois, le Tribunal va revenir sur cette jurisprudence et juger que la seule réception d'informations relatives aux intentions futures lors d'une réunion suffit à caractériser la pratique concertée⁵¹². En effet, dans l'arrêt *Tate & Lyle* les juges décident que l'entreprise réceptrice « *a dû nécessairement prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché* »⁵¹³. La jurisprudence instaure donc une présomption d'acceptation de l'information par la seule présence à la réunion anticoncurrentielle, sauf à démontrer un comportement purement passif⁵¹⁴. En outre, la circonstance que l'information soit connue des

⁵⁰⁸ R. KOVAR, *Droit européen de la concurrence*, Cours au collège d'Europe, 1985/1986, p. 23 cité in F. RIEM, *Les difficultés de traitement des systèmes d'échanges d'informations par les autorités concurrentielles*, préc. ; voir également F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. : « *the current state of the law in this area is far from satisfactory* ».

⁵⁰⁹ TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries*, T-25/95 et al., point 1849 ; L. IDOT, Europe, n° 6, juin 2000, comm. 179.

⁵¹⁰ TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries*, T-25/95 et al., point 1849.

⁵¹¹ *Ibidem*.

⁵¹² J.B BLAISE, *Chronique de droit communautaire de la concurrence*, RTD E, 2002, p. 339, notamment points 145 et s.

⁵¹³ TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle*, T-202, 204, 207/98, point 58.

⁵¹⁴ J.B BLAISE, *Chronique de droit communautaire de la concurrence*, préc.

clients de celui qui la divulgue avant la réunion n'a pas pour effet d'exclure la qualification de pratique concertée⁵¹⁵.

218. En définitive, la seule révélation d'une information tarifaire lors d'une réunion, dont l'objet anticoncurrentiel est déduit du fait que l'information communiquée est relative aux prix, suffit à caractériser la pratique concertée alors que la même information diffusée par voie de presse par exemple ne sera pas considérée comme acceptée par les concurrents et donc ne permettra pas la qualification de l'infraction⁵¹⁶. Cette position, quoique parfaitement justifiée juridiquement, est à l'origine d'une difficulté importante relativement aux marchés à tendances oligopolistiques. En effet, sur ces marchés la diffusion unilatérale d'information peut aboutir à des situations collusives présentant des effets similaires à ceux rencontrés en matière de pratiques concertées⁵¹⁷. Ainsi, les pratiques de signalement par lesquelles les entreprises annoncent publiquement leurs intentions stratégiques ne sont pas justiciables du droit des ententes alors qu'elles peuvent avoir pour effet un alignement supra-concurrentiel des prix⁵¹⁸. De la même manière, les pratiques de prix directeurs, par lesquelles l'entreprise leader du marché fixe un prix sur lequel les autres s'alignent, ne seront sanctionnés que si ils sont le résultat d'une concertation. Ces solutions se justifient juridiquement par la subtile distinction entre la collusion tacite, au sens économique du terme qui est présente dans certains oligopoles non-coopératifs, et la « véritable » collusion qui est le fruit d'une concertation⁵¹⁹. C'est cette idée qu'expriment les juges dans la célèbre jurisprudence *Suiker Unie* : « *S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel*

⁵¹⁵ TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle*, T-202, 204, 207/98, point 60.

⁵¹⁶ Voir par exemple « *le fait qu'une entreprise déclare unilatéralement quels seront ses futurs prix sur le marché ne constitue pas une preuve suffisante de l'existence d'une violation d'article 81, paragraphe 1, à moins qu'il ne soit établi que cette déclaration s'inscrit dans le contexte d'une coopération entre entreprises* », TPI, 14 mars 1998, *Weig*, T-317/94, point 110.

⁵¹⁷ Pour un exemple jurisprudentiel voir affaire *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. v. Canada (A.G.)* (1980), 54 C.C.C. (2d) 373 (S.C.C.), [1980] 2 S.C.R. 644 [Atlantic Sugar] dans laquelle une entreprise affichait ses prix dans le hall de son siège social, ce qui permettait aux concurrents de les connaître.

⁵¹⁸ Plusieurs études empiriques ont confirmé cette analyse, voir notamment H. SIMON, F. JACQUET, F. BRAULT, *La stratégie prix*, Dunod, 2011, p. 95 et s.

⁵¹⁹ Pour une présentation de ces phénomènes voir nos développements supra Titre I, Chapitre II.

concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché »⁵²⁰.

219. En outre, cette position jurisprudentielle exclue également du champ du droit de la concurrence les pratiques de diffusion de l'information liées à Internet. Dans son ouvrage relatif aux pratiques oligopolistiques, le Professeur Petit mentionne, l'exemple du site « *quiestlemoinscher.com* » par lequel le distributeur Leclerc compare à intervalles réguliers ses prix à ceux de ses concurrents⁵²¹ ou encore celui de « *Barnes&Noble.com* » qui réagit en quelques heures à une baisse de prix de son concurrent Amazon⁵²². Il est admis que ces pratiques recouvrent des effets bénéfiques pour la concurrence, notamment en permettant aux consommateurs de comparer les prix à moindre coût ce qui doit conduire à intensifier la concurrence entre les vendeurs⁵²³. En outre, ces stratégies unilatérales ne sont que des substituts imparfaits aux coopérations « classiques », notamment en ce qu'elles ne diffusent que des informations dont la valeur d'engagement est faible, on parle de *cheap talk*⁵²⁴.

220. Néanmoins, consciente de cette importante lacune du droit des ententes consistant en l'impossibilité d'incriminer ces pratiques d'annonces unilatérales, la Commission européenne a récemment pris position à ce sujet dans les Lignes directrices de 2011 relatives aux accords horizontaux⁵²⁵. Aussi, après avoir rappelé le principe selon lequel ces pratiques ne sont pas condamnables, elle précise que « *la possibilité de constater une pratique concertée ne peut être exclue, par exemple lorsqu'une telle annonce a été suivie d'annonces publiques d'autres concurrents, en particulier parce que des réponses stratégiques apportées par des concurrents à d'autres annonces publiques (qui peuvent par exemple impliquer des*

⁵²⁰ CJCE, 16 décembre 1975, C-40/73, *Suiker Unie*, point 174. Soulignement ajouté par nous.

⁵²¹ Cass. com., 19 janvier 2010, n° 08-19814 ; Dans le même ordre d'idée le fait pour un distributeur de faire relever les prix de ses concurrents en envoyant ses employés effectuer ces relevés physiquement dans les magasins n'est pas constitutif d'un échange d'informations, voir Cass. com., 4 avril 2011, n° 10-21862 ; N. JALABERT-DOURY, *Relevés de prix au sein d'enseignes concurrentes : la Cour de cassation considère que la pratique des relevés de prix est une action licite et garante du mécanisme de libre fixation des prix par le jeu de la concurrence*, RDLC, 2011, n° 4.

⁵²² N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, Bruylant, 2007, p. 413 et s.

⁵²³ Voir notamment P. REY et J. TIROLE, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, quelles régulations pour le commerce ?*, Rapport du Conseil d'analyse économique, La documentation française, Paris, 2000.

⁵²⁴ Cf supra l'argumentation de la CJCE dans l'arrêt *Pâte de bois* et contra nos développements supra Titre I, Chapitre II, section II ainsi que les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux accords de coopération horizontale, JO C11 du 14 janvier 2011.

⁵²⁵ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., p. 16.

*réajustements de leurs propres annonces antérieures en fonction des annonces des concurrents) pourrait s'avérer constituer une stratégie visant à s'entendre sur les modalités de la coordination »*⁵²⁶. Ainsi, la Commission explique que ces stratégies de signalement et de prix directeurs pourront relever de l'article 101, §1, du TFUE mais que l'annonce publique ne peut être qu'un indice de la pratique concertée qui devra être corroboré par d'autres éléments d'une concertation. Cette affirmation traduit le malaise de la Commission qui se trouve coincée entre une approche juridiquement rigoureuse et la réalité économique de l'impact de ces pratiques⁵²⁷. En 1993, l'Avocat général Darmon avait envisagé une solution plus ambitieuse mais moins légaliste en proposant de sanctionner les « *comportements complexes, inhabituels et artificiels qui, dépourvus de justification commerciale, instaurent en réalité un dialogue public entre les firmes en leur fournissant des assurances respectives sur leur comportement* »⁵²⁸. Bien que parfaitement en accord avec la théorie économique cette solution n'a pas rencontré un écho favorable en jurisprudence du fait de son manque de son de rigueur juridique. Le Professeur Wagner-Von Papp propose d'introduire, sur le fondement de l'article 103 TFUE, une interdiction, distincte et spécifique, des pratiques unilatérales ayant pour but de faciliter une collusion sans être la moins restrictive possible par rapport aux objectifs commerciaux légitimes de la pratique⁵²⁹. Cependant, il ne semble pas qu'il y ait, actuellement, une volonté politique en ce sens au niveau européen. Or, les opérateurs sont friands de ces stratégies comme en témoigne les ouvrages de gestion d'entreprise. Nous sommes donc toujours dans une situation où les entreprises, notamment sur des marchés oligopolistiques, peuvent s'entendre par le biais d'annonces publiques sans risquer de sanction au regard de l'article 101§1 TFUE.

⁵²⁶ *Ibidem*, § 63.

⁵²⁷ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc : « *Torn between the legalist interpretation and economic sense, the Guidelines equivocate* ».

⁵²⁸ Conclusions DARMON préc. point 181, M. Darmon cite ici le point de vue de KESTENBAUM, *What is « price signaling » and does it violate the law ?*, *Antitrust law journal*, 91, 1980, p. 914.

⁵²⁹ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc : « *The cleanest solution for these invitations to collude cases would be to introduce an additional, separate prohibition of unilateral action that aims at facilitating tacit collusion without being the least restrictive means to further a legitimate business objective* ». Dans ce document, l'auteur expose également le point de vue extrême de certains économistes qui souhaiteraient abandonner le critère de réciprocité de la pratique concertée pour ne se préoccuper que des effets de la pratique afin d'appréhender les comportements purement unilatéraux.

221. À partir de ces constatations notionnelles, nous allons pouvoir confronter le concept de concertation aux différentes formes d'échanges d'informations.

Paragraphe 2 : La concertation à l'épreuve de l'extrême diversité des pratiques d'échanges d'informations

222. La concertation peut être utilement scindée en contact et concours de volonté. En effet, la jurisprudence exige que soit rapporté la preuve de l'existence de contacts puis celle d'un « *consensus intellectuel, dans le chef de chacun des opérateurs autour de la volonté de substituer à la concurrence une coopération commerciale ou industrielle* »⁵³⁰. Il n'est pas nécessaire de démontrer une volonté de respecter une ligne d'action commune, une volonté abstraite autour de l'idée de coopération suffit en matière de pratique concertée. La concertation se compose donc de deux éléments : un échange d'informations et une adhésion de la part des entreprises au contenu de ce contact. La notion de contact est particulièrement floue car elle doit pouvoir appréhender toutes les formes de discussions que les entreprises s'évertuent à imaginer. C'est pourquoi la jurisprudence n'a jamais eu une approche formaliste des échanges d'informations⁵³¹.

223. Si sur le plan de la qualification, la forme de l'échange d'informations est indifférente⁵³², en terme probatoire elle est primordiale. En effet, selon les modalités de l'échange, cette adhésion peut être contenue intrinsèquement ou nécessiter une démonstration distincte⁵³³. Ainsi, dans le cadre d'échanges « formalisés » l'adhésion sera démontrée en

⁵³⁰ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 203 ; cette exigence provient de la jurisprudence de la CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, préc. point 173.

⁵³¹ Cela est également justifié par la vitesse d'évolution des modalités d'échange qui rendrait une approche formaliste rapidement obsolète. Voir A. CAPOBIANCO, *Information exchange under EC competition law*, CMLR, 2004, n° 41, p. 1247 et V. SELINSKY qui explique que : « *que la forme adoptée pour se concerter soit neutre ne saurait surprendre ; l'autonomie de la volonté génère des accords d'une telle originalité que la loi ne peut les appréhender qu'au travers de terme très généraux et sans se lier par un formalisme étroit* » in *La spécificité des accords verticaux au regard du droit de la concurrence*, D 1992, p. 42.

⁵³² Sauf pour les échanges qui prennent une forme unilatérale (cf supra) ; en dehors de ce cas, seules les caractéristiques de l'échange, qui peuvent découler de sa forme, seront pris en compte lors de l'examen de l'effet restrictif de concurrence.

⁵³³ Quant au fond, il est important de préciser que l'échange d'informations, considérées comme confidentielles, permet de présumer l'adhésion des participants à l'échange. Les autorités de concurrence y voit la manifestation d'un principe de réciprocité, d'un accord de volonté selon lequel les entreprises ne sont prêtes à transmettre ces données que si elles ont l'assurance qu'elles ne seront pas diffusées à l'extérieur de l'échange et surtout qu'elles obtiendront celles de leurs concurrents en retour. Voir P. WILHELM, F. VEVEER, *Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexion sur la grille d'analyse des autorités de concurrence*, préc., point 14 ; P.

même temps que la pratique elle-même (A). Cependant face à la suspicion des autorités de concurrence à l'égard des contrats entre concurrents, ces derniers communiquent le plus souvent secrètement⁵³⁴. Or, lorsque le contact est informel la démonstration de la concertation sera moins aisée, ce qui justifie l'établissement de présomptions sévères (B).

A/ Les échanges d'informations « formalisés »

224. Les entreprises ont besoin de connaître l'environnement dans lequel elles évoluent et cette connaissance doit sans cesse être actualisée. Aussi ont-elles mis en place de nombreux mécanismes afin d'obtenir les informations de marché à même de leur permettre de déterminer leur stratégie. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous présenterons ici les principaux « systèmes » de partage d'informations « formalisés » en commençant par les échanges indirects (a)⁵³⁵ avant d'envisager les échanges directs (b).

1°/ Les échanges « formalisés » indirects

225. Le plus souvent, ces échanges prendront place au sein des associations professionnelles. En effet, il est de l'essence de ces associations de procéder à la collecte et à la diffusion d'informations de marché auprès de leurs membres⁵³⁶⁵³⁷. La Commission a de longue date reconnu que ces échanges sont indispensables aux entreprises : « *Afin de pouvoir soutenir efficacement la concurrence sur un marché donné, les sociétés ont besoin*

CHONÉ, *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, préc, p. 203 ; Voir Cons. conc., déc 05-D-65, préc. point 195 et nos développements infra sur les informations confidentielles Titre II, Chapitre II, Section 1.

⁵³⁴ Voir par exemple C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013, p. 457.

⁵³⁵ Par indirect nous entendons les situations dans lesquelles un tiers, autre que les participants au marché, intervient dans la transmission de données.

⁵³⁶ Ces informations sont également utilisées par les autorités de concurrence dans leur travail de qualification, notamment pour définir le marché pertinent et évaluer les parts de marché, voir Communication de la Commission européenne, JOCE 1997 C 372/5, § 53.

⁵³⁷ Ce type de diffusion posera souvent des difficultés quant à d'éventuels effets de verrouillage du marché si l'accès à ces informations est jugé discriminatoire, voir l'exemple de l'affaire dite du marché anglais des tracteurs, CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd*, préc.

d'informations sur celui-ci et sur son évolution. La préparation et la distribution des statistiques de la production, des ventes ou autres à l'intérieur d'un secteur est une tâche qui peut légitimement être entreprise par les bureaux statistiques et associations professionnelles. La fourniture de ces statistiques peut améliorer la connaissance qu'ont les sociétés du marché sur lequel elles opèrent et donc renforcer la concurrence. C'est pourquoi la Commission n'a pas d'objections à formuler lorsque des associations professionnelles (...) échangent des statistiques de la production et des ventes du secteur en question sans spécifier les entreprises individuellement»⁵³⁸. Cependant, il ne faut pas que ces associations deviennent des forums de discussions entre les membres à propos des informations échangées⁵³⁹. Il est constant que la présence d'une association professionnelle dans le schéma d'échange n'a pas d'impact sur la matérialité des faits⁵⁴⁰. Dans ce cas de partage de l'information, la preuve de l'existence de l'échange ne pose pas de difficulté puisque la pratique est publique et institutionnalisée au sens économique du terme.

226. Les informations peuvent également circuler par l'intermédiaire d'un tiers indépendant, le plus souvent des cabinets de conseil. Ces entreprises regroupent des données sur les marchés et, après compilation et analyse, les vendent aux opérateurs concernés qui en espèrent des gains d'efficience dus à une meilleure connaissance du marché. Ces informations sont également vendues à des investisseurs dont les choix nécessitent un certain nombre de données.

227. En principe, ces diffusions ne sont pas contestables par les autorités de concurrence et ce, pour différentes raisons. Tout d'abord, il n'y a pas ici d'accord entre concurrents en vue d'échanger des informations puisque les cabinets de conseil récupèrent ces données directement sur le marché sans le concours des entreprises concurrentes. Or, sans accord de volonté le droit des ententes ne trouve pas à s'appliquer. En effet, comme l'observe la Commission « *il ne s'agit pas d'accords d'échange d'informations entre concurrents susceptibles d'être appréhendés par l'article 65 du traité CECA ou l'article 85 du traité CE.*

⁵³⁸ Décision de la Commission du 16 février 1994, *Thyssen Stahl*, 94/215/CECA, point 266. Soulignement ajouté par nous. Confirmée par TPI, 11 mars 1999, *Thyssen*, T-141/94, IDOT L., Europe, n°5, 05/1999, comm.196.

⁵³⁹ Voir OCDE, *Associations professionnelles*, 2007, p. 71.

⁵⁴⁰ Avis n° 10-A-11, du 7 juin 2010 relatif au Conseil interprofessionnel de l'optique, point 57 : « *Par ailleurs, le fait que les pratiques concertées aient lieu par l'intermédiaire d'un organisme professionnel a été considéré par le Conseil de la concurrence comme sans incidence sur la matérialité desdites pratiques* ». voir BOSCO D. CCC, n°8, 08/2010, comm. 213.

Les instituts spécialisés réalisent des études sur la base de sondages effectués dans le point de vente. D'autre part, les informations sont vendues par des instituts de sondage et non pas échangées entre concurrents. Quelle que soit la précision de ces sondages, on est en présence d'une prestation de service fournie par un tiers et non pas d'un accord susceptible d'être apprécié au regard de l'article 65 du traité CECA»⁵⁴¹. Il en va différemment lorsque l'étude de marché est commandée par des entreprises concurrentes, puisque cette circonstance permet de constater la réalité d'un accord et place le prestataire dans une position analogue à celle d'une association professionnelle⁵⁴². En outre, les informations transmises par ces études de marché sont publiques ce qui rend la restriction de concurrence moins probable, sauf si les informations sont collectées par le biais de systèmes informatisés, liés aux codes barres par exemple, et mis en place avec le consentement des entreprises concurrentes⁵⁴³. Dans cette hypothèse, la société de statistiques pourra voir sa responsabilité engagée sous certaines conditions⁵⁴⁴. Cette circonstance se rencontre régulièrement au sein des accords d'étalonnage, ou benchmarking⁵⁴⁵. Par cette pratique, les entreprises entendent comparer leur méthodes de gestion et de production à celles de leurs concurrents afin d'améliorer leur compétitivité. Ces accords sont susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition des ententes puisque les entreprises comparées ont consenti à l'étude et fourni les informations nécessaires à celle-ci.

⁵⁴¹ Décision de la Commission du 26 novembre 1997, n° IV/36 069 *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, § 58, soulignements ajoutés par nous.

⁵⁴² A. CAPOBIANCO, *Information exchange under competition law*, préc. p. 1262.

⁵⁴³ Voir affaire IAMA Consulting, décision de l'autorité italienne de concurrence du 30 septembre 2004, n° 13622 ; également affaire de l'autorité espagnole de concurrence impliquant des brasseurs et dans laquelle l'intermédiaire était un notaire, décision du 30 mars 2004, n° A 329/02 ; voir également l'affaire AC Nielsen de 2007 dans laquelle l'autorité de concurrence finlandaise (FCA) a été confrontée à ce type de pratique et l'a qualifiée d'échange d'informations prohibé, affaire *Grocery retail sector*, 154/61/2007 ; voir également affaire *AC Nielsen's shop register*, 253/61/1999 dans laquelle la FCA condamne un système similaire.

⁵⁴⁴ Voir la société FIDES, professionnelle de la statistique, qui a été condamnée pour sa participation (*Verre coulé en Italie*, Commission européenne, 17 décembre 1980, n° IV/29.869) puis qui a mis en place un système d'agrégation des données permettant la conformité au droit de la concurrence et que certains ont détourné (Commission européenne, 23 avril 1986, *Polypropylène*, n° 31.149 confirmé par TPICE, 24 octobre 1991, T-1/89) ou écarté (Commission européenne, 13 juillet 1994, *Cartonboard*, n° 33.833). En revanche, la société AC-Treuhand AG (société succédant à Fides) a récemment été condamné pour complicité d'infraction au droit de la concurrence en ce qu'elle a assuré le secret de réunions anticoncurrentielles entre certains de ces clients , TPICE, 8 juillet 2008, *Peroxydes organiques*, T-99/04.

⁵⁴⁵ Pour une étude spécifique voir J. CARLE, M. JOHNSON, *Benchmarking and E.C. competition law*, ECLR, 1998, vol 19, n° 2, p. 74 ; B. HENRY, *Benchmarking and antitrust*, *Antitrust Law Journal*, 1993-1994, n° 62, 483 ; voir également J.T. ROSCH, *Antitrust issues related to benchmarking and other information exchanges*, 3 mai 2011, disponible sur le site de la FTC, www.FTC.gov.

2°/ Les échanges « formalisés » directs

228. Les entreprises peuvent s'échanger directement des informations sur différentes variables⁵⁴⁶. À cette fin, elles disposent de différentes modalités dont la plus simple est la conclusion d'accord spécifique prévoyant la transmission de données⁵⁴⁷. Ces accords ne posent pas de difficulté quant à la démonstration de leur contenu ainsi que de l'existence du concours de volonté, indispensable à la qualification de pratique concertée.

229. La question des accords dits « en étoile » est plus complexe⁵⁴⁸. En effet, l'information peut circuler entre les concurrents par le biais de leurs clients ou de leurs fournisseurs, au travers d'accords verticaux. La diffusion peut prendre différentes formes, notamment les clauses anglaises et autres clauses de l'acheteur le plus favorisé⁵⁴⁹ par lesquelles les distributeurs vont faire remonter à leur fournisseur des informations relatives aux prix pratiqués par ses concurrents⁵⁵⁰. En sens inverse, les pratiques de prix imposés font circuler des données tarifaires entre les distributeurs concurrents par le biais de leur fournisseur.

230. En principe, ces pratiques sont exclues du champ d'application des articles 101§1 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce du fait de l'absence d'accord entre les concurrents. En effet, chacun des accords est vertical donc aucun concours de volontés entre les concurrents ne semble exister. Cependant, cet échange par nature vertical aura un effet horizontal s'il permet aux concurrents de connaître leurs informations stratégiques

⁵⁴⁶ Parfois ces transmissions sont juridiquement obligatoires, voir comme exemple le cas de la réglementation REACH relative aux substances chimiques, voir F. PUEL, *Gouvernement-sponsored exchange of information*, communication issue du Colloque *Information exchange in competition law* organisé par Brussels School of Competition le 22 juin 2011 ou encore G. DAVID, *REACH joint organization scenarios- when does competition law limit information exchange ?*, ECLR, 2015, 36(1), p. 30-38.

⁵⁴⁷ Un exemple emblématique est celui de l'affaire des palaces parisiens dans laquelle les directeurs commerciaux des différents établissements se transmettaient directement des informations commerciales, Décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-64 du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens.

⁵⁴⁸ Ce phénomène est plus connu sous son appellation anglaise de « hub and spoke ».

⁵⁴⁹ Pour la définition et les effets de ces clauses voir supra nos développements Titre I, Chapitre II, Section II.

⁵⁵⁰ Il faut toutefois préciser que lorsque les clauses anglaises sont conclues entre une entreprise et ses clients elles échappent en principe à l'application des dispositions relatives aux ententes, voir décision relative au célèbre « contrat de confiance », n° 01-D-53, du 13 septembre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits d'électronique grand public.

respectives⁵⁵¹. Dans cette circonstance, il n'existe aucune raison de ne pas le considérer différemment de tout autre pratique d'échange d'informations⁵⁵². Aucune décision d'interdiction n'ayant été prise au niveau européen, il faut se tourner vers la pratique des États membres. Ainsi, la jurisprudence du Royaume-Uni, à travers diverses enquêtes menées par l'OFT⁵⁵³, a eu l'occasion de condamner des échanges trilatéraux en tant que pratique concertée. C'est finalement la Cour d'appel du Royaume-Uni en 2006⁵⁵⁴ qui a défini les trois conditions cumulatives devant être remplies pour sanctionner une concertation entre distributeurs par le truchement des accords verticaux conclus avec leurs fournisseurs respectifs. Tout d'abord, les distributeurs doivent transmettre des informations stratégiques⁵⁵⁵ au fournisseur dans le but qu'elles soient ensuite communiquées aux distributeurs concurrents. Une fois l'information effectivement transmise aux autres distributeurs, il faut démontrer que ces derniers ont reçu cette information en en connaissant la provenance. À ces conditions, il y aura un échange d'informations anticoncurrentiel, en ce qu'il réduit l'incertitude, considérée comme pro-concurrentielle par les autorités de concurrence⁵⁵⁶.

231. Récemment, la Commission européenne a engagé une procédure à l'encontre d'Apple et de quatre autres éditeurs afin de préserver la concurrence dans le secteur de la commercialisation du livre numérique⁵⁵⁷. Les entreprises en cause s'étaient engagées dans une pratique concertée ayant pour but de faire remonter les prix de détail des livres numériques. À cette fin, les éditeurs se sont échangés des informations tarifaires, directement et par

⁵⁵¹ A. CAPOBIANCO, *Note de référence*, OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents*, DAF/COMP (2010)37, p. 72.

⁵⁵² P. WHELAN, *Trading negotiations between retailers and suppliers : a fertile ground for anticompetitive horizontal information exchange ?*, *European competition journal*, 2009, 5(3), p. 823-845 : « [When] the supplier merely represents the means of communicating between competitors ; she is the human equivalent of a telephone. In such a case, the existence of the supplier in the equation does not negative the essential horizontal nature of the arrangement ».

⁵⁵³ Office of Fair Trading, qui est l'autorité de concurrence du Royaume-Uni ; Selon l'OCDE, il semble que le Royaume-Uni soit particulièrement touché par ce phénomène.

⁵⁵⁴ Court of Appeal, 19 octobre 2006, *Argos-Littlewoods et JJB Sports*, 2005/1071, 1074 et 2005/1623.

⁵⁵⁵ En l'espèce, il s'agissait d'intentions de prix qui sont toujours regardées avec la plus grande méfiance mais ce raisonnement peut s'appliquer à toutes sortes d'informations stratégiques selon les caractéristiques du marché.

⁵⁵⁶ Pour une étude complète de cette jurisprudence voir O. ODUDU, *Indirect information exchange : the constituent elements of Hub and Spoke collusion*, *European competition journal*, 7(2), 2011, p. 205-242.

⁵⁵⁷ Décision Commission européenne, 12 décembre 2012, *Livre numérique*, COMP/39.847 ; N. JALABERT-DOURY, *RDLC*, 2013, n° 2, p. 68 ; voir Communiqué de presse du 25/07/2013, *la Commission accepte les engagements juridiquement contraignants proposés par Penguin sur le marché des livres numériques*.

l'intermédiaire d'Apple, notamment grâce au truchement de clauses de la nation la plus favorisée⁵⁵⁸. La Commission précise que la circonstance que les échanges aient eu lieu entre des opérateurs situés à différents stades de la chaîne de production et de distribution, et donc ne sont pas des concurrents au sens strict du terme, n'est pas de nature à faire échapper la pratique à une condamnation fondée sur le droit des ententes dans la mesure où une intention de suivre une politique commune est démontrée. En outre, cette affaire est remarquable également du fait du vecteur choisi pour l'échange d'informations puisque ces derniers ont été réalisés par le biais d'une plateforme numérique, « iBookstore », outil de commercialisation susceptible d'avoir une influence néfaste sur la concurrence.

232. Les places de marché électroniques entre professionnels⁵⁵⁹ constituent également une préoccupation pour le droit de la concurrence⁵⁶⁰. Il s'agit de « *logiciels permettant aux vendeurs et aux acheteurs de biens similaires d'effectuer des opérations de vente et d'achat en utilisant des systèmes informatiques communs* »⁵⁶¹. Ainsi, sur ces plateformes les contacts entre les membres d'un même marché sont nombreux et globalisés grâce à l'universalité d'Internet. Leur objectif premier est de mettre en relation des vendeurs et des acheteurs mais rien n'empêche que les membres d'une même profession échangent des informations, à tel point que le Professeur Whish estime qu'elles pourraient devenir les « fumoirs du 21^{ème} siècle »⁵⁶². Dans une affaire d'entente sur les prix du lait pour bébé, l'autorité de concurrence italienne a estimé que la large diffusion des prix de détail sur internet a permis une

⁵⁵⁸ L'entente fonctionnait également grâce à l'utilisation d'agences commerciales pour vendre les livres numériques car l'absence d'indépendance de l'agent commercial permet une fixation du prix par l'entreprise pour le compte de laquelle il agit, en l'occurrence les éditeurs qui évitent ainsi l'application de l'interdiction des prix imposés.

⁵⁵⁹ Traduction de « B2B market place », pour une revue complète de la question voir J. HALLIDAY, P. SEABRIGHT, « *Networks good, cartels bad: but how could anyone tell the difference?* », *Fighting Cartels: Why and How?*, in Étude de l'Autorité suédoise de concurrence, 2001, p. 78.

⁵⁶⁰ Voir par exemple Orson Swindle, membre de la FTC : « *It is clear that while a B2B exchange can be very pro competitive, such an arrangement can also give rise to anticompetitive information sharing among actual or potential competitors. This can increase the likelihood of collusion on price, output, or other competitive variables, to the detriment of competition and consumers. Ease of access to common cost or pricing information via websites could increase sellers incentives and ability to collude* », disponible sur le site de la FTC : <http://www.ftc.gov/speeches/swindle/princetonclub2k.htm>.

⁵⁶¹ XXX^{ème} Rapport sur la politique de concurrence, 2000, SEC(2001)694, p. 70.

⁵⁶² R. WHISH, *Competition law*, Oxford University Press, éd 2012, p. 547, l'auteur parle de « smoke filled room » qui peut se traduire par pièce enfumée ou coulisses avec l'idée de discussion discrète ; sur ce sujet voir également R. WHISH, *Information agreements*, in *The pros and cons of information sharing*, Swedish Competition Authority, 2006.

surveillance de l'accord anticoncurrentiel⁵⁶³. Le chapitre relatif aux échanges d'informations contenu dans les lignes directrices de 2011 ne mentionne pas les places de marché électroniques mais il est raisonnable de penser qu'elles seront analysées à partir des principes recensés dans les lignes directrices⁵⁶⁴, puisque nous avons vu que la forme de l'échange n'a pas d'influence sur la qualification lorsqu'il est démontré une concertation. Dans différents documents, la Commission reconnaît les bénéfices de ces plateformes⁵⁶⁵. Elle recommande toutefois la mise en place de pare-feu ou de systèmes de cryptage des données⁵⁶⁶ afin d'éviter les échanges d'informations sensibles entre concurrents⁵⁶⁷. Dans le même ordre d'idée, le Professeur Wagner-Von Papp estime que la technologie informatique permet d'envisager des systèmes dans lesquels certaines informations seraient accessibles aux seuls consommateurs à la différence des canaux traditionnels comme les journaux économiques⁵⁶⁸. Certains auteurs estiment quant à eux que, du fait de la facilité d'échange permise par Internet et de son corollaire qui est la difficulté de contrôle de ces échanges par les autorités, ces dernières doivent axer leur action sur l'extension de l'accès à ses informations au lieu de tenter de restreindre l'échange lui-même⁵⁶⁹. En tout état de cause, les autorités rappellent que la circulation d'informations sensibles doit être réduite au minimum nécessaire aux effets pro-concurrentiels des plates-formes. Les autorités de concurrence font face à un défi important

⁵⁶³ AGCM, 12 octobre 2005, *Prezzi del latte per l'infanzia*, I623, Boll. n° 40/2005 confirmée par le Consiglio di Stato, 17 janvier 2008, n° 102.

⁵⁶⁴ Dans le même sens voir R. WHISH, *Competition law*, préc., et nos développements supra.

⁵⁶⁵ Voir par exemple XXX^{ème} Rapport sur la politique de concurrence, préc., p. 71 : « [Par ces logiciels] la transparence exercera non seulement une pression à la baisse sur les prix, mais permettra également de renforcer l'intégration de marchés géographiquement distincts [...]. Les échanges en ligne qui permettent aux acheteurs de grouper leur demande peuvent se révéler particulièrement avantageux pour les petites et moyennes entreprises. En outre, les marchés électroniques B2B devraient constituer une source de gains substantiels en termes d'efficacité, dans la mesure où ils permettent une réduction des coûts de transaction et une amélioration de la gestion des stocks ».

⁵⁶⁶ A. CAPOBIANCO, *Information exchange under competition law*, préc. p. 1256.

⁵⁶⁷ Voir par exemple Communiqué de presse IP/02/1560, « La Commission autorise la mise en place d'une plate-forme commerciale de fret aérien, dénommée GF-X, entre plusieurs compagnies aériennes européennes » ; Communiqué de presse IP/02/943, « La Commission autorise la création d'une plate-forme électronique de négociation multibanques pour les produits de change » ; Communiqué de presse IP/01/1155, « La commission autorise la création de Covisint, une bourse de commerce automobile sur internet ».

⁵⁶⁸ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc.

⁵⁶⁹ J. HALLIDAY, P. SEABRIGHT, « Networks good, cartels bad: but how could anyone tell the difference? », préc., : « The value of information for market transparency means that it is more important for competition authorities to increase access to information shared by a few than to restrict the ability of those few to share it in the first place ».

qui consiste à trouver un équilibre entre les avantages et les inconvénients de cette « nouvelle » économie⁵⁷⁰.

233. Ainsi, dans les hypothèses d'échanges d'informations « formalisés » l'adhésion des parties à l'échange est aisée à démontrer, que ce soit par la signature d'un accord d'échange d'informations ou la commande d'une étude à une société de statistiques. Malgré son apparence formalisée, la démonstration d'une concertation entre concurrents dans le cadre des places de marché virtuelles nécessitera la preuve d'une concertation informelle. Dans le cas de l'association professionnelle, la jurisprudence amène à distinguer deux hypothèses. Soit l'association diffuse des informations à ses membres, de manière apparemment unilatérale, et alors l'adhésion des membres à la pratique se déduit de leur adhésion à l'association⁵⁷¹, qui est considérée comme l'expression de la volonté collective de ses membres. De l'adhésion à l'association se déduit la volonté de respecter les statuts de celle-ci, quand bien même les membres n'auraient pas participé à la rédaction desdits statuts⁵⁷². Soit l'échange d'informations se produit au cours d'une réunion statutaire et alors l'adhésion à la concertation sera fonction des critères dégagés par la jurisprudence en matière de contacts entre concurrents.

B/ Les échanges d'informations informels

234. Les contacts informels entre entreprises concurrentes peuvent prendre des formes extrêmement variées, allant d'un repas d'affaires à une partie de golf, ce qui rend leur exposé exhaustif impraticable et peu pertinent. Aussi, les échanges informels sont le terrain d'élection privilégié des ententes complexes mêlant accord et pratiques concertées. De plus, les

⁵⁷⁰ K.-U KÜHN, *Fighting collusion by regulating communication between firms*, 2001, préc. p. 197 ; S. STROUX, *B2B E-market-places : the emerging competition law issues*, World Competition, 2001, n° 125 ; Voir plus largement T. PÉNARD, *Faut-il repenser la politique de la concurrence sur les marchés Internet ?*, RIDE, 2006, n° 1, p. 57-88.

⁵⁷¹ Arrêt de principe relatif à un ordre professionnel, Cass. com., 16 mai 2000, n° 98-12.612, *Ordre national des pharmaciens*, : « un ordre professionnel représente la collectivité de ses membres [...] une pratique susceptible d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel mise ne œuvre par un tel organisme révèle nécessairement une entente [...] entre ses membres » ; cette solution a ensuite été appliquée à des associations professionnelles, voir par exemple la décision du Conseil de la concurrence du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation, n° 06-D-03.

⁵⁷² Décision du Conseil de la concurrence du 5 janvier 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri club médical, n° 99-D-01.

entreprises étant de plus en plus sensibilisées au droit de la concurrence, il devient particulièrement difficile de démontrer des contacts ou la tenue de réunions par le biais de preuves directes⁵⁷³. Les autorités de concurrence ont donc recours à la technique du faisceau d'indices dont nous présenterons pêle-mêle différents éléments (1°). La même idée commande l'instauration de présomptions sévères afin de faciliter la démonstration de l'adhésion des participants à la concertation (2°).

1°/ La preuve de la tenue de la réunion

235. La tenue d'une réunion peut être prouvée par tous moyens⁵⁷⁴. Idéalement, les autorités de concurrence utilisent des preuves directes car elles facilitent l'imposition de sanctions lourdes du fait du caractère incontestable qu'elles confèrent à la pratique⁵⁷⁵. L'origine des preuves ainsi que leur support sont libres⁵⁷⁶, dans les limites posées par le principe de loyauté de la preuve⁵⁷⁷. En de rares occasions, une preuve directe, notamment contractuelle, pourra établir à elle seule le contact et l'adhésion des entreprises formant ainsi une concertation⁵⁷⁸. De la même manière, les comptes rendus de réunions, les ordres du jour ou tout autre document relatant l'objet de la réunion peuvent, s'ils contiennent les éléments constitutifs de l'entente, établir de façon directe l'existence de la concertation⁵⁷⁹. Toutefois, le plus souvent, il faut commencer par établir le contact puis déduire des circonstances de celui-ci la volonté de coopérer.

⁵⁷³ OCDE, *Les poursuites contre les ententes en l'absence de preuves directes*, DAF/COMP/GF(2006)7 ; ou N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc. qui parle de « nettoyage » des preuves directes, p. 203.

⁵⁷⁴ Sur les questions de sécurité juridique induites par cette liberté de preuve, voir C. GALOKHO, *Preuves indirecte de l'existence d'une entente et sécurité juridique en droit européen de la concurrence*, RTD E, 2013, p. 727.

⁵⁷⁵ M.-C. BOUTARD LABARDE et al., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p. 86.

⁵⁷⁶ Étude thématique de l'Autorité de la concurrence, *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente*, 2006, p. 113.

⁵⁷⁷ Voir Cass, ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14667, qui refuse d'admettre une conversation téléphonique enregistrée à l'insu de l'auteur des propos.

⁵⁷⁸ Le plus souvent la preuve directe provient de déclarations émises lors d'une procédure de clémence ou lors d'une instruction pénale.

⁵⁷⁹ TPI, 6 avril 1995, T-141/89, *Tréfileurope*, point 53.

236. À cette fin, la jurisprudence retient la technique du faisceau d'indices graves, précis et concordants. Ainsi, la jurisprudence estime que « *dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence* »⁵⁸⁰. Des documents parcellaires ou des courriels pourront démontrer à tout le moins des contacts entre les concurrents. Plus subtilement, ces indices pourront être des tickets de parking, des billets de transports ou encore les agendas de différents concurrents dont la concordance laisse penser qu'ils se sont rencontrés. Le débat portera le plus souvent sur la valeur probante de ces éléments qui est appréciée au regard du seul critère de la crédibilité⁵⁸¹. Un document sera jugé crédible après analyse « *de son origine, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et du caractère sensé et fiable de son contenu* »⁵⁸². En outre, devra être prouvée la participation de chacune des entreprises à la réunion. Ceci pouvant être déduit de documents internes relatant la participation d'une entreprise et qui lui sont donc opposables⁵⁸³. Toutefois, cette présence n'est pas démontrée à suffisance de droit par la seule déclaration en ce sens des autres participants à la réunion⁵⁸⁴. À partir de la démonstration de contacts, la jurisprudence pose, dans certaines circonstances, une présomption d'adhésion à l'entente.

2°/ La présomption d'adhésion des participants au contenu de la réunion

237. La jurisprudence européenne fait peser sur les entreprises une présomption sévère d'adhésion à l'entente (a) tandis que la position plus nuancée des autorités françaises semble menacée (b).

⁵⁸⁰ CJCE, 7 janvier 2004, C-204/00, *Aalborg*, point 57.

⁵⁸¹ Voir récemment TUE, 27 juin 2012, T- 439/07, *Coats Holding*, point 45 : « *S'agissant de la valeur probante des différents éléments de preuve, il y a lieu de rappeler que le seul critère pertinent pour apprécier les preuves librement produites réside dans leur crédibilité* ».

⁵⁸² TUE, *Coats Holding*, préc., point 45.

⁵⁸³ ⁵⁸³ CJCE, *Aalborg*, préc., point 144 et s.

⁵⁸⁴ TUE, 30 novembre 2011, T-208/06, *Quinn Barlo*, point 94 ; le Tribunal estime que, sans élément supplémentaire corroborant, la présomption d'innocence doit primer sur la conviction de la Commission.

a) La position sévère de la jurisprudence européenne

238. La jurisprudence européenne pose une présomption sévère d'adhésion à l'entente en cas de participation à des réunions au cours desquelles des discussions anticoncurrentielles ont eu lieu. Quant à l'objet anticoncurrentiel de ces discussions, il est déduit du seul fait que les informations échangées sont de nature commerciales⁵⁸⁵, à tel point qu'un auteur a pu estimer qu'il existait une sorte de confusion entre le concours de volonté et la restriction de concurrence⁵⁸⁶. En effet, ce type d'entente complexe est le plus souvent constitutive de cartel ce qui incite les autorités à définir largement la notion d'objet anticoncurrentiel. En outre, malgré le fait que les juges reconnaissent que la « *notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments* »⁵⁸⁷, ils se contentent en réalité de la simple participation à des réunions dont l'objet est anticoncurrentiel pour établir l'entente⁵⁸⁸.

239. La doctrine majoritaire s'accorde sur le fait qu'une pratique concertée doit se composer d'une concertation et d'un comportement subséquent⁵⁸⁹. Ainsi, le comportement faisant suite à la concertation serait l'extériorisation de la volonté de s'entendre. Toutefois, comme l'a démontré M. Joliet, la lettre des traités prohibe les concertations ayant seulement comme objectif de restreindre, ce qui implique que le comportement ne peut pas être une condition de la qualification de l'infraction⁵⁹⁰. En outre, la Cour de Justice de l'UE a déjà écarté la nécessité de démontrer un parallélisme de comportement pour corroborer l'indice tiré de la concertation en jugeant qu'il est toujours possible pour « *chaque producteur de*

⁵⁸⁵ Voir N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 203 et TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle*, T-202, 204, 207/98, point 66 ou TPICE, 12 septembre 2007, *Coasts Holding Ltd*, T-36/05, point 113. Cf également nos développements infra section II.

⁵⁸⁶ L. IDOT, *La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81§3 CE*, in *La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, LGDJ, 2006 ; voir également J.B. BLAISE, *Chronique de droit communautaire de la concurrence*, RTD E, 2008, p. 313, n° 148 et s. qui précise que dans le cas de réunions « *la constatation de la restriction de concurrence qui est l'objet de l'entente, conditionne la preuve de l'accord ou de la pratique concertée* », voir arrêt TUE, 12 septembre 2007, T-36/05, point 47 et 83.

⁵⁸⁷ CJCE, 8 juillet 1999, *Anic Partecipazioni*, C-49/92P, point 118.

⁵⁸⁸ E. CLAUDEL, *Chroniques*, RDLC, 2006n n° 2, p. 81.

⁵⁸⁹ J.B. BLAISE, *Chronique de droit communautaire de la concurrence*, RTD E, 2000, p. 335.

⁵⁹⁰ R. JOLIET, *La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I. dans une perspective comparative*, préc.

modifier librement ses prix et de tenir compte à cet effet du comportement actuel ou prévisible de ses concurrents »⁵⁹¹. Ce constat a amené la jurisprudence à adopter une position sévère à l'occasion de l'affaire *Polypropylène*. Ainsi, la Cour décide-t-elle qu'« *il y a lieu de présumer [...] que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur le marché* »⁵⁹². L'adhésion à l'entente est donc déduite de la simple participation à une réunion lors de laquelle des informations commerciales ont été échangées. De plus, le comportement subséquent n'a donc plus à être démontré puisqu'il est présumé, de même que le lien de causalité. Comme le relève le Professeur Idot, la Cour estime que la reconnaissance d'une pratique concertée suppose toujours un comportement sur le marché mais que celui-ci est présumé en présence d'un objet anticoncurrentiel⁵⁹³. Or, selon le Professeur Prieto la jurisprudence européenne, à travers l'arrêt *Anic Partecipazioni*⁵⁹⁴, nous enseignent que la pratique concertée a un objet anticoncurrentiel en soi, argument allant dans le sens de la grande sévérité dont font preuve les juges européens à l'égard des contacts informels constitutifs de cartels⁵⁹⁵.

240. Il faut préciser que la Cour fait preuve de plus de retenue que la Commission, puisque cette dernière souhaitait mettre en place une présomption irréfragable⁵⁹⁶. En effet, la Cour offre deux possibilités aux entreprises de rapporter la preuve contraire, les entreprises pouvant démontrer soit qu'elles ne sont plus actives sur le marché, soit que leur comportement est demeuré parfaitement indépendant sur le marché.

241. Récemment, la CJCE est allée encore plus loin en jugeant que la participation à une seule réunion pouvait suffire, en fonction du contexte de marché, à établir l'entente alors que dans toutes les affaires précédentes les échanges d'informations s'échelonnaient dans le temps. En effet, dans l'affaire *T-Mobile* les juges, saisis de plusieurs questions préjudicielles émanant d'une juridiction néerlandaise, ont expliqué qu'une seule réunion au cours de laquelle étaient discutées les commissions des revendeurs peut suffire pour que les entreprises

⁵⁹¹ CJCE, 31 mars 1993, C-9/85, Pâte de bois.

⁵⁹² CJCE, 8 juillet 1999, *Anic Partecipazioni*, C-49/92, point 121.

⁵⁹³ L. IDOT, *Entente et échanges d'informations*, Europe, n° 8, Août 2009, comm. 323.

⁵⁹⁴ CJCE, *Anic Partecipazioni*, préc. point 121 et 122.

⁵⁹⁵ C. PRIETO, *Condamnation du cartel de la téléphonie mobile : satisfaction en demi-teinte*, JCP G, n° 37, septembre 2007, II, 10153.

⁵⁹⁶ E. CLAUDEL, *La participation à une réunion fait-elle la preuve d'une entente : le droit français entre singularité et mimétisme*, RTD com, 2004, p. 455.

concertent leur comportement⁵⁹⁷. Une concertation ponctuelle sur un paramètre isolé de concurrence peut permettre, en fonction du contexte, la réalisation de l'objet anticoncurrentiel⁵⁹⁸. Cette solution, même exceptionnelle, est un message fort envoyé aux entreprises pour leur signifier d'éviter toute discussion avec leurs concurrents.

242. Par ailleurs, cette présomption d'adhésion ne joue pas uniquement en cas de participation aux réunions. La Cour estime que la mise en œuvre des mesures envisagées lors des réunions suffit pour présumer cette adhésion⁵⁹⁹, de même que la « *la participation effective de l'entreprise à un système d'échanges réciproques d'informations, dont elle connaissait le fonctionnement, suffisait pour établir qu'elle avait adhéré à l'accord relatif à ce système* »⁶⁰⁰.

b) La position plus nuancée de la jurisprudence française : une position en sursis ?

243. La jurisprudence française se montre plus favorable aux entreprises puisqu'elle distingue deux types de réunions. Dans le cas d'une réunion informelle, la position des juridictions françaises est la même que celle des autorités européennes⁶⁰¹. En revanche, lorsque la réunion se déroule dans un cadre statutaire l'Autorité de concurrence s'impose un standard de preuve plus élevé. Depuis une décision de 1993 l'Autorité estime que « *le concours de volonté constitutif d'un comportement contraire aux dispositions de l'article [...] 7 de l'ordonnance du premier décembre 1986 ne peut se déduire de la seule participation à l'une des réunions incriminées* »⁶⁰². Ainsi, la participation à une réunion doit être corroborée

⁵⁹⁷ CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08.

⁵⁹⁸ P. AHREL, *Gaz Pal*, 3 octobre 2009, n° 276, p. 9 ; L. IDOT, *Précisions de la Cour de justice sur les échanges d'informations entre concurrents*, *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2009, n° 4, p. 1401.

⁵⁹⁹ CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland*, C-204/00, point 83.

⁶⁰⁰ CJCE, 2 octobre 2003, *Krupp Hoesch Stahl*, C-195/99, point 85, dans cette affaire la requérante a participé au système de surveillance du respect de l'entente, par le biais d'échanges d'informations, ce qui laisse présumer son adhésion aux termes de l'accord, nonobstant sa non-participation aux réunions.

⁶⁰¹ La CA de Paris a validé ce standard dans sa décision du 25 février 2009, *Secteur du déménagement national et international*, commentée par M. DEBROUX, *RDLC*, 2009, n° 2, p. 103 ou encore E. CLAUDEL, *Réunions entre concurrents : la perte de la spécificité française se confirme*, *RTD com*, 2010, p. 77.

⁶⁰² Décision du 27 avril 1993, *Enseignement de la conduite dans le département de l'Hérault*, n° 93-D-06. Soulignement ajouté par nous.

par des éléments complémentaires de nature à établir l'adhésion à l'entente⁶⁰³. Ces éléments complémentaires peuvent être la participation à des réunions ultérieures ou encore la mise en œuvre du comportement issu de la concertation. Cette jurisprudence présume la bonne foi de l'entreprise en se fondant sur l'idée que lors d'une réunion le consentement de l'entreprise peut être surpris, notamment par une évolution anticoncurrentielle de l'ordre du jour.

244. Une décision a pu créer une certaine ambiguïté puisque l'Autorité a condamné des échanges d'informations ayant pris place au cours de réunions syndicales selon une formule qui laissait supposer un abaissement du standard de preuve : « *les échanges d'informations auxquels elles avaient ainsi procédé sont susceptibles d'avoir modifié leur comportement lors de leurs soumissions aux appels d'offre sur les marchés visés* »⁶⁰⁴. Le Professeur Claudel remarque que la décision aurait pu se fonder sur la répétition des réunions qui est un élément à même de corroborer l'adhésion à l'entente alors qu'avec cette motivation elle crée un doute sur sa position en matière de réunion entre concurrents⁶⁰⁵. Toutefois, suivant l'avis de certains commentateurs, il nous semble que cette sévérité est justifiée par le fait que cette décision a été rendue en matière d'appels d'offres⁶⁰⁶.

245. Le doute fut levé par une décision de 2007, par laquelle le droit français adopte une solution originale⁶⁰⁷. Dans cette affaire, une douzaine d'entreprises du secteur du déménagement se sont rencontrées de manière informelle pour échanger des informations sur leurs prix et leurs coûts et ont fixé des tarifs minimums quant au niveau des taux d'assurance et aux prix des loyers de garde-meubles. À cette occasion, l'Autorité de la concurrence établit la distinction entre les deux types de réunions. Le droit français décide que lors de « *réunions informelles, de nature le plus souvent occulte ou secrète, auxquelles participent de leur*

⁶⁰³ Voir notamment M.-C. BOUTARD LABARDE et al., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 91.

⁶⁰⁴ Décision du 28 novembre 2003, *Marché des énergies renouvelables*, n° 03-D-54.

⁶⁰⁵ E. CLAUDEL, *La participation à une réunion fait-elle la preuve d'une entente : le droit français entre singularité et mimétisme*, préc.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, M.-C. BOUTARD LABARDE et al., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 91 et *contra* M. MALAURIE-VIGNAL, *L'influence du droit communautaire sur le droit interne*, CCC, n° 4, avril 2006, comm. 61.

⁶⁰⁷ Décision du 18 décembre 2007, *Marché du déménagement national et international*, n° 07-D-48, obs. E. CLAUDEL, RDLC, 2008, n° 1, p. 9. En 2008, l'Autorité a confirmé cette dualité du régime probatoire dans plusieurs décisions rendues en dehors du domaine des appels d'offre : Décision du 21 mai 2008, *Secteur de la production de contreplaqué*, n° 08-D-12, E. CLAUDEL, RDLC, 2008, n° 3, p. 89 ou encore Décision du 16 décembre 2008, n° 08-D-32, *Secteur du négoce des produits sidérurgiques*, confirmée sur ce point par la CA de Paris par un arrêt du 19 janvier 2010.

propre initiative les entreprises concurrentes »⁶⁰⁸, il n'y a pas lieu de présumer de la bonne foi de l'entreprise et s'aligne ainsi sur le standard de preuve européen. À l'inverse, est maintenue l'exigence de corroboration dans le cas d'une réunion statutaire puisque la participation à ce type de réunion ne permet pas, selon le droit français, de présumer la mauvaise foi de l'entreprise. Pour reprendre la formule du Professeur Claudel, la première réunion constitue une invitation qui doit être suivie d'un acquiescement constitué soit par la participation à de nouvelles réunions soit par la mise en œuvre des mesures concertées⁶⁰⁹. Cette dualité de régime probatoire a été confirmée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt *Secteur du déménagement* du 25 février 2009⁶¹⁰. Malgré cette distinction favorable aux entreprises et propre au droit français, l'Autorité de la concurrence procède ici à un abaissement du standard de la preuve qui risque de constituer la première étape vers un alignement total sur le modèle européen⁶¹¹.

246. Une autre interrogation relative à la position française a émergé de la jurisprudence *T-Mobile*. Dans cette affaire, en réponse à l'une des questions posées par la juridiction néerlandaise, la CJCE procède à une extension problématique de l'application de la présomption de causalité qui pourrait avoir un impact sur les spécificités jurisprudentielles nationales telles que la jurisprudence française relative au concours de volonté. En l'espèce, la question était posée de savoir si le juge national est tenu d'appliquer la présomption de causalité édictée par la Cour. En d'autres termes, la présomption fait-elle partie du droit matériel ou constitue-t-elle une disposition procédurale, à même d'être écartée par le juge national en vertu du principe d'autonomie procédurale des États membres⁶¹². La Cour explique que la présomption fait partie intégrante de la notion de pratique concertée telle qu'elle découle de l'interprétation de l'article 101 TFUE. Ainsi, en tant que règle substantielle elle s'impose au juge national lorsqu'il procède à une application déconcentrée du droit européen⁶¹³. Cette justification repose sur le fait que les règles de preuve se situent au

⁶⁰⁸ Points 178 et suivants.

⁶⁰⁹ E. CLAUDEL, RDLC, 2006, n° 2, p. 81.

⁶¹⁰ CA Paris 25 février 2009, n° 2008/02003, *Secteur du déménagement*, obs. M. DEBROUX, RDLC, 2009, n° 2, p. 103 ; G. DECOCQ, CCC, avril 2009, comm. 108 ; P. ARHEL, LPA, 25 avril 2009, n° 7.

⁶¹¹ E. CLAUDEL, *Réunions entre concurrents : la perte de la spécificité française se confirme*, préc.

⁶¹² Sur la question de l'avenir de ce principe en droit européen voir l'étude collective *Procedural autonomy : is it time for convergence in Europe ?* in *New frontiers of antitrust 2012*, préc., p. 61.

⁶¹³ CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, point 52 ; Il est intéressant de relever que l'Avocat Général Kokott arrivait à la même solution mais en se basant sur la difficulté de la preuve des pratiques concertées et sur le principe d'effectivité, Conclusions Av. gén. Kokott relative à CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, points 84 et s.; voir également E. CLAUDEL, *Réunions entre concurrents : la perte de la spécificité*

carrefour du droit substantiel et du droit processuel tandis que les présomptions sont considérées comme faisant partie des règles de fond⁶¹⁴.

247. Cette position relative à l'application des présomptions européennes par les autorités nationales fait craindre la disparition de la spécificité jurisprudentielle française quant au sens à donner à la participation à une entente issue de la présence à certaines réunions. En effet, il est possible de déduire de cette position de principe, selon laquelle les présomptions sont considérées comme des règles de fond, que la nuance apportée par l'Autorité de la concurrence ne sera plus envisageable lorsque celle-ci applique le droit européen⁶¹⁵. Or, depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003⁶¹⁶ l'application du droit européen ne cesse de se généraliser, à tel point qu'un auteur a pu qualifier de « mythe » l'application exclusive du droit national⁶¹⁷. La position nuancée des autorités françaises semble donc être condamnée avec comme premières perdantes les entreprises qui devront tenter de combattre ces présomptions.

c) Le combat des présomptions d'adhésion à l'entente par la distanciation publique

248. Nous avons vu que la jurisprudence infère de la participation à une réunion, au cours de laquelle une discussion anticoncurrentielle prend place, l'ensemble des éléments constitutifs de l'entente, à savoir la concertation, le comportement subséquent ainsi que le lien

française se confirme, préc. ou encore P. WILHELM, E. PROVOST, *La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis*, RLDA, 2009, n° 41.

⁶¹⁴ Voir M. CHAGNY, *Échange d'informations dans la téléphonie mobile : un vent de rigueur ? Nouvel épisode... communautaire*, CCE, n° 11, novembre 2009, comm. 101 et G. DECOCQ, *L'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée*, CCC, n° 7, juillet 2009, comm. 197.

⁶¹⁵ Voir notamment E. CLAUDEL, *Réunions entre concurrents : la perte de la spécificité française se confirme*, préc. ou encore P. WILHELM, E. PROVOST, *La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis*, préc.

⁶¹⁶ Règlement CE 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE*, n°L 1, du 4 janvier 2003, p. 1-25.

⁶¹⁷ J.P. VIENNOIS, *La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national*, RTD com, 2002, p. 1 ; voir également J.B. BLAISE, *Introduction in Actualité 2006 en droit de la concurrence*, colloque publié par LPA, 29/11/2007, n° 239, l'auteur parle d'application parallèle des droits européen et national « quasi automatique » par l'Autorité de la concurrence en matière d'entente ; TUE, 27 octobre 1994, *John Deere*, T-35/92, point 101 : « un système d'échange d'informations qui permet de déterminer dans le détail le volume exact des ventes et des parts de marchés de fournisseurs représentant 88% d'un marché national [...] est susceptible d'affecter substantiellement le commerce entre États membres ».

de causalité entre les deux. Afin de combattre cette présomption, la CJUE offre aux entreprises deux possibilités. En premier lieu, l'entreprise incriminée peut démontrer qu'elle n'est plus active sur le marché, ce qui est d'une logique implacable mais pour le moins rare. En second lieu, les juges exigent la preuve d'une distanciation publique définie comme le fait pour l'entreprise d' « *établir que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur* »⁶¹⁸.

249. Cette seconde échappatoire paraît très étroite⁶¹⁹ puisque le Tribunal a précisé que l'entreprise réceptrice « *a dû **nécessairement** prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché* »⁶²⁰. L'idée sous-tendant cette affirmation est la réduction d'incertitude quant aux comportements des concurrents engendrée par le partage d'informations qui serait nécessairement anticoncurrentielle, fondement abondamment critiqué en doctrine⁶²¹. Au travers de leur pratique décisionnelle, les autorités de concurrence ont donné quelques éléments permettant de circonscrire cette notion de distanciation, traduisant une approche particulièrement restrictive assumée par les juridictions européennes⁶²².

250. Ainsi, la distanciation doit s'effectuer de manière « *ferme et claire, de sorte que les autres participants à l'entente comprennent bien l'intention de l'entreprise concernée* »⁶²³. En effet, un comportement ambigu laisserait penser que l'entreprise approuve tacitement l'entente et serait de nature à encourager la poursuite de l'infraction⁶²⁴. Le critère retenu pour

⁶¹⁸ CJCE, 8 juillet 1999, C-49/92, *Anic Partecipazioni*, point 96 ; repris par CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg*, C-204/00, point 81.

⁶¹⁹ Certains auteurs vont jusqu'à la qualifier de « pratiquement inexistante », E. CLAUDEL, RDLC, 2006, n° 2, p. 81.

⁶²⁰ TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle*, T-202, 204, 207/98, point 58. Soulignement ajouté par nous.

⁶²¹ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre I, ou encore F. ROSATI, *Échanges d'informations et autres comportements coordonnés : pour une théorie de l'entente*, RDLC, 2008, n° 4, p. 27.

⁶²² « *il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence, la notion de distanciation publique en tant qu'élément d'exonération de la responsabilité doit être interprétée de manière restrictive* », TPICE, 5 décembre 2006, *Westfalen Gassen Nederland*, T-303/02, point 103, reprise dans TUE, 24 mars 2011, *Comap SA*, T-377/06, point 75 ; L. ARCELIN-LECUYER, *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, PUR, 2^{ème} éd., 2013, p. 96.

⁶²³ CJCE, 19 mars 2009, *Archer Daniels Midland*, C-510/06, point 120 repris par TUE, *Comap SA*, préc. point 76.

⁶²⁴ « *La raison qui sous-tend ce principe de droit est que, ayant participé à ladite réunion sans se distancier publiquement de son contenu, l'entreprise a donné à penser aux autres participants qu'elle*

évaluer la distanciation est donc « *la compréhension qu'ont les autres participants à une entente de l'intention de l'entreprise concernée* »⁶²⁵. Cette idée justifie notamment que le silence observé lors des réunions ne peut être assimilé à une distanciation mais « *constitue un mode passif de participation à l'infraction qui est donc de nature à engager la responsabilité de l'entreprise* »⁶²⁶. De la même façon, le fait de quitter une réunion ne saurait suffire à démontrer le désengagement d'un participant en l'absence de déclaration univoque dans le sens d'une distanciation⁶²⁷. Encore, il est de jurisprudence constante que l'absence de coordination du comportement de l'entreprise par le non-respect des prix convenus n'est pas de nature à écarter la responsabilité de l'entreprise⁶²⁸.

251. De façon positive, la jurisprudence estime que le fait pour l'entreprise d'indiquer « *par écrit à ses concurrents et au secrétariat de [l'association professionnelle], [...], qu'elle ne voulait en aucun cas être considérée comme un membre de l'entente et participer à des réunions d'une association professionnelle servant de cadre occulte à des concertations illicites* »⁶²⁹ est constitutif d'une distanciation publique. En revanche, un écrit adressé uniquement au secrétariat de l'association professionnelle et ne traduisant pas clairement une prise de distance ne saurait suffire⁶³⁰. Par ailleurs, de façon surprenante le fait d'évincer une entreprise d'une entente par la mise en place, par les autres participants, d'une nouvelle entente est interprété comme une distanciation. Le Tribunal explique en effet qu'il « *convient d'assimiler à une telle distanciation expresse la situation dans laquelle un participant à une entente est évincé de cette dernière par une collusion des autres participants à cette entente, sous prétexte que ladite entente aurait pris fin* »⁶³¹. Cette remarque paraît surprenante puisque la distanciation semble déduite d'un fait extérieur à la volonté de l'entreprise en cause. Il nous

souscrivait à son résultat et qu'elle s'y conformerait », TUE, *Westfalen Gassen Nederland*, préc. point 77.

⁶²⁵ CJCE, *Archer Daniels Midland*, préc., point 120.

⁶²⁶ TUE, *Westfalen Gassen Nederland*, préc. point 124 repris par plusieurs arrêts de 2011, voir par exemple TUE, 30 novembre 2011, *Quinn Barlo Ltd*, T-208/06, point 50.

⁶²⁷ « *Le simple fait que la requérante avait quitté la réunion du 4 octobre 1994 ne pouvait, en soi, être considéré comme une distanciation publique de l'entente en cause* », CJCE, *Archer Daniels Midland*, préc., point 120.

⁶²⁸ TPICE, 6 avril 1995, *Tréfilunion*, T-148/89, point 79 repris notamment par TPICE, 26 avril 2007, *Bolloré SA*, T-109/02, point 200.

⁶²⁹ TUE, *Westfalen Gassen Nederland*, préc. point 103.

⁶³⁰ En l'espèce, l'entreprise fait seulement part de ces inquiétudes quant à la légalité des discussions ayant eu lieu lors des réunions de l'organisation, TUE, *Comap SA*, préc. point 76.

⁶³¹ TUE, 3 mars 2011, *Siemens AG Österreich*, aff. jointes T-122/07 à T-124/07, point 61.

semble que la portée de cette solution doit être relativisée puisqu'elle intervient dans un débat relatif à la date d'interruption de l'entente.

252. Enfin, fort logiquement, il est de jurisprudence constante que la distanciation peut être constituée par la dénonciation de l'entente aux autorités compétentes. Ainsi, dans une affaire où une entreprise arguait de pressions subies l'ayant contraint à participer à une concertation, le Tribunal estime qu'au lieu de subir cette entente elle aurait dû la dénoncer⁶³².

253. Au vu de ces pratiques décisionnelles, il apparaît que ces présomptions sont particulièrement fortes et difficiles à combattre, d'autant plus qu'il semble que l'objet anticoncurrentiel doive succomber à cette inquiétante tendance probatoire.

⁶³² TPICE, 10 mars 1992, *Hüls*, T-9/89, point 128, repris notamment par TPICE, 29 novembre 2005, *Union Pigments*, T-62/02, point 63.

Section II : la détermination de l'objet anticoncurrentiel des échanges d'informations

254. Ce qu'il est convenu d'appeler « l'alternative objet/effet » est particulièrement discutée en doctrine⁶³³. En effet, sous l'impulsion des réformes relatives à la modernisation du droit de la concurrence, l'analyse de la restriction de concurrence, par nature économique, aurait dû évoluer d'une approche formaliste vers une approche plus économique notamment dans le but de tenir compte des derniers apports de la théorie de la collusion. Toutefois, il est loisible d'observer une tendance marquée en faveur de l'approche objective des restrictions de concurrence⁶³⁴ alors que la prise en considération croissante de l'analyse économique laissait penser que l'approche par les effets serait privilégiée, à l'image du droit antitrust américain. Or, nous avons vu que les échanges d'informations représentent une pratique aux effets ambivalents sur la concurrence qui fait l'objet de débats importants en théorie économique. Ce constat en faisait un candidat idéal pour entamer une généralisation de l'approche par les effets, en principe plus sensible aux considérations économiques.

255. La question est cruciale car, comme nous venons de le voir, la qualification d'objet restrictif emporte de nombreuses présomptions quant aux éléments constitutifs de l'entente. Aussi, est-il indispensable de procéder à un état des lieux de la subtile notion de restriction objective de concurrence (Paragraphe 1) afin de pouvoir discuter de sa pertinence en matière d'échanges d'informations (Paragraphe 2).

⁶³³ C. PRIETO, *La généralisation de l'analyse fondée sur les effets*, colloque AFEC, Actualité 2006 en droit de la concurrence publié par LPA, 29/11/2007, n° 239; D. M.B GERARD, *The effects-based approach under article 101 TFEU and its paradoxes : modernisation at war with itself?* in Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives, Bruylant, 2012, p. 17 ; D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of objet vs effect under article 101 TFEU* in Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives, Bruylant, 2012, p. 131 ; étude collective *Anticompetitive object vs. Anticompetitive effect : does it really matter ?* in *New frontiers of antitrust*, 2012, préc.

⁶³⁴ Voir notamment L. IDOT, *Le retour de l'objet anticoncurrentiel...*, RDLC, 2009, n° 4, p. 1.

Paragraphe 1 : Les subtilités du concept de restriction par objet

256. Dans un premier temps, il est important de préciser que la restriction de concurrence s'apprécie selon les mêmes critères que l'on se trouve en présence d'un accord, d'une décision d'association d'entreprise ou d'une pratique concertée⁶³⁵. Après cinquante ans d'application, la notion de restriction ne fait l'objet que d'un consensus limité, alors qu'elle constitue « l'ADN du droit de la concurrence »⁶³⁶, ce qui rend son application difficile. Aussi, il est nécessaire de délimiter le concept de restriction de concurrence issu de la modernisation (A) avant de pouvoir détailler la méthode d'appréciation de l'objet d'une pratique (B).

A/ La délicate notion de restriction de concurrence

257. Un temps entendue de manière extrêmement formaliste par la Commission européenne⁶³⁷, la restriction de concurrence fait aujourd'hui clairement l'objet d'une acception économique, en ce sens qu'elle se concentre sur la notion de pouvoir de marché qui recouvre les trois catégories d'infractions au droit de la concurrence : la restriction de la liberté de la concurrence des opérateurs économiques, la concentration du marché et la diminution de l'efficacité économique due à l'exercice d'un pouvoir de marché⁶³⁸. De manière plus spécifique aux ententes, on distingue trois types de contradictions au processus concurrentiel : la violation de la condition d'autonomie décisionnelle, la violation de la

⁶³⁵ Voir le point 38 des Conclusions de l'Avocat général Kokott dans l'affaire *T-Mobile* préc., repris dans l'arrêt au point 24 : « [...] les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour aux fins d'apprécier si un comportement a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sont applicables qu'il s'agisse d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée ».

⁶³⁶ D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of object vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 138.

⁶³⁷ S'appuyant sur la conception allemande, d'influence ordo-libérale, de la restriction de concurrence, la Commission sanctionnait toute atteinte à la liberté commerciale des parties sur le marché, voir I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruylant, 2007, p. 295.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 294 et s.

condition d'incertitude et la limitation ou l'interdiction de l'entrée sur un marché⁶³⁹. Cette évolution, voulue par le phénomène de modernisation du droit de la concurrence⁶⁴⁰, semble toutefois se heurter à une pratique décisionnelle toujours encline à un certain formalisme. Aussi, est-il important de préciser la structure de l'article 101 TFUE (1) puisqu'elle celle-ci commande l'appréciation de la restriction de concurrence selon l'alternative objet/effet (2).

1°/ La structure de l'article 101 TFUE

258. L'article 101 TFUE permet de sanctionner les comportements qui portent atteinte au principe fondamental de la politique de concurrence qui veut que les opérateurs économiques déterminent de façon indépendante la politique commerciale qu'ils entendent suivre sur le marché. Les paragraphes 1 et 3 représentent le cadre de l'analyse substantielle de la restriction de concurrence⁶⁴¹. Le paragraphe 1 prohibe les accords, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur dans une proportion de nature à affecter le commerce entre États membres. Ensuite, le paragraphe 3 dispose que le paragraphe 1 est inapplicable aux pratiques dont les effets négatifs sont « compensés » par leurs effets positifs : c'est le mécanisme de l'exception légale⁶⁴².

259. La question de l'articulation des deux dispositions a été très débattue en doctrine, notamment avant le mouvement de modernisation. En effet, dans le cadre de l'ancienne

⁶³⁹ M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, et al., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008, p. 101.

⁶⁴⁰ Phénomène qui apparaît à partir de 1999 avec les règlements d'exemption par catégorie puis de façon plus générale au sein des Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE, JOUE, n° C. 101, 27 avril 2004, pour un commentaire voir notamment L. IDOT, *La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81§3 CE*, in *La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, LGDJ, 2006, p. 85.

⁶⁴¹ Le paragraphe 2 est celui qui prévoit la nullité de plein droit des accords jugés restrictifs de concurrence au sens du reste de l'article 101 TFUE. Selon la CJUE, la nullité peut affecter l'accord dans son ensemble ou une clause particulière pour autant qu'elle soit séparable du reste de l'accord, CJCE, 30 juin 1966, C-56/65, *Société technique minière*.

⁶⁴² L'exemption individuelle sera accordée si les parties à l'accord prouvent que ce dernier remplit quatre conditions : un progrès économique, une part équitable du profit réservé aux utilisateurs, ne pas imposer des restrictions non indispensables aux objectifs d'efficacité et ne pas entraîner l'élimination d'une partie substantielle de la concurrence.

approche, la vision formaliste de la restriction de concurrence avait pour conséquence la prohibition de nombreuses pratiques sous le visa de 101§1 TFUE. Aussi, afin d'obtenir l'équilibre indispensable entre ces deux dispositions⁶⁴³, le paragraphe 3 faisait l'objet d'une interprétation souple⁶⁴⁴. À l'inverse, la nouvelle approche prône une interprétation restrictive de l'interdiction. En conséquence, la nécessité de symétrie du dispositif commande une application stricte des conditions de l'exemption prévue au paragraphe 3. En filigrane, la question posée par l'objectif d'« économisation » de la restriction de concurrence, c'est-à-dire une prise en compte accrue des enseignements de la théorie économique dans l'application du droit de la concurrence, était de savoir si il est souhaitable d'introduire en droit européen une « règle de raison » au sein de l'article 101§1⁶⁴⁵. La question est particulièrement pertinente en matière d'échanges d'informations du fait de leurs effets ambivalents sur la concurrence.

260. La « règle de raison » est le nom donné à l'évaluation de la restriction de concurrence opérée dans le cadre de la section 1 du Sherman Act de 1890, le texte américain d'incrimination des ententes. Pour la partie qui nous intéresse, cette méthode d'analyse consiste en l'établissement d'un bilan concurrentiel⁶⁴⁶. Cela signifie que les autorités de concurrence vont dresser une liste des effets sur la concurrence, positifs et négatifs, de la pratique qui leur est soumise. Ces différents éléments seront mis en balance et ce n'est que si le bilan est négatif que la pratique sera sanctionnée.

261. Avant la modernisation, certains États membres, à l'image l'Allemagne, avaient un système de notification préalable similaire à celui du droit européen, tandis que d'autres

⁶⁴³ L. IDOT, *La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81§3 CE*, in *La modernisation du droit de la concurrence*, préc. p. 89.

⁶⁴⁴ Il convient de préciser que dans l'ancien système, le bénéfice de l'exemption individuelle était subordonné à la notification préalable de l'accord.

⁶⁴⁵ Voir R. JOLIET, *The rule of reason in antitrust law-American, german Common market law in comparative perspective*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1967 ; E. STEINDORF, *Article 85 and the rule of reason*, CMLR, 1984, 639 ; R. KOVAR, *Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison*, RTD E, 1987, p. 237 ; D. FASQUELLE, *La règle de raison et le droit communautaire des ententes*, Thèse Paris, 1991.

⁶⁴⁶ La seconde déclinaison de la règle de raison est la théorie dite des restrictions accessoires clairement reconnue aussi bien en droit français qu'en droit européen, voir L. IDOT, *La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81§3 CE*, préc. ; G. RIVEL, *La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence, inelegantia juris ?*, D 2008, p. 237.

appliquaient déjà le droit de la concurrence selon un système d'exception légale. C'est le cas de la France par la combinaison de l'article L. 420-1 et de L. 420-4 du Code de commerce, qui sont les équivalents des paragraphes 1 et 3 de l'article 101 TFUE. Malgré ce cadre d'analyse, l'Autorité de concurrence avait tendance à pratiquer une approche globale de type règle de raison, c'est-à-dire un bilan concurrentiel, voire économique⁶⁴⁷ sous l'article L. 420-1. Cela implique que les décisions ne distinguaient quasiment pas les deux étapes voulues par les textes⁶⁴⁸. En conséquence, le dispositif d'exemption n'était que très rarement appliqué puisque l'interdiction était entendue de manière restrictive ce qui a conduit le Professeur Blaise à parler de « règle de raison française »⁶⁴⁹. Le débat opposait donc les auteurs hostiles à l'introduction d'une règle de raison au sein de l'article 101§1 TFUE, en raison notamment de l'existence du mécanisme d'exemption de l'article 101§3, aux auteurs qui estimaient que la disposition prévoyant l'exemption est différente d'une règle de raison puisqu'elle autoriserait un bilan économique permettant de tenir compte d'éléments différents d'un simple bilan concurrentiel⁶⁵⁰. Ainsi, la première étape consisterait en un bilan concurrentiel sous l'article 101§1 puis, s'il est négatif, un bilan économique serait réalisé sous l'article 101§3. Au soutien de leur thèse, ces auteurs invoquent notamment l'arrêt *Metro I*⁶⁵¹, dans lequel la Cour évoque le maintien de l'emploi dans le cadre de l'exemption⁶⁵².

262. Le Tribunal a tranché le débat dans son arrêt *Métropole Télévision*⁶⁵³. Plusieurs entreprises avaient conclu des accords en vue de la création d'une entreprise commune TPS dont le rôle serait d'exploiter un bouquet de chaîne de télévision. Ces accords comprenaient deux clauses qui ont été jugées restrictives par la Commission mais ont bénéficié d'une exemption pour une durée de trois ans. Les requérantes, souhaitant obtenir cette sécurité juridique pour dix ans, ont formé un recours en annulation devant le Tribunal. Ces dernières

⁶⁴⁷ J.B. BLAISE, *L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence* in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 85 ; L. IDOT, Europe, novembre 2001, comm. 327.

⁶⁴⁸ C. LEMAIRE, *Object vs. Effect after the modernisation of EU law : what has (or should have) changed ?* in *New frontiers of Antitrust*, 2012, préc., p. 163 ; M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, et al., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc. p. 105.

⁶⁴⁹ J.B. BLAISE, *L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence*, préc. p. 95.

⁶⁵⁰ Pour une étude complète de la question de la réception par le droit européen de la règle voir I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, préc. p. 617 et s.

⁶⁵¹ CJCE, 25 octobre 1977, C- 26/76, *Metro I*.

⁶⁵² Voir L. IDOT, *La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81§3 CE*, préc. qui évoque également une affaire dans laquelle la Commission invoque la protection de l'environnement.

⁶⁵³ TPICE, 18 septembre 2001, T-112/99, *Métropole Télévision*.

soutenaient que les clauses litigieuses ne devaient pas faire l'objet d'une appréciation abstraite mais méritaient d'être examinées selon la technique de la règle de raison. Selon elles, ces clauses recouvraient des effets pro-concurrentiels en ce qu'elles permettaient l'entrée de TPS sur un marché dominé par un seul opérateur. Le Tribunal va répondre par une décision de principe condamnant la technique de la règle de raison : « *Il est vrai que, dans un certain nombre d'arrêts, la Cour et le Tribunal se sont exprimés en faveur d'une lecture plus souple de [...] l'article [101§1] du traité. Ces arrêts ne sauraient, toutefois, être interprétés comme consacrant l'existence d'une règle de raison en droit communautaire de la concurrence. Ils s'inscrivent plutôt dans un courant jurisprudentiel plus large selon lequel il n'y a pas lieu de considérer, de manière complètement abstraite et indistincte, que tout accord restreignant la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles tombe nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article [101§1] du traité* »⁶⁵⁴.

263. Cette approche déploie ses conséquences en terme probatoire puisque la charge de la preuve des effets anticoncurrentiels pèse sur la partie poursuivante alors que la démonstration d'éventuels effets proconcurrentiels incombe aux parties à l'accord. Plus précisément, la séquence probatoire se déroule en cinq étapes. Tout d'abord, l'autorité identifie une restriction concurrence au sens de l'article 101§1. Les parties peuvent contester la qualification de restriction et si elles ne convainquent pas l'autorité alors la pratique est interdite selon le paragraphe 1. Ensuite, les parties peuvent invoquer le bénéfice de l'exemption en démontrant les quatre conditions cumulatives du paragraphe 3. Enfin, la Commission procède à une contre argumentation sur les conditions de l'exemption. Cette répartition est parfaitement cohérente au regard de la structure du dispositif européen de répression des ententes et semble relativement équitable⁶⁵⁵. L'instauration d'une règle de raison au sein de l'article 101§1 aurait considérablement alourdi la charge pesant sur la Commission, ou sur les parties requérantes, puisqu'elle aurait eu à démontrer ensemble les effets pro et anti concurrentiels. Or, le coût de

⁶⁵⁴ TPICE, *Métropole Télévision*, préc. point 75 et s. soulignement ajouté par nous. Cette position sera réaffirmée par les Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE qui précisent au point 11 que « *la mise en balance des effets anticoncurrentiels et des effets proconcurrentiels s'effectue exclusivement dans le cadre établi par l'article 81§3* » ; Toutefois, certains auteurs estiment que la condamnation de principe est fondée sur un raisonnement contestable et est contredite par l'arrêt *Wouters* (CJCE, 19 février 2002, C-309/99) qui tient compte de considérations relatives à l'intérêt général au sein de l'article 101§1, voir L. IDOT, *Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu...*, Europe, mai 2002, chr. 6 ; voir également D. WAELBROECK, C. SMITS, *La règle de raison en droit communautaire de la concurrence : entre exclusion officielle et existence officieuse*, Revue de la concurrence Belge, 2007, n° 4, p. 20.

⁶⁵⁵ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013, p. 215.

ce bilan est très élevé ce qui aurait grandement limité les possibilités de poursuite de la Commission⁶⁵⁶. Plus récemment, le Professeur Blaise a estimé que par ses Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale de 2011, la Commission a clairement rejeté les concepts anglo-saxons de règle de raison et d'interdiction *per se*⁶⁵⁷.

264. Le rejet de la règle de raison dans le cadre de l'article 101§1, et corrélativement la présence d'un dispositif d'exemption spécifique, entraîne une autre conséquence importante en matière d'échanges d'informations : le rejet de la notion de restriction *per se*. En effet, certains auteurs⁶⁵⁸, mais également certaines institutions⁶⁵⁹, procède à un abus de langage qui consiste à rapprocher la restriction *per se* de l'incrimination par objet. L'interdiction *per se* constitue, dans l'approche américaine, le pendant de la règle de raison. Dans ce système, les pratiques interdites *per se* ne peuvent faire l'objet d'aucune exemption tandis que les autres sont analysées selon la règle de raison. Or, la jurisprudence rappelle régulièrement que les infractions par objet ne sont pas exclues du bénéfice de l'article 101§3⁶⁶⁰. La confusion vient du fait qu'en réalité certaines pratiques ne bénéficient jamais de l'exemption ce qui amène à penser que, bien que différents, ces concepts se chevauchent dans une certaine mesure⁶⁶¹. Ce système est plébiscité par les économistes qui le jugent plus cohérent avec la théorie économique puisqu'en principe seules les pratiques unanimement condamnées par la théorie économique sont qualifiées de restrictions *per se* alors que toutes les autres sont évaluées à

⁶⁵⁶ La question se pose différemment aux Etats-Unis puisque près de 90% du contentieux provient de poursuites privées (private enforcement) ce qui suppose que les coûts du bilan concurrentiel sont supportés par les entreprises poursuivantes, à l'inverse de l'Europe qui fonctionne essentiellement sur la base de poursuites diligentées par les autorités de concurrence (public enforcement), C. PRIETO, *La généralisation de l'analyse fondée sur les effets*, préc.

⁶⁵⁷ J.B. BLAISE, RTD E, 2011, p. 405.

⁶⁵⁸ Voir OCDE, *les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, DAF/COMP(2010)37 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 219, note 188.

⁶⁵⁹ Voir par exemple TPICE, 10 mars 1992, T-14/89, *Montedipe*, § 262 ; TPICE, 6 avril 1995, T-148/89, *Treillis soudés*, § 109 ; Étude thématique de l'Autorité de la concurrence, *les échanges d'informations*, 2009, p. 105 et 146.

⁶⁶⁰ Voir par exemple TPICE, 27 septembre 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline*, point 233. Voir VAN DER WOUDE M., RDLC, 2006, n° 4, p. 64 ; IDOT L., Europe, 2006, n° 11, p. 27 ; PRIETO C., *Revue des contrats*, 2007, n° 2, p. 329.

⁶⁶¹ C. LEMAIRE, *Object vs. Effect after the modernisation of EU law : what has (or should have) changed ?* in *New frontiers of Antitrust*, 2012, préc., p. 163 et D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of object vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 136. Voir en droit français M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, et al., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 94.

l'aune de leurs effets⁶⁶². Toutefois, à l'instar de nombreux juristes, il nous semble possible d'aboutir à un résultat en adéquation avec la théorie économique tout en évitant les problèmes liés au coût d'application de la règle de raison. Cette solution passe par un positionnement plus clair relativement à l'alternative objet/effet.

2°/ La délimitation de l'alternative objet/effet : un objectif, deux méthodes

265. Cette alternative, propre au droit des ententes⁶⁶³, est au cœur du mouvement de modernisation qui suppose une extension de l'analyse des effets⁶⁶⁴. Le droit de la concurrence interdit les pratiques qui « *ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur* »⁶⁶⁵. Une jurisprudence ancienne et constante, interprète ce texte comme octroyant un caractère alternatif et subsidiaire à la distinction objet/effet⁶⁶⁶. L'appréhension de la restriction de concurrence suit un cheminement en deux étapes⁶⁶⁷. Dans un premier temps, il faut déterminer l'objet anticoncurrentiel de l'accord et ce n'est que si celui-ci n'est pas démontré qu'il convient de s'attacher à en analyser les effets. Par conséquent, « *aux fins de l'application de l'article [101, paragraphe 1], la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue*

⁶⁶² Pour une analyse détaillée et nuancée voir D. SPECTOR, *Analyse économique et sécurité juridique : entre règles per se et règles de raison* in Politiques de la concurrence, CAE, 2006, p. 271.

⁶⁶³ En droit européen puisqu'en droit français on retrouve l'alternative dans les textes d'incriminations des abus de position dominante, voir l'article L. 420-2 du Code de commerce qui renvoie aux conditions posées par l'article L. 420-1.

⁶⁶⁴ C. PRIETO, *La généralisation de l'analyse fondée sur les effets*, préc.

⁶⁶⁵ Article 101§1 TFUE, Du fait de la rédaction de l'article L. 420-1, la pratique française sanctionne l'effet probable mais cette singularité se distinguait difficilement de l'objet probable sanctionné par le droit européen, M.C. BOUTARD LABARDE, G. CANIVET, et al., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, préc., p. 94. Aujourd'hui, le droit européen sanctionne également l'effet probable, voir notamment CJUE, 4 juin 2009, C-8/08, *T-Mobile*, point 31.

⁶⁶⁶ CJCE, 30 juin 1966, C-56/65, *Société technique minière*, page 359 qui précise que « *le caractère non cumulatif, mais alternatif de la présente condition, marqué par la conjonction « ou », conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué [...]; qu'au cas cependant où l'analyse desdites clauses ne révéleraient pas un de gré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord* ».

⁶⁶⁷ Voir par exemple N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 225.

dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence »⁶⁶⁸.

266. À l'époque de l'approche formaliste⁶⁶⁹, la pratique décisionnelle ne distinguait pas suffisamment les deux voire ignorait ces termes⁶⁷⁰. Le droit de la concurrence était appliqué de manière relativement simple et l'impact économique des pratiques n'était que rarement pris en compte, notamment par le biais de la première communication *de minimis* de la Commission en 1970⁶⁷¹. Cette application a conduit à un élargissement important du concept d'objet anticoncurrentiel vivement critiqué en doctrine. En effet, l'excès de formalisme mène à des faux positifs (erreurs de type I) et à des faux négatifs (erreurs de type II) qui ont un coût très élevé pour la société⁶⁷². En outre, l'abandon de la procédure de notification auprès de la Commission rend indispensable la clarification de la frontière entre l'objet et l'effet puisque les entreprises doivent désormais se livrer à l'auto-évaluation de leurs pratiques⁶⁷³. Aussi, dans le sillage d'autres pays et en accord avec la théorie économique, s'enclenche en Europe un mouvement de modernisation du droit de la concurrence qui consiste principalement en une généralisation de l'approche par les effets, mieux à même de tenir compte des spécificités de chaque espèce.

267. À cette fin, il est indispensable de définir les tests qui permettront d'analyser une pratique à l'aune de ces effets. La preuve d'un effet anticoncurrentiel est particulièrement lourde puisqu'elle réclame l'établissement de la situation contrefactuelle. En principe, l'impact d'un accord sur la concurrence ne peut être évalué qu'en comparant la situation de marché qui aurait existé en l'absence de cet accord à celle qui existe effectivement : cette technique est connue sous l'appellation *counterfactual test*. Or, l'établissement du contrefactuel est particulièrement complexe et donne lieu à de nombreux débats, notamment entre les

⁶⁶⁸ CJCE, 13 juillet 1966, C-56 et 58/64, *Consten and Grunding*, page 496 ; position reprise depuis dans de nombreux arrêts et textes de soft law de la Commission.

⁶⁶⁹ Cette époque correspond à la période qui va de l'adoption des traités jusqu'au mouvement de modernisation des années 2000 ; Pour étude complète de l'approche formaliste pré-modernisation voir D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of objet vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 132.

⁶⁷⁰ D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of objet vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 136.

⁶⁷¹ Communication de la Commission du 27 mai 1970, JO 1970, C 64/1.

⁶⁷² Pour une définition des erreurs de type I et II voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 2.

⁶⁷³ C. LEMAIRE, *Object vs. Effect after the modernisation of EU law : what has (or should have) changed ?*, préc.

institutions chargées d'appliquer le droit de la concurrence⁶⁷⁴. Les Professeurs Waelbroeck et Slater dénombrent six principaux tests de l'effet anticoncurrentiel d'une pratique dont certains apparaissent tout à fait formels⁶⁷⁵. Tout d'abord, a longtemps été sanctionnée toute clause limitant la liberté d'action des entreprises⁶⁷⁶. Cette position très critiquée, en ce qu'elle conduit à sanctionner tout accord entre entreprises, a été clairement rejetée⁶⁷⁷. Ensuite, la jurisprudence utilise l'argument selon lequel la structure du marché ne doit pas être affectée. Or, il apparaît que l'un des objectifs de la concurrence est d'accroître sa part de marché ce qui a nécessairement un impact sur la structure du marché, laissant penser que cet argument est, à tout le moins, imprécis⁶⁷⁸. De même, l'effet d'une pratique sur un paramètre isolé de concurrence suffira à établir une restriction de concurrence nonobstant le fait que cela permette à un nouvel acteur d'entrer sur le marché⁶⁷⁹. Cette difficulté renvoie à la question déjà abordée du bilan concurrentiel au sein du paragraphe 1 de l'article 101. En effet, une appréciation trop abstraite des effets restrictifs conduit à un renversement quasi-systématique de la charge de la preuve au détriment des parties⁶⁸⁰. En définitive, un seul test semble être en adéquation avec l'objectif dévaluation des effets restrictifs de concurrence : celui de la comparaison concrète par le biais de la situation contrefactuelle⁶⁸¹. Or, il s'avère particulièrement difficile de réaliser ce test sans aboutir à un bilan concurrentiel devant nécessairement tenir compte des effets positifs de l'accord⁶⁸², ce qui va à l'encontre de la position du droit européen.

⁶⁷⁴ Voir l'affaire *O2 Germany* dans laquelle l'analyse du contrefactuel réalisée par la Commission est contredite par le Tribunal, décision de la Commission du 16 juillet 2003, 2004/207/CE et TPICE, 2 mai 2006, *O2 Germany*, T-328/03.

⁶⁷⁵ D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of object vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 138.

⁶⁷⁶ Voir par exemple CJCE, 14 décembre 1983, *Ciments et béton*, C- 319/82, point 6.

⁶⁷⁷ Pour un exemple récent TPICE, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline*, T- 168/01, point 171 : « *Tout accord restreignant la liberté d'action des ou d'une entreprises qui y participent ne tombe pas nécessairement sous le coup de l'interdiction prévue à l'article [101, paragraphe 1], [TFUE]* ».

⁶⁷⁸ D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of object vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 138.

⁶⁷⁹ Voir par exemple CJCE, 11 novembre 1997, *Eurotunnel*, C-408/95.

⁶⁸⁰ Ce propos est toutefois à nuancer puisque certaines décisions utilisent dans le cadre de 101§1 la théorie des restrictions accessoires, voire font une appréciation *in concreto* de la situation.

⁶⁸¹ D. GERADIN, I. GIRGENSON, *The counterfactual method in EU competition law : the cornerstone of the effects-based approach*, in *Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives*, Bruylant, 2012, p. 211.

⁶⁸² Voir B. ROBERTSON, *What is a restriction of competition ? The implications of the CFI's judgement in O2 Germany and the rule of reason*, ECLR, 2007, p. 252 : « *the inevitable conclusion is that there is no alternative but to look at all the effects of all agreements, [...] when assessing the applicability of article [101(1)]. The need to conduct a « balancing exercise » is inevitable* » ou

268. Souvent plébiscitée par les entreprises et les économistes, il apparaît clairement que l'analyse par les effets souffre de nombreuses lacunes. Le principal problème est le coût de l'analyse des effets qui est très élevé et est susceptible de conduire aussi bien à des faux négatifs (erreur de type II) qu'à des faux positifs (erreur de type I)⁶⁸³. En effet, la charge de la preuve reposant le plus souvent sur les épaules de l'autorité de concurrence il est à craindre que les contraintes budgétaires mènent à une sanction sous-optimale des pratiques anticoncurrentielles⁶⁸⁴. En outre, le coût de ces analyses peut s'avérer prohibitif pour les entreprises qui souhaiteraient mettre en place une pratique de type échange d'informations puisqu'elles doivent procéder à une auto-évaluation des effets éventuels de ladite pratique. Cette dernière pourrait donc être évitée même dans le cas où son bilan concurrentiel serait favorable⁶⁸⁵. La deuxième difficulté réside dans le manque de prévisibilité de ces analyses qui affecte la sécurité juridique des entreprises. Le courant post-Chicago⁶⁸⁶ se voit reprocher le manque de robustesse de ses tests ainsi que leur complexité excessive, notamment dans la perspective d'une utilisation par les juges généralistes⁶⁸⁷.

269. Ces constatations fondent en partie la très nette prééminence de l'analyse de l'objet dans la jurisprudence européenne qui amène à douter de la crédibilité du processus de modernisation. En effet, l'axe directeur de la modernisation est une prise en compte croissante de l'analyse économique dans l'application du droit de la concurrence, ce qui revient à privilégier l'approche par les effets. Or, l'étude des statistiques de poursuite des infractions à la concurrence est sans équivoque. Entre le mois de janvier 2000 et la fin de l'année 2012, dix-sept des dix-huit cas traités par la Commission ainsi que la totalité des affaires soumises à la Cour de Justice ont été sanctionnés sur le fondement de leur objet anticoncurrentiel⁶⁸⁸.

encore D. M.B GERARD, *The effects-based approach under article 101 TFEU and its paradoxes : modernisation at war with itself*, préc., p. 29.

⁶⁸³ J. PADILLA, *The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under competition laws* in OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents*, DAF/COMP (2010)37, p. 434, même si celui-ci rappelle utilement qu'aucun système ne peut aboutir à une absence totale d'erreur.

⁶⁸⁴ A. PERROT, *Managing cases under the effect-based approach : the experience of the french competition authority*, in *Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives*, Bruylant, 2012, p. 293.

⁶⁸⁵ M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc.

⁶⁸⁶ Aussi appelé « nouvelle économie industrielle » et dont nous avons présenté les thèses dans le Titre I, Chapitre II.

⁶⁸⁷ C. PRIETO, *La généralisation de l'analyse fondée sur les effets*, préc.

⁶⁸⁸ D. M.B GERARD, *The effects-based approach under article 101 TFEU and its paradoxes : modernisation at war with itself ?* in *Ten years of effects-based approach in EU competition law, State*

Quelle est la portée du mouvement vers une approche par les effets lorsque autant de cas sont traités à travers la catégorie objective ? En outre, certains se sont interrogés sur la prise en compte grandissante des effets probables lors de l'examen de l'objet, notamment lors de l'affaire *T-Mobile*⁶⁸⁹. Sans aller jusqu'à penser que toute pratique présentant un effet restrictif potentiel est objectivement anticoncurrentiel⁶⁹⁰, il semble que l'on assiste à une pénétration de l'analyse des effets au sein de la conception objective. Est-ce à dire que la modernisation aurait eu pour conséquence une « économisation » de la restriction objective ? Cela semble parfaitement en accord avec les Lignes directrices relatives à l'article 81§3 qui prônent une approche plus économique de la restriction de concurrence dans son ensemble et notamment de l'objet anticoncurrentiel⁶⁹¹. En outre, le Professeur Prieto relève une tendance jurisprudentielle à l'utilisation du contexte général afin d'éclairer l'appréhension de l'objet anticoncurrentiel, ce qui a pour conséquence une fragilisation de la dimension automatique du critère de l'objet⁶⁹². Or, une acception plus économique de l'objet d'un accord pourrait permettre de justifier son application aux pratiques ambivalentes telles que les échanges d'informations. Il s'agit donc de déterminer dans quelle mesure la méthode d'appréciation de l'objet d'un accord permet de donner une dimension économique à la restriction objective.

of play and perspectives, Bruylant, 2012, p. 17 ; pour une analyse récente par les effets voir TUE, 14 avril 2011, T-461/07, *Visa Europe et international*, L. IDOT, *Secteur bancaire et concurrence* potentielle, Europe, juin 2011, n°6, comm. 226 ; J. B. BLAISE, RTD E, 2011, p. 832 ; G. DECOQC, *Morgan Stanley 2-0 Visa*, CCC, juin 2011, n° 6, comm. 146 ; RDLC, 2011, n° 3, p. 96, obs. C. SARRAZIN.

⁶⁸⁹ Voir par exemple B. MEYRING, *T-Mobile : further confusion on information exchanges between competitors*, Journal of european competition law & practice, 2010, Vol 1, n° 1, p. 30 ou P. WILHELM, E. PROVOST, *La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis*, RLDA, 2009, n° 41, p. 45.

⁶⁹⁰ Cela reviendrait à éliminer la catégorie des restrictions par effet puisqu'une pratique qui ne serait pas apte à engendrer des effets anticoncurrentiels ne produirait ces mêmes effets dans aucune circonstance tandis que toutes les autres pratiques seraient des restrictions objectives, voir B. MEYRING, *T-Mobile : further confusion on information exchanges between competitors*, préc ; voir également D. WAELBROECK et D. SLATER qui précisent que plus la définition de l'objet sera large plus la distinction des effets probables et de l'analyse des effets sera délicate, *The scope of objet vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 138.

⁶⁹¹ La Commission tire les enseignements de l'arrêt CJCE, *Wouters* (préc.) en précisant qu'« avant de pouvoir déterminer si une restriction donnée a pour objet de restreindre la concurrence, il peut s'avérer nécessaire d'examiner les faits sur lesquels repose l'accord ainsi que les circonstances spécifiques dans lesquelles il fonctionnera », Lignes directrices préc. point 22 ; voir également C. LEMAIRE, *Object vs. Effect after the modernisation of EU law : what has (or should have) changed ?*, préc. point 100 ; E. LOOZEN, *The application of a more economic approach to restrictions by object : no revolution after all*, ECLR, 2010, n° 4, p.146.

⁶⁹² C. PRIETO, *La généralisation de l'analyse fondée sur les effets*, préc. L'auteur cite l'exemple emblématique de la jurisprudence *GlaxoSmithKline* (préc.) dans laquelle est remise en question l'interdiction quasi-automatique des entraves a commerce parallèle sur le fondement du contexte général.

B/ L'affirmation de la méthode d'appréciation de l'objet anticoncurrentiel

270. L'objet anticoncurrentiel d'un accord emporte présomption que ce dernier engendre des effets anticoncurrentiels et donc est restrictif de concurrence. Cela apparaît clairement sous la plume de la Cour lorsqu'elle définit l'objet anticoncurrentiel par référence au fort potentiel d'effets anticoncurrentiels d'une pratique ⁶⁹³ : « *pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que l'accord soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence, c'est-à-dire qu'il soit concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur* »⁶⁹⁴. La distinction est d'ordre probatoire puisque la présomption permet à la partie poursuivante de ne pas avoir à réaliser la coûteuse démonstration de l'effet d'une pratique. Au vu de ces importantes conséquences⁶⁹⁵, il est essentiel de bien circonscrire la catégorie des restrictions par objet. Ce souci d'encadrement du concept est d'autant plus essentiel que le Professeur Blaise relevait récemment que « *près de cinquante ans après l'entrée en vigueur du traité la notion de restriction par l'objet continu[e] de souffrir d'une relative incertitude* »⁶⁹⁶.

271. Selon la Commission européenne, « *les accords ayant pour objet de restreindre la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire [...] Cette présomption repose sur la gravité de la restriction et sur l'expérience qui montre que les restrictions de concurrence par objet sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché et de mettre en péril les objectifs poursuivis par les règles de concurrence* »⁶⁹⁷. Cette définition nous indique que, pour être qualifiée de restrictive par objet, une pratique doit présenter intrinsèquement un degré de nocivité tel que la probabilité d'une restriction de concurrence s'avère extrêmement forte. Comme le relève le Professeur Blaise, cette définition semble

⁶⁹³ C. PRIETO, Jurisclasseur Traité Europe, fascicule 1410, n° 24.

⁶⁹⁴ CJUE, 13 mars 2013, C-32/11, *Allianz Hungaria*, point 38, soulignement ajouté par nous.

⁶⁹⁵ Il est intéressant de noter qu'en Allemagne par exemple la distinction de l'objet et de l'effet emporte des conséquences bien plus graves puisqu'elle fonde le recours à des procédures différentes, ce qui implique que, bien souvent, seules les restrictions par objet sont sanctionnées d'une amende alors que les restrictions par effet conduisent à un ordre de cessation. Voir A. MUNDT, Président du Bundeskartellam, *Do enforcers really make a difference in New frontiers of antitrust*, 2012, p. 155.

⁶⁹⁶ J. B. BLAISE, *Chronique de droit communautaire de la concurrence*, RTD E, 2009, p. 775, point 116.

⁶⁹⁷ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE, JOUE, n° C. 101, 27 avril 2004, point 21. Soulignement ajouté par nous.

indiquer que le Commission retient une conception restrictive de la « boîte à objet »⁶⁹⁸. Or, il apparaît que, depuis 2008, la Cour de Justice a entamé un mouvement de clarification de la conception objective qui semble contredire cette vision restrictive⁶⁹⁹. En effet, la Cour a jugé à deux reprises qu'une pratique pouvait avoir un objet anticoncurrentiel du seul fait que les entreprises participantes ne déterminent plus leur politique commerciale de manière autonome sur le marché⁷⁰⁰. Cette interprétation extensive, parce que trop formaliste, de l'objet anticoncurrentiel a été très critiquée en doctrine⁷⁰¹ en ce qu'elle remet en cause le mouvement de modernisation. Cependant, par un arrêt de principe du 11 septembre 2014 la Cour est revenu sur cette jurisprudence en décidant que « *c'est à tort que le Tribunal a considéré, [...], que la notion de restriction de concurrence «par objet» ne doit pas être interprétée «de manière restrictive»* »⁷⁰². Cette formule a été saluée par la doctrine et les praticiens en ce qu'elle met fin à la dangereuse approche extensive de l'objet menée par la Cour ces dernières années⁷⁰³.

⁶⁹⁸ J. B. BLAISE, *Chronique de droit communautaire de la concurrence*, RTD E, 2009, p. 775, point 117 et s.

⁶⁹⁹ Il est important de noter que la Commission est absente de ce mouvement puisque les décisions qui s'y inscrivent ont été quasiment toutes rendues sur demande de décision préjudicielle de juridictions nationales, voir C. LEMAIRE, *Object vs. Effect after the modernisation of EU law : what has (or should have) changed ?*, préc

⁷⁰⁰ CJCE, 20 novembre 2008, C-209/07, *BIDS* point 34 et CJUE, 4 juin 2009, C-8/08, *T-Mobile*, point 43.

⁷⁰¹ Voir notamment L. IDOT, *Le retour de l'objet anticoncurrentiel...*, préc. ; C. GRYNFOGEL, *La notion d'objet anticoncurrentiel et la sécurité juridique des entreprises*, RJDA, 8-9/14, p. 627 ; L. IDOT, *Prise de position de la Cour de Justice des Communautés européennes sur la notion d'accord ayant un objet anticoncurrentiel*, Revue des contrats, janvier 2009, n° 1, p. 113 ; M. CHAGNY, *Echange d'informations dans le téléphonie mobile : un vent de rigueur ? Nouvel épisode... communautaire* CCE, 01/11/2009, n° 11, p. 37 ; P. WILHELM, E. PROVOST, *La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis*, RLDA, 2009, n° 41, p. 45 ; D. WELBROECK, D. SLATER, *The scope of object vs effect under article 101 TFEU*, préc.

⁷⁰² CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*, point 58.

⁷⁰³ C. PRIETO, S. HAUTBOURG, F. ROSATI, A. CHOFFEL, *La notion de restriction par l'objet après l'arrêt Cartes bancaires* in Séminaire Économie et droit de la concurrence, octobre 2014, site internet de la RDLC ; L. IDOT, *La Cour rappelle les principes applicables pour l'identification d'une restriction de concurrence par objet en revenant à une approche plus restrictive ?*, Europe, n° 11, novembre 2014, comm. 466 ; A. RONZANO, *lettre CREDA-CONCURRENCE*, 14 septembre 2014 ; D. BOSCO, *La Cour de justice appelle une interprétation restrictive de la notion de restriction par l'objet*, CCC, novembre 2014, comm. 250 ; A. GIRAUD, *Exégèse de l'arrêt Groupement des cartes bancaires*, RLDA, novembre 2014, n° 98 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, *Objet anticoncurrentiel : la Cour de justice change de cap et adopte de nouveau une conception stricte de l'objet anticoncurrentiel (CB)*, RDLC, n° 4, 2014, p. 110.

272. Afin d'aboutir à la qualification de restriction par objet, la jurisprudence a de nombreuses fois rappelé les critères devant être pris en compte : « *pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'un accord, il convient de s'attacher notamment à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère* »⁷⁰⁴.

1°/ L'examen substantiel de l'accord

273. L'idée de restriction par objet conduit, dans un premier temps à examiner le but, l'objectif de l'accord. En effet, la lettre des textes conduit à condamner les accords qui ont objectivement pour but de restreindre la concurrence. En accord avec la jurisprudence européenne, ces accords sont ceux dont la mise en œuvre conduit nécessairement à restreindre la concurrence⁷⁰⁵. Dans l'affaire *BIDS*, l'Avocat général compare l'appréhension de l'objet au « délit de mise en danger potentielle » pour insister sur le fait qu'il ne faut pas se focaliser uniquement sur les conséquences attendues de l'accord mais également sur la volonté des parties⁷⁰⁶. Ainsi, c'est l'objectif poursuivi par les parties à l'accord qui est déterminant. Pour autant, l'intention de porter atteinte au processus concurrentiel n'est pas une condition de l'incrimination, même si certains arrêts ont pu faire douter de cette position⁷⁰⁷. En effet, il est de jurisprudence constante que l'article 101§1 ne requiert aucun élément intentionnel dans le cadre des restrictions objectives⁷⁰⁸. Toutefois, une intention anticoncurrentielle pourra

⁷⁰⁴ CJUE, 6 octobre 2009, C- 501/06, *GlaxoSmithKline*, point 58. Soulignement ajouté par nous. Voir L. IDOT, Europe 2009, comm. 463 ; C. PRIETO, JDI, avril 2010, chron. 3 ; DECOCQ G., CCC, 2009, n° 12, p. 26; ARHEL P., LPA, 31/12/2009, n°261, p. 6 ; FERRIER D., D 2011, p. 540. Voir également CJUE, 4 octobre 2011, C-403/08, *Premier League*.

⁷⁰⁵ J. B. BLAISE, Répertoire de droit européen Dalloz, point 489 ; C. PRIETO, Jurisclasseur Traité Europe, fascicule 1410, point 24 ; P. AHREL, Répertoire de droit commercial Dalloz, Ententes, point 27.

⁷⁰⁶ Conclusions de Mme V. TRSTENJAK dans l'affaire C-209/07, *BIDS*, point 44.

⁷⁰⁷ Voir J. B. BLAISE, Répertoire de droit européen, préc. qui cite l'arrêt : CJUE, 28 avril 1998, C-306/96, *Javio*.

⁷⁰⁸ Voir CJCE, 8 novembre 1983, C-96/82, *IAZ International Belgium*, point 25, et plus récemment TUE, 9 juillet 2009, T-450/05, *Automobiles Peugeot SA*, point 55 : « *la notion d'accord anticoncurrentiel par objet [...] s'applique indépendamment de la circonstance éventuelle que les parties à l'accord n'ont pas eu l'intention, voire même seulement la conscience, de violer la concurrence* ».

permettre d'étayer la qualification de restriction objective⁷⁰⁹. En outre, la Cour a rappelé récemment que le fait que l'accord poursuive des buts légitimes ne permet pas de lui dénier la qualification de restriction par objet⁷¹⁰. Cet objectif anticoncurrentiel doit donc se déduire objectivement du contenu de l'accord.

274. Dans un second temps, c'est la teneur, le contenu de l'accord qui doit être examiné. La question de savoir si une disposition peut en elle-même révéler un degré élevé de nocivité à l'égard de la concurrence renvoie aux critères de la gravité et de l'expérience mis en évidence par la théorie économique et repris dans la définition donnée par la Commission⁷¹¹. Aussi, un accord sera objectivement restrictif si sa nocivité se déduit facilement, clairement de la lecture de ses dispositions⁷¹². La Cour a récemment rappelé que la nocivité intrinsèque est un critère essentiel et indispensable à la qualification de restriction par objet⁷¹³. En d'autres termes, la restriction doit être manifeste, patente⁷¹⁴. Ce champ lexical conduit à s'interroger sur l'interaction entre restriction objective et restriction caractérisée. En effet, qu'est-ce qu'une restriction caractérisée sinon une restriction manifeste ?

⁷⁰⁹ CJUE, 6 octobre 2009, C-501/06, *GlaxoSmithKline*, point 58 : « bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord, rien n'interdit à la Commission ou aux juridictions communautaires d'en tenir compte ». En outre, l'intention des parties est pertinente lorsqu'il s'agit de prononcer une amende et d'en fixer le montant, voir l'article 23 §1 et 2 du Règlement n°1/2003.

⁷¹⁰ CJCE, 20 novembre 2008, C-209/07, *BIDS*, point 21 citant CJCE, 6 avril 2006, C-551/03, *General Motors*, point 64 : « un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même si il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes ».

⁷¹¹ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE, préc.

⁷¹² Conclusions de l'Avocat général M. NILS WAHL présentées 27 mars 2014 dans l'affaire *Cartes bancaires*, CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13, point 56, confirmées en tout point par la Cour.

⁷¹³ CJUE, *Groupeement des cartes bancaires*, préc., point 57 : « le **critère juridique essentiel** pour déterminer si une coordination entre entreprises comporte une telle restriction de concurrence « par objet » réside dans la constatation qu'une telle coordination présente, en elle-même, **un degré suffisant de nocivité** à l'égard de la concurrence ». Soulignement ajouté par nous.

⁷¹⁴ CJUE, *Groupeement des cartes bancaires*, préc., point 25 : « [La restriction de concurrence par objet] ne pourrait en effet s'appliquer qu'aux accords qui, intrinsèquement, poursuivent un objectif dont la nature même revêt une gravité ou un degré de nocivité tel que leur impact négatif sur le fonctionnement de la concurrence apparaît sans aucun doute possible et, donc, sans qu'il soit nécessaire d'en mesurer les effets potentiels ». soulignement ajouté par nous ; à défaut il serait trop facile de se dispenser de l'analyse des effets, voir C. PRIETO, S. HAUTBOURG, F. ROSATI, A. CHOFFEL, *La notion de restriction par l'objet après l'arrêt Cartes bancaires*, préc. ; voir également D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of objet vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 140.

275. La notion de restriction caractérisée est issue des textes de « soft law » de la Commission⁷¹⁵ et peut être définie comme des « restrictions graves qui en tant que telles, empêchent le contrat de bénéficiaire de l'exemption par catégorie »⁷¹⁶. Cette définition englobe tout d'abord les exemples listés au sein de l'article 101§1 TFUE. Elle comprend les ententes horizontales de fixation des prix, de quotas de production et de répartition des marchés ou encore les échanges d'informations précédant le dépôt des offres dans le domaine des marchés publics. De la même manière, sont par exemple qualifiées de restrictions caractérisées les ententes verticales visant à interdire les ventes passives ou encore à imposer des prix de revente. Assurément, la notion de restriction caractérisée ne saurait se limiter aux exemples tirés des textes de « soft law »⁷¹⁷. La question se pose de savoir si une restriction caractérisée est toujours une restriction par objet et se faisant si le juge, mis en présence d'une telle restriction, doit démontrer qu'elle appartient à la catégorie objective. En sens inverse, il est utile de se demander si les restrictions par objet sont constituées des seules restrictions caractérisées, comme cela avait été suggéré lors des débats relatifs au mouvement de modernisation⁷¹⁸. En effet, la ligne de démarcation entre le concept de restriction caractérisée et celui de restriction objective est pour le moins difficile à tracer⁷¹⁹. Cette confusion vient certainement du fait que les deux notions renvoient à l'idée de présomption : présomption d'effet anticoncurrentiel pour la restriction par objet et présomption de conformité pour les Règlements d'exemption par catégorie dont sont issues les restrictions caractérisées. Or, l'importance de l'articulation des deux concepts incite à les distinguer clairement.

276. Selon le Professeur Petit, la différence se situe au niveau du régime avec des restrictions par objet toujours susceptibles de bénéficier de l'exemption individuelle et des ententes caractérisées présumées ne pas satisfaire les conditions de l'exemption⁷²⁰. Celui-ci

⁷¹⁵ Le concept est apparu dans les Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000, n° 2000/C291/01 et est depuis repris dans de nombreux textes de la Commission comme par exemple les Lignes directrices relatifs aux accords de coopération horizontale de 2011, préc. § 190, ou encore le Règlement n° 330/2010 relatif à des catégories d'accord verticaux et de pratiques concertées, p. 5.

⁷¹⁶ C. PRIETO, *Restriction de concurrence et interdiction de vendre sur internet : Pierre Fabre ou les opportunités manquées*, Revue des contrats, janvier 2012, n° 1, p. 111.

⁷¹⁷ L. ARCELIN-LECUYER, *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, PUR, 2^{ème} éd., 2013, p. 108.

⁷¹⁸ Voir nos développements supra.

⁷¹⁹ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 220 ; voir également D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of object vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 142.

⁷²⁰ Voir Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE, préc. point 46 : « *il est fort peu probable que de graves restrictions de la concurrence puissent remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3. En général, ces restrictions sont interdites par des règlements d'exemption par*

ajoute que « *Si toute restriction caractérisée est une restriction par objet, l'inverse n'est pas nécessairement vrai* »⁷²¹. Toutefois, les textes de la Commission conduisent à douter de cette analyse. En effet, celle-ci précise qu'en « *règle générale, la Commission considère comme des restrictions par objet celles qui sont interdites dans les règlements d'exemption par catégorie ou sont définies comme étant des restrictions caractérisées dans les lignes directrices et communications* »⁷²². En outre, le Professeur Lemaire ajoute que les Lignes directrices sur les restrictions verticales contiennent un développement selon lequel certaines restrictions caractérisées peuvent, exceptionnellement, ne pas tomber sous le coup de la prohibition édictée par le paragraphe 1 de l'article 101⁷²³. Par ailleurs, la Commission précise également que la catégorie des restrictions objectives est plus large que celles des restrictions caractérisées⁷²⁴, ce qui confirme l'idée selon laquelle les deux notions se chevauchent imparfaitement. En définitive, malgré le fait que le régime des restrictions caractérisées renvoie à l'application du paragraphe 3 de l'article 101, elles représentent un marqueur de nocivité qu'il serait paradoxal d'ignorer lors de l'examen du contenu d'un accord sous le visa du paragraphe 1⁷²⁵, a fortiori depuis l'arrêt *Cartes bancaires*⁷²⁶.

277. La Cour de Justice a récemment eu l'occasion de prendre position sur cette notion lors de l'affaire *Pierre Fabre*⁷²⁷. Dans cette espèce, le Conseil de la concurrence français opère une qualification quelque peu provocatrice en établissant un rapport direct entre les restrictions caractérisées et par objet. En effet, celui-ci décide que « *les pratiques caractérisées au sens du règlement d'exemption constituent des restrictions par objet, sans*

catégorie ou qualifiées de restrictions caractérisées dans les lignes directrices et les communications de la Commission », c'est pourquoi elles sont également appelées « ententes injustifiables ». Soulignement ajouté par nous.

⁷²¹ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc.

⁷²² Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE, préc. point 23. Soulignement ajouté par nous.

⁷²³ C. LEMAIRE, *Object vs. Effect after the modernisation of EU law : what has (or should have) changed ?*, préc. qui cite les Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE, point 60 à 64 et notamment la formule suivante: « *Des restrictions caractérisées peuvent, dans des cas exceptionnels, être objectivement nécessaires à l'existence d'un accord d'une nature ou d'un type particuliers et par conséquent ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1* »

⁷²⁴ Voir les Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE, préc., point 23 : « *Les règlements d'exemption par catégorie, lignes directrices et communications communautaires donnent une idée de ce qui constitue des restrictions par objet* ».

⁷²⁵ C. PRIETO, *Jurisqueur Traité Europe*, fascicule 1410, n° 33.

⁷²⁶ CJUE, *Cartes bancaires*, préc.

⁷²⁷ CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*. Voir ROBIN C., RLC, 2012, n° 30, p. 23 ; PRIETO C., *Revue des contrats*, 2012, n°1, p. 111 ; VOGEL L., JCP E, 2012, n° 11, p. 25 ; FERRIER D., D 2012, p. 577 ; BLAISE J-B, IDOT L., RTD E, 2012, p. 437.

qu'il soit nécessaire de démontrer plus en détail en quoi cet objet est restrictif de concurrence, ni d'analyser les effets des pratiques »⁷²⁸. Le Conseil interprète strictement les textes de la Commission et notamment le point 23 des Lignes directrices relatives à l'article 81§3 en ce qu'il sous-entend une certaine automaticité de la qualification de restriction objective en présence d'une restriction caractérisée⁷²⁹. Or, la CJUE a régulièrement rappelé que les règlements d'exemption par catégorie ont vocation à servir de présomption de validité et non pas de présomption d'illicéité au travers de la notion de restriction caractérisée⁷³⁰. La Cour d'appel de Paris saisit cette opportunité pour demander à la CJUE des précisions sur l'articulation de ces notions. Cette question est délicate comme en témoigne la formulation impropre de la question préjudicielle posée par le juges français en ce qu'elle associe directement les restrictions caractérisées à celles qui présentent un caractère objectif : « *[L]'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective constitue[-t-elle] effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE [article 101, paragraphe 1, TFUE] échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE [article 101, paragraphe 3, TFUE][?]* »⁷³¹. Comme le relève le Professeur Prieto, la question aurait dû être scindée en deux et posée de la façon suivante : « *Peut-on considérer que l'interdiction de vendre en ligne est une interdiction de vente passive ? [...] Peut-on considérer que la restriction caractérisée au sens d'un règlement d'exemption par catégorie emporte automatiquement la qualification de restriction par l'objet au sens de l'article 101, paragraphe 1 ?* »⁷³².

⁷²⁸ Décision du Conseil de la concurrence du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mise en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, n° 08-D-25, point 67. Soulignement ajouté par nous.

⁷²⁹ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE, préc. point 23.

⁷³⁰ CJCE, 30 avril 1998, C-230/96, *Cabour*, point 48 : « *Lorsqu'un accord ne remplit pas toutes les conditions prévues par un règlement d'exemption, il ne tombe sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, que s'il a pour objet ou pour effet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et s'il est de nature à affecter le commerce entre les États membres* ». soulignement ajouté par nous.

⁷³¹ CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, point 31.

⁷³² C. PRIETO, *Restriction de concurrence et interdiction de vendre sur internet : Pierre Fabre ou les opportunités manquées*, préc.

278. La Cour ne répond pas à la seconde question et semble même nier toute valeur à la notion de restriction caractérisée en se limitant à une analyse littérale des textes puisqu'elle précise que « *ni l'article 101 TFUE ni le règlement n° 2790/1999 ne se réfèrent à la notion de restriction caractérisée de la concurrence* »⁷³³. Or, au vu du nombre de références faites à cette notion dans les textes de la Commission, il aurait été opportun de prendre position sur son utilité. En effet, les règlements d'exemption par catégorie ont été créés pour apporter des espaces de sécurité juridique mais également pour guider les autorités de concurrence dans leurs analyses de la nocivité de certaines pratiques afin d'assurer une cohérence dans l'application au niveau européen. De plus, par l'utilisation de l'expression « *en règle générale* »⁷³⁴ la Commission avait pris soin de ne pas prôner une automaticité dans la qualification afin de préserver l'analyse approfondie au regard du contexte. Néanmoins, la Cour rejette ce lien et va même plus loin puisqu'elle affaiblit considérablement la portée des règlements d'exemption par catégorie en affirmant que ces derniers doivent être utilisés après l'analyse de la restriction par objet au sens de l'article 101§1 TFUE. Or, quel peut être l'intérêt de s'interroger sur des clauses présumées nocives après avoir réalisé une analyse approfondie à l'aune de l'article 101§1 ? Le Professeur Prieto y voit une sanction envers la Commission puisqu'elle se trouve ainsi privée des facilités de preuve découlant de ces textes⁷³⁵. En effet, la Commission a maintenu dans sa doctrine une approche très formelle en contradiction avec le mouvement de modernisation des années 2000, lequel doit inciter à une analyse approfondie de la restriction.

279. Aussi, par cette solution la Cour condamne toute automaticité dans l'analyse de la restriction objective et réaffirme qu'une analyse contextuelle doit être menée et ce, même en présence de restrictions caractérisées⁷³⁶. Toutefois, en accord avec la jurisprudence antérieure cette analyse peut être abrégée en présence d'une restriction manifeste et notamment pour les accords qui font partie de l'énumération opérée par l'article 101§1 TFUE ainsi que dans les

⁷³³ CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, point 32.

⁷³⁴ Lignes directrices concernant l'application de l'article 81§3 CE, préc. point 23.

⁷³⁵ C. PRIETO, *Restriction de concurrence et interdiction de vendre sur internet : Pierre Fabre ou les opportunités manquées*, préc.

⁷³⁶ En effet, malgré l'arrêt *Pierre Fabre*, la notion de restriction caractérisée est toujours utilisée par la Commission dans ses textes de « soft law », voir dernièrement *Guidance on restrictions of competition « by object » for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, 25 juin 2014, SWD(2014)198.

règlements d'exemption par catégorie⁷³⁷. En définitive, il est raisonnable de penser que les restrictions caractérisées constituent une présomption d'appartenance à la « boîte à objet »⁷³⁸, sans pour autant dispenser les autorités de l'analyse contextuelle. Cette modulation dans la profondeur d'analyse apparaît lors de la prise en compte du contexte économique et juridique de l'accord.

2°/ L'influence du contexte économique et juridique de l'accord

280. La prise en compte du contexte d'une pratique dans le cadre de l'analyse d'une restriction par objet est un principe bien établi en jurisprudence. En effet, déjà en 1966 la Cour exprimait l'idée selon laquelle : « *pour caractériser la situation contractuelle, il convient de placer le contrat dans le contexte économique et juridique au vu duquel les parties l'ont conclu* »⁷³⁹. Il a toujours été considéré que, malgré le caractère par nature formaliste de la restriction objective, une analyse abstraite serait pour le moins superficielle⁷⁴⁰. Cependant, certaines questions n'ont trouvé de réponses que récemment notamment quant à l'intensité (a) et au rôle de l'analyse contextuelle (b).

a) Les éléments retenus pour la prise en compte du contexte économique et juridique de l'accord

281. La question de savoir jusqu'où doit aller la prise en compte du contexte interroge également la dichotomie restriction par objet et par effet. Ainsi, il est nécessaire de savoir quels sont les éléments qui doivent être compris dans l'analyse d'une restriction objective. L'Avocat général Kokott explique cette distinction en précisant que « *l'interdiction des « infractions par objet » ne saurait donc être interprétée en ce sens que la présence d'un objet anticoncurrentiel n'établirait qu'une sorte de présomption d'illégalité, susceptible d'être*

⁷³⁷ Voir par exemple le cas des interdictions d'exporter dans les États membres de l'Union, CJCE, 11 janvier 1990, C-277/87, *Sandoz*.

⁷³⁸ C. LEMAIRE, *Object vs. Effect after the modernisation of EU law : what has (or should have) changed ?*, préc.

⁷³⁹ CJUE, 13 juillet 1966, C- 56/64, *Consten et Grundig*, p. 497 ; pour un arrêt récent voir CJUE, 4 juin 2009, C- 8/08, *T-Mobile*, point 31.

⁷⁴⁰ Voir par exemple C. PRIETO, *Jurisclasseur Traité Europe*, fascicule 1410, n° 26.

*réfutée par l'absence, dans le cas concret, d'effets négatifs sur le fonctionnement du marché. Une telle interprétation aboutirait en effet à amalgamer de façon illicite les deux cas de figure que l'article 81, paragraphe 1, CE a voulu séparer: l'interdiction de toute collusion ayant un objet anticoncurrentiel, d'une part, et l'interdiction de toute pratique collusoire ayant un effet anticoncurrentiel, d'autre part. »*⁷⁴¹. En effet, nous avons vu que la qualification d'objet anticoncurrentiel ne tombe pas devant la démonstration de l'absence d'effet d'une pratique⁷⁴². L'analyse concrète de l'accord, au regard de son contexte, ne doit pas devenir une analyse des effets concrets de l'accord. Reprenant cette idée, le Professeur Grynfogel s'interroge : « *l'affirmation récurrente selon laquelle la restriction par objet est distincte de la restriction par les effets n'est-elle pas stérile, si les deux sont appréciées à l'identique ou si la première doit être identifiée, non par simple référence à la probabilité de la seconde, mais à travers la recherche de celle-ci ?* »⁷⁴³. L'analyse du contexte ne doit pas se transformer en une analyse détaillée à la recherche des effets concrets de l'accord mais seulement affiner la démonstration des effets probables⁷⁴⁴. Aussi, il apparaît que l'analyse contextuelle ne doit tenir compte que des éléments principaux de l'environnement de l'accord⁷⁴⁵.

282. Malgré une apparente clarté, la Cour est venue assombrir cette position en 2013 par son arrêt *Allianz Hungária*⁷⁴⁶. Dans cette affaire, des assureurs et des concessionnaires automobiles ont conclu un ensemble d'accords fixant les conditions et tarifs des réparations des véhicules assurés. Ces tarifs étaient proportionnés au nombre de contrats d'assurance souscrits par l'intermédiaire des concessionnaires au profit de cet assureur. En effet, en Hongrie les concessionnaires automobiles proposaient à leurs clients des contrats d'assurance. Les juges ont interrogé la CJUE sur le point de savoir si de tels accords pouvaient être qualifiés de restrictifs par objet. En réponse, la Cour propose une méthodologie d'analyse pour le moins déroutante. Elle commence par inviter les juges hongrois à un examen du contexte sur

⁷⁴¹ Conclusions de l'Avocat général J. KOKOTT présentées le 19 février 2009 dans l'affaire CJUE, *T-Mobile* préc., point 45. Soulignement ajouté par nous.

⁷⁴² Voir nos développements supra.

⁷⁴³ C. GRYNFOGEL, *La notion d'objet anticoncurrentiel et la sécurité juridique des entreprises*, RJDA, septembre-octobre 2014, p. 627. Soulignement ajouté par nous.

⁷⁴⁴ Voir CJUE, 4 juin 2009, C-8/08, *T-Mobile*, point 31.

⁷⁴⁵ Voir par exemple D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of object vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 147 : « *Thus, regarding the economic and legal context, account should only be taken of the main objective elements of the economic and legal context and self-evidently not comprise a concrete and detailed analysis of the effects* ». Soulignement ajouté par nous.

⁷⁴⁶ CJUE, 14 mars 2013, C-32/11, *Allianz Hungária*.

les deux marchés affectés, celui de l'assurance et celui de la réparation automobile, puisque ces accords ont la particularité de relier deux services distincts. Puis, elle liste les critères devant être pris en compte à cette fin : « *Afin d'évaluer le risque d'une telle conséquence, cette juridiction devra notamment prendre en considération la structure de ce marché, l'existence de canaux de distribution alternatifs et leur importance respective ainsi que le pouvoir de marché des sociétés concernées.* »⁷⁴⁷. De cette liste de critères, le Professeur Blaise déduit que « *l'analyse in concreto d'une restriction par l'objet peut nécessiter l'examen d'une série de conditions tellement complexes que l'on est plus très loin d'une recherche des effets* »⁷⁴⁸. Le Professeur Prieto rappelle à ce sujet que la cohérence du dispositif d'interdiction des ententes commande de retenir une gradation suffisamment nette pour permettre une différenciation claire entre l'objet et l'effet anticoncurrentiel⁷⁴⁹. Cet arrêt nous indique donc que les instances européennes sont toujours à la recherche du subtil point d'équilibre entre l'analyse contextuelle relativement à l'objet anticoncurrentiel et la recherche des effets concrets d'une pratique. Il semble que les choses soient plus claires quant au rôle assigné au contexte.

b) Le rôle assigné au contexte économique et juridique

283. La question du rôle du contexte intéresse plus particulièrement la structure de l'article 101 TFUE. En effet, le contexte doit permettre d'infirmer ou de confirmer un objet anticoncurrentiel tout en restant dans les limites du paragraphe 1 et donc ne pas anticiper sur les justifications ouvrant le bénéfice de l'exemption individuelle. C'est le sens de l'arrêt rendu par la CJUE dans l'affaire *GlaxoSmithKline*. Dans cette espèce, il était question d'une entrave au commerce parallèle dans le secteur pharmaceutique. Malgré la position de principe prévalant en jurisprudence et selon laquelle une entrave au commerce parallèle est contraire à l'édification d'un marché unique à l'échelle européenne, le Tribunal de l'Union européenne décide que cette entrave bénéficie aux consommateurs finals en se fondant sur le contexte

⁷⁴⁷ CJUE, *Allianz Hungária*, préc., point 48. Soulignement ajouté par nous.

⁷⁴⁸ J.B. BLAISE, *Article 101 TFUE. Restriction de concurrence par objet*, RTD E, 2013, p. 839 ; dans le même sens voir L. IDOT, *Accords verticaux et objet anticoncurrentiel*, Europe, mai 2013, n° 5, comm. 216.

⁷⁴⁹ C. PRIETO, *Jurisclasseur Traité Europe*, fascicule 1410, n° 31. Voir également les Conclusions de l'Avocat général M. NILS WAHL présentées 27 mars 2014 dans l'affaire *Cartes bancaires*, préc., points 47 et s.

économique de la pratique⁷⁵⁰. Or, nous avons vu que ces considérations devaient être étudiées à l'aune du paragraphe 3 de l'article 101⁷⁵¹. La Cour sanctionne le TUE pour avoir pris en considération l'absence d'impact de la pratique en cause sur les consommateurs au stade de la qualification⁷⁵². Le recours au contexte est circonscrit et ne doit pas avoir pour conséquence d'autoriser des considérations relatives à d'éventuels effets positifs⁷⁵³. C'est cette idée qu'exprimait déjà un an plus tôt l'Avocat général Trstenjak lorsqu'elle relevait : « *qu'il convenait, lors de l'examen visant à établir si un accord a une restriction de concurrence pour objet, de tenir compte non seulement de son contenu, mais aussi de son contexte juridique et économique. Cette règle doit être prise au sérieux, mais il serait erroné de la comprendre comme une porte ouverte à tous les éléments susceptibles de jouer en faveur de la compatibilité d'un accord avec le marché commun. En réalité, il ressort de la structure de l'article 81 CE que les éléments du contexte juridique et économique qui entrent en ligne de compte au titre de l'article 81, paragraphe 1, CE sont **uniquement ceux qui sont de nature à faire douter de l'existence d'une restriction de la concurrence*** »⁷⁵⁴.

284. Aussi, le contexte doit exclusivement servir à mettre en doute la qualification de restriction par objet⁷⁵⁵. Cela signifie que lorsque l'examen *prima facie* de la pratique ne fait pas apparaître une restriction objective alors il n'est pas possible de faire appel au contexte pour qualifier la pratique en cause de restriction par objet. Là encore cela engendrerait une confusion quant à l'alternative objet/effet⁷⁵⁶ puisque une pratique ne présentant pas un caractère suffisamment nocif *prima facie* doit être considérée comme ambivalente et donc être analysée à l'aune de ses effets. Toutefois, cette position est vivement critiquée par le Professeur Prieto qui y voit la fin de la détection des « camouflages », c'est-à-dire des pratiques qui ont une apparence anodine mais dont l'analyse contextuelle pourrait révéler un

⁷⁵⁰ TUE, 27 septembre 2006, T-168/01, *GlaxoSmithKline*, points 115 et s. et notamment le point 122 où le TUE explique qu'il se fonde sur la position des grossistes dans la chaîne de production.

⁷⁵¹ Voir nos développements supra.

⁷⁵² CJUE, 6 octobre 2009, C- 501/06, *GlaxoSmithKline*.

⁷⁵³ C. PRIETO, Jurisclasseur Traité Europe, fascicule 1410, n° 28.

⁷⁵⁴ Conclusions de l'Avocat général V. TRSTENJAK présentées le 4 septembre 2008 dans l'affaire CJUE, *BIDS*, préc., point 48. Soulignement ajouté par nous.

⁷⁵⁵ Pour un exemple jurisprudentiel récent voir CJUE, *Premier League*, préc. point 140 ou encore CA Paris, 23 février 2012, n° 2010/20555, p. 60 : « *Considérant, enfin, que la prise en compte du contexte économique et juridique ne peut, en principe servir qu'à discuter, dans un cas donné, la qualification de restriction par objet et non l'inverse* ».

⁷⁵⁶ Voir notamment D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of objet vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 149 : « *Such an approach would confuse the notions of object and effect* ».

objet anticoncurrentiel⁷⁵⁷. En effet, dans l'arrêt *Cartes bancaires* la CJUE se contente de l'objectif affiché des accords pour exclure la qualification de restriction objective⁷⁵⁸. Malgré la pertinence de ce constat, il est possible d'en douter. Pour notre part, nous estimons qu'il est préférable de réaliser la détection des « camouflages » par le biais de l'analyse des effets afin de procurer une meilleure sécurité juridique aux entreprises relativement à des pratiques dont les conséquences sur la concurrence sont ambivalentes⁷⁵⁹.

285. Quelles sont les hypothèses dans lesquelles il est possible de remettre en cause la qualification de restriction objective par le biais du contexte ? Sans prétendre à l'exhaustivité et en accord avec l'Avocat général Trstenjak⁷⁶⁰, trois cas de figure sont envisageables. Premièrement, le contexte peut révéler une absence d'effet pertinent. Il en sera, évidemment ainsi lorsque les entreprises parties à l'accord ne sont pas réellement en concurrence ni actuelle, ni potentielle⁷⁶¹.

286. Deuxièmement, les restrictions qui au vu du contexte s'avèreraient être accessoires à un accord qui ne tombe pas sous le coup de la prohibition des ententes⁷⁶². Cette hypothèse est celle du célèbre arrêt *Wouters* dans lequel le contexte de l'accord a permis d'écarter l'interdiction. Dans cette affaire, était en cause le règlement intérieur du barreau des Pays-Bas. Celui-ci interdit aux avocats de s'associer avec des experts-comptables en raison de l'incompatibilité entre la fonction de conseil des premiers et celle de contrôle des seconds. Cette interdiction constitue une restriction de concurrence en tant que limitation de la production puisque les activités d'avocat et d'expert-comptable sont complémentaires et qu'une association pourrait aboutir à une offre plus large et innovante ainsi que des

⁷⁵⁷ C. PRIETO, S. HAUTBOURG, F. ROSATI, A. CHOFFEL, *La notion de restriction par l'objet après l'arrêt Cartes bancaires* in Séminaire Économie et droit de la concurrence, octobre 2014, site internet de la RDLC ; par exemple les résiliations de contrat par des banques slovaques qui en réalité cachaient un boycott, voir CJUE, 7 février 2013, C-68/12, *Slovenska sporitel'na*.

⁷⁵⁸ CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13, *Groupement cartes bancaires*.

⁷⁵⁹ En ce sens voir D. BOSCO, *La Cour de justice appelle une interprétation restrictive de la notion de restriction par l'objet*, CCC, novembre 2014, comm. 250 ; M. NILS WAHL, *Conclusions dans l'affaire Groupement Cartes bancaires*, préc. point 62.

⁷⁶⁰ Conclusions *BIDS*, préc., notamment point 50 à 52.

⁷⁶¹ Voir TPICE, 15 septembre 1998, T-374/94, *European night services* : dans cet arrêt le contexte a permis au Tribunal de démontrer que les entreprises parties à l'accord *ENS* n'étaient pas en situation de concurrence.

⁷⁶² Il est intéressant de relever que, dans le cadre de l'article 101§1 TFUE, la notion de restriction accessoire n'est pas entendue de la même façon que lors de l'analyse de l'exemption individuelle, voir D. WAELBROECK, D. SLATER, *The scope of objet vs effect under article 101 TFEU*, préc. p. 151.

économies d'échelle⁷⁶³. Après avoir constaté la restriction, la Cour invoque le contexte de la décision d'association d'entreprises pour écarter son interdiction sous le visa du paragraphe 1 de l'article 101 : « *il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice* »⁷⁶⁴. La prise en compte du contexte a donc permis l'introduction d'une exception reposant sur la théorie des exigences impérieuses d'intérêt général au stade de la qualification, ce qui a, une nouvelle fois, alimenté le débat sur la règle de raison⁷⁶⁵. Cependant, en accord avec le Professeur Idot, il nous semble plus juste de dire que l'on est en présence d'une « application raisonnable de l'article [101§1 TFUE] »⁷⁶⁶.

287. Enfin, l'analyse du contexte peut révéler l'ambivalence d'une pratique qui apparaissait au premier abord comme restrictive. Un exemple peut être trouvé dans les arrêts rendus à propos de système de distribution sélective qualitative dans le secteur du luxe. Ainsi, sous le visa de l'article 101§1, la jurisprudence a autorisé des accords de ce type, généralement considérés comme restrictifs, en se fondant sur le contexte économique du marché des produits de luxe⁷⁶⁷. Selon la théorie économique, les échanges d'informations ont un impact particulièrement ambivalent sur la concurrence⁷⁶⁸. De plus, la Cour a récemment affirmé que seules les pratiques qui présentent en elle-même un degré suffisant de nocivité doivent être appréhendées par la catégorie objective⁷⁶⁹. Ces éléments conduisent à s'interroger sur la pertinence du traitement des échanges d'informations à travers la catégorie des restrictions par l'objet.

⁷⁶³ S. POILLOT-PERUZZETTO, *Méthode d'évaluation des ententes*, RTD Com., 2002, p. 392.

⁷⁶⁴ CJUE, 19 février 2002, C- 309/99, *Wouters*, point 97.

⁷⁶⁵ G. RIVEL, *La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence, inelegantia juris ?*, préc. ; S. POILLOT-PERUZZETTO, *Méthode d'évaluation des ententes*, préc. ;

⁷⁶⁶ L. IDOT, *Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu*, Revue Europe, mai 2002, chron. n° 6 ; voir également C. PRIETO qui parle de l'utilisation du contexte comme une « nouvelle voie d'appréciation raisonnable » in *La modernisation du droit de la concurrence et le marché des professions libérales*, publié dans *La modernisation du droit communautaire de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, LGDJ, 2006, p. 397.

⁷⁶⁷ Voir par exemple CJCE, 13 janvier 1994, C-376/92, *Metro SB-Großmärkte v. Cartier*, point 29.

⁷⁶⁸ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II.

⁷⁶⁹ CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*, préc.

Paragraphe 2 : L'analyse de l'objet restrictif de concurrence des échanges d'informations

288. En principe, les échanges d'informations entre concurrents font l'objet d'une analyse par les effets, eu égard à leur influence ambivalente sur la concurrence⁷⁷⁰. Le jurisprudence, notamment française, s'est longtemps montrée très exigeante quant à la démonstration des effets anticoncurrentiels d'un échange d'information. En effet, dans l'affaire de la téléphonie mobile la Cour de cassation a censuré la Cour d'appel de Paris pour n'avoir pas mené une analyse suffisamment approfondie des effets de la pratique d'échange d'informations⁷⁷¹, alors que de nombreux commentateurs y voyaient une motivation circonstanciée fidèle aux canons européens en la matière⁷⁷². Cet important rehaussement du standard de la preuve⁷⁷³, ne laissait pas présager du virage pris deux ans plus tard par les autorités européennes.

289. C'est en 2009 dans l'affaire *T-Mobile* que, pour la première fois, un échange d'informations autonome a été considéré comme ayant un objet anticoncurrentiel⁷⁷⁴. Depuis, le mouvement a été suivi par la Commission qui a, pour la première fois, inclus un chapitre dédié aux échanges d'informations dans ces Lignes directrices générales⁷⁷⁵. Ce texte a érigé

⁷⁷⁰ Voir par exemple F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. ; A. ORTEGA GONZALEZ, *The object analysis of information exchange among competitors*, Global Antitrust Review, 2012, p. 1.

⁷⁷¹ Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur ce marché, [...] avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, [...] de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents [...], la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision.* » Soulignement ajouté par nous.

⁷⁷² Voir M. MALAURIE-VIGNAL, CCC, 2007, p. 33 ; C. VILMART, *Téléphonie mobile : réflexions prospectives sur les limites aux échanges d'informations*, CCC, 2007, p. 9 ; E. CLAUDEL, *La Cour d'appel valide les décisions du Conseil de la concurrence ayant sanctionné des échanges d'informations sur des marchés oligopolistiques*, RTD com, 2007, p. 43 ; P. WILHELM, F. VEVER, *Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexion sur la grille d'analyse des autorités de concurrence*, CCC, 2006, p. 5. Pour ces auteurs, cette décision constituait un revers à la politique volontariste du Conseil en matière d'échange d'informations.

⁷⁷³ C. GRYNFOGEL, *De quelques variations sur le même thème : l'échange d'informations et le droit de la concurrence*, RJDA, 2008, p. 221 ; L. BOY, *Entente dans la téléphonie mobile, une sanction d'une sévérité toute relative*, RLDA, octobre 2007, n° 20.

⁷⁷⁴ CJUE, 4 juin 2009, préc.

⁷⁷⁵ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc. ; jusque là le seul guide d'analyse était contenu dans les Lignes directrices spécifiques au secteur du transport maritime (Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux services de transport

en infraction par l'objet tout échange d'intentions relatives aux prix ou aux quantités (A). Cette position est fondée sur la réduction de l'incertitude stratégique ce qui implique que la catégorie des restrictions objectives reste ouverte à d'autres types d'échanges d'informations (B).

A/ L'échange d'intentions relatives aux prix et/ou aux quantités : une entente ?

290. Depuis ses Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, la Commission européenne considère clairement les échanges d'intentions relatives aux prix et/ou aux quantités comme anticoncurrentiel par objet. Au vu de cette qualification et de ses conséquences, il importe de définir précisément cette catégorie (1) avant de pouvoir débattre de la pertinence de cette classification (2).

1°/ La définition des échanges d'intentions relatives aux prix et/ou aux quantités

291. Dans un premier temps, il est essentiel de préciser le champ d'application des Lignes directrices de 2011. En effet, les développements consacrés aux échanges d'informations ne concernent que les échanges autonomes. Cela signifie que ces derniers ne seront étudiés à la lumière des Lignes directrices seulement s'ils ne sont pas liés à une autre pratique. Ainsi, lorsque l'échange prend place au sein d'un contrat de coopération plus large, tel un contrat de recherche développement par exemple, il sera analysé en tant qu'élément du contrat de coopération horizontale lui-même⁷⁷⁶. De la même façon, un échange d'informations qui constituerait un élément d'une entente plus vaste, que ce soit en tant qu'outil de coordination

maritime, n° 2008/C 245/02), même si il était admis que celles-ci pouvaient s'appliquer dans des secteurs différents, voir C. SEITZ, *One step in the right direction, the new horizontal guidelines and the restated block exemption regulations*, Journal of european competition law and practice, 2011, vol. 2, n° 5, p. 452.

⁷⁷⁶ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 56 : « l'échange d'informations peut en outre se produire dans le cadre d'un autre type d'accord de coopération horizontale [...] L'appréciation de ce dernier type d'échanges d'informations doit se faire dans le cadre de l'évaluation de l'accord lui-même. ».

ou de surveillance, sera apprécié dans le cadre de l'entente⁷⁷⁷. Nous verrons cependant que la frontière entre échange d'informations autonomes et échange d'informations accessoires d'un cartel n'est pas si nette qu'il y paraît⁷⁷⁸. En dehors de ces cas, les échanges d'informations sont dits autonomes et seront évalués selon les principes dégagés par les Lignes directrices.

292. Ensuite, la Commission fait référence au critère déterminant de la nature des informations échangées. Il va de soi que les informations échangées doivent revêtir un caractère stratégique afin de réduire l'incertitude stratégique sur un marché. La jurisprudence regarde d'ailleurs avec suspicion tout échange de données individuelles stratégiques, en principe jalousement gardées par les entreprises⁷⁷⁹. Cependant, les informations stratégiques par excellence sont celles relatives aux prix et aux quantités étant donné qu'elles sont les variables d'ajustements essentielles sur la plupart des marchés et révèlent donc directement la politique commerciale des entreprises⁷⁸⁰. En effet, malgré la référence à l'importance du rôle du contexte en début de paragraphe⁷⁸¹, il semble que la Commission estime que ces informations sont problématiques dans quasiment toutes les configurations de marché ce qui justifie la présomption d'atteinte à la concurrence qui leur est appliquée⁷⁸². La question se pose donc de savoir comment définir les informations relatives aux prix et aux quantités. La Commission donne une liste indicative d'exemples d'informations renseignant sur les quantités futures comprenant « *les ventes escomptées, les parts de marchés, les zones*

⁷⁷⁷ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 59 : « *De plus, l'échange d'informations entre concurrents peut constituer un accord, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises ayant pour objet la fixation, en particulier, des prix ou des quantités. Ces types d'échanges d'informations seront normalement considérés comme des ententes et sanctionnés par des amendes. Les échanges d'informations peuvent également faciliter la mise en œuvre d'une entente en permettant aux entreprises de contrôler si les parties se conforment aux modalités qui ont été convenues. Ces types d'échanges d'informations seront considérés comme s'inscrivant dans le cadre de l'entente.* ». Soulignement ajouté par nous.

⁷⁷⁸ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 593.

⁷⁷⁹ Voir par exemple TPICE, 12 septembre 2007, T-36/05, *Coats Holding*, point 113 : « *le fait qu'un échange d'informations concerne des informations qu'un opérateur indépendant préserve rigoureusement comme secrets d'affaires suffit à démontrer l'existence d'un esprit anticoncurrentiel* ».

⁷⁸⁰ Voir nos développements supra, Titre I, Chapitre II ; voir également C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 595 : « *Des informations sur les prix et quantités portent sur les paramètres de concurrence les plus immédiats qui sont alors affectés de manière radicale par une perte d'autonomie sur les marchés* ».

⁷⁸¹ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 72.

⁷⁸² Voir par exemple A. ORTEGA GONZALEZ, *The object analysis of information exchange among competitors*, *Global Antitrust Review*, 2012, p. 42 ; Pour les autres types d'informations il faudra déterminer leur caractère stratégique par l'analyse des caractéristiques du marché en cause.

concernées et les ventes à des catégories spécifiques de consommateurs »⁷⁸³. Il est possible d'y ajouter le niveau de production envisagé ou encore les taux d'utilisation des capacités de production. Quant aux informations relatives aux prix, les lignes directrices ne contiennent pas de liste indicative au sein des développements relatifs aux restrictions objectives⁷⁸⁴.

293. Toutefois, certaines jurisprudences peuvent s'avérer éclairantes afin d'établir les contours de la notion de prix et ainsi renseigner les nombreux praticiens qui s'inquiètent des conséquences d'une définition trop large⁷⁸⁵. Classiquement, cela s'entend de l'application coordonnée de valeurs de référence pour le calcul des prix⁷⁸⁶ ou encore d'échanges relatifs à la date et à l'ampleur d'une augmentation tarifaire⁷⁸⁷. De façon analogue, dans l'affaire dite *Bananes*, le Tribunal de l'Union européenne a logiquement considéré que la communication d'informations ciblées de pré-tarification, c'est-à-dire relatives à « *des facteurs importants pour l'établissement des prix de référence pour la semaine à venir ou sur des tendances de prix et des indications sur les prix de référence pour la semaine à venir* »⁷⁸⁸, entre dans la catégorie des informations relatives au prix. Dans cette affaire, trois producteurs de bananes se communiquaient ces informations avant d'annoncer leurs prix à leurs clients, ce qui leur permettait une fixation coordonnée des prix. Dans le même esprit, la Cour de Justice a estimé qu'« *il y a lieu de considérer comme ayant un objet anticoncurrentiel un échange d'informations susceptible d'éliminer des incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation que l'entreprise concernée doit mettre en œuvre, y compris lorsque, comme dans l'affaire au principal, l'adaptation concerne la*

⁷⁸³ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., page 16, note 3.

⁷⁸⁴ Une liste indicative relative aux informations traduisant les prix est disponible au point 86 mais elle ne concerne pas les prix futurs et prend place au sein des développements relatifs à l'analyse des effets.

⁷⁸⁵ Voir notamment l'intervention de P. WILHELM lors du Séminaire Philippe Nasse du 7 juillet 2011 intitulé *Les échanges d'informations* ; voir également *Response to the european commission's consultation on the current regime for the assessment of horizontal cooperation agreements* rédigé par l'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence, p. 6-7 ; Christine VILMART, Christian VILMART, *Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales*, JCP E, 27 janvier 2011, n° 4, p. 26.

⁷⁸⁶ Voir par exemple CJCE, 14 juillet 2005, C- 65/02, *Thyssenkrupp Stainless*.

⁷⁸⁷ Voir récemment Commission européenne, 27 juin 2012, IP/12/704, *Fabricants de produits pour la gestion de l'eau*.

⁷⁸⁸ TUE, 14 mars 2013, T-588/08, *Dole Food Company*, point 288, T-587/08, DECOCQ G., CCC, n° 6, 06/2013, comm. 137 ; IDOT L., Europe, n°5, 05/2013, comm. 217. ; JALABERT-DOURY N. RDLC, 2013, n°2, p. 67 confirmée par CJUE, 19 mars 2015, *Dole food*, C- 286/13, ARHEL P., LPA, 10/08/2015, n° 158, p.4 ; ROBIN C., RLC, 01/07/2015, n° 44, p. 34. ; DECOCQ G., CCC, 01/05/2015, n°5, p. 60. ; IDOT L., Europe, 01/05/2015, n°5, p. 22.

réduction de la commission standard des revendeurs »⁷⁸⁹. La Cour précise sa pensée en expliquant qu' « *il apparaît que, pour les abonnements, les rémunérations des revendeurs sont des éléments déterminants quant à la fixation du prix que paiera le consommateur final* »⁷⁹⁰. Ainsi, l'information sera considérée comme relative au prix si elle s'y réfère directement mais également de façon indirecte si elle renseigne sur un paramètre entrant dans la composition de celui-ci ou l'influençant de quelque manière que ce soit. En revanche, la communication préalable relative à un prix dit « de retrait » n'a pas été considérée comme révélatrice d'un prix de marché par l'Autorité de la concurrence⁷⁹¹. Il faut préciser que cette affaire s'inscrit dans le contexte très particulier d'un marché au cadran, ce qui signifie que les ventes s'effectuent par le biais d'enchères dégressives. Or, dans ce contexte le prix de retrait est un prix en dessous duquel les abatteurs n'achèteraient pas, ce qui avait pour finalité une protection des éleveurs en garantissant un prix de vente plancher. On constate donc que la jurisprudence a une vision large des informations relatives au prix qui va dans le sens des lignes directrices et participe de l'extension de la catégorie objective en matière d'échanges d'informations.

294. La dimension temporelle de l'information est un autre élément de la qualification en question. En effet, la Commission utilise le terme intention ce qui engendre deux conséquences importantes. Tout d'abord, le terme fait évidemment référence à des informations relatives au futur. Cela n'a rien de surprenant puisque la jurisprudence européenne a toujours regardé les informations relatives au futur avec une grande suspicion puisque ce sont celles qui permettent de déterminer un point focal sur lequel pourront se coordonner les entreprises parties à la collusion⁷⁹². Ensuite, le vocable d'intention renvoie à une prévision non contraignante, en ce sens que les entreprises qui annoncent une intention de prix ne sont pas tenues de la mettre en œuvre. Or, cela permet de substituer un simple enchaînement d'annonces sans coût, appelé *cheap talk*, au tâtonnement concurrentiel effectué d'ordinaire pour déterminer le prix de marché. La Commission illustre cette nuance par un exemple tout droit tiré de l'affaire emblématique de *cheap talk*, *Airline Tariff Publishing*⁷⁹³.

⁷⁸⁹ CJUE, 4 juin 2009, C- 8/08, *T-Mobile*, point 41.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, point 37.

⁷⁹¹ Décision n° 13-D-03 du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier ; le prix de retrait s'apparente à un prix de réserve dans une vente aux enchères classique.

⁷⁹² Voir nos développements Titre I, Chapitre II, Section II.

⁷⁹³ *US v. Airline Tariff Publishing*, 1^{er} novembre 1993, préc.

Dans cette espèce, les principales compagnies aériennes américaines ont mis en place une plateforme leur permettant d'échanger leurs prévisions tarifaires. Cette pratique dite de *first ticketing* constitue donc une méthode de fixation de prix concertée, remplaçant la recherche coûteuse d'un prix d'équilibre par la fixation effective de prix suivie de l'observation de la réaction du marché⁷⁹⁴. Cependant, on comprend que si les entreprises s'engageaient à pratiquer le prix annoncé alors elles risqueraient de perdre des parts de marché si ce prix n'était pas suivi par les concurrents, rétablissant ainsi le coût du tâtonnement concurrentiel. D'ailleurs dans cette affaire, la pratique a été maintenue sous réserve d'un engagement de pratiquer effectivement les prix annoncés, ce qui a permis de conserver l'aspect proconcurrentiel d'aide à la gestion des capacités. Cela explique que la Commission ait pris le soin de préciser que « *dans les cas spécifiques où les entreprises s'engagent pleinement à pratiquer à l'avenir les prix annoncés précédemment au grand public (prix qu'elles ne peuvent donc pas revoir), de telles annonces publiques de prix ou de quantités individuels futurs ne seraient pas considérées comme des intentions et ne seraient donc normalement pas considérées comme restreignant le jeu de la concurrence par objet* »⁷⁹⁵.

295. Cette catégorie d'échange d'informations est donc clairement définie et cela est heureux étant donné que certains d'entre eux sont directement assimilés par la Commission à la notion d'entente.

2°/ L'échange d'intentions relatives aux prix et/ou aux quantités assimilé à une entente

296. Au sein de cette catégorie d'échange d'informations, la Commission effectue une distinction supplémentaire relativement au caractère privé de l'échange d'informations. En effet, elle indique qu' « *Il convient par conséquent de considérer les échanges, entre concurrents, de données individualisées concernant les futurs prix ou quantités envisagés comme constituant une restriction de la concurrence par objet. En outre, les échanges privés, entre concurrents, de leurs intentions individuelles concernant les futurs prix et quantités seraient normalement considérés et sanctionnés comme des ententes, car ils ont*

⁷⁹⁴ Pour une explication du phénomène voir nos développements supra, Titre I, Chapitre II, Section II.

⁷⁹⁵ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., page 16, note 4, soulignement ajout par nous ; Ce type d'annonce pourra toutefois être considéré comme contraire à l'article 101§1 TFUE mais seulement après une analyse par les effets.

généralement pour objet de fixer des prix ou des quantités »⁷⁹⁶. D'un point de vue purement économique, cette distinction est subtile puisque la théorie économique estime que les échanges d'informations produisent des effets similaires qu'ils soient publics ou privés. Aussi, cela n'a que peu d'influence sur la discussion relative à la cohérence de la qualification de restriction par objet appliquée à ces échanges (a). En revanche, du point de vue juridique il est intéressant de s'arrêter sur la sévérité accrue dont fait preuve la Commission en matière d'échanges privés (b).

a) La pertinence de la qualification au regard de la théorie économique

297. Nous avons démontré que la qualification de restriction objective doit seulement être utilisée pour les pratiques anticoncurrentielles par nature, qui présentent une nocivité inhérente. Cette position semble confortée par l'arrêt *Groupement des cartes bancaires* de 2014 par lequel la Cour de Justice met un coup d'arrêt à l'élargissement de la notion d'objet anticoncurrentiel⁷⁹⁷. Cela signifie que ne doivent entrer dans cette catégorie que les pratiques dont les effets anticoncurrentiels sont extrêmement probables et qui ont peu de chance de déboucher sur des gains d'efficacité⁷⁹⁸. Or, la théorie économique nous enseigne que les échanges de données individuelles relatives aux prix et/ou aux quantités futurs présentent un potentiel collusoire extrêmement élevé⁷⁹⁹. En outre, les études démontrent que les éventuels gains d'efficacité engendrés par le partage de ces informations peuvent être obtenus par l'échange de données relatives aux prix et/ou quantités transmises le plus souvent sous forme de statistiques, c'est-à-dire agrégées au niveau d'une branche ou d'une industrie⁸⁰⁰. En effet,

⁷⁹⁶ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 74. Soulignement ajouté par nous.

⁷⁹⁷ CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*. Voir nos développements supra.

⁷⁹⁸ Voir par exemple A. ORTEGA GONZALEZ, *The object analysis of information exchange among competitors*, *Global Antitrust Review*, 2012, p. 34 : « *The qualification of agreements as restrictions by object is acceptable from an economic point of view when the practice in question is, on the one hand, very likely to produce a significant anticompetitive impact and, on the other hand, unlikely to create efficiencies which may counterbalance such negative effects.* »

⁷⁹⁹ Voir notamment M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc. ; K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe community ; et nos développements Titre I, Chapitre I, Section II.

⁸⁰⁰ Voir notamment M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc., p. 330 : « *those benefits may be realised through the disclosure of*

les échanges d'intentions peuvent permettre une anticipation afin de réaliser des prévisions de vente par exemple. Or, cela est possible que les informations soient individualisées ou agrégées⁸⁰¹. Aussi, les informations agrégées étant généralement inoffensives pour la concurrence⁸⁰², il devient difficile, voire impossible, de justifier un échange de données individuelles par les gains d'efficacité qui y sont attachés⁸⁰³. De la même façon, certains auteurs ont fait remarquer que l'échange de quantités futures permettait de renseigner les concurrents sur la demande commune⁸⁰⁴. Or, l'analyse statique nous enseigne que la réduction de l'incertitude commune sur la demande est en principe proconcurrentielle, ce qui pourrait justifier l'échange de quantités futures⁸⁰⁵. Cependant, certains économistes expriment des doutes sur la pertinence d'un échange sur les quantités qui permettrait indirectement d'informer sur la demande alors qu'il suffirait d'échanger directement sur la demande⁸⁰⁶. Juridiquement, un autre argument peut être trouvé dans le fait qu'un tel échange ne remplirait pas la condition d'indispensabilité de l'article 101§3(a) TFUE puisque les gains d'efficacité peuvent être obtenus de manière moins dommageable⁸⁰⁷. Aussi, il semble acceptable de qualifier ces pratiques de restrictions par objet. En outre, le principe d'une classification « par objet » est acceptée par de nombreux économistes puisque, comme nous l'avons démontré plus haut, une approche exclusivement au cas par cas, donc par les effets, conduirait à un coût financier et social très élevés du fait du nombre important d'erreurs de type I et II⁸⁰⁸.

less harmful information –e.g. aggregated forecasts across the industry rather than individual forecasts. ».

⁸⁰¹ P. MØLLGAARD, P.B. OVERGAARD, *Transparency and competition policy*, in *The Pros and Cons of information sharing*, Étude de l'Autorité suédoise de concurrence, 2006, p. 124 ; J. PADILLA, *The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition laws*, préc., p. 438.

⁸⁰² Sauf cas très particulier de « fausse » agrégation que nous expliciterons dans le Chapitre II du présent Titre.

⁸⁰³ K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc. p. 422.

⁸⁰⁴ L. KÄIS, *Regulating information exchange in EU – no further restrictions by object but enough room for safe harbors*, ECLR, 2013, 34(7), p. 352.

⁸⁰⁵ Voir supra nos développements Titre I, Chapitre II, Section II.

⁸⁰⁶ K. U. KÜHN, *Fighting collusion by regulating communication between firms*, préc. et X. VIVES, *Information sharing : economics and antitrust*, article issu de l'étude de l'autorité suédoise de concurrence intitulée *The pros and cons of information sharing*, 2006.

⁸⁰⁷ L. KÄIS, *Regulating information exchange in EU – no further restrictions by object but enough room for safe harbors*, préc.

⁸⁰⁸ Voir notamment M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc ; ou encore J. PADILLA, *The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition laws*, préc. : « In other words, it may be appropriate that an information exchange be presumed illegal if its condemnation is unlikely to cause costly type I errors, while under-enforcement will likely cause costly type II errors. »

298. Toutefois, il semble que certains économistes influents restent hostiles à cette qualification en matière d'échange d'informations. Aussi, le Professeur Padilla explique que les échanges d'intentions de prix et/ou de quantités peuvent parfois n'avoir aucun potentiel d'atteinte à la concurrence mais également des effets bénéfiques importants⁸⁰⁹. Au soutien de son point de vue, cet auteur précise tout d'abord que ce type d'échange ne présente aucun risque pour la concurrence lorsque les entreprises qui y participent ne représentent qu'une faible part de marché⁸¹⁰. Cette hypothèse est envisagée par les Lignes directrices puisqu'elles précisent que « *pour qu'un échange d'informations soit susceptible de restreindre la concurrence, les entreprises prenant part à l'échange d'informations doivent couvrir une part suffisamment importante du marché en cause* »⁸¹¹. Cependant, la Commission n'évoque cette circonstance que dans le cadre de l'analyse des effets d'un échange d'informations ce qui laisse penser que le critère de la part de la marché ne serait pas pertinent pour le type d'échange discuté ici. En outre, M. Padilla utilise des exemples sectoriels pour lesquels ces échanges ne présentent qu'un faible potentiel anticoncurrentiel. Ainsi, par exemple, les banques se font concurrence sur les taux d'intérêts et les commissions mais également sur de nombreux autres paramètres sans lien avec les prix. Par conséquent, M. Padilla estime qu'une coordination sur les prix serait sans effet en l'absence de coordination sur tous les autres paramètres de concurrence⁸¹². Enfin, sur les marchés de produits périssables ces échanges peuvent améliorer la gestion des stocks par une meilleure connaissance de la demande⁸¹³.

299. Il nous semble que l'on retrouve la vocation de prévention des Lignes directrices. En effet, un des objectifs de ce type de texte est de donner des guides d'analyse clairs aux entreprises et aux juridictions quitte parfois à manquer de précision. Des Lignes directrices trop précises perdraient tout intérêt en tant que guide d'analyse. Aussi, il faut y voir un message fort envoyé aux entreprises afin qu'elles évitent toutes communications relatives à leurs intentions en matière de prix et/ou de quantités. De plus, la majorité des auteurs estiment

⁸⁰⁹ *Ibidem.*

⁸¹⁰ *Ibid.* p. 437.

⁸¹¹ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 87.

⁸¹² J. PADILLA, *The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition laws*, préc., p. 438.

⁸¹³ M. Padilla cite une étude empirique menée sur le marché des « pêcheurs indiens » : R. JENSEN, *The digital provide : information (technology), market performance and welfare in the south indian fisheries sector*, *The Quarterly Journal of Economics*, 2007.

que cette catégorisation est justifiée aussi bien économiquement que juridiquement⁸¹⁴. Enfin, il semble utile de rappeler que les infractions par objet se distinguent des infractions *per se* en ce qu'une pratique, même présumée objectivement anticoncurrentielle, sera évaluée à l'aune de son contexte économique et juridique. Aussi, les exemples sectoriels utilisés par le Professeur Padilla ne seront certainement pas prohibés puisqu'une analyse du contexte permettrait de révéler les caractéristiques de marchés utilisées dans ses exemples. De façon analogue, dans l'arrêt *Pâte de bois* la Cour a utilisé le contexte économique afin de nuancer son appréciation des communications sur les prix futurs⁸¹⁵. En effet, un des arguments avancés par la Cour fut que le système d'annonces publiques des prix constituait une réponse rationnelle au fait que le marché de la pâte de bois est un marché à long terme et que les vendeurs comme les acheteurs avaient besoin de disposer des prix à l'avance afin de limiter leur risque commercial⁸¹⁶. En outre, les Lignes directrices rappelle utilement que le contexte économique et juridique est toujours analysé en matière de restriction par l'objet⁸¹⁷. Aussi, les craintes de M. Padilla semble pour le moins excessives compte tenu de la méthode d'évaluation de l'objet anticoncurrentiel. En revanche, il est une circonstance dans laquelle il semble que l'analyse du contexte sera des plus sommaires.

b) La nature privative de l'échange entraînant son assimilation à une entente⁸¹⁸

300. Classiquement, les échanges d'informations n'étaient qualifiés d'entente que (i) lorsqu'ils servaient d'instruments de surveillance et de punition des déviations au sein d'un cartel ou (ii) lorsqu'ils faisaient partie d'un ensemble d'accords et de pratiques concertées

⁸¹⁴ Voir M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc., p. 328 ; K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc., p. 422 ; F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. ; A. ORTEGA GONZALEZ, *The object analysis of information exchange among competitors*, préc. ; C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, p. 595 ; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition law*, Oxford University Press, 7^{ème} édition, 2012, p. 542 ; D. GERADIN, A. LAYNE-FARRAR, N. PETIT, *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, p. 431.

⁸¹⁵ CJCE, 31 mars 1993, *Pâte de bois*, C-89/85.

⁸¹⁶ CJCE, 31 mars 1993, *Pâte de bois*, C-89/85, point 126, on se souvient, toutefois, qu'il existait des arguments de forme qui ont été également déterminants, voir nos développements Titre II, Chapitre I, Section I.

⁸¹⁷ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 72.

⁸¹⁸ La version française des Lignes directrices utilise le terme entente en tant que synonyme du terme cartel utilisé dans la version anglaise de celles-ci.

poursuivant un objectif commun et réunis sous la terminologie d'infraction complexe⁸¹⁹. La Commission définit les ententes comme « *des accords et/ou pratiques concertées entre deux ou plusieurs concurrents visant à coordonner leur comportement concurrentiel sur le marché et/ou à influencer les paramètres de la concurrence par des pratiques consistant notamment à fixer des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction, à attribuer des quotas de production ou de vente, à partager des marchés, notamment en présentant des soumissions concertées lors de marchés publics, à restreindre l'importation ou l'exportation et/ou en des mesures anticoncurrentielles dirigées contre d'autres concurrents. Ces pratiques sont parmi les violations les plus graves de l'article 81 CE* »⁸²⁰. Comment expliquer que le caractère secret de l'échange soit un facteur à ce point aggravant alors que nous avons vu que le potentiel collusoire des annonces publiques est extrêmement proche de celui des discussions secrètes ?

301. En terme de politique juridique, il est évident qu'un échange d'informations public est plus facile à détecter, à démontrer et donc à poursuivre⁸²¹. Cela contribue à justifier le fait que la Commission souhaite inciter les entreprises à échanger publiquement en affichant une grande sévérité à l'encontre des échanges secrets. En outre, les échanges secrets peuvent laisser supposer que les entreprises sont conscientes de la contrariété de leur pratique au regard du droit de la concurrence ce qui révèle leur intention anticoncurrentielle et partant de l'objet anticoncurrentiel de l'échange⁸²². Il suffit pour s'en persuader de se souvenir de la différence de traitement effectuée par la jurisprudence française en matière de réunions entre concurrents⁸²³. Enfin, cette conscience collective de l'infraction renforce les liens de confiance entre les entreprises, ce qui est indispensable à la pérennité d'une entente.

302. Un autre argument allant dans le sens du traitement moins sévère des échanges publics réside dans le fait que les consommateurs sont susceptibles de bénéficier de ces échanges. Pour ce qui est des données concernant les quantités, il semble qu'elles ne soient pas

⁸¹⁹ Voir nos développements supra Titre II, Chapitre I, Section I.

⁸²⁰ Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, 2008/C 167/01. Soulignement ajouté par nous.

⁸²¹ M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc., p. 335.

⁸²² Voir notamment C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 486.

⁸²³ Voir nos développements supra Titre II, Chapitre I, Section I.

particulièrement utiles aux consommateurs⁸²⁴. En revanche, un échange public sera jugé moins problématique lorsque les clients peuvent utiliser ces annonces de changement de prix pour définir leur comportement d'achat⁸²⁵. Ainsi, dans l'affaire Pâte de bois, les juges ont tenu compte du fait que les acheteurs avaient besoin de ces annonces de prix pour prévoir leurs achats et donc parvenir à un meilleur fonctionnement du marché⁸²⁶. Toutefois, certains échanges publics ne comprennent pas d'engagement envers les consommateurs et ne sont donc que des intentions. En outre, comme le relève Monsieur Stigler, « *personne n'a encore inventé un moyen de faire de la publicité pour des réductions tarifaires qui informerait de nombreux consommateurs mais pas les concurrents* »⁸²⁷. M. Kühn donne un exemple particulièrement éclairant de ce que serait une communication publique adressé directement aux concurrents et dont les consommateurs ne pourraient pas tirer profit. Celui-ci prend l'exemple d'un dirigeant qui annoncerait qu' « *[il] estime qu'une augmentation de 5% des prix l'année suivante est vraisemblable si l'ensemble de l'industrie se comporte de façon plus responsable* »⁸²⁸. Ce type de message ressemble fort à un appel à la coordination et ne peut profiter aux clients faute de certitude sur l'augmentation évoquée. Dans le même sens, M. Wagner cite une jurisprudence américaine dans laquelle les concurrents publient des informations sur les prix à l'échelle d'une citerne ce qui est inutile pour les consommateurs finals et reconnaissent même que les publications de prix n'étaient faites qu'au bénéfice des concurrents⁸²⁹. Il est donc compréhensible que ce type d'annonce fasse l'objet d'un traitement quasiment aussi sévère que les échanges secrets.

303. Afin de préserver les effets bénéfiques qui peuvent être attachés à ces annonces publiques, Messieurs Bennett et Collins proposent de faire de cette circonstance la ligne de démarcation entre les échanges devant être traités par l'objet et ceux devant l'être par les

⁸²⁴ K. U. KÜHN, *Fighting collusion by regulating communication between firms*, préc.

⁸²⁵ K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc., p. 424 : « *[Public announcements] are less problematic if consumers can benefit from them by conditioning their purchase behavior on announced price changes* » ;

⁸²⁶ CJCE, 31 mars 1993, *Pâte de bois*, C-89/85.

⁸²⁷ G.J. STIGLER, *A theory of oligopoly*, préc., p. 47 : « *No one has yet invented a way to advertise price reductions which brings them to the attention of numerous customers but not to that of any rival* ».

⁸²⁸ *Ibidem* : « *[I] believe that a price increase of 5% next year is realistic if the industry behaves more responsibly* ».

⁸²⁹ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. ; US case *In re coordinated pretrial proceedings in petroleum products*, 1990, 906 F.2d 432, 448, 9^{ème} Cir.

effets⁸³⁰. Selon ces auteurs, les échanges privés, ne permettant que très rarement des gains d'efficience, doivent être considérés comme objectivement restrictifs alors que les échanges publics doivent être soumis à une analyse de leurs effets réels ou potentiels. Cette délimitation offrirait un peu plus de sécurité juridique grâce à la clarté de la distinction sans pour autant autoriser toutes les annonces publiques, puisqu'elles peuvent servir à la collusion. La Commission n'a pas souhaité suivre cette proposition même si elle semble afficher une plus grande sévérité à l'égard des échanges privés. Dans cette optique, on peut penser que les plateformes de communication via internet puissent être configurées de façon à ce que les informations soient accessibles à tous les consommateurs mais pas à tous les concurrents ce qui permettrait de bénéficier de ces annonces sans risquer de faciliter une collusion. Toutefois, ce type d'accès différencié ne paraît possible que sur certains marchés sur lesquels les clients seraient identifiables car sinon rien n'empêcherait les concurrents de se faire passer pour des clients. Enfin, dans le cas où une information serait diffusée par voie de presse alors qu'elle n'intéresse que certains clients identifiés, la diffusion ne serait pas justifiable et le cas échéant ne pourrait satisfaire à la condition d'indispensabilité de l'article 101§3 TFUE. En effet, le gain informationnel pour les clients pourrait être obtenu sans prendre le risque d'informer aussi les concurrents : une entreprise doit toujours choisir l'alternative la moins restrictive pour réaliser un effet bénéfique sur la concurrence.

304. Malgré cela, ce lien direct effectué entre échanges privés d'informations et entente a ému de nombreux praticiens⁸³¹. La conséquence directe de cette assimilation est l'application du régime des restrictions caractérisées⁸³². La Commission affirme en effet que « *les échanges d'informations qui constituent des ententes n'enfreignent pas seulement l'article 101, paragraphe 1, mais il est en outre très peu probable qu'ils remplissent les conditions de l'article 103, paragraphe 3* ». Or, nous avons vu que le caractère hautement improbable du bénéfice de l'exemption est le principal critère de la notion de restriction caractérisée. Par conséquent, l'analyse du contexte juridique et économique de la pratique sera des plus

⁸³⁰ M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc., p. 334.

⁸³¹ Voir *Response to the european commission's consultation on the current regime for the assessment of horizontal cooperation agreements* rédigé par l'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence, p. 6 ; L. KJOLBYE, *Escaping effect analysis : the Commission's new approach to restrictions by object*, CompetitionPolicyInternational.com, 11 février 2011 ; A. LAMADRID, *Informationexchange=cartels ?*, BlogChillingcompetition, <http://chillingcompetition.com/2011/03/09/information-exchangecartel/>. Certains craignant notamment que les ANC utilisent cette affirmation pour sanctionner quasi-automatiquement ces échanges d'informations.

⁸³² Voir supra pour une discussion sur l'existence de cette notion et de son régime.

sommaires puisque les restrictions caractérisées sont sanctionnées quasiment dans toutes les circonstances⁸³³. Ainsi, le traitement réservé aux échanges d'informations semble faire preuve d'une sévérité accrue. Cependant, il est possible de tempérer cette impression.

305. La Commission estime que les échanges privés d'informations relatives aux prix et/ou quantités futures doivent être considérés et sanctionnés comme des ententes. Or, dans une perspective contentieuse cette affirmation a deux conséquences importantes pouvant bénéficier aux entreprises. En effet, la qualification d'entente ouvre les voies de la procédure de clémence et de la procédure de transaction. La clémence est une procédure introduite en droit européen en 2002 et qui permet une détection des ententes par une incitation à la dénonciation. Ainsi, une entreprise qui dénonce une entente à laquelle elle participe pourra bénéficier d'une immunité partielle, voire complète, d'amende⁸³⁴. Cette procédure est devenue la technique de détection par excellence des ententes mais peut également servir d'arme⁸³⁵ pour les entreprises, voire de technique de prévention⁸³⁶. La transaction, quant à elle, a été créée en 2008 pour parer à l'allongement considérable des délais de procédure engendré par le succès de la clémence⁸³⁷. Ainsi, la Commission peut proposer aux entreprises parties à une entente de reconnaître leur culpabilité durant la phase d'instruction en échange d'une réduction de 10% du montant de l'amende.

306. Or, l'accès à ces procédures est réservé aux cas d'ententes horizontales telles que définies par les textes pertinents de la Commission comme les pratiques d'une particulière gravité⁸³⁸. En principe, les échanges d'informations autonomes, constitués de discussions et

⁸³³ A. ORTEGA GONZALEZ, *The object analysis of information exchange among competitors*, préc., p. 43.

⁸³⁴ Il existe toutefois des conditions à remplir en plus de la simple dénonciation, voir Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 2006/ C298/11, JOUE du 8/12/2006, points 8 à 11.

⁸³⁵ N. PETIT, *Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée*, The global competition law center working papers series, 01/09.

⁸³⁶ Par exemple, dans l'affaire *Bananes* c'est à l'occasion d'une demande de financement que la banque sollicitée a conditionné le prêt à la dénonciation des pratiques anticoncurrentielles auxquelles participait l'entreprise Chiquita, estimant que cette infraction engendrait un risque pesant sur la capacité de remboursement de son client, voir N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 531.

⁸³⁷ Voir discours de N. KROES du 13 octobre 2006, SPEECH/06/595.

⁸³⁸ Voir définition citée supra, Voir Communication de la Commission relative aux procédures de transaction, préc., définition identique à celle du document servant de cadre à la procédure de clémence, Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des entente, préc. point 1.

d'échanges d'opinion, ne sont pas considérés comme des ententes au sens strict et sont, par conséquent, exclus du bénéfice de ces mécanismes malgré de nombreux débats en doctrine et en jurisprudence⁸³⁹. Cependant, la tendance est à l'extension du champ d'application, notamment en matière de clémence, comme en témoigne l'affaire *Bananes*. Dans cette espèce, la Commission a fait droit à la demande de clémence alors que les pratiques en question ne constituaient pas une entente au sens des textes applicables puisque les entreprises en cause étaient engagées dans des échanges d'opinions relatives aux évolutions générales du marché. À l'issue d'un raisonnement contestable⁸⁴⁰, les échanges d'informations ont été considérés comme réduisant le degré d'incertitude sur les prix futurs et partant comme constituant un accord de fixation de prix⁸⁴¹.

307. On constate donc que l'apparent durcissement du traitement des échanges d'informations par les Lignes directrices n'est en réalité qu'une reprise pédagogique de la jurisprudence de la Commission, entérinée par les juridictions européennes. Finalement, c'est la décision *Bananes* qui marque un tournant dans l'assimilation de ce type d'échanges d'informations à des accords de cartel. En effet, dans cette décision, la Commission pose les bases d'une sévérité accrue envers les pratiques concertées⁸⁴² qui sera confirmée par la Cour de justice dans l'arrêt *T-Mobile*⁸⁴³. C'est pourquoi, il est raisonnable de dire que les Lignes directrices sont en accord avec la jurisprudence européenne relative à l'application du concept de pratique concertée aux échanges d'informations⁸⁴⁴. Cette position est en accord avec la théorie économique qui estime que la coordination est plus difficile par le biais de simples échanges d'informations, du fait de la confiance générée par les discussions régulières au sein d'un cartel, mais que si celle-ci aboutit alors les effets des échanges seront les mêmes que

⁸³⁹ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 528.

⁸⁴⁰ Il faut toutefois préciser que la Commission semblait disposer dans cette espèce de la preuve d'une volonté de fixation des prix, voir C. ROQUES, *L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence : degré d'incertitude et jeu répété*, RDLC, 2009, n° 3, Doctrines, supplément électronique.

⁸⁴¹ Décision de la Commission du 15 octobre 2008, COMP/39188, point 263 et s. ; confirmée par TUE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce*, T-587/08 puis par CJUE, 19 mars 2015, *Dole Food*, C- 286/13.

⁸⁴² N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 203.

⁸⁴³ CJUE, *T-Mobile*, préc.

⁸⁴⁴ A. ORTEGA GONZALEZ, *The object analysis of information exchange among competitors*, préc. p. 38 ; N. PETIT, *Information exchange and cartels – Dangerous liaisons ?*, Blog Chillingcompetition, <http://chillingcompetition.com/2011/04/06/information-exchange-and-cartels-dangerous-liaisons/>; voir contra Christine VILMART, Christian VILMART, *Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales*, préc. qui estiment que la Commission est venue créer une nouvelle infraction par le biais d'un texte de soft law.

ceux d'un véritable cartel⁸⁴⁵. Dans une perspective juridique, cette position se justifie par la difficulté croissante de démontrer les éléments constitutifs d'un accord de cartel, ce qui a pour conséquence un développement important de l'utilisation du concept plus souple de pratique concertée ou encore celui d'infraction complexe⁸⁴⁶. En outre, ce type d'échange est souvent la « partie émergée de l'iceberg »⁸⁴⁷, il n'est que la manifestation visible d'un accord plus vaste. En effet, les échanges d'informations font partie du même continuum de pratiques collusives que les ententes ce qui empêche de tracer une ligne de partage claire entre ces pratiques⁸⁴⁸. Cette difficulté vient du fait que les échanges d'informations sont les pratiques facilitatrices par excellence puisqu'ils sont la base de tous les cartels et participent de tous les éléments nécessaires à la pérennité d'une entente⁸⁴⁹. La subtilité de ces nuances explique que les échanges d'informations sont un sujet de préoccupation de longue date tandis que leur insertion dans des lignes directrices générales ne s'est faite qu'en 2011⁸⁵⁰ alors que la Commission a pris position sur le sujet pour la première fois en 1968⁸⁵¹.

308. Il ressort de cette analyse que le message de la Commission est clair : les échanges d'intentions relatives aux prix et/ou aux quantités seront sanctionnés en tant que restrictions caractérisées⁸⁵², c'est-à-dire à l'issue d'une étude sommaire du contexte juridique et économique⁸⁵³. La question du contexte pose alors celle de savoir si la « boîte à objet » en

⁸⁴⁵ A. ORTEGA GONZALEZ, *The object analysis of information exchange among competitors*, préc. p. 43 : « *Although it is true that it may turn out more complex for firms to coordinate their conduct only by sharing information, nonetheless, if they are successful, these exchanges have the same detrimental impact as hardcore cartels.* » ; voir également nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

⁸⁴⁶ Voir nos développements supra Titre II, Chapitre I, Section I.

⁸⁴⁷ N. PETIT, *Information exchange and cartels – Dangerous liaisons ?*, préc. : « *In many cases, exchanges of information on future prices are just the tip of the iceberg* ».

⁸⁴⁸ A. OSSOWSKA, *Chapter on information exchange in the EC guidelines on horizontal agreements (in consultation) & How the policy fits with European case law*, présentation effectuée lors de la conférence organisée par l' University College of London, le 19 mai 2010, disponible à l'adresse : http://www.ucl.ac.uk/laws/cyprus/docs/Ossowska_Cyprus2.pdf. Voir également C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 593.

⁸⁴⁹ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

⁸⁵⁰ Il avait été envisagé d'insérer un chapitre dédié dans les précédentes lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale de 2001 mais le projet échoua, N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 600.

⁸⁵¹ Communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises, JOCE, n° C. 075 du 29 juill. 1968, p. 3-6.

⁸⁵² Pour une affaire récente en ce sens devant l'Autorité de concurrence française, voir décision n° 14-D-20 du 22 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France ; M. DEBROUX, note sous décision, RDLC, 2015, n° 2, p. 90.

⁸⁵³ Plus connu sous le vocable anglais de « quick look analysis ».

matière d'échanges d'informations peut contenir d'autres types d'échanges, ce qui renvoie à l'analyse du fondement de la sanction de ces pratiques.

B/ Les échanges d'informations traduisant les comportements futurs

309. Dès le début des Lignes directrices, il est fait référence à l'importance du contexte dans l'analyse des échanges d'informations : « *Pour déterminer si un échange d'informations constitue une restriction de concurrence par objet, la Commission accordera une attention particulière au contexte juridique et économique dans lequel se produit cet échange* »⁸⁵⁴. Or, nous avons vu que les échanges de prix et/ou quantités futurs sont considérés comme des restrictions caractérisées, ce qui ne réclame pas une prise en compte approfondie du contexte. Cela nous incite à envisager les hypothèses dans lesquelles un échange d'informations sera objectivement restrictif de concurrence en dehors des échanges d'intentions de prix et/ou quantités. À ce titre, l'étude du projet de Lignes directrices permet de relever que les échanges d'informations relatives au comportement actuel pourront être qualifiés de restriction par l'objet (1) à l'issue d'un raisonnement basé sur le fondement du critère général de l'incertitude stratégique (2).

1°/ Les échanges d'informations relatives au comportement actuel

310. Dans leur version initiale, soumise à consultation publique⁸⁵⁵, les Lignes directrices estimaient que faisaient partie des restrictions par objet les « *échanges d'informations portant sur des pratiques actuelles et révélatrices des comportements projetés, ainsi que lorsque la réunion de différents types de données permet de déduire directement les prix ou les quantités*

⁸⁵⁴ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 72.

⁸⁵⁵ Voir notamment Autorité de la concurrence, *Avis du 25 juin 2010 sur la révision des règles européennes applicables aux accords de coopération horizontale*, disponible sur le site de l'Autorité ; *Response to the european commission's consultation on the current regime for the assessment of horizontal cooperation agreements* rédigé par l'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence ; International Chamber of Commerce, *Comments on european commission's review of rules applicable to horizontal cooperation agreements*, doc n° 225/669, 25 juin 2010.

futurs prévus »⁸⁵⁶. La Commission insistait en précisant que « *cela n'exclut nullement qu'il puisse exister d'autres types d'échanges d'informations (soit, essentiellement, des échanges individuels privés entre concurrents sur les prix et les parts de marché) ayant pour but de restreindre la concurrence sur le marché, ce qui serait en principe considéré comme étant restrictif par objet* »⁸⁵⁷. Cette position fut vivement critiquée par les praticiens en ce qu'elle élargissait de façon inquiétante le spectre des restrictions objectives en la matière⁸⁵⁸, ce qui entraîna le retrait des développements relatifs aux échanges sur le comportement présent. Au delà de ces critiques, il n'existe pas de démonstration économique suffisamment solide ni de données empiriques pour étayer cette hypothèse⁸⁵⁹. Certains en ont déduit que la catégorie de l'objet se limitait dorénavant aux échanges d'intentions sur les prix et/ou quantités et par suite, que tous les autres échanges donneraient lieu à une analyse par les effets⁸⁶⁰. Pour notre part, nous considérons que telle n'était pas l'intention de la Commission et que la catégorie objective reste ouverte à ces types d'échanges. L'autorité européenne de concurrence a souhaité éviter d'afficher trop de sévérité et surtout d'inciter les autorités nationales de concurrence à une trop grande automaticité dans l'application de ces Lignes directrices. Cela nous semble aller dans le sens de la référence à l'importance du contexte au début des développements relatifs à l'objet des échanges d'informations⁸⁶¹. En effet, en dehors des cas de restrictions caractérisées que nous venons d'analyser, la Commission souhaite une étude concrète de l'échange dans son contexte économique et juridique. Il faut préciser que cette exigence ne doit pas être confondue avec le controversé test des effets potentiels, issu de la jurisprudence *T-Mobile*⁸⁶². En effet, il est apparu que ce test provient d'une mauvaise

⁸⁵⁶ Projet de Communication de la Commission relative aux Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 4 mai 2010, SEC(2010)528, point 68.

⁸⁵⁷ *Ibidem*. Il faut toutefois préciser que les échanges sur le comportement actuel peuvent également avoir un objectif de surveillance du respect de la collusion mais dans ce cas ils seront analysés à l'aune de leurs effets.

⁸⁵⁸ Voir les réponses à la consultation publique citées supra.

⁸⁵⁹ K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc., p. 424 : « *this argument appears to be highly speculative and lacks any basis in empirical fact* ».

⁸⁶⁰ P. CAMESASCA, A. SCHMIDT, *New EC horizontal guidelines : providing helpful guidance in the highly diverse and complex field of competitor cooperation and information exchanges*, European competition law and practice, 2011, Vol. 2, n° 3 : « *the exchange of present and past information thus does not constitute a restriction by object, but is subject to an effects-based analysis* ».

⁸⁶¹ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 72.

⁸⁶² CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, préc.

interprétation du Tribunal de l'Union européenne dans la lecture de l'arrêt *T-Mobile*⁸⁶³. En outre, nous avons vu que ce test fragilisait la dichotomie objet/effet⁸⁶⁴, ce qui a poussé la Cour de justice à écarté clairement ce test dans son arrêt *Cartes bancaires* de 2014⁸⁶⁵.

311. Encore une fois, c'est la jurisprudence *T-Mobile* qui nous permet d'affirmer que la catégorie objective reste ouverte à d'autres échanges que ceux relatifs à des informations sur les prix et/ou quantités futurs. En effet, la Cour explique que « *l'échange d'informations entre concurrents poursuit un objet anticoncurrentiel lorsqu'il est susceptible d'éliminer les incertitudes quant au comportement envisagé par les entreprises concernées* »⁸⁶⁶. Entre évidemment dans cette définition l'échange d'informations relatives aux prix et/ou quantités futurs mais également toute information qui traduirait les intentions d'une entreprise relativement à une variable stratégique. Or, il est clair que dans certains cas les informations relatives au comportement actuel permettent d'anticiper le comportement futur. Ainsi, dans l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, la Commission précise que « *Sur un marché où la demande est stable [...] l'action future des concurrents peut, dans une large mesure, être prévue sur la base de leurs opérations récentes* »⁸⁶⁷. Au surplus, plus l'information sera récente plus le coût du signalement sera faible. En effet, pour se coordonner les entreprises doivent émettre des signaux qui se traduisent par des augmentations de prix⁸⁶⁸. Or, plus les concurrents tarderont à obtenir l'information relative à l'augmentation, plus l'initiateur de la coordination prendra un risque important. Cela s'explique par le fait qu'en attendant la réaction de ses concurrents, l'initiateur propose un prix supérieur au prix du marché et donc risque de perdre des parts de marché, potentiellement irrécupérables si les concurrents même si ses concurrents finissent par s'aligner. La clé de répartition des échanges d'informations qui doivent être traités par objet ou par effet réside donc dans le type d'incertitude, sur le futur ou non, qui est affecté par l'échange et non simplement par le type d'informations échangé.

⁸⁶³ Voir notamment E. LOOZEN, *The application of a more economic approach to restrictions by object : no revolution after all*, ECLR, 2010, n° 4, p.146.

⁸⁶⁴ Voir nos développements supra.

⁸⁶⁵ CJUE, 11 septembre 2014, préc. ; voir notamment A. GIRAUD, *Exégèse de l'arrêt Groupement des cartes bancaires*, RLDA, 2014, n° 5340.

⁸⁶⁶ CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, préc., point 43. Soulignement ajouté par nous.

⁸⁶⁷ Commission, 26 novembre 1997, IV/36069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, point 52 ; attendu provenant de la jurisprudence du marché anglais des tracteurs Commission, 17 février 1992, IV/31370, *UK agricultural tractor registration exchange*, point 50 : « *Sur un marché où la demande est stable ou en déclin comme c'est le cas pour les tracteurs agricoles au Royaume-Uni, l'action future des concurrents peut dans une large mesure être prévue sur la base de leurs opérations passées* ».

⁸⁶⁸ Ces mécanismes ont été étudiés supra, Titre I, Chapitre II, Section II.

2°/ Le critère général de l'incertitude stratégique et l'objet anticoncurrentiel

312. Tout d'abord, il importe de circonscrire la notion d'incertitude. En jurisprudence, son origine remonte à l'arrêt *Suiker Unie* de 1975 dans lequel la Cour affirme le principe de l'autonomie décisionnelle dont le pendant est l'incertitude⁸⁶⁹. En effet, pour prendre des décisions de manière autonome, il faut qu'il règne une certaine incertitude sur le comportement envisagé par les concurrents. D'origine économique, le principe d'incertitude renvoie tout d'abord à l'incertitude sur le fonctionnement du marché⁸⁷⁰. Il est souvent pro-concurrentiel de réduire cette incertitude comme le montre les résultats de l'analyse statique des échanges d'informations, notamment par des échanges relatifs à la demande ou aux coûts de production⁸⁷¹. En revanche, l'incertitude relative au comportement des concurrents est particulièrement néfaste pour la concurrence. En apparence clairement distincte, ces notions font l'objet de certaines confusions, notamment en jurisprudence. Ainsi, la Cour de justice explique-t-elle dans l'arrêt *T-Mobile* que « *l'échange d'informations entre concurrents est susceptible d'être contraire aux règles de la concurrence lorsqu'il atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché en cause* »⁸⁷². Par la suite, elle précise sa pensée en faisant référence à l'incertitude sur le comportement des concurrents en affirmant que cela correspond à « *des incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation que l'entreprise concernée doit mettre en œuvre* »⁸⁷³. Ces imprécisions expliquent en partie les critiques de certains économistes quant au critère de l'incertitude stratégique⁸⁷⁴.

313. Au sein de l'incertitude relative au comportement des concurrents, il faut distinguer l'incertitude sur le comportement futur des compétiteurs. En effet, il est acquis que l'incertitude quant au futur est la plus importante à préserver car c'est en la réduisant ou en

⁸⁶⁹ CJCE, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie »*, préc., point 173 : « *la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle* ». Soulignement ajouté par nous.

⁸⁷⁰ M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc.

⁸⁷¹ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section I.

⁸⁷² CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, préc., point 35. Soulignement ajouté par nous.

⁸⁷³ CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, préc., point 41.

⁸⁷⁴ Voir par exemple F. ROSATI, *Échanges d'informations et autres comportements coordonnés : pour une théorie de l'entente*, RDLC, 2008, n° 4, p. 27.

l'éliminant que les entreprises vont réussir à se coordonner et finalement à restreindre la concurrence⁸⁷⁵. C'est pourquoi, la jurisprudence, reprise par les Lignes directrices, estime que les échanges d'informations affectant l'incertitude sur le comportement futur sont anticoncurrentiels par objet. Cependant, cela pose une difficulté importante. Lorsque l'échange porte sur des intentions de prix et/ou quantités cette incertitude est directement atteinte sans qu'il soit nécessaire de procéder à une analyse approfondie du contexte : ces échanges sont considérés comme des restrictions caractérisées. En revanche, lorsque l'on se trouve en présence d'informations relatives au comportement actuel une analyse du contexte est indispensable afin de démontrer que des indications sur le comportement futur des concurrents peuvent être déduites du contenu de l'échange. Nous avons vu avec l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl* que la stabilité de la demande, qui est facilement déduite du marché concerné, permet cette démonstration. Dans cette exemple, la stabilité de la demande est déduite d'une analyse du contexte économique et juridique qui vient confirmer le caractère anticoncurrentiel de l'échange. Cet exemple correspond parfaitement aux limites de la prise en compte du contexte au sein de l'analyse objective⁸⁷⁶.

314. Ce constat appelle une autre question : qu'en sera-t-il lorsque la démonstration de la réduction d'incertitude quant au comportement futur nécessitera une analyse plus approfondie du contexte ? En effet, nous avons vu que la condamnation par l'objet nécessitait des pratiques présentant un fort potentiel anticoncurrentiel, une nocivité intrinsèque⁸⁷⁷. Aussi, il apparaît que toutes les informations capables de révéler les intentions futures ne pourront entrer dans la catégorie des infractions par l'objet. En effet, nous avons vu qu'il existe une certaine porosité entre objet et effet et que la frontière entre les deux se situe au niveau de la nocivité intrinsèque de certaines pratiques. Par conséquent, si les infos diffusées sont suffisamment nocives pour laisser penser qu'elles pourraient révéler les intentions alors une analyse du contexte, avec la précision adaptée au cadre des restrictions objectives, permettra de confirmer ou d'infirmer cette nocivité : cela correspond parfaitement à l'hypothèse de

⁸⁷⁵ La majorité de la doctrine économique est d'accord avec ce constat, voir notamment M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc. ; K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc. ; J. PADILLA, *The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition laws*, préc. ; voir contra T. PÉNARD, Les jeux répétés, un instrument de décision pour les autorités concurrentielles, *Revue économique*, 1998, vol 49, n° 3, p. 746 ; E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2005, p. 124.

⁸⁷⁶ Voir nos développements supra.

⁸⁷⁷ Ce critère est prépondérant comme l'a rappelée récemment, voir CJUE, 11 septembre 2014, *Cartes bancaires*, préc.

« déduction directe »⁸⁷⁸ évoquée dans le projet. En effet, sur certains marchés il est aisé de démontrer le lien entre présent et futur et partant, d'estimer que les entreprises parties étaient ou auraient dû être conscientes de ce rapport et donc qu'elles se sont en réalité échangées des intentions sous couvert d'informations actuelles. Cet échange sera considéré comme conçu avec un objectif de coordination. Ces pratiques méritent donc d'être traitées par la catégorie des infractions par l'objet au même titre que les échanges portant directement sur les intentions. En revanche, si cette analyse nécessite une étude approfondie du contexte alors celle-ci devra être menée dans le cadre de l'approche par les effets. Il est logique que lorsque l'établissement du lien entre informations futures et actuelles se fait par le biais d'une analyse multicritère poussée la catégorie objective ne soit plus adéquate. À ce propos, la Cour a recadré la jurisprudence extensive de ces dernières années en rappelant que l'objet anticoncurrentiel doit être interprété de manière restrictive⁸⁷⁹.

315. Ainsi, clairement marquée en théorie, la frontière entre une analyse du contexte économique et juridique et une analyse par les effets apparaît en pratique assez floue⁸⁸⁰. Notamment, l'affaire *Allianz Hungaria* est symptomatique de la tentation de repousser les limites de l'analyse contextuelle au sein de l'objet avec une étude du contexte qui doit comprendre « *la structure de ce marché, l'existence de canaux de distribution alternatifs et leur importance respective ainsi que le pouvoir de marché des sociétés concernées* »⁸⁸¹. Cependant, l'arrêt *Cartes bancaires* devrait conduire à un recentrage de la notion de restriction par l'objet et par suite à une plus grande part de l'analyse par les effets, notamment en matière d'échanges d'informations.

⁸⁷⁸ Projet de Communication de la Commission relative aux Lignes directrices relatives aux accords horizontaux, préc.

⁸⁷⁹ CJUE, 11 septembre 2014, *Cartes bancaires*, préc., point 58 : « *c'est à tort que le Tribunal a considéré, [...], que la notion de restriction de concurrence «par objet» ne doit pas être interprétée «de manière restrictive»* »

⁸⁸⁰ Voir nos développements supra.

⁸⁸¹ CJUE, *Allianz Hungária*, préc., point 48.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

316. Le traitement juridique des échanges d'informations débute par la démonstration de la réalité de la pratique. Certaines difficultés rencontrées par les autorités de concurrence ont été surmontées par le recours à la notion d'infraction complexe. En revanche, une difficulté perdure relativement au caractère réciproque de la communication. En effet, alors que la réception des informations a fait l'objet d'évolutions allant dans le sens d'une plus grande efficacité répressive, la condition de réciprocité demeure une pierre d'achoppement pour les autorités de concurrence. Or, les entreprises ont compris qu'il existait de ce fait un espace d'impunité qu'elles pourront utiliser pour communiquer sur leur politique commerciale. Certaines techniques de communication permettent en effet d'échapper à la qualification d'entente, tout en permettant une concertation efficace. Dans ses lignes directrices de 2011, la Commission précise que ces pratiques pourront être sanctionnées mais en l'état actuel du droit la diffusion unilatérale d'informations n'est qu'un indice à corroborer. Gageons que la jurisprudence, ou les législateurs⁸⁸², trouveront une solution afin de circonscrire ce risque, nettement plus important qu'il n'y paraît⁸⁸³.

317. Une fois les éléments constitutifs de l'entente établis, il est nécessaire d'analyser le contenu de ces communications afin de démontrer une éventuelle restriction de concurrence. Longtemps analysés exclusivement à l'aune de leurs effets, les échanges d'informations font l'objet d'un traitement renouvelé depuis 2009 et la jurisprudence *T-Mobile*. En effet, dans des cas de plus en plus nombreux les échanges d'informations seront considérés comme objectivement restrictif de concurrence et donc leurs effets seront présumés. Ce sera notamment le cas des informations relatives aux prix et/ou quantités futurs qui sont assimilés à des ententes, en accord avec la théorie économique. Ces échanges sont considérés comme

⁸⁸² Selon l'article 3(2) du règlement 1/2003, les Etats membres peuvent légiférer sur ces pratiques unilatérales. De plus, jusqu'en 2005 le droit allemand prohibait les recommandations anticoncurrentielles, voir F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. qui recommande de créer une infraction séparée et spécifique, ce qui est la voie choisie par les Etats-Unis, où a été institué, à l'article 5 de la loi instituant la Federal Trade Commission et à l'article 2 du Sherman Act, l'infraction d'« invitation à la collusion » pour pallier cette difficulté.

⁸⁸³ Voir OCDE, 2012, *Échanges unilatéraux d'informations ayant des effets anticoncurrentiels*, DAF/COMP/WP3(2012)1.

des restrictions caractérisées, ce qui implique que, bien que théoriquement possible, le bénéfice d'une exemption individuelle sera en pratique hautement improbable.

318. Au niveau français, l'Autorité de la concurrence, sous l'impulsion de la Cour de cassation⁸⁸⁴, s'applique un standard de preuve très élevé qui consiste à ne traiter les échanges d'informations presque exclusivement à l'aune de leurs effets et surtout à démontrer dans chaque cas l'utilisation concrète que les entreprises font de des informations⁸⁸⁵. Ce niveau d'exigence apparaît contradictoire avec la jurisprudence européenne, voire disproportionné⁸⁸⁶. Toutefois, dans son avis sur les Lignes directrices de 2011, l'Autorité se dit d'accord avec cet abaissement du standard de la preuve voulu par la Commission et présument des effets de la pratique. Aussi, il faudra attendre de nouvelles affaires d'échanges d'informations autonomes afin de connaître l'attitude adoptée par l'Autorité.

319. Cette évolution va dans le sens de l'élargissement de la boîte à objet mais ne semble pas devoir être remise en cause par la jurisprudence *Cartes bancaires* qui met un coup d'arrêt à cette logique d'extension. En effet, nous avons vu qu'un consensus important existait sur la l'utilisation de la restriction objective proposée par la Commission en matière d'échanges d'informations. Par ailleurs, il reste de nombreuses hypothèses dans lesquelles les échanges d'informations feront l'objet d'une étude approfondie de leurs effets basée sur des critères particulièrement nombreux.

⁸⁸⁴ Par la cassation opérée par l'arrêt du 29 juin 2007, n° 03-10.303 et dans lequel la Cour réclame une démonstration très exigeante.

⁸⁸⁵ P. CHONÉ, *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, RLC, 2008, n° 14, p. 197.

⁸⁸⁶ C. PRIETO, *Condamnation du cartel de la téléphonie mobile : une satisfaction en demi-teinte*, JCP G, 2007, II, n° 10153, « Il est permis de regretter cette sous-estimation de la nocivité de tels échanges pris de manière autonome, au demeurant non conforme à l'interprétation de la Cour de justice ».

Chapitre II : L'échange d'informations

à l'aune de ses effets

320. Lorsque le contenu de l'échange d'informations ne constitue pas en lui-même une restriction flagrante, il faut en étudier les effets. À cette fin, les outils développés par la théorie économique s'avèrent être des outils précieux pour donner une coloration économique aux décisions. Cependant, ces outils ne sont pas d'un maniement aisé, notamment à cause du nombre important de facteurs identifiés comme ayant une influence sur la collusion et des différentes doctrines qui irriguent les divers concepts. Ces facteurs réclament une analyse d'ensemble qui nécessitent une quantification d'éléments par nature difficilement mesurable.

321. L'analyse des effets d'un échange d'informations est donc dominée par une grande casuistique. Celle-ci procède de la prise en compte de nombreux éléments par les autorités de concurrence qui doivent être détaillés pour prendre la mesure de leur influence dans les différentes situations de marchés (Section I). En effet, nous verrons que certaines décisions récentes, notamment britanniques, ont poussé la complexification à un niveau élevé, ce qui nécessite des explications circonstanciées. Cependant, malgré les récents efforts de systématisation entrepris par la Commission, cette approche de type « check-list » ne va pas sans inconvénient. Au delà du déficit de sécurité juridique propre à ce type de démarche, l'expérience du contrôle des concentrations a montré que ce type de standard conduit à un nombre non négligeable de « faux positifs ». Aussi, à l'heure de l'application décentralisée du droit de la concurrence il nous paraît indispensable de faire évoluer ce test par la mise en place d'un cadre robuste qui présenterait de nombreux avantages (Section II).

Section I : L'analyse multicritère de l'effet restrictif des échanges d'informations

322. La détermination de l'effet d'un échange d'informations sur le processus concurrentiel procède d'une analyse multicritère complexe fondée sur la théorie économique de la collusion tacite. Classiquement, la recherche d'un effet anticoncurrentiel consiste en une comparaison de la situation soumise à examen avec le contrefactuel, c'est-à-dire la situation dans laquelle se trouverait le marché en l'absence de la pratique évaluée⁸⁸⁷. Les autorités doivent démontrer *in concreto* la capacité de la pratique à soutenir une collusion sans avoir à démontrer la réalité de celle-ci⁸⁸⁸.

323. Lorsque la configuration du marché est propice à la collusion, les échanges d'informations seront plus susceptibles d'être restrictifs de concurrence. Cependant, il faut tenir compte du fait qu'un échange d'informations améliore le potentiel collusoire d'un marché. Aussi, il faut analyser l'effet de l'échange « *en tenant compte des conditions initiales du marché et de la façon dont les échanges d'informations modifient ces conditions* »⁸⁸⁹. À cette fin, il est nécessaire de procéder à une étude approfondie inspirée de la théorie économique à partir de facteurs particulièrement ambivalents⁸⁹⁰. En effet, cette analyse présente des critères variés dont l'effet, positif ou négatif sur la concurrence, va dépendre de la réunion d'autres critères eux mêmes parfaitement ambivalents. Cependant, cette étude des caractéristiques du marché est indispensable pour évaluer le potentiel collusif du marché (Paragraphe 1) et ainsi déterminer si, dans cet environnement, la pratique d'échange d'informations est restrictive de concurrence ou non (Paragraphe 2). Une fois ce travail effectué, les autorités pourront répondre directement à la question de savoir si l'échange d'informations a pour conséquence une augmentation artificielle de la transparence du marché conduisant à une réduction de l'incertitude.

⁸⁸⁷ Voir par exemple D. GERADIN, I. GIRGENSON, *The counterfactual method in EU competition law : the cornerstone of the effects-based approach*, in Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives, Bruylant, 2012, p. 211

⁸⁸⁸ CJCE, 28 mai 1998, *John Deere*, C- 7/95, points 76 et s.

⁸⁸⁹ Lignes directrices relative aux accords de coopération horizontale, préc., point 76.

⁸⁹⁰ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 2.

Paragraphe 1 : L'analyse des caractéristiques de marché

324. Le contexte de marché est indispensable à l'étude des effets des échanges d'informations. Nous avons vu que lorsque certains échanges d'informations sont considérés comme anticoncurrentiel par l'objet, le contexte de marché, bien que toujours pris en compte⁸⁹¹, n'est que peu pertinent⁸⁹². À l'inverse, la démonstration des effets nécessite une étude poussée du marché afin de mettre en lumière le potentiel collusif d'un marché. Dans cette optique, l'analyse de la structure du marché permet un filtrage des accords neutres, voire positifs, pour la concurrence (A). Par ailleurs, en accord avec la théorie de la collusion tacite, la jurisprudence utilise parfois d'autres caractéristiques de marché pour étayer sa démonstration du risque de collusion (B).

A/ Le filtrage par l'analyse de la structure de marché

325. L'analyse concurrentielle des échanges d'informations débute par une étape bien ancrée en droit de la concurrence qui est celle du filtrage des accords. En effet, de nombreuses pratiques restrictives bénéficient de zones de sécurité qui peuvent être interprétées comme des présomptions d'absence d'impact de la restriction⁸⁹³. Ainsi, seul un effet anticoncurrentiel sensiblement négatif sera sanctionné⁸⁹⁴. Toutefois, en matière d'échanges d'informations la logique est légèrement différente puisque nous verrons qu'en fonction de la structure du

⁸⁹¹ Voir supra nos développements Titre II, Chapitre I, Section II.

⁸⁹² Voir notamment Décision de la Commission du 15 octobre 2008, COMP/39.188, *Bananes* : « S'agissant de l'argument selon lequel le marché en cause n'est ni oligopolistique ni à forte concentration, la Commission souligne que **la structure du marché n'est pas un élément pertinent pour établir une infraction en l'espèce**. Comme l'a souligné le Tribunal de première instance dans l'affaire *Tate & Lyle*, dans le cas d'une entente sur les prix, la pertinence de la structure du marché entourant l'infraction est différente de celle des cas de partage de marchés ». Soulignement ajouté par nous.

⁸⁹³ La Commission définit le caractère sensible de la restriction de manière négative en précisant qu'« au moyen de seuils de part de marché, les circonstances dans lesquelles elle considère que des accords susceptibles d'avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur ne constituent pas une restriction sensible du jeu de la concurrence au sens de l'article 101 du traité », Communication concernant les accords d'importance mineure du 30 août 2014, 2014/C 291/01, point 3.

⁸⁹⁴ CJCE, 9 juillet 1969, *Völk*, C-5/69, point 7.

marché certains échanges ne seront pas seulement considérés comme n'ayant pas d'effet sensiblement néfaste mais plutôt comme ayant un effet neutre voire positif sur la concurrence. Toujours est-il qu'il faut déterminer la structure du marché en cause afin de pouvoir procéder à l'évaluation des effets d'une pratique d'échanges d'informations.

326. La jurisprudence fondatrice du contrôle des échanges d'informations autonomes nous enseigne que : « *Sur un **marché oligopolistique fortement concentré**, un accord prévoyant un système d'échange d'informations entre les entreprises de ce marché atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché et est de nature à altérer la concurrence entre les opérateurs économiques* »⁸⁹⁵. C'est dans cette affaire que, pour la première fois, l'importance de la structure du marché a été évoquée en jurisprudence⁸⁹⁶. Nous avons vu précédemment que l'oligopole, dans son acceptation la plus simple, se définit comme un marché sur lequel un petit nombre de vendeurs évoluent⁸⁹⁷. En effet, la concentration de l'offre est le critère principal de l'analyse concurrentielle des échanges d'informations (1). Cependant, le marché sera étudié selon d'autres aspects afin de pouvoir mesurer l'intensité de la concurrence à l'aune de la notion d'interdépendance oligopolistique, qui est le fondement de la théorie de l'oligopole et un aspect incontournable de l'analyse des échanges d'informations (2).

1°/ La concentration du marché

327. Après avoir exposé les différents principes applicables en matière de concentration du marché (a), nous analyserons l'utilisation concrète qui en est faite par les autorités de contrôle (b).

⁸⁹⁵ CJCE, 28 mai 1998, *John Deere*, C- 7/95, point 88. Soulignement ajouté par nous.

⁸⁹⁶ C. ROQUES, *L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence : degré d'incertitude et jeu répété*, RDLC, 2009, n° 3. Il faut toutefois préciser que ce critère était déjà présent dans la soft law de la Commission depuis 1968, voir Communication de 1968, préc.

⁸⁹⁷ Voir supra nos développements, Titre I, Chapitre II.

a) Les principes jurisprudentiels relatifs à la concentration du marché

328. Les principes d'analyse des échanges d'informations à l'aune de leurs effets sont directement issus de la théorie économique et plus précisément de la théorie de la collusion tacite⁸⁹⁸. En effet, nous avons vu que ce type de collusion est extrêmement probable sur les marchés fortement concentrés aussi bien en ce qui concerne la coordination des comportements que pour la stabilité de la coordination. Plus le nombre d'entreprises participant à la collusion est élevé, plus le point focal permettant la coordination est difficile à trouver parmi les points de vue des protagonistes. De la même manière, plus le nombre d'entreprises augmentent, plus le bénéfice provenant d'une déviation de la ligne de conduite augmente, entraînant des difficultés à maintenir la stabilité interne de la collusion⁸⁹⁹. C'est pourquoi ces marchés sont unanimement considérés comme propice à la collusion, ce qui les rend très sensible à certains types d'échanges d'informations.

329. La jurisprudence a, dès les premières affaires relatives aux échanges d'informations, clairement pris en compte ces enseignements. Dans le cas du marché anglais des tracteurs, était soumis à analyse un accord d'échanges d'informations administratives relatives aux immatriculations des tracteurs agricoles vendus au Royaume-Uni. La Cour de Justice, reprenant le Tribunal de première instance, expose clairement son raisonnement et l'importance de la structure du marché dans l'évaluation de la pratique : *« en principe, la transparence entre les opérateurs économiques est, **sur un marché véritablement concurrentiel**, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations sur le fonctionnement du marché, dont il dispose grâce au système d'échange d'informations, pour adapter son comportement sur le marché, n'est pas de nature, **compte tenu du caractère atomisé de l'offre**, à atténuer ou à supprimer, pour les autres opérateurs économiques, toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents. Le Tribunal a toutefois estimé que, **sur un marché oligopolistique fortement concentré**, tel le marché en cause, l'échange d'informations sur le marché est de*

⁸⁹⁸ Ces fondements économiques apparaissent de façon très nette dans les Lignes directrices de 2011, préc.

⁸⁹⁹ Pour une explication approfondie de ces phénomènes voir nos développements, Titre I, Chapitre II, Section II.

nature à permettre aux entreprises de connaître les positions sur le marché et la stratégie commerciale de leurs concurrents et ainsi à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques »⁹⁰⁰. Aussi pédagogique qu'il paraisse, cet attendu pose de nombreuses questions. En premier lieu, comment vont être appréciées la nature oligopolistique et la concentration du marché. L'oligopole peut être défini comme un marché « *caractérisé par la présence d'un petit nombre de concurrents, sans qu'aucun soit, individuellement dans une position dominante mais que chacun représente un pouvoir de marché relativement large* »⁹⁰¹. Ainsi, le nombre d'entreprises présentes du côté de l'offre est le premier critère de définition de l'oligopole, ce qui conduit à s'interroger sur sa place dans la jurisprudence.

330. Tout d'abord, il semble opportun de rappeler l'importance de la délimitation du marché pertinent comme préliminaire à l'analyse de la structure du marché et notamment à travers l'affaire des palaces parisiens⁹⁰². Dans cette espèce, les six palaces mis en cause estimaient faire partie du marché de l'hôtellerie de luxe qui comprend 120 hôtels et ne peut donc en aucun cas être qualifié d'oligopole. Or, le Conseil de la concurrence, par le biais de déclarations des dirigeants et d'une analyse du marché, a extrait de ce marché, en apparence concurrentiel, un oligopole constitué des six palaces⁹⁰³. La délimitation du marché pertinent est donc une étape déterminante de l'analyse structurelle du marché.

331. Ensuite, il convient d'étudier le critère du nombre d'entreprises. Malgré le fait que l'oligopole soit la forme de marché la plus répandue au monde et donc la plus étudiée, la théorie économique n'est jamais parvenue à établir un nombre d'entreprises au delà duquel le risque de collusion tacite diminue significativement⁹⁰⁴. Aussi, l'étude de la jurisprudence

⁹⁰⁰ CJUE, 28 mai 1998, C- 7/95, *John Deere*, point 88. Soulignement ajouté par nous.

⁹⁰¹ S. STROUX, Sigrid, *US and EC Oligopoly Control*, International Competition Law Series n° 14, Kluwer Law International, The Hague, 2004 : « *An oligopolistic market is one characterized by the presence of a few competitors, none of which is, individually in a position of market dominance, but each of which is relatively large* ».

⁹⁰² Cons. conc., décision n° 05-D-64, 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens.

⁹⁰³ Cons. conc., décision 05-D-64 préc., point 7 et s.

⁹⁰⁴ Pour rappel R. STELEN qui considère que lorsqu'il y a plus de cinq entreprises sur un marché il est intéressant de rester en dehors d'une éventuelle entente alors que cette dernière est profitable lorsque le marché comprend moins de 5 entreprises, R. STELEN *A simple model of imperfect competition : when four are few and six are many*, International Journal of Game Theory, 1973, n° 2 ; ou encore du même avis L. PEEPERKORN : « *when there are four firms or less in a market the likelihood of collusion will be 1 while this likelihood drops to close to 0 when the number of firms becomes six or*

traduit cette incertitude puisque l'on trouve des cas de sanctions d'échanges d'informations sur des marchés dont le nombre de participants est varié. Dans l'affaire du marché anglais des tracteurs, les entreprises parties à l'accord d'échange d'informations étaient au nombre de huit, ce qui apparaît comme pouvant correspondre au nombre retenu pour la définition d'un oligopole. La jurisprudence française offre deux exemples entrant dans ces standards également avec le marché de la téléphonie mobile comprenant trois opérateurs⁹⁰⁵ ou encore celui des palaces parisiens qui compte six membres⁹⁰⁶. En revanche, de nombreuses décisions ont sanctionné ces pratiques sur des marchés bien différents. Ainsi, dans l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl* il y avait seize participants à un échange qui fut jugé anticoncurrentiel⁹⁰⁷. Encore, dans l'affaire emblématique de la jurisprudence allemande à ce sujet, un groupe de 45 entreprises participaient à l'échange⁹⁰⁸. L'Autorité irlandaise de concurrence a, quant à elle, traité une affaire concernant dix-sept entreprises⁹⁰⁹. Il existe donc de nombreux exemples d'échanges d'informations dont les effets ont été étudiés, voire condamnés, alors qu'ils ne prenaient pas place sur des marchés dont le nombre d'entreprises dépasse celui qui est traditionnellement retenu pour la qualification d'oligopole.

332. La question se pose donc de savoir comment, alors que le caractère oligopolistique du marché semble être un élément essentiel de l'analyse des effets d'un échange d'informations, a-t-on pu sanctionner des entreprises ne faisant pas partie d'un oligopole. Une réponse peut être trouvée dans la forme de l'échange. Nous avons vu précédemment que la forme de l'échange n'a pas d'incidence sur la matérialité des faits⁹¹⁰. En revanche, la participation

more », citation extraite du discours intitulé « Competition Policy Implications from Game Theory: an Evaluation of the Commission's Policy on Information Exchange », 1996, p. 7 ; voir cependant F.M SCHERER et D. ROSS estiment que le risque diminue sur les marchés présentant plus de 12 entreprises, F.M SCHERER, D. ROSS, *Industrial market structure and economic performance*, 3^{ème} édition, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990 ; enfin, S. BISHOP et M. WALKER estime que le risque de collusion est faible lorsque si le contrôle de 50% du marché nécessite la coordination de plus de quatre entreprises, S. BISHOP, M. WALKER, *The economics of EC competition law : concepts, application and measurement*, 2^{ème} éd. , 2001, point 7.30.

⁹⁰⁵ Cons. conc., déc 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le domaine de la téléphonie mobile.

⁹⁰⁶ Cons. conc., déc 05-D-64 préc.

⁹⁰⁷ Décision de la Commission du 26 novembre 1997 relative à une procédure d'application de l'article 65 du traité CECA, aff. IV/36 069 *Wirtschaftsvereinigung Stahl*. La décision sera annulée par le TPICE mais sans que soit remis en cause le raisonnement sur les effets anticoncurrentiels de la pratique, TPICE, 5 avril 2001, T-16/98.

⁹⁰⁸ Bundeskartellamt, B1-63/00, 9 août 2001, *Statistisches Informationssystem Transportbeton*.

⁹⁰⁹ Irish Competition Authority, Décision n° 579 du 28 janvier 2000, *Animal & plant health association Ltd/others*.

⁹¹⁰ Voir nos développements supra, Titre II, Chapitre I, Section I.

d'une association peut permettre de résoudre les problèmes de coordination lorsque les entreprises sont nombreuses. À cet égard, l'avis du Conseil de la concurrence relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse est particulièrement éclairant⁹¹¹. Dans cette espèce, la chambre de commerce et d'industrie pour le sud de l'Alsace souhaitait mettre en place un système d'échange d'informations mensuel entre les hôtels de la région. Ces informations concerneraient le taux d'occupation, le nombre de jours d'activité ainsi que le nombre des chambres louées et seraient transmises de manière individualisée à chacun des hôtels. L'analyse concurrentielle débute classiquement par l'étude de la structure du marché et le rappel du principe selon lequel « *si des échanges limités d'informations sont généralement considérés comme étant peu susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels dans le cas d'un marché atomisé entre un grand nombre de petites entreprises, les échanges d'informations sensibles à intervalle fréquent sur un marché oligopolistique permettent à l'ensemble des concurrents de connaître les positions stratégiques de chaque entreprise* »⁹¹². Cependant, le Conseil va à l'encontre de ce postulat en expliquant que l'échange d'informations sur des marchés atomisés, malgré un risque d'interactions stratégiques faible, peut avoir « *un effet prescripteur ou de coordination volontaire par des organismes sectoriels [...], les opérateurs étant incités à calquer leur politique commerciale sur les informations reçues, ce qui peut avoir pour objet ou pour effet de discipliner la concurrence dans le secteur* »⁹¹³. La lecture de cet attendu a de quoi surprendre car le droit français semblait plus exigeant que le droit européen sur ce point, en réclamant la qualification d'un marché oligopolistique fermé par des barrières à l'entrée⁹¹⁴. Or, le Conseil commence par expliquer le rôle important de la structure de l'offre dans l'analyse d'un échange d'informations puis semble nier la valeur de cette distinction⁹¹⁵. Ainsi, le rôle de « leader » des associations professionnelles sur ces marchés peut rendre possible une coordination par échanges d'informations.

⁹¹¹ Avis Conseil de la concurrence, n° 06-A-18 du 5 octobre 2006 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse, WEBER A-P Lexbase Hebdo éd. Privée, n°235, 09/11/2006 ; SELINSKY V. RLC, 2007, n°10.

⁹¹² Avis préc., point 15.

⁹¹³ Avis préc. point 16.

⁹¹⁴ L. ARCELIN-LECUYER, *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, PUR, 2^{ème} éd., 2013, p. 103.

⁹¹⁵ A.-P. WEBER, *Les accords d'information entre professionnels sont-ils toujours possibles ?*, Lexbase Hebdo, édition privée du 9 novembre 2006, n° 235 : « *on peut s'interroger sur l'intérêt qu'il y avait pour le Conseil à opérer la distinction entre les différentes formes de marché* ».

333. D'autres éléments permettent d'expliquer la sanction de certains échanges d'informations sur des marchés non oligopolistiques. Nous avons vu que la coordination est possible malgré un grand nombre d'entreprises mais il est également possible de maintenir la stabilité de la collusion sur un marché fragmenté. Le maintien de la stabilité interne d'une entente dépend essentiellement de la capacité des coalisés à éviter les déviations de la ligne de conduite commune. Or, certaines structures de marché permettront en elles-mêmes de limiter de façon importante toute déviation. Ainsi, le Conseil de la concurrence a pu constater que « *considérant que la taille modeste de la plupart des offreurs et la capacité limitée de chacun d'eux d'accroître son offre sur le marché en cause, si elles n'excluent pas la possibilité pour chaque entreprise de développer dans une certaine mesure sa part de marché au détriment de celle de ses concurrents, restreignent de façon structurelle l'intensité de la concurrence* »⁹¹⁶. Cela permet de comprendre que, sur ces marchés, il est fort probable que le rôle de surveillance attribué aux échanges d'informations ne sera pas nécessaire et qu'une simple coordination peut permettre la mise en place d'une entente stable et durable. En outre, une décision de l'AGCM, autorité de concurrence italienne, permet de mettre en lumière un autre intérêt de l'échange d'informations sur les marchés fragmentés. Dans la décision *RC Auto*⁹¹⁷, le caractère fragmenté du marché justifie l'utilité de l'échange d'information. En effet, l'AGCM explique qu'il est d'autant plus nécessaire de mettre en place un échange d'informations à but de surveillance de la ligne de conduite sur un marché fragmenté. Un marché fragmenté est plus difficile à surveiller et la collecte de données représente un coût très élevé par rapport à son équivalent sur un marché oligopolistique. Or, ces difficultés peuvent être contournées par un système d'échange d'informations, ce qui explique son importance sur les marchés a priori peu propice à la collusion⁹¹⁸.

334. Ces arguments et décisions ont amené la Cour de justice à préciser sa position dans un arrêt de 2003 : « *un système d'échange d'informations peut constituer une violation des règles de concurrence même lorsque le marché en cause n'est pas un marché oligopolistique fortement concentré. Certes, l'arrêt du Tribunal Deere/Commission, précité, confirmé en cela*

⁹¹⁶ Décision du Conseil de la concurrence n° 95-D-74 du 21 novembre 1995 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la réparation automobile dans le département de l'Indre, page 7.

⁹¹⁷ AGCM, *RC Auto*, décision n° 8546 du 28 juillet 2000 ; pour un commentaire de la décision voir M. GRILLO, *Collusion and facilitating practices : a new perspective in antitrust analysis*, European Journal of Law and Economics, 2002, n° 14.

⁹¹⁸ Voir M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc. et A. CAPOBIANCO, *Information exchange under EC competition law*, CMLR, 2004, n° 41.

par l'arrêt de la Cour, *Deere/Commission*, précité, a conclu que le marché des tracteurs présentait ce caractère. Toutefois, ces arrêts prennent en considération un ensemble de critères à cet égard, **le seul principe général retenu en matière de structure du marché étant que l'offre ne doit pas avoir un caractère atomisé** »⁹¹⁹.

335. À ce titre, il est intéressant de relever que la Commission a parfois écarté l'illicéité d'un partage d'informations en invoquant comme argument principal le caractère fragmenté d'un marché. Ainsi, dans la décision *EUDIM*⁹²⁰, étaient analysés plusieurs systèmes d'échanges d'informations entre une dizaine de grossistes européens en produits sanitaires. L'échange, prenant place sur le marché des clients, concernait des informations confidentielles et individualisées ce qui représente le type d'informations le plus dangereux en théorie. De plus, l'échange s'effectuait par le biais d'une association professionnelle dont nous avons vu qu'elle pouvait jouer un rôle prescripteur à même de compenser la nature fragmentée d'un marché. Tous les éléments semblaient donc réunis pour aboutir à une sanction. Cependant, la Commission explique que « *bien que tous les membres d'EUDIM occupent une place de premier plan sur leur marché national, le marché de gros du matériel pour installations est trop fragmenté (avec plus de 3000 grossistes européens) pour être considéré comme oligopolistique. [...] C'est pourquoi la Commission a considéré que l'échange d'informations individuelles et confidentielles entre les membres de l'EUDIM sur le marché des clients n'aurait pas d'effet sensible sur la structure concurrentielle du marché de gros en cause* »⁹²¹. Aussi, le critère du nombre d'entreprises actives sur un marché est entendu de manière extensive. En effet, entre un oligopole, qu'on estime être constitué de moins de dix entreprises, et un marché de plus de trois mille participants la marge de manœuvre des autorités de concurrence apparaît particulièrement grande. Le nombre

⁹¹⁹ CJCE, 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl*, C- 194/99, point 86. Soulignement ajouté par nous. Voir IDOT L. Europe, n°12, 12/2003, comm. 405.

⁹²⁰ Communication faite conformément à l'article 19 paragraphe 3 du règlement 17 du Conseil dans l'affaire n° IV/33.815, 35.842, *EUDIM*, JOCE 1996.C111/8.

⁹²¹ *Ibid.* La Commission cite également, à l'appui de son raisonnement, le critère de l'hétérogénéité des biens de ce marché, avec plus d'un million de références. Toutefois, en accord avec J. Faull et A. Nikpay nous estimons que l'argument clé réside dans le caractère extrêmement fragmenté du marché en question. Voir J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU law of competition*, Oxford university press, 3^{ème} éd., 2014, p. 996 : « *in EUDIM the Commission considered that **the fact that the market comprised more than 3,000 companies was key to concluding that the exchange of individual and confidential information between the competitors could not have had any appreciable effect*** ». Soulignement ajouté par nous.

d'acteurs présents sur un marché ne constitue donc pas un élément déterminant de la qualification d'échange d'informations contraire au droit de la concurrence.

336. Ce constat invite à étudier le deuxième élément retenu dans l'analyse de la structure : les indices de concentration du marché. Ce critère repris dans quasiment toutes les jurisprudences relatives aux échanges d'informations doit également être manipulé avec précaution. Nous avons vu que la théorie économique enseigne que la concentration du marché est essentielle en matière d'oligopole, en ce qu'elle traduit le pouvoir de marché. C'est le second élément de définition de l'oligopole. En effet, c'est ce pouvoir de marché, reparté entre quelques acteurs, qui instaurera, entre eux, l'interdépendance oligopolistique, notion qui constitue le fondement de la théorie de la collusion tacite⁹²². Les autorités de concurrence européennes utilisent principalement l'indice Herfindahl-Hirschmann pour mesurer la concentration en additionnant le carré des parts de marchés de chacun des membres d'un marché⁹²³. Selon la Commission européenne, un indice compris entre 1000 et 1800 est considéré comme correspondant à une concentration modérée tandis qu'au-delà de 1800 la concentration est élevée⁹²⁴. Cependant, d'importantes affaires permettent de douter de l'utilisation de ces seuils.

337. Ainsi, dans l'affaire du marché anglais des tracteurs, la Commission affirme que ce marché est un oligopole « *fortement concentré* »⁹²⁵. Or, si l'on calcule l'indice HH on obtient un résultat qui peine à approcher les 1800⁹²⁶. De même, si l'on fait le calcul relativement au marché des palaces parisiens qui correspond à six concurrents détenant 100% des parts de marché, le résultat n'est que de 1700⁹²⁷. En économie, on estime être en présence d'un oligopole à partir d'un indice de 1800. La concentration au sens strict n'apparaît donc pas comme étant déterminant dans la mesure d'un éventuel effet restrictif de concurrence.

⁹²² Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

⁹²³ Il existe également le Ratio de concentration, nettement moins utilisé depuis 2004 en Europe. Pour une étude et une comparaison des deux outils voir E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, 1^{ère} éd., 2005, Précis Dalloz, p. 344 et s.

⁹²⁴ *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne*, disponible sur le site de la DG concurrence de la Commission européenne.

⁹²⁵ Décision de la Commission du 17 février 1992, préc., point 51.

⁹²⁶ Calcul réalisé à partir des données de la décision de la Commission au point 6 et s. Il faut toutefois préciser que dans certaines zones géographiques et sur certaines gammes de produits la concentration était beaucoup plus élevée, Décision de la Commission du 17 février 1992, préc., point 6.

⁹²⁷ Calcul réalisé à partir des données présentées dans la décision : Cons. conc., décision n° 05-D-64, préc., point 220.

338. Plus précisément, le critère essentiel se trouve dans l'analyse de la couverture de marché des entreprises impliquées dans l'échange⁹²⁸. Dans l'affaire du marché anglais des tracteurs, les huit entreprises, dominant le marché et participant à l'échange, représentaient une part de marché cumulée comprise entre 87 et 88%⁹²⁹. Dans les deux affaires emblématiques de la jurisprudence française, les participants aux échanges d'informations couvraient l'intégralité de leurs marchés respectifs⁹³⁰.

339. Par ailleurs, ce critère va surtout permettre de comprendre comment la concurrence sur des marchés où évoluent de nombreux acteurs et/ou avec un indice de concentration modéré peut être altérée. En effet, de nombreuses affaires présentent des marchés sur lesquels il y a beaucoup de vendeurs et une concentration peu élevée. Nous savons que les associations professionnelles peuvent avoir un rôle prescripteur qui permet une collusion entre de nombreuses firmes. Cependant, une condition essentielle est la part de marché détenue par ces entreprises. Cela correspond parfaitement aux principes dégagés par la théorie de l'interdépendance oligopolistique : si la « frange concurrentielle »⁹³¹ se situant en dehors de l'échange d'informations est trop importante alors elle est posséder suffisamment de pouvoir sur le marché pour être une menace permanente à la stabilité de la collusion. Elle peut par exemple proposer un prix plus bas que le prix collusif et ainsi détourner les profits des coalisés. Par ailleurs, la fonction de surveillance de l'accord est elle aussi menacée puisque si les données échangées ne proviennent que d'une part réduite des participants à un marché alors ces chiffres ne seront pas représentatifs du marché dans son ensemble et il sera impossible de déterminer l'origine d'une variation : elle pourra provenir d'une déviation d'un membre de la collusion aussi bien que d'une action concurrentielle d'un acteur extérieur à la collusion⁹³². En sens inverse, une situation dans laquelle, sur un marché peu concentré, quasiment toutes les entreprises participent à l'échange sera propice au bon fonctionnement de la collusion.

⁹²⁸ Voir notamment K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc., p. 116 ; J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU law of competition*, préc. p. 998.

⁹²⁹ Décision *UK Tractors*, préc., point 35.

⁹³⁰ Cons. conc., déc 05-D-65 du 30 novembre 2005, préc. pour les trois opérateurs télécoms et Cons. conc., décision n° 05-D-64, 25 novembre 2005, préc. pour les six palaces parisiens.

⁹³¹ La « frange concurrentielle » représente les petites entreprises qui évoluent en marge des principaux membres de l'oligopole.

⁹³² Pour une explication détaillée et argumentée de ces phénomènes voir nos développements Titre I, Chapitre II, Section II.

340. Ainsi, dans l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl*⁹³³, des échanges d'informations ont été condamnés alors qu'ils se déroulaient sur un marché de vingt entreprises. Cependant, la Commission relève que, sur ces vingt entreprises, 16 participaient à l'échange dont les quatre leaders du marché qui représentaient à eux seuls 50% de la production. De même dans l'affaire *Thyssen Stahl*⁹³⁴, l'échange d'informations impliquaient douze des dix-neuf acteurs du marché. À l'inverse, dans l'affaire *EUDIM*⁹³⁵, les échanges d'informations concernaient dix entreprises sur un marché en comprenant trois mille, ce qui excluait toute possibilité de condamnation.

341. Au vu de ces éléments, la prise en compte jurisprudentielle de la concentration apparaît quelque peu confuse⁹³⁶. En effet, on constate que des échanges d'informations sont régulièrement condamnés en dehors de structure de type oligopolistique. La Cour de justice a précisé que le seul principe général est que la structure ne soit pas atomisée. Il est alors légitime de se demander pourquoi l'analyse de la structure du marché prend une place prépondérante en matière d'échange d'informations alors qu'il suffirait de démontrer l'absence d'atomisation de l'offre. En réalité, l'importance de la structure est une question de probabilité et donc de charge de la preuve. Nous avons vu que les échanges d'informations peuvent être condamnés dans de nombreuses situations de marché. Cependant, plus le marché est concentré plus il est considéré comme propice à la collusion et donc plus l'échange d'informations, par l'augmentation de la transparence qu'il engendre, est susceptible d'avoir un effet néfaste sur la concurrence. À l'inverse, plus le marché est fragmenté plus le risque est faible qu'une augmentation de la transparence résulte en une réduction de l'incertitude relative au comportement des concurrents⁹³⁷. Le risque est donc proportionnel au degré de concentration du marché⁹³⁸. Or, plus la probabilité d'aboutir à des effets anticoncurrentiels est

⁹³³ Décision n° IV/36 069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, préc.

⁹³⁴ Décision de la Commission, du 16 février 1994 relative à une procédure d'application de l'article 65 du traité CECA, aff. 94/215/CECA, *Thyssen Stahl*.

⁹³⁵ Communication, n° IV/33.815, 35.842, *EUDIM*, préc.

⁹³⁶ Voir notamment A. CAPOBIANCO, *Information exchange under EC competition law*, 2004, préc., p. 1265 : « *the Commission's practice does not provide clear answers to the question of whether an exchange of information may be deemed anticompetitive in a competitive market situation [...] Both the Court of First Instance and the European Court of Justice have upheld the Commission on this very same point* ».

⁹³⁷ Pour une justification économique de ces phénomènes voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

⁹³⁸ Voir notamment J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU law of competition*, préc. p. 998 ; BELLAMY & CHILD, *European Union law of competition*, Oxford University press, 7^{ème} éd., 2013, point 6.032 ; N.

faible plus la charge de la preuve pesant sur les autorités de concurrence est lourde. En effet, si la concentration du marché est faible les autorités devront démontrer que malgré la fragmentation du marché, le risque de collusion tacite est présent⁹³⁹. Pour ce faire, il faut avoir recours à différents facteurs plus ou moins structurels et dont les effets sur la concurrence sont moins tranchés par l'analyse économique⁹⁴⁰. Le degré de concentration n'est donc pas une condition de l'incrimination d'un échange d'informations mais bien un facteur aggravant qui facilite la preuve de la nocivité de la pratique⁹⁴¹. Ces principes, issus de la théorie économique, sont souvent rappelés dans les décisions relatives aux échanges d'informations, ce qui conduit à se poser la question de leur utilisation.

b) La réception jurisprudentielle des principes relatifs à la concentration

342. La question de la réception de ces principes amène à s'interroger sur les présomptions qui pourraient être tirées de l'analyse de la concentration. Dans cette optique, les parts de marché cumulées des auteurs d'une pratique représentent le critère le plus utilisé pour ce qui est de la mise en place de seuils dans les différents règlements d'exemption par catégorie⁹⁴². Classiquement, un seuil précis, en pourcentage, est établi et si les participants à une pratique ne couvrent pas une part suffisante du marché alors ils bénéficient d'une présomption négative d'atteinte à la concurrence.

PETIT, *Accords d'échanges d'informations et fédérations d'entreprises – Grands principes d'analyse en droit de la concurrence* in Les fédérations d'entreprises et les règles de concurrence, Larcier, 2009.

⁹³⁹ Voir notamment A. CAPOBIANCO, *Information exchange under EC competition law*, 2004, préc., p. 1267 : « *If the market is fragmented, the authorities have to provide persuasive and credible evidence that despite the un-concentrated nature of the market there are other factors that are likely to give rise to tacit collusion* ».

⁹⁴⁰ Nous avons vu que la concentration est toujours favorable à la collusion alors que les autres facteurs sont considérés comme ambivalents par les économistes et doivent faire l'objet d'une analyse globale qui complique la tâche des autorités de concurrence, voir supra Titre I, Chapitre II, Section II.

⁹⁴¹ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. : « *the high concentration of the market [...] is an aggravating, but not a necessary factor* ».

⁹⁴² Cette question est aujourd'hui traitée par les lignes directrices de 2011 au sein des développements relatifs aux caractéristiques de l'échange lui-même. Il est vrai que la concentration du marché dans son ensemble est à distinguer de la part de marché cumulée des auteurs de la pratique. Cependant, nous estimons que notre exposé gagne en clarté en insérant ce développement au sein des discussions relatives à la concentration.

343. Longtemps traités exclusivement au sein de textes sectoriels⁹⁴³, les échanges d'informations font aujourd'hui l'objet d'un développement général au sein des dernières lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale⁹⁴⁴. L'élaboration de ce texte a permis de s'interroger sur l'institution d'un « filtrage » des accords d'échanges d'informations par l'institution d'un seuil, en terme de parts de marché. Cette zone de sécurité est réclamée par les entreprises, dans un souci de sécurité et de prévisibilité juridique⁹⁴⁵, et permettrait aux autorités de concurrence d'utiliser leurs ressources de façon plus efficiente. Logiquement, la Commission explique que les échanges d'informations effectués dans le contexte d'un autre type d'accord de coopération horizontale, et donc accessoire à celui-ci, bénéficient des seuils prévus pour ces accords, à condition d'être indispensable à la mise en œuvre de l'accord principal⁹⁴⁶. De la même manière, les accords d'échange d'informations, à l'exception de ceux ayant un objet anticoncurrentiel, bénéficient des prescriptions de la communication relative aux accords d'importance mineure, qui fixe un seuil de 10% de parts de marché pour les accords horizontaux⁹⁴⁷.

344. Par ailleurs, certains auteurs ont proposé d'aligner ces seuils sur celui utilisé en matière de concentration horizontale fixé à 25%⁹⁴⁸, ou encore par rapport aux autres accords de coopération horizontale à 20 %⁹⁴⁹. La comparaison avec le droit des concentrations paraît logique dans la mesure où le phénomène analysé a la même source théorique, à la différence que l'analyse est ici *ex-ante* et non *ex-post* comme c'est le cas dans le cadre de l'article 101

⁹⁴³ Voir notamment *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux services de transport maritime*, 2008, n° 2008/C245/02, point 38 et s. Texte arrivé à expiration le 26 septembre 2013.

⁹⁴⁴ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc.

⁹⁴⁵ Voir notamment International Chamber of Commerce, *Comments on european commission's review of rules applicable to horizontal cooperation agreements*, préc., p. 4.

⁹⁴⁶ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., p. 19 avec les exemples des accords de R&D et de spécialisation.

⁹⁴⁷ Voir *Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (communication de minimis) du 30/08/2014, n° 2014/C 291/01, point 8.

⁹⁴⁸ Voir J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU law of competition*, préc. p. 999 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 606 ; K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, 1995, préc., p. 116.

⁹⁴⁹ Voir M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc., p. 332 : « One possibility may be to base the safe harbour on some threshold of the market covered by the information sharing. It must be acknowledged that deriving a specific threshold for such a safe harbor is always somewhat arbitrary. However, given the level of other safe harbors within the guidelines, 20% may be a sensible starting point to consider »

du traité⁹⁵⁰. Lors de la table ronde de l'OCDE en 2010 relative aux échanges d'informations, le Commission, par l'intermédiaire de son représentant, a semblé envisager de mettre en place ce seuil de 20%⁹⁵¹, à l'image de ce qui est retenu aux Etats-Unis depuis 2000⁹⁵².

345. Cependant, la Commission n'a pas finalement pas souhaité fixer un seuil spécifique aux échanges d'informations. Dans ses lignes directrices de 2011, elle précise que « *pour qu'un échange d'informations soit susceptible de restreindre la concurrence, les entreprises prenant part à l'échange d'informations doivent **couvrir une part suffisamment importante du marché en cause*** »⁹⁵³. Elle poursuit en expliquant que l' « *on ne peut définir de façon abstraite ce que constitue «une part suffisamment importante du marché»; **cette part sera fonction des spécificités de chaque cas d'espèce et du type d'échange d'informations en cause*** »⁹⁵⁴. On retrouve ici la caractéristique principale de l'analyse concurrentielle des échanges d'informations : la très forte casuistique engendrée par la dépendance à un grand nombre de facteurs tous très influents et ambivalents⁹⁵⁵. Un second argument peut être trouvé dans la structure des échanges d'informations eux-mêmes. En effet, très souvent les échanges s'opèrent par le truchement de nombreux accords bilatéraux sur les intentions puis des accords multilatéraux de surveillance de la coordination, voire un rôle de stabilisation joué par une association professionnelle⁹⁵⁶. Ainsi, un seuil serait inefficace dans ces circonstances du fait d'un effet cumulatif, du type de celui rencontré dans les relations verticales⁹⁵⁷. Cependant, les Professeurs M. Bennett et P. Collins estiment, qu'à l'image de la pratique en matière de

⁹⁵⁰ La recherche des risques d'effets coordonnés post concentration repose également sur la théorie de la collusion tacite.

⁹⁵¹ OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents et le droit de la concurrence*, 2010, préc. p. 476 : « *Ainsi, la Commission envisage de fixer la zone de sécurité à 20 % de part de marché, seuil en dessous duquel elle estime que les échanges sont peu susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels* ».

⁹⁵² Voir *Antitrust Guidelines for collaborations among competitors*, avril 2000.

⁹⁵³ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc, point 87, soulignement ajouté par nous.

⁹⁵⁴ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc, point 88, soulignement ajouté par nous.

⁹⁵⁵ Voir nos développements sur l'impact des facteurs sur la concurrence supra Titre I, Chapitre II, Section II ; argument repris par A. OSSOWSKA, DG Competition, Conférence de Chypre du 19/05/2010, « *Chapter on information exchange in the EC guidelines on horizontal agreements and how the policy fits with european case law* », notamment p. 6.

⁹⁵⁶ A. OSSOWSKA, Conférence de Chypre du 19/05/2010, préc. : « *as there are often several exchanges involved (network of bilateral exchanges of intentions), multilateral monitoring, and often an additional role for stability played by trade association* », p. 6.

⁹⁵⁷ Théorie consacrée par l'arrêt CJCE, 28 février 1991, C- 234/89, *Delimitis* ; voir C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 639.

restrictions verticales, il aurait été envisageable de soumettre « une telle zone de sécurité [...] à un test de couverture global comparable à celui défini dans les lignes directrices concernant les ententes verticales. Cela éviterait l'existence de réseaux d'échange d'informations permettant aux entreprises d'avoir accès à des informations couvrant l'ensemble du marché. Dans un tel contexte, un seuil de 30 % pourrait être un point de départ raisonnable à envisager pour un test global »⁹⁵⁸. Le test suggéré par ces auteurs permettrait de prévenir ce risque d'effet cumulatif de façon appropriée. Ainsi, l'on comprend que l'argument déterminant réside bien dans la casuistique de l'analyse qui dépend de nombreux facteurs, en plus de la concentration et de la couverture de marché.

346. En sens inverse, un argument peut être trouvé dans le grand besoin d'information et le manque de moyens des petites entreprises. En effet, ces dernières dépendent souvent des leaders de marché pour la collecte d'informations et l'instauration d'un seuil précis pourrait servir d'argument aux grandes entreprises pour refuser de participer à un échange⁹⁵⁹. Or, les petites entreprises manquant d'information ne seront pas à même de se développer et donc d'apporter un surplus de concurrence sur ces marchés. Cependant, cet argument peut également jouer en faveur de la position de la Commission puisque, sans zone de sécurité, les entreprises peuvent préférer éviter tout échange d'informations et ainsi priver le marché d'échanges bénéfiques à la concurrence⁹⁶⁰.

347. Partant du constat de l'absence de seuil précis, un auteur a pu estimer que la délimitation précise du marché pertinent, seule à même de permettre l'évaluation de la concentration ou de la couverture de marché, devenait inutile⁹⁶¹. Il est vrai que les autorités de concurrence n'auront pas à démontrer le franchissement d'un seuil pour condamner une pratique. Cependant, nous estimons que cette position est quelque peu excessive. Tout d'abord, parce que le seuil de 10%, prévu par la communication *de minimis*, est applicable dès lors que l'on se place dans l'analyse des effets. Par ailleurs, des seuils peuvent être utilisés si

⁹⁵⁸ M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc., p. 332 : « Any such safe harbour would also have to be subject to a cumulative coverage test similar to the cumulative test within the vertical guidelines. This would prevent networks of information sharing that would allow firms to have access to information covering the entire market. In this context, 30% may be a sensible starting point to consider for such a cumulative test ».

⁹⁵⁹ M. BENNETT, P. COLLINS, *The law and economics of information sharing : the good, the bad and the ugly*, préc.

⁹⁶⁰ L. KÄIS, *Regulating information exchange in EU – no further restrictions by object but enough room for safe harbors*, préc.

⁹⁶¹ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 606.

les échanges participent d'un autre type d'accord horizontal. En outre, dans l'affaire *EUDIM*, la Commission écarte le risque de collusion pour des entreprises détenant un maximum de 12% de parts de marché⁹⁶². Ensuite, parce que l'étude de la genèse des lignes directrices de 2011 permet de constater que la Commission fut toute proche d'instaurer un seuil de 20% ce qui reste un indicateur fort de non contradiction au droit de la concurrence. Enfin, il est important de rappeler que les entreprises sont aujourd'hui obligées de procéder à l'auto-évaluation de leurs pratiques. Or, dans ce contexte il est important pour elle de savoir quelle est leur part de marché car cela va influencer l'analyse de conformité de leurs échanges. En effet, nous avons vu que lorsque la part de marché des acteurs d'une pratique est élevée alors l'échange de données non tarifaires et relatives au passé est condamnable alors que dans la situation inverse l'échange d'informations confidentielles et individualisées peut être permis⁹⁶³.

348. Sous réserve des propos précédents sur l'importance du critère de concentration, force est de constater que la casuistique reprend le dessus même au sein de l'analyse structurelle. En effet, l'analyse de la concentration va être fortement influencée par d'autres facteurs directement structurels.

2°/ Les autres facteurs structurels utilisés en jurisprudence

349. Plus la structure d'un marché va être proche d'un oligopole plus la probabilité d'une collusion sera élevée. Or, une telle structure s'évalue également à l'aune de critères structurels qui, en créant un « entre soi » sur un marché, renforcent l'interdépendance oligopolistique et peuvent compenser, notamment, un nombre élevé d'entreprises. Ainsi, « *la concentration doit s'apprécier en fonction de différents critères, notamment le nombre de producteurs présents sur le marché, l'existence de liens structurels entre eux, les parts de marché cumulées des principales entreprises, les barrières à l'entrée* »⁹⁶⁴. Cette citation met en évidence deux

⁹⁶² Communication dans l'affaire *EUDIM* préc., point 6.

⁹⁶³ Comparaison des affaires précitées *John Deere* et *EUDIM*.

⁹⁶⁴ Décision n° IV/36 069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, préc., point 45. Soulignement ajouté par nous.

autres critères structurels très importants, présents dans de nombreuses affaires d'échanges d'informations.

a) Les barrières à l'entrée

350. Nous avons vu que le caractère fermé d'un marché a une influence importante sur le risque de collusion, voire est considéré comme indispensable à la stabilité de celle-ci⁹⁶⁵. En accord avec les travaux économiques, la jurisprudence relative aux accords d'échanges d'informations accorde une grande importance à la présence de barrières à l'entrée. Du fait de l'extrême diversité des barrières à l'entrée il est intéressant de procéder à un tour d'horizon des affaires emblématiques afin de tenter de cerner le concept.

351. La jurisprudence relative au marché anglais des tracteurs est particulièrement instructive en la matière. De nombreuses et diverses barrières à l'entrée sur ce marché étaient présentes avant l'échange d'informations. Ainsi, l'entrée sur ce marché « *exige un réseau de service après-vente et distribution très dense* »⁹⁶⁶, ce qui représente cent vingt points de vente pour le marché anglais. Or, le marché est en stagnation et souffre de surcapacités ce qui implique qu'aucun acteur potentiel n'est prêt à réaliser des investissements, notamment en terme de points de vente. Enfin, les consommateurs d'engins agricoles font preuve d'une grande fidélité envers les marques déjà présentes sur le marché. Le point particulièrement intéressant de cette décision est qu'après avoir décrit les barrières à l'entrée présentes sur le marché, la Commission explique que le système d'échanges d'informations mis en place entre les principaux acteurs est lui-même une barrière à l'entrée. Selon cette décision, « *l'accord d'échange d'informations lui-même rend l'accès à ce marché bien plus difficile encore car il permet aux fournisseurs en place de **repérer immédiatement toute nouvelle pénétration ou toute augmentation des ventes de fournisseurs ne participant pas à l'accord et donc de réagir et de défendre leurs positions*** »⁹⁶⁷. Ainsi, les petits fournisseurs se trouvent face à un dilemme : soit ils restent en dehors de l'accord et souffrent d'un déficit informationnel qui les empêche de se développer dans les meilleures conditions, soit ils adhèrent à l'accord et doivent renseigner avec précision les tenants du marché sur leur effort concurrentiels, ce qui

⁹⁶⁵ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

⁹⁶⁶ Décision n° 92/157/CEE, *UK Tractors*, préc., point 8.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, point 8. Soulignement ajouté par nous.

permet à ces derniers de réagir par le biais de la puissance de leur réseau⁹⁶⁸. Bien que contestée par certains économistes⁹⁶⁹, la position de la Commission semble clairement inspirée par la théorie de la collusion tacite et la surveillance nécessaire à sa stabilité⁹⁷⁰.

352. L'industrie sidérurgique européenne fait partie des secteurs très surveillés par les autorités de concurrence du fait de son fort potentiel collusoire. Ce dernier est notamment dû aux importantes barrières à l'entrée. Ainsi, dans la décision *Wirtschaftsvereinigung Stahl*⁹⁷¹, la Commission indique que les coûts initiaux et les coûts fixes sont tellement élevés qu'ils constituent des barrières à l'entrée. Elle ajoute que le marché souffre de surcapacités dues au coût de démantèlement de celles-ci, ce qui constitue une barrière à la sortie, dont nous avons vu qu'elle joue le même rôle que les barrières à l'entrée. Dans l'affaire des palaces parisiens, en plus de lourds investissements initiaux, le Conseil relève « *que la construction d'une image de marque est lente et exigeante* »⁹⁷². Enfin, les barrières à l'entrée les plus élevées sont souvent celles qui viennent des pouvoirs publics, telles que les licences dans le secteur des télécommunications par exemple⁹⁷³. Il n'y a aucun hasard au fait que toutes les affaires d'échanges d'informations, traités par l'analyse des effets, présentent des barrières à l'entrée. L'aspect étroit ou fermé d'un marché est essentiel en matière de collusion et peut être encore accentué par le développement de liens capitalistiques entre les principaux acteurs.

b) Les liens structurels

353. Les prises de participation minoritaires, sans contrôle⁹⁷⁴, sont actuellement une préoccupation grandissante pour les autorités de concurrence européenne⁹⁷⁵. En effet, nous

⁹⁶⁸ C. BOLZE, *Droit des ententes. Accords d'échanges d'information entre fournisseurs de tracteurs agricoles, Atteintes à la concurrence (oui)*, RTD Com., 1992, p. 742.

⁹⁶⁹ K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc. p. 101 et s. : « *the only aspect in which it is hard to follow the position of the Commission and the Court is the claim that information exchange may constitute a barrier to entry into a market* ».

⁹⁷⁰ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

⁹⁷¹ Décision n° IV/36 069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, préc., point 22.

⁹⁷² Décision n° 05-D-64, 25 novembre 2005, point 218.

⁹⁷³ Décision n° 05-D-65, 30 novembre 2005, point 165 : « *les barrières à l'entrée sur le marché sont très fortes, compte tenu de la rareté des fréquences, de l'obligation d'obtenir une licence qui en découle* ».

⁹⁷⁴ Cette terminologie est expliquée supra Titre I, Chapitre II, Section II.

⁹⁷⁵ La Commission européenne a publié un livre blanc présentant son projet de réforme du contrôle des concentrations avec des développements spécifiques aux participations minoritaires sans contrôle dans lesquels elle exprime une volonté de les connaître par le biais du dispositif de contrôle des

avons vu que la théorie économique a démontré plusieurs effets restrictifs de concurrence associés à ces participations, notamment en tant que facilitatrices de la collusion tacite. En effet, ces participations confèrent à leur titulaire un intérêt financier direct à voir son concurrent dégager des profits. En outre, ce phénomène est couramment rencontré dans les oligopoles de nombreux secteurs⁹⁷⁶. Ces éléments ont poussé les autorités de concurrence à utiliser ces pratiques au soutien de la démonstration du caractère collusif d'un marché.

354. Tout d'abord, ces pratiques jouent un rôle de transmission d'informations, parfois au même titre qu'un accord d'échange d'informations classique. Ainsi, l'autorité de concurrence allemande a relevé dans une décision relative à un système d'échanges d'informations qu'une participation, même minoritaire, permet l'accès aux données de l'entreprise concurrente et notamment de sa politique commerciale⁹⁷⁷. Ainsi, par un système de participations croisées les entreprises concurrentes peuvent s'informer mutuellement de façon très subtile⁹⁷⁸. Pour ce qui nous intéresse, cette pratique renforce directement l'interdépendance oligopolistique sur un marché. En outre, ces pratiques peuvent être dangereuse en cas d'imbrication de plusieurs marchés. Tel est le cas, notamment, du marché sidérurgique avec des filiales, de prime abord, non concurrentes qui procèdent à de nombreuses participations croisées, puis les informations remontent au niveau de la tête de groupe. Or, lorsque le groupe dispose de nombreuses filiales couvrant le secteur dans son ensemble il y a de fortes chances pour que ces informations finissent par arriver chez une entreprises concurrentes⁹⁷⁹.

355. Ensuite, certaines décisions font référence à la pratique, parfois associée, de « l'échange d'administrateurs » qui confère le droit à un actionnaire de nommer un administrateur. Or, cette pratique aboutira également à une transmission d'informations entre concurrents et des relations de coopération entre les personnels qui renforcent

concentrations, Livre blanc intitulé *Towards more effective EU merger control*, 7 juillet 2014, p. 8 et s. Voir également N. LEVY, F. de BURE, *Contrôle des concentrations et participations minoritaires non contrôlantes : une réforme est-elle vraiment nécessaire ?*, RLC, 01/2015, n° 42 ; J. LÜBKING, *Acquisitions de participations minoritaires – une lacune des règles européennes sur les concentrations ?*, RLC, 07/2012, n° 32.

⁹⁷⁶ N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc., p. 401.

⁹⁷⁷ Bundeskartellamt, B1-63/00, 9 août 2001, *Statistisches Informationssystem Transportbeton*, point 8.2.

⁹⁷⁸ Sur les possibilités de procéder à l'appréhension indirecte de ce phénomène par le biais du dispositif européen d'interdiction des ententes, notamment à l'aune de l'exigence d'un accord voir J. BUHART, L. LESUR, *Participations minoritaires et droit de la concurrence : une réforme européenne nécessaire ?*, RDLC, 2013, n° 4, p. 57.

⁹⁷⁹ Décision n° IV/36 069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, préc., points 36 et 45.

l'interdépendance⁹⁸⁰. Tous ces éléments permettent de mettre en place une certaine bienveillance sur un marché, une paix concurrentielle qui renforce l'interdépendance oligopolistique. À ce titre, ils font partie intégrante de l'étude du potentiel collusif d'un marché.

356. À la fin de cette étape, un filtrage a pu être réalisé, malgré le fait que les échanges d'informations ne bénéficient pas d'une véritable zone de sécurité. En effet, si les autorités aboutissent au constat d'un marché fragmenté, notamment en terme de couverture de marché, et ouvert, il y a de fortes chances pour que les investigations s'arrêtent. À l'inverse, la mise en lumière d'un oligopole étroit incitera à la méfiance lors de l'examen de l'échange lui-même. Cependant, nous avons expliqué que d'autres caractéristiques de marché, utilisées par la Commission, viennent également influencer sur la probabilité de collusion. En France, après quelques réticences de l'Autorité de la concurrence à les prendre en compte lors du travail de qualification, il semble aujourd'hui admis que ces éléments peuvent soutenir la démonstration du caractère potentiellement collusif de certains échanges d'informations⁹⁸¹.

B/ Les autres caractéristiques de marché influant sur le potentiel collusoire

357. Nous avons expliqué que la théorie de la collusion tacite, sur laquelle le raisonnement des autorités de concurrence est basée, identifie de nombreux facteurs qui peuvent rendre le marché propice à la collusion⁹⁸². Sans reprendre l'ensemble de ces facteurs, nous exposerons les plus utilisés en jurisprudence, à savoir l'état de l'offre et de la demande (1) et l'asymétrie de l'information (2).

⁹⁸⁰ Consiglio di Stato, Decisione 23 aprile 2003, n° 2199/2002, *RC Auto*, point 7.2.2. Dans cet arrêt, le mécanisme a permis de justifier, entre autres éléments, l'interdiction d'un échange d'informations sur un marché fragmenté.

⁹⁸¹ Sur l'opposition de l'Autorité puis le contre-pied pris par la Cour de cassation, voir M. CHAGNY, *Juris-classeur Ententes*, fascicule 540, point 95 et s.

⁹⁸² Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

1°/ L'état de l'offre et de la demande

358. Une offre homogène (a) et une demande stable (b) sont deux éléments importants dans la démonstration de la nocivité d'un échange d'informations.

a) L'homogénéité de l'offre

359. Déjà en 1968, la Commission précisait qu'« *une restriction de la concurrence peut, notamment, se réaliser dans un marché oligopolistique de **produits homogènes*** »⁹⁸³. En effet, nous avons vu que les entreprises qui évoluent sur un marché simple auront plus de facilités à s'entendre et à coordonner leurs politiques commerciales. Or, l'homogénéité des produits est un facteur important de simplification d'un marché. Elle engendre souvent une symétrie en terme de coûts qui facilite la mise en place d'un prix de référence. C'est un des éléments qui amène les autorités de concurrence à s'intéresser à certaines industries, notamment le secteur de la sidérurgie comme dans l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl*: « *Les produits fabriqués par les différents producteurs sont **homogènes**. Il n'existe en règle générale pas de préférence des demandeurs pour un fournisseur ou un autre: la qualité des produits est transparente **et les différents paramètres (délais de livraisons, coûts de transport, etc.) aisé à comparer*** »⁹⁸⁴. À l'inverse, « *sur les marchés de produits différenciés, l'accès à des informations sensibles détaillées sur les concurrents peut ne pas être utile pour prévoir le comportement futur des concurrents et donc ne pas entraîner un renforcement de leur coordination* »⁹⁸⁵. Par ailleurs, dans l'affaire du marché anglais des tracteurs, la Commission, dans son communiqué de presse, a précisé que la structure oligopolistique du marché des tracteurs n'est pas comparable à celle du marché automobile qui se caractérise par des « *importations en provenance notamment des pays tiers sont une source importante de la pression concurrentielle et sur lequel **l'hétérogénéité des produits est sensiblement plus grande*** »⁹⁸⁶. Certains ont pu interpréter, prudemment, cette affirmation comme signifiant que

⁹⁸³ Communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises, 1968, JO C075, 29/07/68, p. 3.

⁹⁸⁴ Décision n° IV/36 069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, préc., point 24. Soulignement ajouté par nous.

⁹⁸⁵ A. CAPOBIANCO, note de référence du secrétariat de l'OCDE, *les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, DAF/COMP(2010)37, p. 91.

⁹⁸⁶ Communiqué de presse de la Commission dans l'affaire du marché anglais des tracteurs, 4 mars 1992, IP(92) 146. Soulignement ajouté par nous.

les échanges d'informations condamnés dans cette affaire ne l'auraient pas été sur un marché plus concurrentiel proposant des biens hétérogènes⁹⁸⁷.

360. Ce constat est particulièrement important en matière d'échange d'informations comme le montre le raisonnement de la Commission dans l'affaire *EUDIM* : « [le marché de gros du matériel pour installations] couvre une gamme de plus d'un million d'articles. C'est pourquoi la Commission a considéré que l'échange d'informations individuelles et confidentielles entre les membres de l'*EUDIM* sur le marché des clients n'aurait pas d'effet sensible sur la structure concurrentielle du marché de gros en cause »⁹⁸⁸. Cette affaire illustre clairement qu'avec des produits différenciés même l'échange de données parmi les plus dangereuses n'a qu'un effet très limité sur la concurrence. La Commission a réitéré cette affirmation en 2011, puisque elle explique qu' « il est plus facile de s'entendre sur le prix d'un produit unique et homogène que sur de nombreux prix pratiqués sur un marché comptant un grand nombre de produits différenciés »⁹⁸⁹.

b) La stabilité de la demande

361. Dans la jurisprudence *John Deere*, les décisions s'appuient notamment sur la stabilité de la demande comme facteur facilitant la collusion. En effet, le Tribunal de première instance valide l'utilisation de cette caractéristique dans l'évaluation du risque collusoire par la Commission en précisant qu' « une lecture attentive [du rapport d'expertise du *Pr Neumann*] révèle, de plus, contrairement ce que soutient la requérante, une relative stabilité des positions individuelles des principaux opérateurs »⁹⁹⁰. Ce critère d'analyse du marché a fait l'objet de débats dans l'affaire française du secteur de la téléphonie mobile. En effet, le Conseil de la concurrence estime que, malgré la jurisprudence *John Deere*, « [...] [des] critères, moins structurels, comme l'évolution de la demande [...] **sans être nécessaires à la démonstration juridique**, peuvent être utilisés pour mesurer les effets sur la concurrence des

⁹⁸⁷ H-J NIEMEYER, *Market information systems*, ECLR 1993, 14(4), p. 151 : « One may interpret this reservation, with caution, to mean that the exchange of information on production, sales or market shares, although identifying individual firms, does not infringe Article 85(1) if the exchange is operated in the context of a competitive market with heterogeneous products ».

⁹⁸⁸ Communication dans l'affaire *EUDIM* préc., point 13.

⁹⁸⁹ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., point 80.

⁹⁹⁰ TPICE, *John Deere*, préc., point 78.

échanges d'informations »⁹⁹¹. À l'évidence, il n'est pas nécessaire de démontrer la stabilité de la demande pour sanctionner un échange d'informations puisque nous avons vu que le « *seul principe général retenu en matière de structure de marché [est] que l'offre ne doit pas être atomisée* »⁹⁹². Toutefois, la jurisprudence européenne laissait penser que ce critère devait entrer dans l'analyse du marché. En 2007, c'est la Cour de cassation qui viendra clore le débat en décidant qu' « *en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées* »⁹⁹³. La référence au fonctionnement du marché, complétée de l'analyse réalisée dans le reste de l'arrêt, nous permet d'affirmer que la Cour de cassation estime que la stabilité de la demande est un des critères pouvant être utilisés dans la démonstration de la nocivité d'un échange d'informations⁹⁹⁴. En 2011, les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale confirment que ce critère est utile à la démonstration de la propension d'un marché à la collusion et non seulement à la mesure des effets⁹⁹⁵. Enfin, il fait rappeler que, comme pour la plupart des facteurs énumérés, la mise en place d'un système de partage d'informations peut aider à stabiliser la demande et ainsi rendre la collusion possible⁹⁹⁶. C'est pourquoi nous avons vu que l'analyse des échanges d'informations doit être faite de façon à rendre compte de la probabilité de la collusion avant et après la mise en place de la pratique.

362. À l'inverse, la volatilité de la demande a parfois permis la justification d'échanges d'informations par les autorités de concurrence. L'analyse économique a démontré que les problèmes liés à la volatilité de la demande pouvaient être résolus par l'échange de données

⁹⁹¹ Décision du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005, n° 05-D-65, préc., point 164. Soulignement ajouté par nous.

⁹⁹² CJCE, *Thyssen Stahl*, préc., point 86.

⁹⁹³ Cass. com, 29 juin 2007, n° 07-10.303. Soulignement ajouté par nous.

⁹⁹⁴ En ce sens voir M. CHAGNY, *Juris-classeur Ententes*, fascicule 540, point 95.

⁹⁹⁵ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., point 81 : « *La probabilité d'une collusion est plus grande lorsque les conditions de l'offre et de la demande sont relativement stables* ».

⁹⁹⁶ OCDE, *les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, préc., p. 315 : « *Information exchange in certain situations can serve the purpose of increasing the stability in the market, and thereby may enable a collusive outcome in the market* ».

relatives à la demande et rendre certains marchés plus efficaces⁹⁹⁷. Dans ces hypothèses, les incitations à s'échanger des informations ne sont pas animées de volonté anticoncurrentielle mais simplement du besoin de connaissance relativement à l'environnement de marché dans lequel les entreprises évoluent. Ces enseignements ont été utilisés en jurisprudence, notamment pour justifier des échanges prenant place sur les marchés de produits périssables⁹⁹⁸.

2°/ L'asymétrie de l'information

363. Nous avons vu que l'économie de l'information est utilisée pour décrypter les effets engendrés par les échanges d'informations. Cette discipline permet de comprendre que sur certains marchés une certaine transparence est nécessaire à leur bon fonctionnement. Ce sera notamment le cas sur les marchés soumis à des problèmes d'anti-sélection, ce qui signifie que les entreprises ne peuvent pas distinguer les bons des mauvais clients. Par ailleurs, certains marchés souffrent d'aléa moral, c'est-à-dire qu'un client assuré contre un risque va se comporter différemment que s'il y était pleinement exposé⁹⁹⁹. Ces difficultés engendrent un surcoût pour l'ensemble des consommateurs puisque les risques relatifs à ces clients seront repartis entre tous les autres. Or, un échange d'informations entre concurrents à propos des clients peut permettre de réduire ces risques et engendrer une diminution généralisée des prix. Cette logique sous-tend, notamment, certains raisonnements relatifs au secteur des assurances¹⁰⁰⁰.

364. C'est sur ce fondement que la Cour de justice a donné un avis favorable à un système d'échanges d'informations organisé par l'association nationale des établissements financiers

⁹⁹⁷ Voir nos développements Titre I, notamment Chapitre II, Section I sur l'analyse statique.

⁹⁹⁸ Voir Avis 08-A-07, 7 mai 2008, relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes et plus récemment Avis 14-A-03, du 14 février 2014, relatif à une saisine de la fédération Les producteurs de Légumes de France. Sans que cela ne trahisse notre propos, il faut néanmoins noter que le droit de la concurrence n'est pas appliqué avec la rigueur habituelle au monde agricole, voir affaire *Endives* : déc. du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, 12-D-08, SELINSKY V RLC, 2012, n°32 et l'arrêt d'appel CA Paris, 15 mai 2014, 2012/06948, SELINSKY V. RLC, 2014, n°40.

⁹⁹⁹ A. CAPOBIANCO, note de référence du secrétariat de l'OCDE, préc. p. 66.

¹⁰⁰⁰ Règlement n° 267/2010 du 24 mars 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, JO L 83/1.

espagnols¹⁰⁰¹. Les informations échangées portaient sur des caractéristiques des emprunteurs telles que leur identité, leur activité mais surtout sur leurs éventuels incidents de paiements. Dans cette affaire, l'autorité de concurrence espagnole accorde une exemption à condition que le fichier soit accessible de manière non discriminatoire et que l'identité des créanciers ne soit pas révélée. Annulée en appel, la décision fait l'objet d'un recours devant le Tribunal suprême qui décide de poser une question préjudicielle à la Cour de justice : ce système peut-il être, compte tenu des caractéristiques du marché en question, considéré comme restrictif de concurrence et le cas échéant, peut-il bénéficier d'une exemption individuelle au titre du paragraphe 3 de l'article 81 CE. Dans un premier temps, la Cour rappelle les principes qui gouvernent l'évaluation des effets anticoncurrentiels. Puis, en accord avec certains économistes¹⁰⁰², la Cour estime que « *de tels fichiers, qui, [...], existent dans de nombreux États, augmentent la quantité des informations disponibles pour les établissements de crédit sur les emprunteurs potentiels, en atténuant la disparité existant entre le créancier et le débiteur en ce qui concerne la détention d'informations, facilitant une prévisibilité accrue de la probabilité de remboursement. Ce faisant, de tels fichiers sont en principe susceptibles de réduire le taux de défaillance des emprunteurs et, partant, d'améliorer le fonctionnement de l'offre de crédit* »¹⁰⁰³. Le raisonnement de la Cour est clairement basé sur l'asymétrie d'information, et plus particulièrement sur la question de l'anti-sélection.

365. Toutefois, la Cour pose trois conditions à la conformité de cet échange au droit de la concurrence qui ne sont pas sans rappeler l'analyse classique des échanges d'informations. En premier lieu, la Cour estime que l'offre doit être atomisée afin que l'échange d'informations ne soit pas de nature à favoriser le potentiel collusif du marché¹⁰⁰⁴. On retrouve ici le filtrage évoqué plus haut et qui reste valable même dans le cas de la correction d'une asymétrie d'information. En deuxième lieu, les juges estiment que l'identité des créanciers ne doit pas apparaître dans les données transmises. En effet, si tel était le cas, les concurrents seraient en

¹⁰⁰¹ CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C- 238/05 ; VENAYRE F., RLC, 2007, n°11. ; IDOT L. Europe, n°1, 01/2007, comm.23 ; DEBROUX M. RDLC, 2007, n°1, p. 83. ; BLAISE J-B., IDOT L, RTD E, 2008, p. 313 ; MALAURIE-VIGNAL M. CCC, 2007, n° 1, comm. 15 ; ARHEL P. LPA, 26/02/2007, n°41, p. 6.

¹⁰⁰² Études citées in F. VENAYRE, *Échanges d'informations sur la solvabilité des emprunteurs*, RLC, avril 2007, n° 11 : J. PADILLA, M. PAGANO, *Sharing default information as a borrower discipline device*, European economic review, 2000, vol. 44, n° 10, p. 1951 ; T. JAPPELLI, M. PAGANO, *Information sharing, lending and default : cross-country evidence*, Journal of banking and finance, 2002, vol. 26, n° 10, p. 2017.

¹⁰⁰³ CJCE, *Asnef-Equifax*, préc. point 47. Soulignement ajouté par nous.

¹⁰⁰⁴ CJCE, *Asnef-Equifax*, préc. point 58.

mesure d'identifier réciproquement leurs positions commerciales, ce qui pourrait aboutir à une coordination des comportements concurrentiels. Enfin, l'accès à ces informations doit se faire de façon non-discriminatoire envers « *tous les opérateurs actifs dans le domaine pertinent* »¹⁰⁰⁵. Cette exigence renvoie au phénomène d'éviction anticoncurrentielle du marché que peuvent avoir certains accords d'échanges d'informations, en ce qu'ils peuvent parfois constituer une barrière à l'entrée de certains marchés.

366. En accord avec la théorie de la collusion tacite, l'étude des caractéristiques de marché permet d'évaluer le potentiel collusif d'un marché. Dès lors, certaines situations de marché seront écartées dès cette étape, notamment dans le cas d'une offre atomisée. Dans les autres situations, lorsque le potentiel collusif est avéré, un risque de contrariété au droit de la concurrence est possible. Il faut alors procéder à l'analyse de la pratique elle-même au regard de la structure de marché mise en lumière.

¹⁰⁰⁵ CJCE, *Asnef-Equifax*, préc. point 60.

Paragraphe 2 : L'analyse de l'échange d'informations

367. Une fois analysé le contexte de marché, il faut déterminer si la pratique d'échange d'informations présente des effets anticoncurrentiels au regard du potentiel collusif du marché en question. C'est l'étape déterminante de l'analyse¹⁰⁰⁶ puisque nous avons vu que la jurisprudence se montre souple dans l'appréciation de la concentration du marché. À cet effet, les lignes directrices de 2011 nous indiquent, en accord avec la jurisprudence antérieure, que « *l'échange, entre concurrents, de données stratégiques, c'est-à-dire de données diminuant l'incertitude sur le plan stratégique sur le marché, est davantage susceptible de relever de l'article 101 que l'échange d'autres types d'informations* »¹⁰⁰⁷. Définir une information stratégique comme étant celle qui diminue l'incertitude stratégique n'est que peu éclairant. L'Autorité de la concurrence explique quant à elle que l'information sensible est celle qui permet d'identifier la stratégie des entreprises concurrentes¹⁰⁰⁸. Aussi, de nombreux auteurs ont cherché à définir le caractère stratégique d'une information puisque la diminution de l'incertitude stratégique est le fondement de la poursuite des échanges d'informations sur la base du droit de la concurrence¹⁰⁰⁹. Messieurs Wilhelm et Vever soulignent l'importance de la précision concrète de l'information¹⁰¹⁰ tandis que Monsieur Choné estime que « *la fréquence des échanges et la fraîcheur des données conditionnent la valeur stratégique de l'information* »¹⁰¹¹. Cependant, en accord avec la Commission européenne notamment, il nous semble que le caractère stratégique d'une information va dépendre de l'ensemble de l'analyse multicritères, c'est-à-dire aussi bien de la structure du marché que des informations elles-

¹⁰⁰⁶ Voir toutefois le point de vue original développé par J. HALLIDAY et P. SEABRIGHT, qui estiment que, du fait des technologies de l'information et de la communication, les autorités ne sont plus en mesure d'avoir accès au contenu des échanges d'informations et ne devraient donc se concentrer uniquement sur une large ouverture des conditions d'accès. voir « *Networks good, cartels bad: but how could anyone tell the difference?* », préc. Pour notre part, nous pensons qu'il sera difficile d'ouvrir l'accès à un échange sans l'avoir identifié au préalable et que donc dans le cadre d'un système crypté, tel que les auteurs l'évoquent, il sera aussi difficile d'en découvrir l'existence que d'en établir le contenu.

¹⁰⁰⁷ Lignes directrices sur la coopération horizontale, préc. point 86. Soulignement ajouté par nous.

¹⁰⁰⁸ Voir par exemple Avis n° 06-A-18 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse, 15 octobre 2006, point 20.

¹⁰⁰⁹ Voir nos développements supra, Titre I, Chapitre I, Section I, Paragraphe II et Titre II, Chapitre I, Section II, Paragraphe II.

¹⁰¹⁰ P. WILHELM, F. VEVER, *Echanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexion sur la grille d'analyse des autorités de concurrence*, préc., point 19 et s.

¹⁰¹¹ P. CHONÉ, *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, préc., p. 201.

mêmes ou encore des modalités de l'échange¹⁰¹². Aussi, doivent être étudiées les caractéristiques des informations échangées (A) ainsi que les modalités de l'échange d'informations (B) afin de déterminer leur dangerosité. Malgré cela, nous verrons au fil des développements que de nombreux auteurs ont proposés des zones de sécurité fondées sur la nature de l'information ou encore le caractère sporadique de l'échange. En outre, nous précisons dans certains cas des alternatives moins restrictives qui permettent d'obtenir les gains d'efficacité tout en diminuant le risque d'illégalité.

A/ Les caractéristiques des informations échangées

368. À l'évidence, la nature de l'information sera déterminante dans cette évaluation (1). Toutefois, la fraîcheur (2), le degré d'agrégation (3) ainsi que le caractère public (4) de l'information doivent également être analysés.

1°/ La nature de l'information

369. Quant à la nature de l'information, une difficulté importante surgit dès le début de l'analyse : la concurrence peut s'exercer sur toutes les variables imaginables, ce qui rend impossible l'établissement d'une liste comprenant des informations jugées *per se* non-problématiques¹⁰¹³. Ce constat nous renvoie à la grande casuistique qui domine l'évaluation des échanges d'informations et à l'impossibilité d'être exhaustif en la matière. En ce sens, la Commission rappelle que sur un marché d'innovation, des informations purement techniques

¹⁰¹² OCDE, *les échanges d'informations*, préc., contribution de l'Union européenne, p. 316 : « *The strategic usefulness of data also (also fait référence à la nature de l'information) depends on its market coverage, frequency, aggregation, age, as well as the market context in which the exchange occurs* » ; voir également Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., point 86 ou encore Étude thématique de l'Autorité de la concurrence, *les échanges d'informations*, 2009, p. 130.

¹⁰¹³ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. : « *The problem is that it is impossible to isolate types of information whose exchange is per se unproblematic ; just as competition is possible on every conceivable parameter, collusion may prevent competition on just about any parameter* ».

pourront être particulièrement stratégiques¹⁰¹⁴. Cependant, il demeure utile d'explorer la jurisprudence car évidemment certaines informations échangées sont plus susceptibles que d'autres de déboucher sur une violation du droit de la concurrence. Par ordre décroissant de dangerosité, nous étudierons les informations relatives aux prix et aux quantités (a) puis celles relatives aux coûts et à la demande (b).

a) Les informations sur les prix et les quantités

370. Tout d'abord, les informations les plus dangereuses pour la concurrence sont celles relatives aux prix et aux quantités. En effet, ce « *sont celles qui présentent le plus grand intérêt stratégique* »¹⁰¹⁵, puisque même relatives au passé, elles peuvent servir à la surveillance d'un accord anticoncurrentiel. Nous avons vu que l'échange de ces données est considéré comme une restriction par l'objet lorsqu'elles sont relatives au futur¹⁰¹⁶. Cependant, les informations tarifaires sont les plus diffusées par les groupements professionnels et sont particulièrement dangereuses même lorsqu'elles concernent le passé ou le présent. En outre, elles sont extrêmement diverses et font l'objet de nombreuses décisions. Ainsi par exemple, la diffusion de barèmes est souvent condamnée¹⁰¹⁷ tandis que celle de mercuriales est soumise à différentes conditions¹⁰¹⁸. Le principe général en la matière est que les données diffusées n'aient pas pour objet ou pour effet « *de détourner les entreprises d'une appréhension directe*

¹⁰¹⁴ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., point 86 ; En outre, il faut préciser que les discussions techniques, parfois obligatoire comme dans le cadre du programme REACH, peuvent donner lieu à des discussions sur d'autres variables, d'où la nécessité d'un encadrement strict de toutes les communications, fussent-elles techniques ; Voir le document de l'Agence européenne des produits chimiques, *Guidance on data sharing*, version 2.0, avril 2012 ; pour une étude du programme REACH du point de vue de la concurrence voir G. DAVID, *REACH joint authorization scenarios-when does competition law limit information exchange ?*, ECLR 2015, 36(1), p. 30 ou F. PUEL, S. CHANTRE, *REACH : a highly technical regulation that raises distribution and competition issues*, RDLC, 2009, n° 2, p. 78.

¹⁰¹⁵ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., point 86.

¹⁰¹⁶ Voir nos développements Titre II, Chapitre I, Section II.

¹⁰¹⁷ Pour une décision récente voir Cons. conc., décision n° 07-D-16, 9 mai 2007, pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales ou encore Cons. conc., décision n° 08-D-32, 16 décembre 2008, pratiques mise en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques.

¹⁰¹⁸ Cons. conc. , décision n° 88-D-13, 15 mars 1988, pratiques relevées dans le secteur des feuilles d'aluminium transformé pour l'emballage et le conditionnement des produits laitiers frais : le Conseil exige que « *les données, constatées a posteriori, traduisant les résultats observés sur un marché concurrentiel, ne sont pas individualisés et ne permettent pas à chaque participant de modifier sa politique tarifaire en fonction de celle constatée chez ses concurrents* ». voir GAVALDA C., LUCAS DE LEYSSAC C., D 1990, p.102.

de leurs coûts leur permettant de déterminer individuellement leurs prix»¹⁰¹⁹. Le plus souvent, ce type d'échange de données tarifaires renvoie à des pratiques d'entente, objectivement anticoncurrentielles. Ce risque pourra être écarté par l'ancienneté, l'agrégation des données ou encore le degré de concentration du marché comme nous l'avons vu pour l'affaire *EUDIM*¹⁰²⁰. Finalement, il faut noter qu'il sera préférable d'échanger des prix publics que des prix effectifs, c'est-à-dire après remise¹⁰²¹.

371. Les informations sur les quantités, produites ou vendues, sont un indicateur précieux dans la surveillance d'une collusion. En effet, une baisse de prix est souvent difficile à détecter à cause des différents rabais ou ristournes qui peuvent ne pas apparaître directement sur le prix de vente au sens strict. Or, l'objectif d'une telle baisse est d'augmenter le volume des ventes, ce qui se traduira immédiatement dans les chiffres relatifs aux quantités. En outre, les volumes des ventes renseignent sur toute évolution des parts de marché et donc sur toute action concurrentielle agressive et non seulement sur une baisse de prix. Aussi, les échanges relatifs aux quantités sont le moyen de surveillance idéal d'une collusion sur les prix ou sur un partage de marché. On trouve un exemple éclairant dans la décision du 30 novembre 2005 relative à la téléphonie mobile¹⁰²². Le Conseil explique que sur un marché où « *la transparence des prix est gênée par la multiplicité des formules d'abonnements et de cartes pré-payées, l'existence de multiples options qui permettent de différencier les offres, la fréquence de mise sur le marché de nouvelles offres et l'existence de plusieurs réseaux de distribution susceptibles d'accroître encore la différenciation des offres, l'observation de l'évolution des ventes brutes est le seul indicateur capable de renseigner de façon synthétique sur « l'effort concurrentiel » fait par les concurrents* »¹⁰²³. Dans cette affaire, l'échange de données relatives aux quantités vendues était le meilleur moyen de surveiller le respect d'un accord de stabilisation des parts de marché. Ce type d'échange peut également être utilisé pour surveiller un accord sur les prix. Ainsi, le TPICE constate, dans l'affaire *Degussa*, que plusieurs entreprises « *ont adopté et mis en œuvre un mécanisme d'application d'augmentation des prix, ont échangé des informations sur les volumes des ventes et les*

¹⁰¹⁹ M. CHAGNY, Jurisclasseur Ententes illicites, fasc. 540, point 102 ; voir par exemple Avis du 6 juin 2003, n° 03-A-09 relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile, point 22 ; MALAURIE-VIGNAL M. CCC, 2003, n° 12, comm. 183.

¹⁰²⁰ Communication, n° IV/33.815, 35.842, *EUDIM*, préc.

¹⁰²¹ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 615.

¹⁰²² Décision du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, n° 05-D-65.

¹⁰²³ Décision 05-D-65, préc., point 210. Soulignement ajouté par nous.

parts de marché et ont surveillé et fait appliquer leurs accords »¹⁰²⁴. En matière de surveillance des coalisés, les échanges d'informations relatives aux quantités sont donc tout aussi dangereux que ceux qui concernent les prix. Encore une fois, les autres critères d'analyse seront déterminants afin d'évaluer le risque pour la concurrence.

372. Pour clair que cela paraisse pour ce type d'informations, il est utile de rappeler la grande place de la casuistique dans cette analyse. Ainsi, les Professeurs Caffarra et Kühn prennent l'exemple des données relatives aux livraisons pour illustrer une subtilité importante¹⁰²⁵. Sur la plupart des marchés, les données sur les quantités sont identiques à celles sur les livraisons et donc logiquement assimilées. Dans l'affaire du marché anglais des tracteurs, un tracteur vendu était un tracteur livré, aucune différence pertinente n'avait à être faite entre les deux informations et la surveillance des quantités vendues pouvait être réalisée par le biais des chiffres de vente. En revanche, l'analyse est différente sur les marchés sur lesquels les contrats sont conclus pour une période longue. Dans ce cas, l'information pertinente pour soutenir une collusion est de savoir à quelles conditions telle entreprise a obtenu un contrat, c'est-à-dire si elle a vendu la quantité prévue. Imaginons que l'information relative aux quantités est connue des acteurs du marché, comme c'est souvent le cas sur les marchés avec appel d'offres mais pas seulement. La diffusion d'informations, même très désagrégées, relatives aux livraisons ne pourrait en aucun cas permettre de surveiller une collusion sur les quantités. En effet, une surproduction de l'un des coalisés serait découverte lorsque les informations sur les quantités totales seront connues. Or, sur les marchés de long terme les livraisons sont échelonnées dans le temps et des informations précises sur les livraisons sont indispensables à la bonne gestion logistique de ce type de contrat. Il apparaît à travers cet exemple qu'une assimilation systématique des données sur les quantités à celles relatives aux livraisons engendrerait une perte d'efficacité importante et contraire aux objectifs de la politique de concurrence.

¹⁰²⁴ TPICE, 5 avril 2006, T-279/02, *Degussa*, point 13. Soulignement ajouté par nous.

¹⁰²⁵ C. CAFFARRA, K.-U. KÜHN, *The cost of simplistic rules for assessing information exchange : the italian jet fuel decision*, in *The Pros and Cons of information sharing*, Étude de l'Autorité suédoise de concurrence, 2006, p. 131.

b) Les informations sur les coûts et la demande

373. Selon la Commission, ces informations représentent un risque moins élevé pour la concurrence¹⁰²⁶. En outre, elles sont les données les plus collectées et distribuées par les associations professionnelles et leur diffusion peut déboucher sur des gains d'efficacité importants. Nous avons vu que la littérature statique confère au partage de ces données des vertus importantes pour la concurrence, malgré le caractère particulièrement complexe de l'analyse requise pour les démontrer¹⁰²⁷. Aussi, certains auteurs proposent de mettre en place des zones de sécurité basées sur la nature de l'information échangée.

374. Le Professeur Kühn, notamment, propose d'établir une zone de sécurité sur les coûts¹⁰²⁸. Il estime que les informations relatives aux coûts ne sont jamais nécessaires pour surveiller la bonne exécution d'un accord collusif¹⁰²⁹. À cela, le Professeur Wagner rétorque que, bien qu'inutiles pour la surveillance, les informations sur les coûts peuvent parfois permettre la coordination¹⁰³⁰. Ce dernier explique que dans une industrie au sein de laquelle les prix sont fortement dépendants des coûts, un échange relatif aux coûts est quasiment équivalent à un échange de prix et peut permettre de trouver un équilibre de prix sur lequel s'entendre¹⁰³¹. Une expression communément utilisée traduit cette idée : les coûts disent les prix comme les horloges disent l'heure¹⁰³². L'OFT nous donne une bonne illustration de cet argument dans son affaire *Independent School*¹⁰³³. Dans cette décision, les écoles échangeaient notamment sur les salaires des équipes enseignantes afin de coordonner leurs

¹⁰²⁶ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., point 86.

¹⁰²⁷ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section I.

¹⁰²⁸ K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc. p. 426 ; M. Kühn évoque également le cas, très spécifique, des contrats d'échanges de produits sur les marchés sur lesquels deux entreprises produisent chacune dans une région différente mais se font concurrence dans les deux régions, alors il peut être intéressant que ces entreprises s'échangent des produits afin d'éviter les coûts de transport. Encore, une fois cet exemple souligne la casuistique de l'analyse des échanges d'informations.

¹⁰²⁹ *Idem* : « Note that cost information about the competitor is not necessary in any way to detect deviations from cooperative behavior ».

¹⁰³⁰ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc.

¹⁰³¹ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. : « Even so, the exchange of cost information in industries with cost-plus pricing is tantamount to exchanging price information. And if ones does consider the effects on finding a collusive equilibrium, the exchange of cost information may be extremely helpful. »

¹⁰³² N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 536.

¹⁰³³ Office of Fair Trade, 20 novembre 2006, n° CA98/05/2006.

droits d'inscription¹⁰³⁴. En effet, dans ce secteur, la masse salariale des personnels enseignants représente une part très importante des droits d'inscriptions, ce qui rend l'information commercialement sensible.

375. Toutefois, les informations sur les coûts permettent de procéder à des comparaisons entre les entreprises notamment par le biais du benchmarking. Cette technique, révélant les meilleures pratiques d'une industrie, est très utile aux entreprises pour améliorer leur méthode de travail et donc opérer d'importants gains d'efficacité. Or, le benchmarking pour être efficace doit utiliser des données agrégées car seules des valeurs moyennes permettent d'éliminer les variations individuelles qui doivent être ignorées pour opérer une comparaison fructueuse¹⁰³⁵. En outre, il n'existe quasiment aucune justification proconcurrentielle du partage d'informations individualisées relatives aux coûts. C'est pourquoi, précisant sa pensée, M. Kühn propose une zone de sécurité fondée sur la réunion de deux caractéristiques : une information relative aux coûts et agrégée au niveau de l'industrie. La Commission européenne refuse cette proposition et justifie son refus par une affirmation d'ordre général selon laquelle « *des communications portant sur l'ensemble des coûts variables des concurrents peuvent faciliter la collusion étant donné qu'elles réduisent l'incertitude pour une variable stratégique* »¹⁰³⁶. En définitive, il est possible d'affirmer que l'échange de données sur les coûts de production suffisamment agrégées, c'est-à-dire au niveau de l'industrie, sera rarement considéré comme anticoncurrentiel alors qu'il sera très difficile de justifier la désagrégation de ces données. En outre, pour limiter le risque d'illégalité, il est préférable d'échanger sur les grands postes de coûts, c'est-à-dire les coûts communs comme l'énergie et d'éviter de partager des données relatives à des postes de coûts sur lesquels une entreprise pourrait bénéficier d'un avantage concurrentiel¹⁰³⁷.

376. Quant aux informations relatives à la demande, elles sont communément diffusées par les associations professionnelles car elles recouvrent de nombreux bénéfices pour la concurrence. Sur le long terme, elles sont indispensables à la prise de décisions d'investissement ou d'entrée sur un marché tandis qu'à court terme, elles permettent

¹⁰³⁴ *Idem* point 676 et s.

¹⁰³⁵ P. CHONÉ, *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, préc., p. 200.

¹⁰³⁶ Position exprimée lors des discussions relatives à la table ronde OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents*, 2010, p. 477.

¹⁰³⁷ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 615.

l'ajustement des stratégies aux évolutions du marché¹⁰³⁸, essentielle notamment en matière de produits périssables¹⁰³⁹. M. Kühn propose une zone de sécurité sur ces informations à la condition, ici aussi, qu'elles soient suffisamment agrégées¹⁰⁴⁰. En effet, des données individualisées sur la demande peuvent s'apparenter à des données sur les ventes ou la production ce qui présente un potentiel collusif non négligeable. En outre, aucun des bénéfices pouvant être tirés de ces données ne nécessite une désagrégation, ce qui rend cette dernière injustifiable du point de vue de la concurrence. En définitive, des informations sur la demande, agrégées au niveau de l'industrie, représentent un faible potentiel collusif au regard des importants gains d'efficacité qui y sont attachés.

377. Malgré ces arguments, la Commission reste très prudente et n'a pas souhaité mettre en place cette sécurité juridique. Cette réticence se retrouve quant aux informations relatives aux investissements irréversibles et aux projets d'entrée sur un marché dont le potentiel collusif est a priori très faible et dont l'institution estime qu'ils «*sont rarement [anticoncurrentiels]*»¹⁰⁴¹. Cette précaution s'explique par l'extrême diversité des marchés et le fait qu'une collusion peut exister sur tous les paramètres de concurrence. À l'appui de ce raisonnement, il faut citer en exemple le cartel du sucre qui a sévi aux Etats-Unis de 1927 à 1936¹⁰⁴². Les producteurs de sucre ne sont jamais entendus explicitement sur un prix ou sur des quantités mais ont fixé en commun des règles de travail, à l'image de ce qui peut se faire en matière de normalisation. Ils ont communiqué sur un grand nombre de variables, a priori inoffensives, telles que les conditions de stockage, le marketing, le traitement du sucre endommagé ou encore les délais de livraison. Or, la combinaison de ces informations permettait indirectement de détecter toute baisse de prix et même de différencier un choc négatif de demande d'une action concurrentielle¹⁰⁴³. Ainsi, par ces échanges en apparence

¹⁰³⁸ K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc. p. 427.

¹⁰³⁹ Voir par exemple Avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes qui explique que dans ce secteur l'offre et la demande varient énormément en fonction des conditions climatiques et qu'une information sur la demande est indispensable au bon fonctionnement du marché.

¹⁰⁴⁰ K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc. p. 427.

¹⁰⁴¹ Position exprimée lors des discussions relatives à la table ronde OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents*, 2010, p. 477.

¹⁰⁴² P. CHONÉ, *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, préc. p. 199.

¹⁰⁴³ Sur ces mécanismes et notions voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 1.

anodins, les coalisés ont assuré la stabilité interne du cartel. Presqu'un siècle après cette affaire, la complexification des marchés et la culture de concurrence développée par les entreprises laissent penser qu'une collusion est plus que jamais soutenable par le biais de toutes les informations imaginables. L'influence de la nature de l'information sur la collusion ne sera connue qu'après examen de l'ensemble des facteurs pertinents de l'analyse des échanges d'informations.

2°/ Le caractère temporel de l'information

378. L'âge de l'information est un critère essentiel de l'intérêt stratégique d'une information. Il est possible de diviser cet élément en trois groupes : les informations relatives au futur, au passé récent ou au présent et enfin les informations historiques. Malgré quelques réticences¹⁰⁴⁴, il est possible d'admettre qu'il existe un large consensus sur la dangerosité des échanges d'informations stratégiques relatives au futur¹⁰⁴⁵. Ce constat a été entériné par la Commission européenne qui considère, sous certaines conditions, ces échanges comme anticoncurrentiels par l'objet et nous ne reviendrons donc pas sur ce point ici¹⁰⁴⁶.

379. Quant aux informations sur le présent ou le passé récent, elles ont un potentiel collusoire extrêmement important, particulièrement en matière de surveillance¹⁰⁴⁷ tandis que les informations historiques, même individualisées¹⁰⁴⁸, sont en principe inoffensives. En effet, l'intérêt de la fraîcheur des données est de détecter au plus vite une déviation de la collusion

¹⁰⁴⁴ Nous avons vu que certains économistes estiment que les communications sur le futur sont moins dommageables que celles relatives au passé récent car la coordination qu'elles permettent n'est pas soutenable sans mécanisme de surveillance, voir notamment COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, préc., p. 124 et nos développements Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 1.

¹⁰⁴⁵ Voir nos développements Titre II, Chapitre I, Section II.

¹⁰⁴⁶ Voir nos développements Titre II, Chapitre I, Section II, Paragraphe 2.

¹⁰⁴⁷ Comme nous l'avons expliqué supra une coordination est possible, même à partir d'informations récentes telles des mercuriales, à partir desquelles les concurrents pourraient envisager une ligne de conduite commune pour le futur. Plus l'information est récente moins le coût de coordination est élevé puisque la réaction des concurrents au signal sera rapide. Pour une explication approfondie de ces mécanismes voir nos développements Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 1. Cependant, selon nous, ce type de collusion sera traitée par le biais de la catégorie objective puisqu'il entraîne une réduction de l'incertitude sur le futur, voir nos développements Titre II, Chapitre I, Section II, Paragraphe 2.

¹⁰⁴⁸ A. CAPOBIANCO, *Information exchange under EC competition law*, 2004, préc., p. 1265.

afin de punir le tricheur suffisamment rapidement pour que le bénéfice qu'il peut retirer de sa déviation soit faible¹⁰⁴⁹. Toute la difficulté est de tracer une ligne de partage entre les informations considérées comme historiques et les autres.

380. Un temps, la Commission a tenté d'établir un principe général en la matière. Dans l'affaire du marché anglais des tracteurs, elle estime que « *dans le cas présent, la Commission considère qu'un échange annuel de **données datant d'un an** sur les ventes réalisées par les divers concurrents [...] peut être considéré comme un échange d'informations commerciales qui **n'ont pas pour effet de fausser significativement le jeu de la concurrence** entre les constructeurs ou les concessionnaires opérant sur le marché britannique des tracteurs* »¹⁰⁵⁰. Par la suite, la Commission a estimé que « *fournir les statistiques non plus chaque semaine, mais toutes les deux semaines, en les faisant porter chaque fois sur la moyenne des quatre semaines dernières seulement* »¹⁰⁵¹ conférerait un caractère historique aux données échangées sur le marché des fabricants de carton, ce qui dénotait une prise en compte des spécificités de chaque marché. Toutefois, cet exemple est plus un cas d'« agrégation temporelle » que d'ancienneté des données donc il n'est que peu pertinent¹⁰⁵². En 1997, la Commission réitère son analyse en décidant que « *si les données échangées concernent une période passée, elles doivent être qualifiées de récentes dans la mesure où elles portent **sur une période inférieure à un an*** »¹⁰⁵³. L'institution va même jusqu'à ériger en principe général cette durée de douze mois dans son Rapport sur la politique de concurrence pour 1999 : « *La Commission a établi un certain nombre de principes pour le futur : les données individuelles ne peuvent pas être échangées avant **qu'une période de douze mois se soit écoulée** entre la date de l'événement*

¹⁰⁴⁹ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

¹⁰⁵⁰ Décision de la Commission du 17 février 1992, *UK Tractor Registration Exchange*, préc., point 50. Soulignement ajouté par nous.

¹⁰⁵¹ Communication faite conformément à l'article 19 paragraphe 3 du règlement 17 du Conseil dans l'affaire n° IV/34.936, *CEPI-Cartonboard*, JOCE 1996.C310/3, point 18.

¹⁰⁵² J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC law of competition*, 3^{ème} édition, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 1005.

¹⁰⁵³ Décision n° IV/36 069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, préc., point 52. Soulignement ajouté par nous.

constituant le sujet de l'échange et la date de l'échange »¹⁰⁵⁴. Se basant sur ce principe, elle estime que des informations datant d'un mois sont récentes¹⁰⁵⁵.

381. Plus tard, la Commission est revenue sur ce principe simpliste en privilégiant une analyse au cas par cas : « *le caractère réellement historique des données est fonction des spécificités du marché en cause, et notamment de la fréquence de renégociation des prix dans le secteur. Des données pourront par exemple être considérées comme historiques si leur ancienneté est égale à plusieurs fois la durée moyenne des contrats conclus dans le secteur concerné lorsque ceux-ci donnent une indication de la fréquence de renégociation des prix. Le moment où les données deviennent historiques est également fonction de la nature des données, de leur caractère agrégé, de la fréquence des échanges et des caractéristiques du marché en cause (comme, par exemple, sa stabilité et sa transparence)* »¹⁰⁵⁶. Dans le projet de Lignes directrices, la Commission donne un exemple dans lequel elle considère que des informations sont historiques si elles datent de trois ans au sein d'une industrie qui fixe ses prix chaque trimestre¹⁰⁵⁷. Certains auteurs se sont émus du fait que cette analyse n'apporte pas de sécurité juridique puisque les informations concernées sont inutiles aussi bien pour soutenir une collusion que pour obtenir un quelconque gain pour la concurrence¹⁰⁵⁸. Toutefois, la réciproque est vraie : pourquoi fournir une zone de sécurité pour un comportement qui n'est pas susceptible de déboucher sur un gain d'efficience ?

382. Quoi qu'il en soit, cet exemple montre la grande suspicion de la Commission à l'égard des échanges d'informations, même lorsqu'elles sont considérées comme historiques. M. Roques, administrateur au sein de la Commission, justifie cette suspicion lorsqu'il écrit : « *La communication de données historiques peut en outre également être suspecte. Pourquoi des*

¹⁰⁵⁴ XXIXth Report on Competition Policy, 1999, disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/1999/en.pdf, p. 157 : « *The Commission has laid down a number of principles for the future: 1. Individual data may not be exchanged until a period of twelve months has elapsed between the date of the event constituting the subject of the exchange and the date of the exchange* ». Soulignement ajouté par nous.

¹⁰⁵⁵ Décision n° IV/36 069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, préc., point 17.

¹⁰⁵⁶ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., point 90. Soulignement ajouté par nous.

¹⁰⁵⁷ Draft communication from the commission Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, p. 28, exemple 5.

¹⁰⁵⁸ K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc. p. 428 ; L. KÄIS, *Regulating information exchange in EU – no further restrictions by object but enough room for safe harbors*, préc.

*entreprises voudraient-elles échanger des informations relatives aux années 1980 en y investissant des moyens importants ? Les autorités de concurrence pourraient utilement s'interroger sur l'existence d'une clef de traduction entre les chiffres historiques et les chiffres présents ou futurs »*¹⁰⁵⁹. En effet, il est légitime de s'interroger car, au surplus, il n'y a aucun gain d'efficacité attaché à ces données.

383. En définitive, il est possible d'extraire le critère principal de la fréquence de renégociation des contrats mais celui-ci, bien qu'important, devra être combiné avec les autres critères d'analyse car la détermination du caractère historique peut être particulièrement complexe. Un exemple éclairant à cet égard peut être trouvé dans la jurisprudence récente de l'OFT à propos d'échange d'informations tarifaires sur le marché de l'assurance automobile britannique¹⁰⁶⁰. Dans un premier temps, les assureurs concernés par l'échange d'informations ont proposé de ne plus échanger des données de moins de 36 mois. Cependant, durant son investigation l'OFT a estimé que cette durée, en plus d'être inutilement longue, mettait les petites compagnies et les éventuels entrants dans une position désavantageuse en terme de concurrence car ils auraient plus de difficulté à s'informer par d'autres canaux que les grandes entreprises. L'OFT s'est donc lancé dans une analyse approfondie du marché, notamment à l'aune de la volatilité des prix, afin d'aboutir à une décision dans laquelle elle autorise la diffusion de données ayant six mois d'ancienneté à la condition qu'elles soient rendues anonymes et agrégées¹⁰⁶¹. Cette affaire illustre bien l'analyse combinée nécessaire à la circonscription du risque concurrentiel et l'interdépendance des différents éléments de cette analyse. Cela nous amène encore une fois à la conclusion que la matière est dominée par une casuistique qui ne laisse aucune place à la création de zone de sécurité.

¹⁰⁵⁹ C. ROQUES, *L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence : degré d'incertitude et jeu répété*, préc. point 58.

¹⁰⁶⁰ OFT 1301, Notice of intention to accept binding commitments to modify a data exchange tool used by Motor Insurers, 13 janvier 2011 et OFT 1395, Decision to accept binding commitments to modify a data exchange tool used by Motor Insurers, décembre 2011.

¹⁰⁶¹ OFT 1395, préc., point 5.40.

3°/ Le caractère agrégé des informations

384. La théorie économique nous enseigne que la soutenabilité interne d'une collusion nécessite, pour les participants, d'être en mesure de surveiller le respect de la ligne de conduite concertée afin de pouvoir sanctionner les éventuelles déviations¹⁰⁶². Or, en principe, la mise en œuvre de représailles nécessite non seulement de savoir qu'il y a eu déviation mais également de savoir qui est le tricheur, ce qui implique une suspicion importante envers les informations précises, individualisées¹⁰⁶³. En effet, les représailles ciblées, c'est-à-dire dirigées uniquement contre le tricheur, sont les plus efficaces et les moins coûteuses pour les coalisés¹⁰⁶⁴. Ainsi, dans le cadre d'un échange d'informations individualisées les participants anticiperont ce type de punition et en réponse choisiront de ne pas dévier. Aussi, le caractère agrégé ou non des informations est de première importance car la stabilité interne de la collusion est primordiale pour sa réussite.

385. Déjà en 1978, la Commission expliquait que *« la zone entre les échanges d'informations permis et prohibés est définie par la distinction entre une représentation purement statistique avec une ventilation des données par produit, par pays et par période, qui ne conduit pas à une collusion, et le type de représentation qui se rapporte clairement individuellement aux entreprises »*¹⁰⁶⁵. Au vu de ces éléments, il importe de définir la notion d'information individualisée : c'est une information qui permet aux entreprises d'identifier les stratégies individuelles des concurrents. Ce type d'information peut révéler aussi bien les positions stratégiques d'un concurrent spécifique que le contenu précis de transactions

¹⁰⁶² Voir nos développements Titre I, Chapitre II, Section II.

¹⁰⁶³ Voir par exemple F. WAGNER-VON PAPP : *« It is well established that identifying information agreements are subject to stricter scrutiny, and will usually be prohibited under Art. 81 EC. »* in *« Who is't that can inform me ? » - the exchange of identifying and non-identifying information*, ECLR, 2007, 28(4), p. 264.

¹⁰⁶⁴ Un exemple intéressant punition ciblée peut être trouvé dans l'affaire CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge*, C-395/96, point 117. Dans cette affaire, le leader du marché a baissé ses prix seulement sur les prestations pour lesquelles il se trouvait en concurrence avec l'entreprise cible des représailles, ce qui lui permettait de maintenir un prix plus élevé pour le reste de ses clients.

¹⁰⁶⁵ Seventh Report on competition policy, Avril 1978, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1977_en.pdf, p. 20 : *« The area between permissible and prohibited exchange of information is thus defined by the distinction between a purely statistical arrangement with a breakdown of data by product, country and period of time which is not conducive to collusion, and the kind of arrangement which clearly relates to individual firms »*.

particulières¹⁰⁶⁶. Il apparaît que ces informations sont particulièrement nocives au regard du fondement sur lequel repose la poursuite des échanges d'informations, la réduction de l'incertitude relative au comportement stratégique des concurrents¹⁰⁶⁷. Clair en apparence, la question est en réalité assez complexe.

386. Entrent dans la catégorie des données individualisées, toutes les informations qui sont contenues dans la définition : celles qui révèlent directement la stratégie des entreprises. À cet égard, il importe de savoir que la précision d'une information est estimée de façon concrète, dans son contexte. Ainsi, le Conseil de la concurrence rappelle que « *ce qui importe, selon la jurisprudence John Deere, n'est pas la précision, mesurée en termes abstraits, des informations échangées mais bien le lien entre la nature de ces informations et la possibilité pour les opérateurs de surveiller l'impact de leur politique commerciale, et de celle de leurs concurrents, sur leurs ventes* »¹⁰⁶⁸. L'appréciation de la précision est essentielle et a, par exemple, été décisive dans l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl* : le Tribunal a annulé la décision de la Commission pour erreur dans l'appréciation des faits en estimant que les informations échangées n'étaient pas aussi précises qu'elle le prétendait et que donc elles ne permettaient que des approximations des parts de marché¹⁰⁶⁹. Finalement, ces informations n'avaient pas la précision permettant la surveillance des actions des concurrents.

387. Ensuite, il faut ajouter les informations « faussement » agrégées dont la jurisprudence nous donne quelques exemples. Le cas le plus courant de désagrégation est celui des réunions, parfois au sein d'une association professionnelle, au cours desquelles, par la discussion, les concurrents vont pouvoir convertir l'information agrégée diffusée publiquement par l'association en information individualisée. Nous avons vu que ces contacts sont appréhendés avec une grande sévérité par les autorités de concurrence en ce qu'ils reviennent à un échange direct de données individualisées et stratégiques de type cartelliste¹⁰⁷⁰. Par ailleurs, il existe

¹⁰⁶⁶ F. WAGNER-VON PAPP, « *Who is't that can inform me ?* » - *the exchange of identifying and non-identifying information*, préc., : « *Information exchanges are considered to be « identifying » if they allow undertakings to recognise the strategies of their competitors by either revealing which set of the exchanged data belongs to a specific competitor or by revealing the content of specific transactions* ».

¹⁰⁶⁷ Voir par exemple CJCE, 23 novembre 2006, C- 238/05, *Asnef*, point 59. Cependant, nous avons vu que dans des cas particuliers une information individuelle peut être tolérée, notamment dans le cas d'un marché fragmenté, affaire *EUDIM*, préc.

¹⁰⁶⁸ Décision du 30 novembre 2005 préc., point 209. Soulignement ajouté par nous.

¹⁰⁶⁹ TPICE, 5 avril 2001, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, T-16/98, point 28 et 29.

¹⁰⁷⁰ Voir nos développements supra Titre II, Chapitre I, Section I.

des techniques de désagrégation plus subtiles. Ainsi, dans une affaire allemande, cinq entreprises s'échangeaient des données statistiques ventilées par région¹⁰⁷¹. A priori, le nombre d'entreprises rendait l'agrégation crédible et cette impression était renforcée par la ventilation par région. Cependant, l'autorité allemande a estimé que l'agrégation n'était pas suffisante compte tenu de la structure du marché. En effet, ce marché était caractérisé par un grand nombre de participations croisées et une participation, même minoritaire, permettait d'obtenir des données sur la politique commerciale de l'entreprise. Ainsi, le croisement des statistiques et de ces données permettait aux entreprises de connaître les positions de leurs concurrents. Dans le même ordre d'idée, il est possible d'imaginer un échange de données statistiques dont l'individualisation serait permise par le croisement d'informations obtenues par le biais d'annonces publiques¹⁰⁷².

388. Plus simplement, il est logique de considérer que des données, pour être agrégées, doivent concerner un nombre d'entreprises supérieur à deux, sinon la désagrégation est réalisée par simple soustraction des chiffres d'une des entreprises aux chiffres globaux du marché. Ce constat est à l'origine de la règle dite du « +3 » qui veut que l'échange d'informations agrégées ne pose pas de difficulté si au moins trois entreprises y participent¹⁰⁷³. Cette règle fut appliquée dans l'affaire *Cartonboard* qui explique que « *l'intention est de rétablir le système normal de statistiques pour les pays et les produits concernés dès qu'aura disparu le risque d'identification des producteurs individuels, c'est-à-dire dès que trois entreprises au moins seront présentes sur le marché concerné* »¹⁰⁷⁴. Auparavant, dans l'affaire *EWIS*, la Commission avait exigé un minimum de quatre entreprises pour considérer une information comme agrégée¹⁰⁷⁵. Par ailleurs, les décisions utilisent également la technique de la ventilation. Ainsi, dans l'affaire du marché anglais des tracteurs, la Commission a estimé que lorsque la statistique ne comprenait pas au moins trois vendeurs elle devait concerner au moins dix unités de produits¹⁰⁷⁶. En effet, il est possible d'agréger des données par catégorie de produit, par territoire afin de contrebalancer le faible

¹⁰⁷¹ Bundeskartellamt, 9 août 2001, n° B 1-63/00, *Statistisches Informationssystem Transportbeton*.

¹⁰⁷² Voir par exemple *Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux services de transport maritime*, préc. point 53 : « *En outre, il existe un risque de désagrégation des données, car celles-ci peuvent être combinées à des annonces de transporteurs de ligne* ».

¹⁰⁷³ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 609.

¹⁰⁷⁴ Communication faite conformément à l'article 19 paragraphe 3 du règlement 17 du Conseil dans l'affaire n° IV/34.936, *CEIPI-cartonboard*, point 16. Soulignement ajouté par nous.

¹⁰⁷⁵ Communication faite conformément à l'article 19 paragraphe 3 du règlement 17 du Conseil dans l'affaire n° IV/32.076, *European Wastepaper Information Service*, point 7.

¹⁰⁷⁶ Décision de la Commission, *UK Agricultural Tractor Exchange*, préc.

nombre d'entreprise fournissant des données. La question se pose de savoir comment juger qu'une information est véritablement agrégée ?

389. Cette question est d'importance car les informations agrégées recouvrent de nombreux gains d'efficacité. En terme de connaissance du marché, la diffusion de statistiques par les associations professionnelles est essentielle. En outre, l'efficacité interne des entreprises progresse grâce aux techniques de benchmarking qui permettent de comparer les acteurs d'un marché et d'en extraire les meilleures pratiques. Partant de cette idée, certains auteurs ont soutenu la mise en place d'une zone de sécurité pour les informations agrégées¹⁰⁷⁷. Plusieurs éléments semblaient aller dans ce sens. Nous avons vu que la Commission en 1978 avait estimé que la distinction entre information individualisée et agrégée pouvait constituer la ligne de démarcation entre les échanges permis et les échanges prohibés¹⁰⁷⁸. En outre, la décision du TPICE dans l'affaire *Cartonboard* a laissé penser qu'une zone de sécurité pouvait exister pour les informations agrégées. En effet, dans cette affaire la Commission avait interdit pour l'avenir tout échange d'informations même agrégées. Le Tribunal a sanctionné la Commission jugeant que l'interdiction édictée « *en ce qu'elle vise à empêcher l'échange d'informations purement statistiques, n'ayant pas le caractère d'informations individuelles ou individualisables, au motif que les informations échangées pourraient être utilisées à des fins anticoncurrentielles, excède ce qui est nécessaire pour rétablir la légalité des comportements constatés* »¹⁰⁷⁹. Dans le même sens, une cour allemande a décidé que, pour être considéré comme anticoncurrentiel, un échange d'informations devait permettre l'identification du tricheur et non seulement de la triche¹⁰⁸⁰. Dans cette décision, les juges expliquent que les seules représailles efficaces sont ciblées et nécessitent donc des informations individualisées. Ces différentes décisions pouvaient laisser croire à la mise en place d'un principe de légalité des échanges de données réellement agrégées.

¹⁰⁷⁷ K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc. p. 425 ; L. KÄIS, *Regulating information exchange in EU – no further restrictions by object but enough room for safe harbors*, préc. ; S. HAUTBOURG, S. QUESSON, *Les échanges d'informations entre entreprises concurrentes*, Décideurs : Stratégie, Finance et Droit, n° 96, p. 82.

¹⁰⁷⁸ Seventh Report on competition policy, préc., p. 20.

¹⁰⁷⁹ TPICE, 14 mai 1998, T-352/94, point 256.

¹⁰⁸⁰ Oberlandesgericht Düsseldorf, décision Kart. 37/01 (V), 26 juillet 2002, *Transportbeton Sachsen*. Cette décision n'a pas été contestée par l'autorité allemande de concurrence.

390. Cependant, à travers ces lignes directrices de 2011 la Commission a décidé ne pas mettre en place de zone de sécurité pour les informations agrégées. Ainsi, l'institution décide que l'« *on ne peut exclure que même l'échange de données agrégées puisse faciliter une collusion sur des marchés présentant des caractéristiques spécifiques* »¹⁰⁸¹. Elle poursuit en expliquant que « *les membres d'un oligopole très étroit et stable échangeant des données agrégées qui constatent sur le marché un prix inférieur à un niveau donné pourraient d'office présumer qu'une entreprise s'est écartée de la collusion et prendre des mesures de représailles s'étendant à l'ensemble du marché* »¹⁰⁸². Ce refus repose sur la théorie économique qui estime que les représailles peuvent être efficaces même si elles ne sont pas ciblées¹⁰⁸³. Cela signifie que les punitions ciblées, bien que moins coûteuses et plus efficaces, ne sont pas indispensables, sous certaines conditions de marché¹⁰⁸⁴, au maintien d'un équilibre collusif. Aussi, dès l'instant où l'échange d'informations permet de savoir qu'il y a eu triche, une punition peut être mise en œuvre, notamment un retour à un équilibre concurrentiel pour une période donnée, afin de discipliner l'ensemble des coalisés¹⁰⁸⁵. Le Conseil de la concurrence donne un exemple de ce phénomène dans sa décision relative aux palaces parisiens dans laquelle il explique que dans certains cas les « *données [statistiques] offrent par exemple aux concurrents la possibilité, fondamentale dans un marché tacitement ou explicitement collusif, de départager deux situations : l'une dans laquelle, confronté à une baisse de la demande qui s'adresse à lui, un opérateur sait qu'il s'agit d'une baisse de la demande agrégée qu'il subit comme les autres ; l'autre dans laquelle les concurrents font au contraire face à une demande inchangée. Cette deuxième situation signale alors au concurrent que ses rivaux ont soit baissé leurs prix, soit se sont engagés dans d'autres stratégies d'augmentation de leur demande* »¹⁰⁸⁶. Finalement, en permettant de distinguer un choc de demande d'une déviation, les informations agrégées peuvent permettre la stabilité d'une collusion. Partant, elles ne peuvent pas bénéficier d'une zone de sécurité. Au surplus,

¹⁰⁸¹ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., point 89.

¹⁰⁸² Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 2011, préc., point 89.

¹⁰⁸³ Voir M. MOTTA, *Competition policy : theory and practice*, Cambridge University press, 2004, p. 167 et s. et L. PEEPERKORN, *Competition Policy Implications from Game Theory: an Evaluation of the Commission's Policy on Information Exchange*, préc.

¹⁰⁸⁴ Voir F. WAGNER-VON PAPP, « *Who is't that can inform me ?* » - *the exchange of identifying and non-identifying information*, préc. qui cite notamment la probabilité pour le tricheur d'être détecté, la différence entre les profits tirés de la déviation et ceux issus de la collusion,...

¹⁰⁸⁵ Pour une revue des différentes techniques de représailles voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

¹⁰⁸⁶ Décision du Conseil de la concurrence du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, n° 05-D-64 ,point 234.

nous avons vu que la notion d'oligopole étroit est interprétée avec souplesse par les autorités de concurrence ce qui ajoute encore à l'insécurité juridique en la matière.

391. Malgré ces constatations, le Professeur Wagner-Von Papp propose d'opérer une distinction supplémentaire au sein des informations réellement agrégées¹⁰⁸⁷. L'auteur propose d'autoriser l'échange de données suffisamment agrégées pour que les entreprises participantes ne soient pas en mesure de distinguer une déviation d'un choc de demande¹⁰⁸⁸. Ce niveau d'agrégation serait déterminé en fonction de la volatilité du marché car plus la demande est fluctuante plus il sera difficile d'interpréter ses variations. Dans ce cas, l'incitation des entreprises à s'écarter de la ligne de conduite augmente et la collusion devient difficile à soutenir. Cependant, ce type d'information n'exclut pas toute possibilité de soutenabilité. Nous avons vu que, théoriquement, dans ce type de configuration les entreprises fixent une valeur seuil, pour la variable objet de l'entente, en dessous de laquelle elles déclenchent des mécanismes de représailles¹⁰⁸⁹. Le risque pour la concurrence est particulièrement présent sur les marchés très concentrés car il y est peu probable qu'une déviation ne se distingue pas d'un choc de demande¹⁰⁹⁰. En dehors de ces marchés, en revanche, ces données agrégées peuvent stimuler la concurrence. L'auteur explique que sur un marché moyennement concentré, un échange d'informations agrégées ne laisserait pas apparaître les éventuelles déviations des petites entreprises. Aussi, une collusion, bien que théoriquement soutenable, ne serait pas profitable puisqu'une partie des acteurs du marché serait constamment incitée à dévier.

392. De nouveau, la décision de l'OFT relative au secteur de l'assurance automobile s'avère être riche d'enseignements¹⁰⁹¹. L'institution s'inquiétait d'une éventuelle collusion soutenue par des échanges d'informations tarifaires individualisées et agrégées. Cependant, l'arrêt de la pratique aurait freiné la concurrence en ne permettant pas aux petites entreprises

¹⁰⁸⁷ F. WAGNER-VON PAPP, «*Who is't that can inform me ?* » - *the exchange of identifying and non-identifying information*, préc.

¹⁰⁸⁸ F. WAGNER-VON PAPP, «*Who is't that can inform me ?* » - *the exchange of identifying and non-identifying information*, préc. : «*Therefore, even in a market where the threat of untargeted deterrent mechanism is effective and credible, the exchange of data which is aggregated to a degree that a cheat could not be discerned from a stochastic fluctuation of the market would be permissible* ».

¹⁰⁸⁹ Voir supra nos développements Titre I, Chapitre II, Section II.

¹⁰⁹⁰ Sur un marché fortement concentré, les entreprises possèdent chacune une part de marché importante. Or, une déviation d'une entreprise de cette dimension doit attirer une grande partie de la demande pour compenser la rupture de la collusion et donc passera difficilement inaperçue, même au sein de statistiques.

¹⁰⁹¹ OFT 1301, *Motor Insurers*, 13 janvier 2011, préc.

de se lancer sur de nouveaux segments faute d'informations sur le niveau de risque du segment en question. Après une analyse approfondie, l'OFT décide que les informations doivent concerner au moins cinq entreprises afin qu'une déviation du prix du marché de 20% par une entreprise ne puisse pas être distinguée des fluctuations mensuelles normales¹⁰⁹². Grâce à ce niveau d'agrégation, tous les acteurs du marché restent dans l'incertitude quant aux actions stratégiques de leurs concurrents et la concurrence cachée peut s'exercer. Cette solution sophistiquée démontre une fois de plus la nécessité d'opérer l'analyse de ces pratiques au cas cas. Finalement, il est seulement possible d'affirmer qu'il existe un consensus sur la grande dangerosité des échanges d'informations individualisées principalement basé sur le fait que ces derniers ne peuvent quasiment jamais prétendre à aucune justification en terme d'efficience¹⁰⁹³.

4°/ Le caractère public de l'information

393. Le caractère public de l'information est d'une particulière importance. En principe, seul l'échange d'informations confidentielles est susceptible de restreindre la concurrence¹⁰⁹⁴, ce que les autorités de concurrence rappellent régulièrement¹⁰⁹⁵. De plus, le fait que ces informations soient des secret d'affaires permet de présumer le concours de volonté des participants à l'échange, élément indispensable de la qualification¹⁰⁹⁶. En outre, le caractère

¹⁰⁹² *Ibidem*, point 5.15.

¹⁰⁹³ En effet, le gain d'efficience qui pourrait être revendiqué peut toujours être obtenu avec des informations agrégées et donc moins dangereuses. Ainsi, la condition d'indispensabilité de l'article 101§3 TFUE ne sera jamais remplie. Voir notamment K.-U KÜHN, *Fighting collusion by regulating communication between firms*, 2001, préc. : « *I have shown that it is very difficult to justify information exchange of individualized data in theory and in individual cases. It is very hard to construct hypothetical situations in which very disaggregated data on past actions is really necessary to achieve substantial efficiency gains* » ; ou encore Avis du Conseil de la concurrence, n° 06-A-18, préc., point 37 : « *l'échange d'informations individuelles n'est envisageable que sous une forme agrégée ne permettant pas d'identifier directement ou indirectement les performances individuelles des entreprises* ».

¹⁰⁹⁴ Il existe une exception, le cas où l'échange se produit dans le cadre d'une entente. Voir Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 92, note 5.

¹⁰⁹⁵ Voir par exemple Cons. conc., déc 05-D-65, préc. point 194 : « *dans la mesure où les informations échangées n'ajouteraient rien de déterminant par rapport aux informations déjà disponibles sur le marché, elles ne modifieraient pas la structure du marché et donc les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence* ». Soulignement ajouté par nous.

¹⁰⁹⁶ Cette présomption repose sur un principe de réciprocité selon lequel les entreprises ne sont prêtes à transmettre ces données confidentielles que si elles ont l'assurance qu'elles ne seront pas diffusées à l'extérieur de l'échange et surtout qu'elles obtiendront celles de leurs concurrents en retour. Sur la présomption d'accord de volonté tirée du caractère confidentiel des informations voir supra nos

confidentiel participe grandement de la valeur stratégique de l'information et donc de sa dangerosité. Afin de déterminer quelle information est un secret d'affaires, il faut s'interroger sur sa valeur stratégique, son caractère sensible et donc procéder à l'analyse détaillée de la pratique et de son environnement afin de savoir si cette donnée est de celles que les entreprises sont censées garder jalousement¹⁰⁹⁷. Inversement, la question qui se pose est celle de savoir comment déterminer le caractère public d'une information, car la nature publique de l'information constitue une défense courante des entreprises.

394. De prime abord, l'idée d'une donnée publique renvoie à la notion d'information appartenant au domaine public, c'est-à-dire librement et facilement accessible à tous. Ainsi, le TPICE a contredit la Commission en décidant que les informations publiées par l'US Federal Maritime Commission (« FMC ») pouvaient être échangées par les chargeurs membres du Transatlantic Conference Agreement (« TACA ») sans restreindre la concurrence¹⁰⁹⁸. Dans cette affaire, les chargeurs échangeaient des informations relatives aux clauses essentielles de leurs contrats de services individuels¹⁰⁹⁹. Or, à l'époque des faits la législation américaine obligeait les chargeurs à communiquer ces données à la FMC qui les publiaient afin de les rendre accessibles à tous les chargeurs ainsi qu'à tous les membres du TACA. Le Tribunal estime donc que « **du fait de la publication, aux États-Unis d'Amérique, d'un tel résumé, le contenu des « clauses essentielles » des contrats de services individuels constitue une donnée publique** »¹¹⁰⁰. La Commission a étayé son raisonnement en précisant que les données publiées étaient anonymes tandis que les participants à l'échange ajoutaient des informations permettant l'identification des contractants. Or, la Commission estime que l'ajout de données

développements Titre II, Chapitre I, Section I. Voir également TPICE, *Tate & Lyle*, préc. point 66 : « le seul fait d'avoir reçu lors de ces réunions des informations concernant des concurrents, informations qu'un opérateur indépendant préserve comme secrets d'affaires, suffit à manifester l'existence chez elle d'un esprit anticoncurrentiel ».

¹⁰⁹⁷ Souvent, il pourra être déduit de déclarations, de demande de non-divulgateion que les informations en question sont confidentielles aux yeux de l'entreprise. Voir notamment les courriers électroniques dans l'affaire de la téléphonie mobile, 05-D-65, préc., point 195 : « les chiffres sont échangés entre les trois opérateurs à titre confidentiel. Ils ne doivent en aucun cas être communiqués à l'extérieur et notamment auprès de nos instances règlementaires » ou encore dans l'affaire des palaces parisiens, 05-D-64, préc., point 261, comparer la demande de protection de secret des affaires sur le fondement de l'article L.463-4 du Code de commerce d'informations qui sont échangées par la suite.

¹⁰⁹⁸ TPICE, 30 septembre 2003, T- 191/98, *TACA*.

¹⁰⁹⁹ Cela concerne les « clauses portant sur les secteurs portuaires ou les zones géographiques d'origine et de destination, le ou les produits concernés, le volume minimal, le taux applicable du transport proprement dit, la durée, les prestations de services garanties et, le cas échéant, l'indemnité forfaitaire en cas d'inexécution ». TPICE, T-191/98, préc., point 1152.

¹¹⁰⁰ TPICE, T-191/98, préc., point 1154. Soulignement ajouté par nous.

non publiques est susceptible de restreindre la concurrence¹¹⁰¹. Cependant, dans cette affaire le Tribunal a donné raison aux entreprises parties à l'échange qui ont expliqué que l'identité des contractants pouvait être facilement déduite des informations publiées étant donné les nombreux liens existants entre elles¹¹⁰². Cette décision a été prise sur le fondement du test utilisé dans l'affaire Tate & Lyle et validé par le Tribunal en 2001 selon lequel les informations échangées ne sont pas considérées comme publiques si l'échange permet « *aux participants d'avoir connaissance de ces informations de façon plus simple, rapide et directe que par le biais du marché* »¹¹⁰³. Cette solution en apparence claire et bien établie doit néanmoins être nuancée au regard des jurisprudences nationales et des positions exprimées par la Commission.

395. En 2004, l'autorité de concurrence des Pays-Bas a jugé licite un échange d'information entre neuf fabricants de bicyclettes, dont les cinq plus importants¹¹⁰⁴. L'autorité estime que l'information diffusée est suffisamment publique pour considérer qu'il n'y a pas restriction de concurrence. L'information en question concerne les modèles et les prix des bicyclettes vendues par plus de 150 vendeurs néerlandais. De plus, malgré le coût important représenté par la collecte et la diffusion, la décision rejette l'idée d'une exclusion des concurrents qui pourraient être rebutés par les frais d'adhésion au système. Cette décision paraît clémente et contradictoire par rapport à la décision TACA puisqu'ici l'information ne fait l'objet d'aucune obligation légale de diffusion, n'est pas publiée et n'est accessible qu'à un coût élevé. La même année, l'autorité italienne de la concurrence a opéré une distinction intéressante entre information publique et information appartenant au domaine public¹¹⁰⁵. La première serait une information communiquée aux clients et la seconde serait celle qui est accessible immédiatement et sans effort par toute personne qui le souhaite. Cette distinction illustre bien la difficulté de définir la disponibilité publique d'une information mais s'avèrera peu pertinente en pratique parce trop subtile à mettre en œuvre. En 2005, le Conseil de la concurrence a dénié le caractère public des informations partagées par les trois opérateurs de téléphonie mobiles français¹¹⁰⁶. Sur ce marché, le régulateur diffusait les données relatives

¹¹⁰¹ Cette position toujours valable a été reprise dans les Lignes directrices relatives aux accords horizontaux de 2011, point 93.

¹¹⁰² TPICE, T-191/98, préc., point 1156.

¹¹⁰³ TPICE, T-202/98, *Tate & Lyle*, préc., point 60.

¹¹⁰⁴ Voir OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents*, préc., p. 231.

¹¹⁰⁵ AGCM, 30 septembre 2004, affaire *IAMA consulting*, décision n° 13622, point. 158 et s.

¹¹⁰⁶ Cons. conc., déc 05-D-65, préc.

aux ventes nettes tandis que les opérateurs s'échangeaient des informations traduisant les ventes brutes et le nombre de résiliations. Les opérateurs ont tenté de faire admettre au Conseil que les informations échangées étaient identiques à celles diffusées par le régulateur car il est possible d'obtenir les ventes brutes à partir des données publiques, c'est-à-dire des ventes nettes. Le Conseil répond à cet argument que les données reconstituées seraient moins précises que les données échangées et donc différentes, ce qui ne permet pas de les assimiler¹¹⁰⁷. Ainsi, logiquement, la désagrégation des données leur fait perdre leur caractère public.

396. En 2003, le Conseil de la concurrence a condamné un échange téléphonique d'informations tarifaires entre des compagnies pétrolières opérant sur le marché autoroutier¹¹⁰⁸. Les gérants des stations concernées se communiquaient les prix pratiqués trois fois par semaine. La principale ligne de défense était que ces informations étaient publiques du fait de l'obligation réglementaire d'affichage qui incombait aux distributeurs¹¹⁰⁹. Le Conseil rétorque que cet affichage est incomplet et que l'échange par téléphone permet de réduire sensiblement le coût de la collecte. Or, si la collecte était plus coûteuse, elle serait plus rare et un concurrent pourrait être tenté de baisser ses prix puisque cette baisse ne serait pas détecté avant plusieurs jours, lui laissant ainsi le temps d'engranger les profits de sa baisse de prix¹¹¹⁰. En appel, la Cour d'appel de Paris annule cette décision, jugeant que « *rien ne permet d'affirmer, comme l'a fait le Conseil que les informations transmises par les stations service à leurs sociétés modifient l'autonomie commerciale de chaque compagnie pétrolière ; que même en possession de renseignements sur les prix transmis souvent par téléphone par les gérants de stations, chaque société fixait de façon autonome le prix du carburant ; que l'alignement des prix qui peut en résulter, licite, résulte non d'un accord entre sociétés concurrentes mais d'une décision spécifique à chaque société* »¹¹¹¹. La Cour décide que l'échange n'a pas eu d'effet néfaste sur la concurrence mais ne tranche pas directement sur la question du caractère public de l'information. La Commission a donné une indication

¹¹⁰⁷ Cons. conc., déc 05-D-65, préc., point 200.

¹¹⁰⁸ Cons. conc. Déc., 31 mars 2003, n° 03-D-17, *Total Fina Elf et a.*, MALAURIE-VIGNAL M. CCC, 2003, n° 7, comm. 109 ; JALABERT-DOURY N. RDAI, 2003, n°5, p. 547.

¹¹⁰⁹ Obligation due à un arrêté du 8 juillet 1988 modifié par les arrêtés du 10 avril 1990 et du 12 juillet 2001. Après cette affaire, l'obligation sera améliorée pour devenir plus complète.

¹¹¹⁰ Cons. conc. Déc., n° 03-D-17, préc. point 104 et s.

¹¹¹¹ CA Paris, 9 décembre 2003, n° 2003/07056, 1^{ère} ch. H, SA Esso ; MALAURIE-VIGNAL M., *La distribution de carburant sur autoroute au regard du droit des ententes*, CCC, mars 2004, n° 3, 44 ; MALAURIE-VIGNAL M. CCC, 2004, n° 3, comm. 44 ; JALABERT-DOURY N., RDAI, 2004, n°2, p.199 ; FERRIER D. D 2005, pan., p.148.

importante sur l'analyse de cette situation au travers de ces Lignes directrices sur les accords horizontaux de 2011. Au point 109, la Commission prend en exemple une situation identique à celle de cette affaire et explique que les informations en question ne sont « *pas réellement publiques puisque l'obtention des mêmes informations par d'autres moyens prendrait beaucoup de temps et entraînerait des frais de transport élevés* »¹¹¹².

397. La Commission exprime donc clairement son désaccord avec la décision d'appel et nous livre le critère essentiel de définition d'une information réellement publique dont « [l'] *obtention ne devrait pas être plus onéreuse pour les clients et les entreprises qui ne prennent pas part au système d'échange que pour les entreprises qui échangent des informations* »¹¹¹³. La Commission durcit son interprétation du caractère public de l'information par rapport au test de 2001 en ajoutant une distinction supplémentaire à l'analyse. Ainsi, une information appartenant au domaine public est librement accessible à tous mais n'est pas pour autant réellement publique. En effet, une information, bien que disponible auprès des clients par exemple, peut nécessiter des coûts de collecte et de diffusion que les membres de l'échange vont engager pour disposer de cette information. Or, ces coûts peuvent décourager les concurrents non parties à l'échange pour qui l'information ne sera donc pas publique. De plus, l'échange de données publiques implique que les concurrents choisissent les informations qu'ils souhaitent échanger parmi toutes celles qui constituent le domaine public. Cette sélection a pour conséquence d'attirer l'attention sur certaines informations et ainsi facilite la recherche d'une position commune dans un climat de confiance créé par l'échange. Ainsi, s'il est démontré que ces informations sont utilisées afin de lever l'incertitude sur le futur, l'échange pourra être jugé restrictif par l'objet.

398. Finalement, la mise en œuvre des moyens de collecte et de diffusion revient à un accroissement artificiel de la transparence du marché et donc à une réduction de l'incertitude relative au comportement stratégique des concurrents, fondement de l'incrimination des échanges d'informations. La Commission ajoute que « *c'est la raison pour laquelle les concurrents ne choisiraient pas, en principe, d'échanger des données qu'ils peuvent obtenir auprès du marché avec la même facilité, ce qui rend improbables, dans la pratique, les*

¹¹¹² Lignes directrices relatives aux accords horizontaux de 2011, point 109.

¹¹¹³ Lignes directrices relatives aux accords horizontaux de 2011, point 92.

échanges de données réellement publiques »¹¹¹⁴. La Commission ferme donc largement la porte à une défense fondée sur le caractère public des informations. Au vu de cette interprétation, il est possible de penser que l'affaire néerlandaise des bicyclettes et l'affaire française de la distribution de carburants sur autoroute auraient été considérées comme des infractions au droit de la concurrence par la Commission européenne. Toutefois, nous avons vu que les autorités de concurrence n'ont pas toujours été suivies par les juridictions sur ce sujet, il faudra donc attendre que ces dernières valident cette exigence.

B/ Les modalités de l'échange d'informations

399. Parmi les modalités qui contribuent à l'analyse de l'échange, le caractère public ou privé de l'échange est très important au vu de la sévérité des autorités envers les échanges privés et des éventuels gains d'efficacité attachés à la publicité de l'échange. Toutefois, il nous a semblé plus pertinent de traiter cet aspect au sein des échanges d'informations objectivement restrictifs, c'est pourquoi il ne sera pas étudié ici, même s'il fait partie intégrante de l'analyse des effets¹¹¹⁵. Une question importante est celle des conditions d'accès aux échanges d'informations car il existe un risque important d'éviction anticoncurrentielle (1°). En outre, une attention particulière doit être apportée à la fréquence de l'échange (2°) ainsi qu'à la présence d'un tiers assurant la transmission (3°).

1°/ Les conditions d'accès à l'échange

400. Un échange d'informations stratégiques place les entreprises qui y ont accès dans une position avantageuse par rapport aux autres acteurs du marché et aux entrants potentiels¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ Lignes directrices relatives aux accords horizontaux de 2011, point 92.

¹¹¹⁵ Voir nos développements supra Titre II, Chapitre I, Section II. En effet, la Commission traite les échanges privés sévèrement notamment dans la catégorie objective et les gains d'efficacité attachés à l'information des consommateurs et aux engagements envers eux concernant plus spécifiquement les échanges d'informations sur les prix futurs. Or, ces derniers font partie de la catégorie des infractions par objet.

¹¹¹⁶ Voir J. HALLIDAY et P. SEABRIGHT qui estiment que cet avantage concurrentiel tend à s'estomper du fait de la facilité avec laquelle l'information devient accessible du fait de l'évolution

La Commission identifie deux cas dans lesquels un échange d'informations peut conduire à une éviction anticoncurrentielle¹¹¹⁷.

401. En premier lieu, les conditions d'accès à l'échange peuvent être discriminatoires et donc refuser à certains le bénéfice de ces informations. Il faut toutefois préciser que si un opérateur important est exclu de l'échange, ce dernier est peu susceptible de permettre une collusion. En effet, si une partie importante des concurrents se trouve en dehors de l'échange et donc de la collusion, la stabilité externe de cette dernière n'est pas assurée. Ainsi, dans l'affaire *Pâte de bois*, les juges ont estimé que l'échange d'informations ne pouvait pas soutenir une collusion car 40% des vendeurs n'y participaient pas¹¹¹⁸. Le désavantage concurrentiel est souvent relevé dans les affaires d'échanges d'informations collusifs¹¹¹⁹. Dans sa réponse relativement au système d'échange d'informations sur la solvabilité des emprunteurs entre établissements financiers, la Cour valide l'échange à la condition que son accès soit non discriminatoire¹¹²⁰. Cependant, bien qu'étroitement connecté à la question des échanges d'informations, il faut préciser que ce type de restriction relève de l'abus de domination par le biais de la théorie dite des facilités essentielles et non de la théorie de la collusion tacite¹¹²¹. En réalité, le problème est identique que dans les cas où une entreprise se voit refuser l'accès à des services proposés par l'association professionnelle dont elle dépend. La question n'est donc pas spécifique aux échanges d'informations, même si elle participe de leur analyse.

402. En second lieu, la Commission évoque le cas dans lequel une entreprise bénéficierait d'un avantage concurrentiel lui permettant « *d'accroître le prix d'un composant essentiel pour un marché situé en aval du premier* »¹¹²². Dans cette hypothèse, on suppose que des

des technologies permettant le transfert d'informations, « *Networks good, cartels bad: but how could anyone tell the difference?* », préc.

¹¹¹⁷ Lignes directrices relatives aux accords horizontaux de 2011, point 69 à 71.

¹¹¹⁸ CJCE, 31 mars 1993, *Pâte de bois*, C-89/85.

¹¹¹⁹ Voir notamment CJCE, 28 mai 1998, *John Deere*, C-7/95, points 93 et s.

¹¹²⁰ CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C- 238/05, point 60.

¹¹²¹ Pour exemple d'application de l'article 102 TFUE à des échanges d'informations voir notamment Décision n° 09-MC-01 du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct. D'autres échanges d'informations peuvent être sanctionnés par le biais de l'article 102 notamment l'obtention de conditions commerciales offertes à certains clients à travers des « clauses anglaises » et qui permettent à la firme qui les obtient de proposer des prix plus bas et donc de capter toute la clientèle, voir CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76.

¹¹²² Lignes directrices relatives aux accords horizontaux de 2011, point 71.

entreprises disposent d'un pouvoir de marché important sur un marché amont grâce à un échange d'informations. Les filiales de celles-ci sur le marché aval pourront bénéficier de prix inférieurs à ceux de leurs concurrents. Or, en accord avec M. Wagner-Von Papp, nous estimons que cette question est directement liée à la collusion tacite et que l'éviction n'est qu'une conséquence de la collusion. Que l'objet de la collusion soit d'augmenter le prix sur un marché aval ne fait pas de différence et ne justifie pas non plus un développement spécial de la part de la Commission.

403. La question de l'accès à l'échange d'informations est essentielle, notamment depuis l'avènement des Technologies de l'Information et de la Communication. En effet, certains auteurs estiment que les TIC rendent le contrôle du contenu des échanges impossible et proposent que les autorités ne se concentrent que sur l'accès : ils estiment que la seule solution pour atténuer le risque concurrentiel est de donner accès à l'échange au plus grand nombre¹¹²³.

2°/ La fréquence de l'échange

404. La fréquence des contacts entre les entreprises est un élément important de l'analyse. L'affaire *T-Mobile* a montré qu'un échange unique peut être sanctionné dans des circonstances particulières¹¹²⁴. Cet arrêt est à rapprocher de l'affaire *Bananes* dans laquelle la Commission précise que dans le cas de communication de prix futurs « *chaque communication individuelle de cette nature poursuivait un objet anticoncurrentiel* »¹¹²⁵. Dans ces exemples, les communications sont relatives aux prix futurs avec pour objectif une coordination des comportements tarifaires. Or, nous avons vu que les autorités sont très sévères avec les échanges ayant pour but la coordination, quelles que soient les possibilités de surveillance de celle-ci¹¹²⁶. En outre, sur certains marchés, le seul obstacle à la collusion est la sélection de l'équilibre puisque la transparence naturelle du marché permet la surveillance du respect de l'accord. Bien qu'exceptionnelle, la sanction d'un échange unique est parfaitement

¹¹²³ J. HALLIDAY, P. SEABRIGHT, « *Networks good, cartels bad: but how could anyone tell the difference?* », préc. ; voir également nos développements supra Titre II, Chapitre I, Section I, Paragraphe 2.

¹¹²⁴ CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08.

¹¹²⁵ Décision de la Commission du 15 octobre 2008, COMP/39188, point 270.

¹¹²⁶ Voir nos développements supra Titre II, Chapitre I, Section II.

justifiée si la seule communication de ces informations suffit à réduire l'incertitude relative au comportement futur des concurrents.

405. Les choses sont différentes dans le cas d'informations relatives au passé. Ces dernières servent le plus souvent à la police de la collusion¹¹²⁷. Dans cette configuration, l'importance de la fréquence est à rapprocher de la fraîcheur de l'information dont nous avons vu qu'elle était indispensable à l'efficacité de la surveillance. De plus, une fréquence importante est la base même d'un jeu répété et permet donc de créer un climat de confiance mutuelle au sein du marché¹¹²⁸. En effet, il est important pour une entreprise de pouvoir surveiller ses concurrents tout comme il est indispensable que chacun des coalisés se sache surveillé. Cet élément se retrouve dans quasiment toutes les affaires relatives à des échanges d'informations¹¹²⁹. La fréquence d'un échange traduit directement la volonté de surveillance comme le relève le Conseil de la concurrence dans l'affaire des palaces parisiens lorsqu'il évoque le passage d'un échange mensuel à un échange hebdomadaire : « *entre octobre 2000 et novembre 2001 la périodicité des informations échangées est hebdomadaire, ce qui assure un contrôle précis des activités des concurrents* »¹¹³⁰.

406. À partir de ces éléments, un auteur a pu affirmer que « *l'effet anticoncurrentiel sera proportionnel à la fréquence des échanges* »¹¹³¹. Dans le même sens, M. Kühn a proposé la création d'une zone de sécurité basée sur le caractère sporadique d'un échange d'informations¹¹³². Cette proposition n'a pas été suivie par la Commission à cause de la possibilité de se coordonner en un contact unique relatif à des informations futures ou récentes. Cependant, il est clair qu'un échange d'informations n'ayant pas pour but une coordination ne sera sanctionné que s'il est suffisamment fréquent pour aboutir à un soutien de la collusion.

¹¹²⁷ Nous avons vu qu'elles peuvent parfois permettre une coordination, voir nos développements supra Titre II, Chapitre I, Section II, Paragraphe 2.

¹¹²⁸ C. ROQUES, *L'échange d'informations en droit communautaire de la concurrence : degré d'incertitude et jeu répété*, préc. point 51.

¹¹²⁹ Voir par exemple CJCE, 28 mai 1998, *John Deere*, C-7/95, point 67 ; Cons. conc., déc 05-D-65, préc. point 213.

¹¹³⁰ Cons. conc., déc 05-D-64, préc., point 232.

¹¹³¹ P. KIRCH, *Associations professionnelles : enjeux du droit communautaire de la concurrence*, Décideurs : Stratégie, Finance et Droit, mars-avril 2005, n° 63, p. 90.

¹¹³² K. U. KÜHN, *Designing competition policy towards information exchanges, looking beyond the possibility results*, préc. p. 425.

3°/ L'intervention d'un « tiers certificateur »

407. Nous avons vu que l'organisation formelle de l'échange n'a pas d'influence sur la qualification des pratiques¹¹³³. En outre, il est entendu que les entreprises sont susceptibles d'utiliser les associations professionnelles à des fins stratégiques, notamment de protection¹¹³⁴. L'intervention d'une tierce partie¹¹³⁵ pourra également servir à la crédibilité des informations échangées. En effet, le cheap talk peut permettre une coordination mais ne permet pas d'assurer la fonction de surveillance du respect de cette coordination. Comment savoir si une entreprise a dévié de la ligne de conduite commune sans être assuré de la véracité des informations qu'elle transmet ? Il est donc indispensable de mettre en place des procédures de vérification des informations et cette tâche sera souvent assumée par une tierce partie indépendante. Cette dernière peut être le consommateur lui-même puisque dans le cas où l'entreprise s'engage auprès de ses clients à pratiquer un certain prix ou à s'aligner sur des conditions plus favorables obtenues par un client alors le consommateur assurera la police de la collusion en diffusant les données tarifaires sur le marché. En outre, un moyen de dissuasion peut être trouvé dans une gradation des punitions. Ainsi, une déviation serait punie moins sévèrement que la transmission d'informations erronées. M. Wagner-Von Papp justifie cette différence de traitement par un principe moral du monde des affaires selon lequel il est plus grave de mentir aux autres coalisés que de dissimuler des écarts par rapport à la ligne de conduite concertée¹¹³⁶.

408. Un autre argument d'importance va dans le sens d'un contrôle de la véracité des informations : une transmission d'informations erronées peut être utilisée par les autorités de concurrence pour démontrer le caractère collusif de la pratique. Ainsi, dans l'affaire des

¹¹³³ Voir nos développements Titre I, Chapitre I, Section I, Paragraphe 2.

¹¹³⁴ L'association professionnelle peut servir, à condition de disposer de moyens propres et d'une autonomie de décision, de protection aussi bien en terme d'imputabilité des pratiques que de sanction pécuniaire, voir M. DESCHAMPS, P. REIS, *Contourner le droit de la concurrence par les organisations professionnelles : une analyse des limites de l'interdit* in *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Larcier, 2013, p. 191 ; M. DESCHAMPS, P. REIS, *L'utilisation stratégique des organisations professionnelles dans le cadre des infractions anticoncurrentielles : l'exemple de la France*, RLDA, 2012 n° 71 du 05/2012.

¹¹³⁵ Ce rôle peut être assuré aussi bien par des groupements professionnels que par des sociétés de statistique.

¹¹³⁶ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. : « *An intuitive explanation for such harsher sanctions could be a social – or rather, an antisocial – norm under which outright lying to the co-conspirators in the information exchange is a more egregious breach of « business morals » than a mere attempt to shade prices* ».

plaques de plâtre la Commission explique que « *le fait que les parties aient, à certains moments, sciemment échangé des données incorrectes, confirme que cet échange était effectivement utilisé comme mécanisme de surveillance* »¹¹³⁷. La Commission justifie cette affirmation en précisant que : « *un simple échange tend à être fiable et il ne doit pas y avoir de raisons pour tricher, alors que dans un mécanisme de surveillance on essayera de tricher, pour ne pas dévoiler une percée sur un certain marché, que le mécanisme essaye précisément de maîtriser* »¹¹³⁸. À cet égard, il est utile de rappeler que le fait de ne pas respecter un accord anticoncurrentiel, par exemple en transmettant des données falsifiées, ne permet pas de purger la pratique de son caractère anticoncurrentiel¹¹³⁹.

409. À l'issue de cette analyse, les autorités de concurrence sont en mesure de décider du caractère restrictif de concurrence de la pratique au vu de l'augmentation artificielle de transparence et de ses conséquences sur la réduction d'incertitude relative au comportement des concurrents. En accord avec le Professeur Wagner, nous estimons que le caractère artificiel de l'augmentation de transparence représente la ligne de démarcation entre une collusion basée sur un parallélisme conscient, licite, et une pratique concertée, illicite¹¹⁴⁰. Une fois l'effet anticoncurrentiel démontré il faut s'intéresser aux exemptions. L'étude de la jurisprudence démontre qu'en pratique elles sont pour le moins extrêmement rares¹¹⁴¹. Cette difficulté vient principalement du fait qu'« *il n'est pas possible pour un juge de « mettre en balance » les bénéfices d'un échange d'informations apparemment pro concurrentiel et l'importance de la menace pesant sur la concurrence* »¹¹⁴². En outre, nous avons vu au travers de l'étude des critères que les effets bénéfiques peuvent quasiment toujours être obtenus par le

¹¹³⁷ Décision de la Commission européenne, 27 novembre 2002, COMP/E-1/37.152, *Plasterboard*, point 451.

¹¹³⁸ *Ibidem*, point 139.

¹¹³⁹ Voir CJCE, 31 mars 1993, *Pâte de bois*, C-89/85, point 175.

¹¹⁴⁰ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements in Handbook on EU competition law-substantive aspects*, Edward Elgar Publishing, octobre 2013 : « *The line between « natural » and « artificial » transparency is the crucial dividing line for determining whether the tacit collusion is based on conscious parallelism or, instead, on a concerted practice* ».

¹¹⁴¹ C. GRYNFOGEL, *Essai de théorisation pour une question singulière : l'échange d'informations en droit européen de la concurrence*, in *Mélanges en l'honneur du Pr Joël Molinier*, LGDJ, 2012, p. 295.

¹¹⁴² H. HOVENKAMP, *Hovenkamp, XIII Antitrust Law*, 2^{ème} éd., 2005, New York, Aspen publishing point 2111c. cité in F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc, qui explique de façon imagée que cela revient à comparer des pommes et des oranges.

biais de pratiques moins risquées s'agissant de la conformité au droit de la concurrence¹¹⁴³. Ainsi, ces pratiques ne rempliront pas la condition d'indispensabilité contenue dans le dispositif d'exemption du troisième paragraphe de l'article 101 TFUE¹¹⁴⁴. Enfin, le degré d'approfondissement de l'analyse du contexte fait que les éventuels effets bénéfiques réellement à même de compenser la restriction sont bien souvent pris en compte dès l'examen sous l'article 101§1 TFUE¹¹⁴⁵.

410. Cependant, malgré l'apparente robustesse de ce test et de ces critères, il peut être reproché aux autorités de sélectionner quelques facteurs considérés comme essentiels et de ne pas tenir compte des autres¹¹⁴⁶, ce qui dévoie l'analyse d'ensemble prônée dans les instruments de soft law. Aussi, certains estiment qu'il serait souhaitable d'améliorer la prise en compte des nombreux enseignements de la théorie de la collusion tacite afin de juger ces pratiques avec une plus grande cohérence et donc une plus grande prévisibilité¹¹⁴⁷. Ces remarques conduisent à penser qu'il pourrait être utile de comparer l'appréhension des échanges d'informations avec les autres outils de lutte contre la collusion tacite en oligopole afin de trouver des voies d'amélioration de l'évaluation des échanges d'informations.

¹¹⁴³ Nous avons vu par exemple que les informations individualisées ne sont quasiment jamais justifiables par des gains d'efficacité puisque ceux-ci peuvent être obtenus par des échanges de données agrégées au potentiel restrictif moins élevé.

¹¹⁴⁴ M. Wagner-Von Papp va plus loin en estimant que même dans le cas où un échange d'informations serait mené de la façon la moins restrictive possible, il est possible de mettre en place des « Chinese Wall » afin d'atténuer encore les problèmes de concurrence, voir F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. : « *Even in cases where an information flow between competitors really is indispensable for achieving a benefit, it may be possible to alleviate competitive concerns by establishing a Chinese Wall (or firewall) at the recipient's end* ».

¹¹⁴⁵ Voir par exemple CJCE, 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax*, C- 238/05 ou encore CJCE, 31 mars 1993, *Pâte de bois*, C-89/85.

¹¹⁴⁶ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc. : « *A major annoyance when analysing past information exchange cases is that the decisions-makers « cherry-pick » a few salient factors without analysing the others ; this makes it impossible to reconstruct the overall assessment* ».

¹¹⁴⁷ J. KALLAUGHER, OCDE, *Les échanges d'informations entre concurrents*, 2010, préc. p. 483.

Section II : Les voies d'amélioration de l'analyse multicritère des échanges d'informations

411. Par le biais de l'analyse des effets, les échanges d'informations sont sanctionnés lorsqu'ils provoquent une augmentation artificielle de la transparence régnant sur le marché et, partant, favorisent l'apparition et le maintien d'un équilibre collusif par la réduction d'incertitude engendrée. Malgré le fait que nous avons vu que la jurisprudence sanctionne les échanges d'informations ayant des effets anticoncurrentiels en dehors de marchés répondant strictement à la définition de l'oligopole, la théorie de la collusion tacite demeure le fondement de leur sanction¹¹⁴⁸. Aussi, l'incrimination des échanges d'informations, notamment ceux ayant un rôle de surveillance, est un moyen de combattre indirectement la collusion tacite, c'est-à-dire l'interdépendance oligopolistique puisque nous avons vu que cette dernière peut avoir les mêmes effets qu'une entente injustifiable¹¹⁴⁹. Or, nous avons mis en lumière des failles dans la lutte contre ce phénomène par le biais de l'article 101 TFUE, notamment l'exigence d'une volonté réciproque¹¹⁵⁰. Il semble donc opportun de s'interroger sur les autres voies du droit de la concurrence permettant la sanction de la collusion tacite (Paragraphe 1), ce qui pose la question de la cohérence d'ensemble de ces différents outils (Paragraphe 2).

¹¹⁴⁸ Voir nos développements supra Titre II, Chapitre II, Section I.

¹¹⁴⁹ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II.

¹¹⁵⁰ Voir nos développements supra Titre II, Chapitre I, Section I.

Paragraphe 1 : Les autres voies de contrôle de la collusion tacite

412. Nous présenterons ici les instruments de contrôle de la collusion tacite pure, c'est-à-dire celle qui existe indépendamment de toute pratique facilitatrice. Ainsi, nous verrons que les autorités combattent ce phénomène exclusivement par le biais du contrôle des concentrations (A) même si une voie de contrôle rétrospectif semble pouvoir émerger (B).

A/ Le contrôle prospectif de la collusion tacite: le droit des concentrations

413. La Commission européenne reconnaît que « *l'échange d'informations peut restreindre la concurrence de la même façon qu'une concentration s'il débouche sur une coordination plus efficace, plus stable ou plus probable sur le marché* »¹¹⁵¹. Cette affirmation n'a rien de surprenant puisque nous avons vu qu'en matière d'échanges d'informations plus la structure de marché est concentrée plus le risque de contradiction avec le droit de la concurrence est élevé. Aussi, il est logique qu'à l'issue d'une concentration, la question se pose de l'augmentation du risque de voir émerger une collusion tacite sur le marché du fait du renforcement de l'interdépendance oligopolistique¹¹⁵². En droit des concentrations, on parle d'effets coordonnés pour qualifier ce risque que la Commission exprime comme le fait que « *la structure de certains marchés peut être telle que les entreprises estimeraient possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre leurs produits à des prix plus élevés. Une opération de concentration dans un marché concentré peut entraver de manière significative la concurrence effective du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante collective, parce qu'elle augmente la probabilité que les entreprises seront en mesure de coordonner leur comportement et d'augmenter les prix, sans devoir procéder à la*

¹¹⁵¹ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc., point 76, note 7. Soulignement ajouté par nous.

¹¹⁵² Dans cet esprit, nous avons vu que lorsque les autorités de concurrence ont commencé à interdire certains échanges d'informations, certaines industries ont réagi en procédant à des grandes concentrations afin de maintenir le potentiel collusif de leur secteur, voir nos développements Titre I, Chapitre I, Section I.

conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au sens de l'article [101] du traité. Une opération de concentration peut aussi faciliter, stabiliser ou rendre plus efficace la coordination entre des entreprises qui coordonnaient déjà leur comportement avant l'opération, soit en confortant la coordination préexistante, soit en permettant aux entreprises de se coordonner sur des prix encore plus élevés »¹¹⁵³.

414. L'idée directrice repose sur le fait qu'il est plus simple de démontrer le potentiel collusoire d'une structure que la collusion elle-même une fois qu'elle est mise en œuvre¹¹⁵⁴. La démarche est la même pour les échanges d'informations puisque les autorités démontrent l'augmentation de la probabilité de la collusion sur le marché engendrée par la pratique plutôt que la réalité de la collusion¹¹⁵⁵. L'analogie se poursuit avec les nombreux effets bénéfiques attachés tant aux échanges d'informations qu'aux concentrations et doivent être pris en compte lors de l'analyse. En revanche, l'approche est très différente puisque le contrôle des concentrations intervient en amont pour éviter la création d'une structure de marché propice à la collusion tacite par le renforcement de l'interdépendance oligopolistique. En effet, ce risque est particulièrement élevé en oligopole puisque la disparition d'un concurrent améliore la détection des déviations et facilite la mise en œuvre de représailles. Au vu de ces éléments, le contrôle des effets coordonnés issus d'une concentration nécessite la démonstration du risque de collusion tacite sur le marché. La jurisprudence a évolué à partir de la notion de position dominante collective utilisée dans le cadre de l'article 102 TFUE jusqu'à fournir un test clair par l'affaire *Airtours*¹¹⁵⁶, qui sera repris dans les lignes directrices sur les concentrations horizontales pour la caractérisation d'une situation d'interdépendance oligopolistique¹¹⁵⁷.

¹¹⁵³ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO C 31 du 5 février 2004, point 39. Soulignement ajouté par nous.

¹¹⁵⁴ K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc., p. 112. Il est également quasiment impossible de revenir en arrière une fois que l'opération de concentration est réalisée d'où la nécessité d'un contrôle *ex ante*.

¹¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹¹⁵⁶ Décision de la Commission du 22 septembre 1999, aff. IV/M.1524, *Airtours/First Choice* annulée par TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99. Voir IDOT L., Europe, 01/08/2002, n°8, p. 22 ; POILLOT-PERUZZETTO S., RTD Com, 2002, p.766; POILLOT-PERUZZETTO S., CCC, 2003, n°2, p. 22.

¹¹⁵⁷ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, préc. Le premier arrêt à avoir reconnu la possibilité d'appliquer le concept de domination collective aux situations d'interdépendance oligopolistique, c'est-à-dire de considérer que ce phénomène fait partie des liens économiques exigés pour la démonstration de la position dominante collective, fut rendu par le TPICE dans le cadre du contrôle des concentrations : « *il n'existe aucune raison d'exclure de la notion de lien économique la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole restreint à*

415. Dans cette affaire, la société Airtours notifie à la Commission son projet de concentration avec la société First Choice, toutes deux intervenant sur le marché britannique des voyages à forfait vers des destinations proches. À l'issue de l'opération, l'entité créée et ses deux concurrents représenteraient 83% du marché. À partir des critères en vigueur alors, la Commission estime que la fusion aboutirait à une position dominante collective avec un risque de coordination sur une réduction de capacités. En effet, ce marché est marqué par une fixation des capacités un à deux ans avant la période de commercialisation, compte tenu des contraintes de la planification des séjours. Au surplus, le niveau de l'offre se décide dans des conditions d'information imparfaite. La Commission en déduit qu'un comportement rationnel des opérateurs les conduirait à restreindre la concurrence sur le marché par une réduction coordonnée de l'offre¹¹⁵⁸.

416. En défense, la société Airtours va développer un argumentaire inspiré de la théorie des jeux. Elle explique que la collusion tacite n'est possible que si une stratégie concurrentielle est susceptible d'être sanctionnée, en l'espèce par une augmentation rapide des capacités. Or, sur ce marché, cette augmentation ne peut être que de 10% au cours de la période de commercialisation au vu des délais de planification, ce qui ne permet pas de dissuader un comportement commercialement agressif¹¹⁵⁹. En outre, une guerre des prix n'est pas envisageable puisque les entreprises qui réduiraient leurs tarifs ne pourraient pas satisfaire le surplus de demande qu'elles auraient attirées, faute de capacités.

417. En réponse, la Commission commence par affirmer que la présence d'un mécanisme strict de représailles n'est pas nécessaire, dans le cas d'espèce, à la démonstration d'une position dominante collective¹¹⁶⁰. Elle poursuit en expliquant que sur ce marché les possibilités de représailles étaient bien réelles et notamment qu'une augmentation des capacités de 10% durant la période de commercialisation constituait un mécanisme de

l'intérieur duquel, sur un marché ayant les caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration du marché, de transparence et d'homogénéité du produit, ils sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leur comportement sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix », TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd*, T-102/96, point 276.

¹¹⁵⁸ Décision de la Commission *Airtours/First Choice*, préc., point 135 et s.

¹¹⁵⁹ *Ibidem*, point 152.

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, point 55.

punition effectif¹¹⁶¹. En définitive, la Commission estime que la stabilité de la coordination peut être assurée et interdit donc la concentration au motif qu'elle entraînerait la création d'une position dominante collective sur le marché en question.

418. La société Airtours forme un recours en annulation devant le Tribunal arguant, notamment, de l'application d'« *une notion de position dominante collective nouvelle et erronée* »¹¹⁶². Le Tribunal contredit l'argumentation de la Commission « *dans des termes accablants* »¹¹⁶³. Ainsi, par exemple, en accord avec la théorie économique, la juridiction estime que la volatilité de la demande est un élément qui réduit la probabilité d'émergence d'une collusion tacite sur un marché¹¹⁶⁴ alors que la Commission considérait que cela incitait les opérateurs à un comportement commercialement prudent et donc favorable à la collusion¹¹⁶⁵. Quant à la question de la punition, le Tribunal reproche à la Commission un manque de clarté quant à l'analyse des possibilités de représailles¹¹⁶⁶. L'arrêt commence par rappeler que le risque de collusion doit être évalué dans un cadre dynamique, ce qui suppose de prendre en compte la stabilité de la collusion et donc la possibilité de discipliner les participants¹¹⁶⁷. Or, contrairement à la Commission, le Tribunal estime que, dans le cas d'espèce, les facteurs de dissuasion ne sont pas suffisants pour inciter les opérateurs à ne pas s'écarter de la ligne d'action commune¹¹⁶⁸.

¹¹⁶¹ *Ibidem*, point 152.

¹¹⁶² Arrêt TPICE, *Airtours*, préc., point 16.

¹¹⁶³ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 410.

¹¹⁶⁴ TPICE, *Airtours*, préc., point 142 : « *La Commission ne saurait se prévaloir du fait que, afin de se protéger des brusques chutes de la demande, les voyageurs planifient la capacité de manière prudente, préférant l'accroître par la suite si la demande se révèle particulièrement forte (Décision, considérant 97), pour nier la pertinence en l'espèce d'un facteur important pour caractériser une situation d'oligopole dominant, comme le degré de stabilité et de prévisibilité du marché en cause* ».

¹¹⁶⁵ Décision de la Commission *Airtours/First Choice*, préc., point 97 : « [...] *volatility of demand makes the market more conducive to oligopolistic dominance. The reason is that the volatility demand in combination with the fact that it is easier to increase than to decrease capacity, means that it is rational for the major operators to adopt a conservative approach ("wait and see approach") to capacity decisions* ». En effet, nous avons vu que la volatilité de la demande complique la détection des déviations puisque qu'il est alors difficile d'identifier l'origine d'un choc de demande, ce dernier pouvant aussi bien provenir d'une action concurrentielle que des variations naturelles de la demande. Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 2. Voir également l'arrêt de la TPICE, *John Deere*, préc., point 78, dans lequel la stabilité de la demande est considérée, à juste titre, comme un facteur augmentant le risque de collusion.

¹¹⁶⁶ TPICE, *Airtours*, préc., point 191.

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, point 192. Voir également H. HAUPT, *Collective Dominance under Article 82 EC and EC Merger Control in the Light of the Airtours Judgment*, 2002, n° 9, ECLR, p. 434.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*, point 207.

419. Fort de son raisonnement économiquement fondé, le Tribunal propose un test en trois temps permettant la démonstration d'une position dominante collective dans un attendu de principe qui mérite d'être cité dans son intégralité :

« - **En premier lieu**, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action. Comme la Commission l'admet expressément, il ne suffit pas que chaque membre de l'oligopole dominant soit conscient que tous peuvent tirer profit d'un comportement interdépendant sur le marché, mais il doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. **La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres;**

- **En deuxième lieu**, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché. Comme le fait observer la Commission, ce n'est que si tous les membres de l'oligopole dominant maintiennent un comportement parallèle qu'ils peuvent en profiter. **Cette condition intègre donc la notion de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune.** Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative (voir, en ce sens, arrêt Gencor/Commission, précité, point 276) ;

- **En troisième lieu**, pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir **que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune** »¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁹ TPICE, *Airtours*, préc., point 62. Soulignement ajouté par nous.

420. Le Tribunal identifie donc les conditions C2, C3, et C4 requises par la théorie économique pour la caractérisation de la collusion tacite et qu'il estime devoir être cumulativement remplies pour démontrer le risque d'émergence d'une position dominante collective à l'issue d'une concentration¹¹⁷⁰. Ces conditions représentent la capacité de la coordination à durer, à laquelle il faut ajouter la condition C1 de compréhension mutuelle des termes de la coordination¹¹⁷¹. C'est sur cette base que les Lignes directrices relatives aux concentrations horizontales ont élaboré un test en deux étapes qui synthétise les quatre conditions : « *La Commission examine s'il serait possible de parvenir à un mode de coordination et si cette coordination serait probablement durable* »¹¹⁷². Le test propose donc de démontrer dans un premier temps la possibilité de la coordination (C1) puis sa durabilité (C2, C3, C4). Ce test paraît bienvenu puisque du fait de la complexité de caractérisation des phénomènes d'interdépendance oligopolistique leur démonstration *ex ante* semble relever de la divination¹¹⁷³. Selon certains auteurs, ce durcissement du standard de preuve appliqué aux effets coordonnés aura pour conséquence une raréfaction du contrôle de la collusion tacite dans le cadre de l'examen de la comptabilité des concentrations avec le marché intérieur¹¹⁷⁴. Or, ce biais de contrôle dispose encore aujourd'hui d'un quasi monopole en droit européen, contesté en doctrine¹¹⁷⁵. Ce constat amène à s'interroger sur l'opportunité d'un contrôle rétrospectif de la collusion tacite en oligopole.

¹¹⁷⁰ Voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 1.

¹¹⁷¹ En accord avec N. Petit, nous considérons que C1 était comprise de façon latente dans l'analyse du Tribunal, notamment du fait du fonctionnement du marché. N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc. p. 411. Pour une explication détaillée de cette condition C1 voir nos développements supra Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 1.

¹¹⁷² Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, préc. point 42. La Commission propose une liste indicative de critères à étudier afin de démontrer ces conditions, les principaux d'entre eux ont été présentés supra Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 2.

¹¹⁷³ N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc., p. 581 qui parle de lecture dans une boule de cristal.

¹¹⁷⁴ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 412 ; S. BAXTER, F. DETHMERS, *Collective dominance under EC merger control – After Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance ?*, ECLR, 2005, n° 26, p. 380 ; K.-U. KÜHN, *Closing pandora's box ? Joint dominance after Airtours judgment*, Juin 2002, John M. OLIN Center for law and economics, Paper 02-013.

¹¹⁷⁵ N. PETIT, D. HENRY, *Why the EU Merger Regulation Should Not Enjoy a Monopoly Over Tacit Collusion - A Close Look at Five Common Misconceptions*, Janvier 2010, disponible sur SSRN, n° 1545506 ; N. PETIT, *The oligopoly problem in EU competition law* in Research Handbook in European Competition Law, I. Liannos and D. Geradin eds., Edward Elgar, September 2013 : « *There is empirical evidence in the case-law that the EUMR enjoys a jurisdictional monopoly over tacit collusion. Since the entry into force of the EUMR, the number of Commission decisions reviewing risks of coordinated effects lies in the region of 270.269 In contrast, Article 102 TFEU has never been applied to tacitly collusive oligopolies.* »

B/ Le contrôle rétrospectif : l'abus de position dominante collective

421. Le test issu de l'arrêt *Airtours* constitue l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle entamée dans le domaine des abus de position dominante collective, sous le visa de l'article 102 TFUE. Il apparaît donc naturel de s'interroger sur son utilisation dans ce contexte. Au fil des décisions, la jurisprudence européenne a construit le concept de position dominante collective à partir de la notion de liens capitalistiques puis l'a étendue jusqu'à aboutir à celle de liens économiques¹¹⁷⁶. Cette dernière a été interprétée comme comprenant les situations d'interdépendance oligopolistique dans l'arrêt *Gencor*¹¹⁷⁷. Puis, dans l'arrêt *Laurent Piau*, le Tribunal fait directement référence à la collusion tacite en oligopole sous le visa de l'article 102 TFUE¹¹⁷⁸. Au surplus, dans cet arrêt, le Tribunal fait référence au test développé en matière de concentrations pour caractériser une position dominante collective¹¹⁷⁹. En sens inverse, la Cour de justice raisonne à partir de l'arrêt *Compagnie Maritime Belge*¹¹⁸⁰, rendu sous le visa de l'article 102, pour la détermination d'une position dominante collective dans le cadre du contrôle des concentrations¹¹⁸¹. La réciprocité des renvois permet d'affirmer que le concept est interprété de la même manière dans les deux domaines et donc que les deux dispositifs comprennent l'interdépendance oligopolistique¹¹⁸². La Commission

¹¹⁷⁶ Pour une présentation de l'évolution du concept voir notamment P. RINCAZAUX, E. DIENY, *Position dominante collective : vers une notion unifiée ?*, RLC, 2005, n° 3.

¹¹⁷⁷ TPICE, *Gencor*, préc., point 276. Cet arrêt a été rendu en matière de concentration.

¹¹⁷⁸ TPICE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau*, T-193/02, point 111. Cette allusion est d'autant plus remarquable qu'elle ne présente pas d'utilité dans le cas d'espèce puisque le marché en question n'est pas un oligopole et que le Tribunal établit des liens entre les opérateurs par le biais du Règlement de la FIFA et non par une éventuelle interdépendance.

¹¹⁷⁹ TPICE, *Laurent Piau*, préc., point 111, le Tribunal fait notamment référence à l'arrêt *Airtours*, préc.

¹¹⁸⁰ CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge*, C-395/96.

¹¹⁸¹ Voir CJCE, 10 juillet 2008, *Impala*, C-413/06, point 119.

¹¹⁸² Voir notamment A. JONES, B. SUFRIN, *EU competition law*, 2014, 5^{ème} éd., Oxford University Press, p. 722 ; J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU law of competition*, préc., . 383 ; D. GERADIN, A. LAYNE-FARRAR, N. PETIT, *EU competition law and economics*, préc., p. 199 ; C. PRIETO, *Jurisclasseur Europe Traité*, Fasc. 1435, *Abus de position dominante*, point 88. Par ailleurs, le Professeur Petit relève que le concept de position dominante individuelle étant interprété de la même manière dans le cadre du contrôle des concentrations et dans celui des pratiques unilatérales, le raisonnement doit être le même pour la dominance collective, N. PETIT, *The oligopoly problem in EU competition law*, préc. Voir pour une critique économique de l'alignement des critères E. AVENEL, N. DALEY, G. de MUIZON, *Position dominante collective : dépasser les critères Airtours en matière de contrôle a posteriori des pratiques anticoncurrentielles*, RDLC, 2011, n° 4, p. 41.

confirmera cette position dans un document de réflexion publié en 2005¹¹⁸³, de la même manière qu'elle avait entériné le test issu de la jurisprudence *Airtours*.

422. Malgré cette confirmation de principe, aucune décision n'a utilisé le concept dans le cas d'une collusion tacite pure. En effet, dans toutes les décisions statuant sur une position dominante collective d'autres liens sont démontrés pour corroborer les relations des entreprises¹¹⁸⁴. Or, cette absence d'application effective laisse des questions en suspens dont au moins deux sont importantes pour notre propos.

423. En premier lieu, la philosophie *ex post* du contrôle implique-t-elle que la collusion tacite soit effective afin de caractériser une position dominante collective ? Ainsi, la question se pose de savoir si la jurisprudence se contentera d'un marché incitant les opérateurs à coordonner leurs positions, comme c'est le cas en matière de concentration, ou bien si une coordination des comportements sera exigée. En raisonnant par analogie, la tentation est grande de penser que le potentiel suffit, à l'instar de la doctrine de la position dominante individuelle dans laquelle l'exercice du pouvoir de marché n'est pas nécessaire pour être considéré comme dominant¹¹⁸⁵. Cependant, il semble que la jurisprudence *Laurent Piau* pose l'exigence d'un comportement collectif lorsqu'elle affirme qu'« *une position dominante peut être détenue par deux ou plusieurs entités économiques, juridiquement indépendantes l'une de l'autre, à condition que, du point de vue économique, elles se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective* »¹¹⁸⁶. Ainsi, la notion d'entité collective semble recouvrir une certaine identité de comportement pour que les entreprises soient perçues comme telle. En outre, le Professeur Petit remarque que « *l'emploi du présent et l'absence de terminologies modales habituellement retenues en matière de dominance individuelle démontrent qu'un degré effectif d'apparition de parallélismes de*

¹¹⁸³ Document de réflexion de la Commission sur les abus de position dominante, 19 décembre 2005, point 46.

¹¹⁸⁴ C. PRIETO, D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, préc., p. 856 et s. ; N. PETIT, *The oligopoly problem in EU competition law*, préc. ; H. HAUPT, *Collective Dominance under Article 82 EC and EC Merger Control in the Light of the Airtours Judgment*, préc.

¹¹⁸⁵ Voir Commission européenne : Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, décembre 2008, JO C 45/2009, point 11 : « *La Commission considère qu'une entreprise capable d'augmenter les prix rentablement au-delà du niveau concurrentiel pendant une longue période ne subit pas de pressions concurrentielles effectives suffisantes et peut donc, d'une manière générale, être considérée comme dominante* ». Soulignement ajouté par nous ».

¹¹⁸⁶ TPICE, *Laurent Piau*, préc., point 110. Soulignement ajouté par nous.

comportement est requis »¹¹⁸⁷. Aussi, il apparaît que cette exigence est une condition de la caractérisation, même si en l'absence de décision explicite en ce sens le doute demeure.

424. En second lieu, la question de l'abus est épineuse. Nous avons vu que pour être en position dominante collective, dans le cadre d'un oligopole, il faut remplir les conditions posées par la jurisprudence *Airtours* et se présenter ou agir comme une entité collective. Or, cela représente une collusion tacite effective sur un paramètre de concurrence. Ainsi, l'abus ne peut évidemment pas consister dans l'alignement des comportements, qui au demeurant constitue une adaptation intelligente aux actions des concurrents licite¹¹⁸⁸. Plusieurs propositions doctrinales tentent d'apporter une réponse à la question de savoir quel comportement peut être considéré comme un abus.

425. Le Professeur Whish avance que l'abus pourrait être caractérisé lorsque la collusion tacite atteint un niveau excessif¹¹⁸⁹. Cette thèse permettrait l'appréhension du phénomène de collusion tacite d'une certaine gravité tout en évitant d'aboutir à la sanction de comportements en principe licite. Bien que privilégiée en doctrine¹¹⁹⁰, cette proposition se heurte à plusieurs difficultés relatives à la question générale de l'ingérence des autorités dans la politique de prix des entreprises¹¹⁹¹.

426. D'autres auteurs ont émis le souhait de voir aligner la notion d'abus de domination collective avec celle en vigueur dans le domaine des positions dominantes individuelles, ce qui, d'après le Professeur Petit, ne résiste pas à un « *examen critique sérieux* »¹¹⁹². Une autre proposition consisterait à décider que l'abus vise les pratiques facilitatrices de la collusion tacite¹¹⁹³. Cette position, séduisante au vu de notre objet d'étude, permettrait de combler les

¹¹⁸⁷ N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc., p. 445. L'auteur relève également que le Tribunal, dans l'arrêt *Laurent Piau*, a cherché à établir que les agents de joueurs s'étaient partagés le marché et donc que la collusion était effective.

¹¹⁸⁸ Voir CJCE, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie »*, point 174.

¹¹⁸⁹ R. WHISH, *Competition law*, préc., p. 580.

¹¹⁹⁰ S. STROUX, *US and EC oligopoly control*, International Competition Law Series n° 14, Kluwer Law International, The Hague, 2004, p. 115 ; J. FAULL, A. NIPKAY, *The EC law of competition*, 2007, 2nd éd., page 343 et s. ; R. BLASELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, p. 245 ; A. JONES, *Woodpulp : concerted practices and/or conscious parallelism*, ECLR, 1993, n° 6, p. 273.

¹¹⁹¹ Pour une étude détaillée des difficultés rencontrées par cette approche voir N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc., p. 455 et s.

¹¹⁹² N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc., p. 467.

¹¹⁹³ Voir notamment A. JONES, B. SUFRIN, *EU competition law*, préc., p. 725 ; T. VECCHI, *Unilateral conduct in an oligopoly according to the discussion paper on art 82: conscious parallelism*

lacunes que nous avons identifiées dans le cadre de l'article 101, c'est-à-dire l'exigence d'un accord. Ainsi, les pratiques de signalement¹¹⁹⁴ ou les clauses anglaises¹¹⁹⁵ pourraient être sanctionnées sur ce fondement, ce qui donnerait l'opportunité de lutter contre tous les outils de la collusion tacite. Cette proposition pourrait être d'une efficacité non négligeable, surtout si l'on souscrit à la thèse selon laquelle la collusion tacite pure n'existe pas¹¹⁹⁶. Cependant, le Professeur Petit relève une difficulté de taille : si la collusion tacite n'est pas condamnable en elle-même alors il n'est pas possible de sanctionner des pratiques qui lui donnent naissance ou qui la renforcent¹¹⁹⁷. Ainsi, sauf à revenir sur l'exigence d'un comportement dans la caractérisation de la position et ne grader que les critères structurels, cette proposition ne semble pas applicable.

427. Enfin, de façon originale, M. Petit propose une approche dynamique selon laquelle seules les pratiques visant au maintien de la collusion tacite tomberait sous le coup de l'article 102 TFUE. Cette proposition est bien plus en phase avec la théorie économique sur la question puisqu'elle viendrait sanctionner les comportements stratégiques¹¹⁹⁸ des opérateurs visant « à contrer artificiellement le jeu naturel des forces du marché » en préservant leur coordination de chocs exogènes ou encore d'éventuelles contestations¹¹⁹⁹. Nous avons vu que c'est un rôle essentiel des échanges d'informations que de maintenir l'équilibre collusif par la surveillance des comportements et qu'ils sont sanctionnés sur ce fondement. Aussi, cette

or abuse of collective dominance, World Competition, 2008, vol 31, p. 385 ; C. LEVASSEUR, *Entente ou abus de position dominante collective ?*, Revue Concurrence consommation, mars-avril 2002, n° 126, p. 11.

¹¹⁹⁴ En terme de responsabilité, le principe de la responsabilité individuelle d'une position dominante collective a été posé par le Tribunal dans l'affaire Irish Sugar, TPICE, 7 octobre 1999, Irish Sugar, T-228/97, point 66 : « En effet, si l'existence d'une position dominante collective se déduit de la position que détiennent ensemble les entités économiques concernées sur le marché en cause, l'abus ne doit pas nécessairement être le fait de toutes les entreprises en question ». Cette interprétation élargit cette voie de contrôle notamment aux pratiques de signalement, en ce sens A. JONES, B. SUFRIN, *EU competition law*, préc., p. 725 ; G. MONTI, *The scope of collective dominance under article 82 EC*, CMLR, 2001, vol. 38, p. 131.

¹¹⁹⁵ Les clauses anglaises n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 101 TFUE car elles sont conclues entre une entreprise et ses clients et non entre deux ou plusieurs entreprises.

¹¹⁹⁶ T. PENARD, *Collusion et comportements dynamiques en oligopole*, p. 6.

¹¹⁹⁷ N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc., p. 465. Quant aux pratiques visant un renforcement de l'interdépendance, bien que leur appréhension serait justifiée sur le plan des principes, il est en pratique extrêmement délicat de distinguer la création du renforcement d'une position dominante.

¹¹⁹⁸ Au sens de la théorie économique, voir supra nos développements Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 1.

¹¹⁹⁹ N. PETIT, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, préc., p. 494, voir pour des explications détaillées p. 473-494.

proposition donne une cohérence intéressante quant à l'articulation des deux dispositifs couplée à une souplesse bienvenue quant à la définition de la pratique constitutive de l'abus.

428. À l'issue de ce tour d'horizon des possibilités de lutte contre la collusion tacite offertes par l'article 102, on constate que ce dernier constitue une voie intéressante et largement ouverte. Cependant, la Commission, malgré des affirmations de principe, a fait part d'un désintérêt certain dans sa communication relative aux orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article [102] du traité¹²⁰⁰. En effet, alors que des clarifications étaient réclamées sur ce point, la Commission élude la question en affirmant que « *le présent document ne vise que les abus commis par les entreprises occupant une position dominante individuelle* »¹²⁰¹. La Commission ne perçoit donc cet outil que comme un substitut permettant par exemple de compenser une difficulté de preuve, comme ce fut le cas dans l'affaire *Irish Sugar*¹²⁰² ou encore dans l'affaire *Verre plat italien*¹²⁰³. Ainsi, en attendant une éventuelle application de l'article 102 à l'interdépendance oligopolistique, le contrôle des concentrations reste le terrain de prédilection de la lutte contre la collusion tacite. Cependant, au vu des difficultés mises en lumière quant au contrôle prospectif, nous estimons qu'il est préférable de contrôler ce phénomène par le biais des dispositions comportementales du droit de la concurrence, d'où le rôle important de l'article 101 en la matière.

¹²⁰⁰ Communication de la Commission : Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 2009, C 45/02.

¹²⁰¹ *Ibidem*, point 4.

¹²⁰² Décision de la Commission, 14 mai 1997, *Irish Sugar*, IV/34.621 confirmé par TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, T-228/97. Voir POILLOT-PERUZZETTO S., CCC, 2000, n°2, p. 17; ARHEL P., LPA, 2000, n°16, p. 9. Dans cette affaire, la Commission utilise le concept de position dominante collective pour sanctionner une entreprise en position dominante pour le comportement de sa filiale. Or, à défaut de pouvoir prouver une volonté commune, la Commission a considéré qu'elles occupaient une position dominante collective verticale et que la filiale avait abusé de cette position.

¹²⁰³ TPICE, 10 mars 1992, *Verre plat italien*, T-68/89. Dans cette affaire, le Tribunal a reproché à la Commission d'avoir recyclé des faits constitutifs d'ententes en abus de position dominante collective, voir D. POPE, *Some reflections on Italian flat glass*, ECLR, 1993, 14(4), p. 172. Cette affaire a également montré les limites de la distinction entre entente et abus de position dominante en matière d'oligopole, voir E. GARCIA-ROSADO, *Pratiques anticoncurrentielles au sein d'oligopoles : le lien entre les ententes et les abus de position dominante collective*, RDLC, 2005, n° 3.

Paragraphe 2 : Vers une plus grande cohérence de la lutte contre la collusion tacite

429. Au vu des évolutions relatives aux effets coordonnés issus d'une concentration et de l'absence d'application effective de l'article 102 aux situations d'oligopole, il apparaît que le dispositif d'interdiction des ententes demeure la principale voie de lutte contre la collusion tacite, car nous avons vu qu'elle n'est quasiment jamais pure. Or, la pratique facilitatrice par excellence est l'échange d'informations (A). Cependant, les autres voies d'action présentent un intérêt certain car leur fondement économique solide en fait un exemple à suivre en vue d'améliorer le contrôle des échanges d'informations (B).

A/ La lutte indirecte contre la collusion par le contrôle des échanges d'informations

430. La théorie économique a, de longue date, mis en lumière le fait que les échanges d'informations facilitent la collusion tacite dans quasiment tous ses aspects¹²⁰⁴. Cela explique certainement que la Commission ait, dès 1968, pris conscience de ce problème¹²⁰⁵. Toutefois, il faudra attendre encore quasiment trente ans pour qu'une décision soit prise sur ce seul fondement¹²⁰⁶ : « *En accroissant la transparence sur un marché très concentré et en renforçant la cohésion entre les principaux fournisseurs de ce marché par des contacts réguliers et secrets, il est possible de maintenir les prix à un niveau général élevé [...] [la pratique permet de] réagir aussitôt et donc de neutraliser toute initiative de l'un d'entre eux* »¹²⁰⁷. Cette décision identifie clairement les conditions de la collusion tacite telles que

¹²⁰⁴ Voir supra nos développements Titre I, Chapitre II, Section II, Paragraphe 1. Il nous semble important de rappeler que les échanges d'intentions futures prix et/ou quantités ne sont pas concernés par ces développements car nous avons vu qu'ils sont considérés, à juste titre, comme une entente à part entière et non comme une pratique facilitatrice de la collusion tacite.

¹²⁰⁵ Communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises, 1968, JO C075, 29/07/68, p. 3.

¹²⁰⁶ La jurisprudence *John Deere*, préc. est la première décision à avoir sanctionner un échange d'informations passées sans que soit suspectée une entente explicite dont l'échange serait la traduction visible.

¹²⁰⁷ Décision de la Commission, *UK Agricultural Tractor Exchange*, préc. point 40 et 52. Voir cependant F. LÉVÊQUE qui reproche à la Commission d'avoir opéré un mélange des genres en faisant également référence aux enseignements de la théorie statique dont nous avons vu qu'ils étaient

mises en lumière par la théorie économique. Aujourd'hui, le principe de la lutte indirecte contre la collusion tacite est bien ancré en droit positif, comme en témoigne les décisions postérieures ainsi que les lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale¹²⁰⁸.

431. Cependant, certains auteurs contestent le fait que l'observation d'un échange ayant le potentiel de faciliter une hypothétique collusion suffise à prononcer une interdiction de la pratique¹²⁰⁹. Ainsi, M. Rosati affirme que l'argument de la réduction d'incertitude, fondement du contrôle, est « *dépourvu de tout fondement économique* » car la transparence, même augmentée artificiellement, peut dans certaines circonstances renforcer la concurrence¹²¹⁰. Nous avons vu que les autorités de concurrence tiennent compte de cette possibilité en distinguant, parfois maladroitement, l'incertitude relative au comportement commercial des entreprises de celle relative au fonctionnement du marché. Néanmoins, il leur est reproché un manque de globalité dans l'analyse conduisant à des erreurs de type I puisque « *la transparence du marché est une condition nécessaire à la réalisation d'une entente mais elle n'est pas une condition suffisante* »¹²¹¹. En outre, selon ces auteurs, la littérature sur la collusion dynamique ne devrait conduire à une sanction des échanges d'informations que lorsqu'ils sont le support d'une entente¹²¹². Procéder différemment revient à nier un pan entier de la théorie économique, constitué de l'analyse statique. Cependant, bien que considérée comme exploitable par certains¹²¹³, les autorités n'utilisent pas cette littérature car celle-ci

très différents, *Échanges d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? La jurisprudence John Deere vue par un économiste*, préc.

¹²⁰⁸ Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale, préc. point 61 : « *Un échange d'informations peut donc constituer une pratique concertée s'il diminue l'incertitude stratégique sur le marché et, partant, facilite la collusion* ».

¹²⁰⁹ F. LÉVÊQUE, *Échanges d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? La jurisprudence John Deere vue par un économiste*, préc. ; F. VENAYRE, *Échanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels*, RLC, 2006, n° 6, p. 20 ; L. FLOCHEL, *Les échanges d'informations : le point de vue de l'économiste*, RDLC, 2011, n° 2, p. 5 ; F. ROSATI, *Échanges d'informations et autres comportements coordonnés : pour une théorie de l'entente*, RDLC, 2008, n°4, p. 27.

¹²¹⁰ F. ROSATI, *Échanges d'informations et autres comportements coordonnés : pour une théorie de l'entente*, préc. point 15.

¹²¹¹ *Ibidem*.

¹²¹² F. LÉVÊQUE, *Échanges d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? La jurisprudence John Deere vue par un économiste*, préc. ; F. VENAYRE, *Échanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels*, préc.

¹²¹³ *Information sharing : economics and antitrust*, X. VIVES, article issu de l'étude de l'autorité suédoise de concurrence intitulée *The pros and cons of information sharing*, 2006 ; F. LÉVÊQUE, *Échanges d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? La jurisprudence John Deere vue*

réclame une analyse très fine des caractéristiques de marché difficilement réalisable¹²¹⁴. Enfin, certains estiment que ce type d'échanges d'informations ne devrait jamais être considéré comme la preuve décisive d'une collusion, même dans le cas où un parallélisme de prix serait constaté¹²¹⁵. Ces derniers expliquent que ces deux éléments peuvent être présents sur un marché intensément concurrentiel et que par suite cette utilisation de l'échange d'informations en tant que preuve d'une collusion est pour le moins aléatoire et risque de générer des erreurs de type I préjudiciables.

432. En définitive, nous estimons que l'approche préventive, c'est-à-dire la réduction du potentiel collusoire du marché, doit être circonscrite au contrôle des concentrations dont c'est la vocation, à l'inverse du contrôle rétrospectif qui doit avoir pour objectif de sanctionner un comportement concrètement capable de restreindre la concurrence. Or, augmenter le potentiel collusoire d'un marché sur lequel la collusion demeure impossible n'est pas restrictif de concurrence. Ce constat est d'autant plus important que les échanges d'informations engendrent de nombreux gains d'efficience. Au surplus, le test réalisé dans le cadre prospectif apparaît comme nettement plus rigoureux que celui que nous avons exposé relativement aux échanges d'informations. Ces éléments amènent à s'interroger sur une éventuelle amélioration de l'analyse des échanges d'informations basée sur l'article 101 TFUE.

B/ Une élévation du standard de la preuve souhaitable ?

433. La question posée ici est celle de savoir si les risques d'erreurs de type I peuvent être limités par une amélioration du test préconisé en matière d'échanges d'informations. Nous avons vu que la prise en compte de la littérature statique n'est pas envisageable dans son état

par un économiste, préc. ; F. VENAYRE, Échanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels, préc.

¹²¹⁴ Voir par exemple P. CHONÉ, *Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques : analyse économique et jurisprudence récente du Conseil de la concurrence*, préc. Cependant, les autorités reconnaissent les nombreux effets bénéfiques des échanges d'informations dont une grande partie provient de cette littérature.

¹²¹⁵ C. CAFFARRA, K.-U. KÜHN, *The cost of simplistic rules for assessing information exchange : the italian jet fuel decision*, préc., p. 141.

actuel. Il faut donc s'interroger sur une solution fondée économiquement mais également crédible.

434. Le fondement de la sanction des échanges d'informations étant clairement reconnu il faut donc chercher du côté de la théorie de la collusion tacite et l'approche moderne par la théorie des jeux. Cette dernière identifie les quatre conditions d'existence et de viabilité de la collusion tacite. Or, nous avons vu que la sanction des échanges d'informations répond aujourd'hui à une logique de « check-list » dans laquelle de nombreux éléments sont pris en compte mais où il manque une vision globale de la situation. Certains reprochent même aux autorités de sélectionner et de n'utiliser que certains facteurs à l'appui de leur démonstration¹²¹⁶. Or, cette démarche nie les enseignements de la théorie de la collusion tacite dont elle se revendique et instaure un standard de preuve particulièrement faible et surtout imprévisible. En effet, nous avons vu que la matière est dominée par une casuistique qui rend extrêmement difficile l'évaluation de leurs pratiques par les entreprises qui sont dès lors soumises à une grande insécurité juridique. Or, cette démarche était utilisée et critiquée pour sa propension aux erreurs de type I en matière de concentration avant d'être remplacée par le test *Airtours*¹²¹⁷. Aussi, il semble utile se demander s'il serait opportun d'appliquer ce test lors de l'analyse des effets restrictifs d'un échange d'informations.

435. Un échange d'informations a pour effet une augmentation de la transparence sur le marché. Cet effet favorise principalement la réalisation des conditions de compréhension mutuelle (C1) et de détection des déviations (C2). Or, la théorie des jeux nous enseigne qu'une collusion tacite n'est pas soutenable sans un mécanisme de représailles et une protection face aux menaces externes. Certains économistes vont plus loin et estiment que les échanges d'informations ayant une fonction de surveillance sont plus dommageables à la concurrence que ceux qui permettent la coordination¹²¹⁸. Le raisonnement est le suivant : lorsqu'une coordination permet d'aboutir à un niveau de prix supra-concurrentiel, la collusion va nécessairement être contestée, que ce soit par des entrants attirés par le niveau des prix ou par des concurrents souhaitant augmenter leur part de marché. Ainsi, une coordination pourra aboutir à une concurrence exacerbée. Cependant, si un mécanisme de surveillance/représailles (C2, C3) est mis en place aucune contestation n'est possible et la collusion perdure. Aussi,

¹²¹⁶ F. WAGNER-VON PAPP, *Information exchange agreements*, préc.

¹²¹⁷ N. PETIT, *The oligopoly problem in EU competition law*, préc.

¹²¹⁸ E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2005, p. 124.

l'échange d'informations est un « *facilitateur de collusion tacite s'il permet non pas uniquement d'accroître la transparence du marché, mais [permet] d'identifier les éventuelles déviations* »¹²¹⁹. Ce point de vue nous paraît quelque peu excessif car il exigerait la démonstration des quatre conditions pour tous les types d'ententes, même explicites¹²²⁰. Néanmoins, dans le cadre de pratiques telles que les échanges d'informations analysés par les effets ces arguments sont très convaincants au vu des effets proconcurrentiels attachés à ceux-ci. La logique économique exhorte donc les autorités à transposer le test *Airtours* dans le contexte de l'évaluation des échanges d'informations.

436. Quant à l'aspect juridique de la question, les autorités de concurrence se refusent à cette élévation du standard de preuve. Ainsi, dans l'affaire de la téléphonie mobile le Conseil de la concurrence affirmait clairement « *qu'il ne ressort pas non plus de la jurisprudence communautaire [John Deere], qui doit être bien distinguée de celle du Tribunal de première instance du 6 juin 2002 Airtours c/Commission (T-342/99) qui a défini les conditions de la position dominante collective, que les échanges d'informations entre concurrents n'ont pas d'effet significatif sur la concurrence s'ils prennent place sur un marché sur lequel des mesures de rétorsion ne pourraient être aisément mises en place* »¹²²¹. Cependant, un argument de poids peut être trouvé dans les Lignes directrices de 2004 relatives à l'application de l'article 81 CE aux accords de transfert de technologie¹²²². Dans ce texte, la Commission explique que « *l'octroi de licences entre concurrents peut également faciliter la collusion. Le risque de collusion est particulièrement élevé sur les marchés concentrés. **Pour qu'il y ait collusion, il faut que les entreprises concernées aient la même opinion sur ce qui constitue leur intérêt commun et sur la façon dont les mécanismes de coordination doivent fonctionner. Pour qu'une collusion fonctionne, les entreprises doivent également pouvoir surveiller mutuellement leur comportement sur le marché et disposer de moyens suffisants pour dissuader de tout écart par rapport à la politique commune convenue, et les barrières à***

¹²¹⁹ L. FLOCHEL, *Les échanges d'informations : le point de vue de l'économiste*, préc.

¹²²⁰ Voir en ce sens F. ROSATI, *Échanges d'informations et autres comportements coordonnés : pour une théorie de l'entente*, préc. En effet, il nous semble qu'une élévation du standard de la preuve n'est justifiée que si les pratiques en question recouvrent des effets proconcurrentiels. Or, nous avons vu que les échanges de prix ou quantités futures sont extrêmement difficiles à justifier en terme d'efficacité.

¹²²¹ Décision n° 05-D-65, préc., point 180. Voir également la formule générale malgré le fait que l'échange portait sur des prix futurs, Décision de la Commission du 15 octobre 2008, COMP/39188, point 292.

¹²²² Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 CE aux accords de transfert de technologie, JO, n° C 101 du 27/04/2004.

l'entrée doivent être suffisamment élevées pour limiter l'entrée ou l'expansion des entreprises extérieures »¹²²³. Ce texte fait donc clairement dépendre le risque de collusion, examiné sous le visa de l'article 101, des quatre conditions d'existence et de pérennité identifiées en économie et utilisées en matière d'effets coordonnés issus d'une concentration horizontale. En définitive, aucun obstacle ne s'oppose à la transposition du test *Airtours* pour l'évaluation des effets d'un échange d'informations.

437. Sur un plan pratique, le test convient parfaitement aux échanges d'informations puisqu'ils procèdent du même phénomène. Ainsi, à l'aide des conditions identifiées l'analyse des effets devrait être en mesure de démontrer si la pratique (i) a un impact sur une ou plusieurs des conditions de la collusion tacite (C1,C2,C3,C4) et (ii) si les autres conditions sont remplies. Ce n'est que dans ce cas que l'échange d'informations peut être considéré comme un facilitateur de collusion tacite. En effet, si l'échange n'a d'influence sur aucune des conditions alors il ne peut pas être considéré comme facilitant la collusion et donc sanctionné en tant que tel. Cependant, nous avons vu que l'échange d'informations, en tant que pratique facilitatrice par excellence, influencera le plus souvent au moins une des conditions. Ensuite, il faut vérifier si toutes les conditions sont remplies car ce n'est que dans cette hypothèse que la collusion sera soutenable et donc néfaste. En accord avec M. Flochel, ce test revient à déterminer si l'échange d'informations est nécessaire et suffisant à l'émergence et au soutien d'une collusion tacite : « *Le caractère nécessaire signifie qu'en l'absence des échanges la collusion n'est pas soutenable. Le caractère suffisant signifie qu'avec les échanges d'informations, la collusion devient soutenable* ». ¹²²⁴ Ainsi, sur un marché où la collusion est possible sans la pratique en question, l'échange n'a aucun effet anticoncurrentiel et sa sanction s'en trouve injustifiée. Ce n'est que s'il permet la collusion qu'il doit être sanctionné en tant que pratique facilitatrice.

438. Cette élévation du standard de la preuve par transposition du test pratiqué en matière de concentration est réclamé par de nombreux auteurs¹²²⁵ et est seul à même de préserver les

¹²²³ *Ibidem*, point 143. Soulignement ajouté par nous.

¹²²⁴ L. FLOCHEL, *Les échanges d'informations : le point de vue de l'économiste*, préc.

¹²²⁵ Voir notamment K.-U. KÜHN, X. VIVES, *Information exchanges among firms and their impact on competition*, préc., p. 112 ; R. NITSCHKE, N. Von HINTEN-REED, *Competitive impacts information exchange*, CRA, juin 2004 ; N. PETIT, *The oligopoly problem in EU competition law*, préc. ; F. ROSATI, *Échanges d'informations et autres comportements coordonnés : pour une théorie de l'entente*, préc. ; L. FLOCHEL, *Les échanges d'informations : le point de vue de l'économiste*,

nombreux bénéfices attribués aux échanges d'informations, tout en fournissant aux entreprises la sécurité juridique qui leur est nécessaire. Au surplus, ce serait faire preuve d'une cohérence bienvenue que d'appréhender par le même test des phénomènes partageant un fondement théorique identique.

préc. ; J. CARLE, M. JOHNSON, *Benchmarking and E.C. competition law*, ECLR, 1998, vol. 19, n° 2, p. 74 et dans le contexte du droit des Etats-Unis voir S.S. DeSANTI, E.A. NAGATA, *Competitor communications: facilitating practices or invitations to collude? an application of theories to proposed horizontal agreements submitted for antitrust review*, Antitrust law journal, vol 63, n° 1, 1994, p. 93.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

439. L'évaluation d'un échange d'informations par le biais de l'approche par les effets s'avère être particulièrement complexe et surtout relativement imprévisible. En effet, nous avons vu que les autorités de concurrence pouvaient se montrer assez souple dans l'interprétation de certains éléments de l'analyse. La concentration du marché est un critère intéressant à ce titre car tout en étant un critère indispensable à la démonstration d'un effet anticoncurrentiel il fait l'objet de largesses importantes dans son interprétation. Nous avons vu que la théorie économique identifie de très nombreux facteurs ayant chacun des effets contradictoires en fonction de la présence d'autres facteurs. Au surplus, la plupart de ces facteurs sont difficilement quantifiables. Ces éléments ont conduit à une casuistique très préjudiciable aux entreprises et qui incite à relativiser la solidité du fondement de la sanction des échanges d'informations en tant que facilitateur de collusion. En effet, la jurisprudence a tendance à extraire quelques critères, le plus souvent en ne retenant que leur aspect facilitateur de collusion alors beaucoup sont ambigus. Ce faisant elle ne procède pas à l'analyse d'ensemble préconisée par la théorie économique et qu'elle revendique. Or, dans un domaine où la théorie économique est prolix et parfois contradictoire, il paraît indispensable d'établir un cadre clair à la sanction d'une pratique dont les autorités reconnaissent les nombreux bienfaits¹²²⁶.

440. En observant les autres outils dont disposent les autorités de contrôle contre la collusion tacite, il apparaît qu'une amélioration du test pratiqué est possible. L'utilisation des facteurs identifiés par la théorie économique n'est pas en cause. Cependant, il convient de prendre en compte l'ensemble de ces enseignements et notamment d'installer l'étude de ces facteurs dans un cadre robuste et clair. Encadrer cette étude dans des conditions déterminées rétablirait l'analyse d'ensemble prônée par les autorités et qui n'est pas toujours respectée en pratique. Or, ce cadre existe et a été révélé par la théorie de la collusion tacite pour ensuite être utilisé en matière de concentration et d'abus de position dominante collective. Il est donc légitime de questionner la cohérence d'un système qui appréhende des phénomènes de même nature par des analyses différentes. Ce test permettrait de redonner une crédibilité à l'approche

¹²²⁶ Voir par exemple Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, préc.

économique dont se réclame les autorités de concurrence et donc à améliorer l'évaluation concurrentielle de ces pratiques nécessaires au bon fonctionnement des marchés.

CONCLUSION

441. Conclure cette étude n'est pas chose aisée. Compte tenu de la grande variété de pratiques englobées par l'expression échanges d'informations et de la complexité de l'analyse concurrentielle qu'elles nécessitent il semble difficile d'extraire des enseignements clairs de cette étude.

442. La jurisprudence, notamment outre-Atlantique, a de longue date perçu, les problèmes de concurrence pouvant être soulevés par les échanges d'informations. Toutefois, le fondement de leur sanction est resté incertain voire instinctif. Par la suite, la théorie économique a progressivement fourni des bases solides à la poursuite de ces pratiques. Ce faisant, une difficulté est née de la richesse des enseignements de la théorie économique relatives aux échanges d'informations car une partie non négligeable de ces derniers sont apparus être d'une application quasiment impossible compte tenu des contingences matérielles auxquelles sont soumises les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence. Afin de dépasser cet écueil, celles-ci ont choisi d'utiliser la théorie de la collusion tacite, dont la pertinence est reconnue par la plupart des praticiens. À partir de ce choix, d'autres questions se sont posées.

443. Ainsi, juridiquement cette fois, une difficulté importante se présente sur le plan formel. La théorie économique a démontré que les annonces d'intentions, appelées cheap talk, pouvait être des substituts imparfaits, mais néanmoins efficaces, aux contacts directement réciproques. Or, la contrainte de la caractérisation d'un accord au sens de l'article 101 laisse un espace d'impunité bien perçu par les entreprises. Plusieurs solutions existent pour pallier cette lacune mais les institutions en charge de cette question ne semblent pas décider à agir, à court terme tout du moins. Selon nous, il est urgent de mettre en place une parade faute de quoi cette vision formaliste de la collusion pourrait, à moyen terme, faire perdre son efficacité au dispositif d'interdiction des ententes.

444. La jurisprudence récente, reprise par la Commission dans les lignes directrices sur la coopération horizontale, a eu le mérite de définir clairement les échanges d'informations assimilables à une entente et donc restrictifs par objet, traduisant ainsi les évolutions dues à l'imprégnation d'une culture de concurrence dans les entreprises. En effet, les entreprises, conscientes des lourdes menaces que fait peser sur elles le droit de la concurrence, utilisent de plus en plus les échanges d'informations à la place d'un réel accord de fixation des prix puisque, économiquement, le même résultat peut être atteint pour un risque de poursuite bien inférieur. En outre, il est intéressant de constater qu'il existe un vaste consensus sur ce point au sein de la doctrine économique. Aussi, le message de sévérité envoyé est le bienvenu à tous les niveaux.

445. Quant aux échanges d'informations n'entrant pas dans cette catégorie, la situation n'est pas satisfaisante. Comme le remarquait un auteur, l'essentiel des décisions relatives aux échanges d'informations provient désormais des autorités nationales de concurrence¹²²⁷. Dans cette optique, celles-ci disposent des lignes directrices sur la coopération horizontale qui constituent un guide d'analyse intéressant mais relativement insuffisant malgré la régulière affirmation dans les textes de « soft law », « à la façon d'un leitmotiv »¹²²⁸, de la nécessité pour les entreprises de bénéficier d'une sécurité juridique suffisante malgré la place de l'analyse économique¹²²⁹. Toutefois, face à la grande casuistique régnant en la matière, et les batailles d'économistes qui en découlent, la volonté d'aboutir à une harmonisation jurisprudentielle à l'échelle de l'Union pourrait rester lettre morte¹²³⁰. L'approche actuelle de type « check-list » semble relativement difficile à manier pour les autorités de concurrence qui ne parviennent pas à aboutir à une vision d'ensemble du risque de collusion dans la situation de marché soumise à examen. Cette difficulté a pour conséquence un manque de cohérence jurisprudentielle et donc de sécurité juridique pour les entreprises. Pour notre part, nous estimons que l'analyse substantielle sur laquelle repose l'ensemble du droit de la concurrence, justifiée par son besoin d'adaptabilité, ne doit pas être une excuse au manque de sécurité juridique dès lors que des voies d'amélioration des tests existent. Or, il est paradoxal

¹²²⁷ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, p. 617.

¹²²⁸ C. GRYNFOGEL, *La notion d'«objet anticoncurrentiel» et la sécurité juridique des entreprises*, préc.

¹²²⁹ L. BOY, J-B RACINE, F ; SIIRIAINEN, *Sécurité juridique et droit économique*, 2008, Larcier, notamment p. 299 l'article de C. PRIETO, *La sécurité juridique dans le droit de la concurrence*.

¹²³⁰ Voir notamment les divergences d'interprétation relativement au caractère public de l'information entre d'une part la Commission et d'autre part l'autorité néerlandaise et la Cour d'appel de Paris, supra Titre II, Chapitre II, Section I, Paragraphe 2.

de constater que, face aux nombreuses préoccupations exprimées récemment¹²³¹, la Commission ne rend pas de décision pour clarifier ce domaine et préfère laisser le soin aux autorités nationales de le faire. Ce déficit de clarté et de poursuite est de nature à inciter les entreprises à des réactions contraires aux objectifs de politique de concurrence: soit elles décideront de ne pas se lancer dans des pratiques pourtant souvent efficaces, soit elles décideront de ne pas mettre leurs pratiques en conformité avec le droit applicable, ce qui peut avoir des effets particulièrement restrictifs de concurrence. Aussi, il nous paraît dangereux de déléguer entièrement ce contentieux aux autorités nationales de concurrence du fait des nombreuses incertitudes qui l'entourent.

446. L'outil de la question préjudicielle pourra permettre de maintenir une certaine cohérence mais au prix d'une lourdeur procédurale problématique. Cependant, à notre avis, la meilleure solution réside dans l'élévation du standard de preuve vers un alignement avec les autres dispositifs de lutte contre la collusion tacite, c'est-à-dire la mise en place du test *Airtours* lors de l'évaluation des effets restrictifs de l'échange. Ce test pourrait faciliter l'analyse des échanges d'informations par les autorités et juridictions nationales puisqu'il permet de limiter les difficultés d'appréciation des multiples facteurs et d'aboutir à une réelle vision globale du phénomène de la collusion¹²³², réclamée par de nombreux auteurs. Ce cadre robuste, contrairement à la prise en compte de la littérature statique, n'entraînerait pas d'augmentation des coûts de poursuite tout en apportant une cohérence indispensable au

¹²³¹ Sur les deux dernières années: Séminaire *Exchange of information: dos and dont's*, Bruxelles 10 février 2015, supplément électronique RDLC; Séminaire *Exchange of information: current issues*, Bruxelles, 30 avril 2014, supplément électronique RDLC; Séminaire D. SEVY, V. MEUNIER, S. NAUGES, S. RISSER, *Existe-t-il des échanges d'informations pro-concurrentiels ?*, septembre 2013, RDLC, 2013, n° 3, supplément électronique; Round table on competition: *Market transparency and information exchange*, 4 juin 2015, à paraître dans *Journal of Antitrust Enforcement*, Oxford university press; G. KYPRIANIDES, *Critically evaluate treatment of information exchange in the TFEU article 101 cases*, ECLR, 2012, 33(9), p. 406-412; L. KAÏS, *Regulating information exchange in EU – no further restrictions by object but enough room for safe harbors*, ECLR, 2013, 34(7), p. 352; voir également dans des contextes particuliers B. LASSERRE, L. VOGEL, A. ITALIANER, M. JAEGER, *Échange d'informations confidentielles dans le cadre de l'application privée du droit de la concurrence (10 ans d'application du règlement 1/2003 et de la loi luxembourgeoise relative à la concurrence, Luxembourg-Kirchberg, 6 juin 2014)*, octobre 2014, RDLC, 2014, n° 4, p. 54; Séminaire *Échanges d'informations à l'occasion d'opérations de concentrations: quelles précautions prendre?*, Paris, 10 avril 2015 publié par RDLC; L. NEUER, *Échanges d'informations entre concurrents: où placer les limites?*, Les Échos, 19/06/2013.

¹²³² Au surplus, malgré la plus grande robustesse de ce test, il est lui aussi critiqué car certains estiment qu'il permet de considérer tout marché oligopolistique comme constitutif d'une position dominante collective, voir F. MARTY, *Sécurité juridique et recours à l'analyse économique dans le cadre du contrôle des concentrations* in L. BOY, J-B RACINE, F ; SIIRIAINEN, *Sécurité juridique et droit économique*, 2008, Larquier, p. 249.

traitement d'un phénomène appréhendé par différents outils. Enfin, ce test permettrait d'élever le standard de la preuve relatif à ces pratiques souvent bénéfiques, sans pour autant remettre en question le message légitime de sévérité envoyé par la reconnaissance d'une catégorie d'échanges d'informations objectivement anticoncurrentiel.

447. Finalement, la seule solution offerte aux entreprises pour éviter d'être confronté à ce flou jurisprudentiel est de mettre en place une veille concurrentielle et des programmes de conformité spécifiques aux échanges d'informations afin de limiter le risque de contradiction au droit de la concurrence¹²³³.

¹²³³ M. DEBROUX, R. SAINTE FARE GARNOT, *Programmes de conformité et risque concurrence : Témoignages croisés d'un juriste d'entreprise et d'un avocat*, RDLC, n°2, 2009, p. 230 ; Séminaire *Exchange of information: dos and dont's*, Bruxelles 10 février 2015, supplément électronique RDLC ; B. LAURIN, *Rédiger un accord portant sur des échanges d'informations*, 2012, disponible sur le site www.racine.eu; N. PETIT, C. GHEUR, *Les échanges d'informations et les règles de concurrence*, 2011, disponible sur le site de la Fédération des Entreprises de Belgique.

ANNEXE :

Glossaire des termes économiques¹²³⁴ :

A

Aléa moral :

Il y a aléa moral (ou risque moral ou hasard moral) lorsque, après la signature d'un contrat, l'une des deux parties est en mesure de léser l'autre en raison de l'asymétrie d'information qui existe entre elles. Cette situation résulte du fait que l'un des deux contractants adopte un comportement opportuniste car l'autre n'est pas en mesure d'observer son comportement ou de déterminer si ce comportement est approprié aux circonstances.

Allocation des ressources :

L'allocation des ressources est le processus par lequel les facteurs de production disponibles dans une économie sont alloués (affectés) aux différents usages économiques possibles.

Antisélection :

Il y a antisélection (ou sélection adverse) sur un marché lorsque l'asymétrie d'information conduit à éliminer les produits et/ou les agents économiques de meilleure qualité.

Asymétrie d'information :

Il y a asymétrie d'information lorsque, dans le cadre d'un contrat, un agent économique détient plus d'information qu'un autre.

Aversion pour le risque :

Les notions d'aversion pour le risque et de préférence pour le risque sont issues de la théorie des jeux. L'attitude face au risque d'un agent économique traduit la nature de ses préférences sur des événements aléatoires.

¹²³⁴ Sauf indication contraire, les définitions ci-dessous proviennent de l'ouvrage de A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO, A-M DRAI, *Dictionnaire de science économique*, 4^{ème} éd., 2014, Armand Colin.

B

Barrières à l'entrée :

Les barrières à l'entrée sont les obstacles à la concurrence que peut rencontrer une entreprise pour pénétrer sur un marché. La théorie des barrières à l'entrée met en évidence une dissymétrie entre les firmes déjà installées et les entrants potentiels ayant pour conséquence de défavoriser ces derniers.

Bien complémentaire :

Un bien complémentaire est un bien lié à l'utilisation d'un autre bien. La demande de ce bien varie parallèlement à celle de l'autre produit.

Bien-être :

Le bien-être correspond à la satisfaction éprouvée par les individus du fait de leur niveau de vie et de la qualité de leur vie. Ce bien-être peut donc être mesuré au niveau individuel en enregistrant le jugement subjectif que porte les agents économiques sur le niveau de bien-être qu'ils éprouvent.

Bien substituable :

Un bien est substituable à un autre lorsque l'on peut remplacer l'un par l'autre. Une hausse du prix relatif de l'un des deux biens tend, toutes choses égales par ailleurs, à accroître la demande de l'autre bien.

C

Choc de demande :

Un choc de demande est une perturbation de l'activité économique liée à une hausse ou à une baisse brutale de la demande.

Comportement stratégique :

Le comportement stratégique est l'ensemble des décisions prises par l'entreprise dont le but est d'influencer l'environnement de marché pour augmenter son profit. (D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, Deboeck, 2^{ème} édition, 2008, p. 428)

Concurrence imparfaite :

La concurrence est dite imparfaite lorsqu'une des cinq conditions au moins de la concurrence pure et parfaite n'est pas vérifiée.

Concurrence pure et parfaite :

Un marché en situation de concurrence pure et parfaite remplit cinq conditions : atomicité du marché, fluidité du marché (entrée et sortie), homogénéité des produits, transparence du marché, mobilité des facteurs de production.

Contrats incomplets :

La théorie des contrats incomplets vise à rendre compte de l'incomplétude des contrats à partir de deux types de problèmes contractuels : la rédaction et la vérifiabilité des clauses prévues par le contrat.

Corrélation :

La corrélation désigne la plus ou moins grande dépendance entre deux variables statistiques.

D**Différenciation :**

La différenciation des produits désigne un ensemble d'actions par lesquelles une entreprise cherche à singulariser son ou ses produits, à leur donner un caractère unique et les rendre ainsi différents des produits qui sont offerts par les concurrents.

Dispersion :

On parle de dispersion pour désigner la variabilité des données d'une distribution statique. Les indicateurs de dispersion les plus couramment retenus sont l'étendue, mesurée par la différence entre les valeurs extrêmes, l'écart type ou les intervalles inter quantiles.

Dynamique :

L'analyse dynamique consiste en l'étude des évolutions par l'étude de modèles à plusieurs périodes. (D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, Deboeck, 2^{ème} édition, 2008, p. 11)

E, F**Économie de l'information :**

L'économie de l'information est une branche de l'économie qui s'intéresse à la façon dont l'information affecte les décisions économiques et le fonctionnement des marchés.

Économie industrielle :

L'économie industrielle étudie le fonctionnement du système productif (organisation des marchés, comportement stratégique des marchés). Elle est un outil d'aide à l'élaboration des décisions par les dirigeants d'entreprises et par les instances de régulation des marchés.

Efficienc

Au sens général, l'efficience caractérise un processus qui permet d'atteindre un objectif donné dans les conditions les plus favorables, c'est-à-dire à moindre coût.

Elasticité prix :

L'élasticité prix exprime la sensibilité de la demande (ou de l'offre) par rapport aux prix. Elle se calcule en faisant le rapport entre la variation relative de la quantité demandée (offerte) d'un bien quelconque et la variation relative du prix de ce même bien.

Equilibre concurrentiel :

L'équilibre concurrentiel désigne l'équilibre qui s'établit sur un marché de concurrence pure et parfaite. Il résulte de la confrontation de l'offre et de la demande du marché.

Equilibre de Nash :

L'équilibre de Nash est une solution de théorie des jeux proposée en 1951 par le mathématicien J. F. Nash. Cet équilibre d'un jeu non coopératif correspond à une combinaison de stratégies dans laquelle aucun des acteurs ne peut espérer améliorer sa situation par un changement unilatéral de stratégie.

Folk theorem :

En théorie des jeux, le Folk theorem est un théorème selon lequel, en cas de jeux répétés, des agents rationnels et égoïstes ont de grandes chances d'adopter un comportement mutuellement avantageux dès lors qu'ils sont suffisamment patients et que le jeu est infiniment répété.

I, M, O**Incertitude :**

Un agent économique est dans une situation d'incertitude lorsqu'il ne dispose pas de toutes les informations relatives à une situation future à propos de laquelle il doit prendre une décision aujourd'hui.

Incitation :

Une procédure d'incitation est un dispositif par lequel on tente de conduire les individus à exécuter correctement une tâche, à adopter tel ou tel comportement ou appliquer loyalement les clauses d'un contrat. Sur un marché walrasien, le mécanisme des prix relatifs et les comportements maximisateurs des agents économiques constituent une procédure d'incitation suffisante.

Interdépendance oligopolistique :

Phénomène qui a pour conséquence le fait que les décisions de chacun des membres de l'oligopole influencent celles des autres et modifient les conditions de marché. (M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité de d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983 p. 133)

Marché contestable :

Le marché d'un bien ou d'un service est disputable (ou contestable) si, d'une part, l'entrée sur ce marché est complètement libre, et si, d'autre part, la sortie de ce marché se fait sans coût.

Oligopole :

Un oligopole est une situation de marché dans laquelle un petit nombre d'offreur est confronté à un grand nombre de demandeurs. La caractéristique fondamentale des marchés oligopolistiques est l'interdépendance des actions des différents offreurs.

S, T**Statique :**

L'analyse statique considère le fonctionnement des marchés au cours d'une période seulement. (D. W. CARLTON, J. M. PERLOFF, *économie industrielle*, Deboeck, 2^{ème} édition, 2008, p. 11)

Théorie des incitations :

La théorie des incitations est une composante de la nouvelle microéconomie qui se consacre à l'étude des dispositifs qui peuvent conduire les individus à adopter tel ou tel comportement dans un contexte marqué par des conflits d'intérêt et une asymétrie d'information.

Théorie des jeux :

La théorie des jeux vise à rendre compte de situations dans lesquelles des individus rationnels prennent des décisions en interaction et sont conscients de ces interactions.

Volatilité de la demande :

La volatilité de la demande est la mesure de l'amplitude des variations de la demande relative à un produit ou à un service. Elle se mesure par l'écart type de la série statistique considérée.

BIBLIOGRAPHIE

I/ SOURCES DOCTRINALES

MONOGRAPHIES, MANUELS, THESES :

AMATO R.

- *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles – étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruylant, 2014.

ARCELIN-LÉCUYER L.

- *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, 2001, Lexis Nexis

- *Droit de la concurrence. Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, 2013, 2^{ème} édition, Presses Universitaires de Rennes.

BEJEAN S., PEYRON C.

- *Microéconomie*, Dalloz, 2003.

BELLAMY C., CHILD G.

- *European Community Law of Competition*, 6^{ème} éd., Oxford University Press, 2009.

- *European Union law of competition*, 7^{ème} éd., Oxford University Press, 2013.

BOUTARD LABARDE M-C

- *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.

BOY L., RACINE J-B., SIIRIAINEN F.

- *Sécurité juridique et droit économique*, 2008, Larcier.

BRAULT D

- *Politique et pratique de la concurrence en France*, LGDJ, 2004.

BRUNET F., CANIVET G.

- *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008.

CARLTON D. W., PERLOFF J. M.,

- *Economie industrielle*, Deboeck, 2^{ème} édition, 2008.

COMBE E.

- *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz Sirey 2005

- *Cartels et ententes*, Dalloz, 2004.

DARGAUD E.

- *Mise en œuvre de la politique de concurrence dans le cadre du contrôle des concentrations horizontales*, thèse de doctorat soutenue à l'Université Lumière-Lyon II le 7 décembre 2007.

DE BANDT J., GOURDET G.

Immatériel, nouveaux concepts, 2001, Editions Economica, Paris

EBER N.

- *Théorie des jeux*, Dunod, 3^{ème} édition 2013

DECOCQ A., DECOCQ G.

- *Droit de la concurrence*, LGDJ, 2012.

FASQUELLE D.

- *La règle de raison et le droit communautaire des ententes*, Thèse Paris, 1991

FAULL J., NIKPAY A.

- *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1^{ère} éd. 1999.

- *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2^{ème} éd, 2007.

- *The EC law of competition*, Oxford University Press, 3^{ème} éd, 2014.

FAURÉ V.

- *L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Dalloz, 2005.

FRISON-ROCHE M-A., PAYET M-S.

- *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006.

GABSZEWICZ J.

- *La concurrence imparfaite*, éd. La Découverte, collection Repères, 2003.

GERADIN D., LAYNE-FARRAR A., PETIT N.

- *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012.

GLAIS M., LAURENT P.

- *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, PUF, 1983.

GLAIS M.

- *Économie industrielle*, Litec, 1992.

GRYNFOGEL C.

- *Droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008.

GUERRIEN B.

- *La théorie des jeux*, Economica, 4^{ème} édition, 2010.

HAL R. VARIAN

- *Analyse microéconomique*, 3^{ème} édition, De Boeck, 1995.

IDOT L.

- *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006

JALABERT-DOURY N.

- *Les inspections de concurrence*, Bruylant, 2^{ème} éd, 2013.

JONES A., SUFRIN B.

- *EU competition law*, 5^{ème} éd., 2014, Oxford University Press

KIRZNER I.

- *Competition and entrepreneurship*, The University of Chicago Press, 1973, traduction en langue française : R. Audouin, *concurrence et esprit d'entreprise*, Economica, 2005.

KRUGMAN P., WELLS R.

- *Microéconomie*, De Boeck, 2009, 2^{ème} édition.

LEHUÉDÉ P.

Droit de la concurrence, Bréal, 2012.

LE ROY F

- *La concurrence : entre affrontement et connivence*, Vuibert, 2002.

LIANOS I.

- *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruylant, 2007.

LIANNOS I., GERADIN D.,

- *Research Handbook in European Competition Law*, Edward Elgar, septembre 2013

LUCAS DE LEYSSAC C., G. PARLEANI

- *Droit du marché*, PUF, 2002

MAINGUY D., RESPAUD J.L., DEPINCÉ M.

- *Droit de la concurrence*, Litec, 2010.

MAISON ROUGE (DE) O

- *Le droit de l'intelligence économique, patrimoine informationnel et secret des affaires*, Lamy, 2012.

MOTTA M.

- *Competition policy – Theory and practice*, Cambridge Press University, 2004

NICOLAS-VULLIERME L

- *Droit de la concurrence*, Vuibert, 2008.

PETIT N.

- *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, thèse soutenue en 2007, Bruylant LGDJ.

- *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2013.

POSNER (R.)

- *Antitrust Law : an economic perspective*, University of Chicago Press, 1976.

PRIETO C., BOSCO D.

- *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013.

RAVIX J.-L.

- *Coopération entre les entreprises et organisation industrielle*, CNRS éditions, 1996.

RIEM F.

- *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, 2002.

SCHERER F.M., ROSS D.

- *Industrial market structure and economic performance*, 3^{ème} édition, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990.

SIBONY A.-L.

- *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008.

SIMON H., JACQUET F., BRAULT F.

- *La stratégie prix*, Dunod, 2011

STROUX S.

- *US and EC Oligopoly Control*, International Competition Law Series n° 14, Kluwer Law International, The Hague, 2004

VENAYRE F.

- *Echanges d'informations dans les oligopoles et politique de concurrence*, Thèse de doctorat en sciences économiques soutenue à l'Université de Montpellier, 2001.

VINCENT C.

- *Comportement unilatéral et concours de volonté en droit de la concurrence*, 1997, thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris II

VOGEL L.

- *Droit français de la concurrence*, Juriscience, 2009.

WHISH R.

- *Competition law*, LexisNexis UK, 5^{ème} éd., 2003.

- *Competition law*, Oxford University Press, 6^{ème} éd., 2009.

- *Competition law*, Oxford University Press, 7^{ème} éd., 2012.

ZEVOUNOU L.

- *Le concept de concurrence en droit*, thèse de doctorat soutenue à l'Université de Paris-Ouest Nanterre La défense le 8 décembre 2010.

- *Les usages de la notion de concurrence en droit*, LGDJ, 2012.

Mélanges:

Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997.

Mélanges en l'honneur de André Decocq, Litec, 2004.

Mélanges en l'honneur de Michel Bazex, Lexis-Nexis, 2009.

Mélanges en l'honneur du Pr Joël Molinier, LGDJ, 2012.

Ouvrages collectifs:

Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives, Bruylant, 2012.

New frontiers of antitrust, Bruylant, 2012.

Handbook on EU competition law-substantive aspects, Edward Elgar Publishing, octobre 2013.

ENCYCLOPÉDIES :

AHREL P., Répertoire de droit commercial Dalloz, Ententes

BLAISE J-B., Répertoire de droit européen Dalloz,

CHAGNY M., Jurisclasseur Ententes illicites, fascicule 540

GRYNFOGEL C., Jurisclasseur Droit français des ententes, fascicule 262

PRIETO C., Jurisclasseur Traité Europe, fascicule 1410

DICTIONNAIRES, GLOSSAIRES, LEXIQUES:

BEITONE A., CAZORLA A., DOLLO C., DRAI A-M.

- *Dictionnaire de science économique*, 4^{ème} éd., 2014, Armand Colin.

COMMISSION EUROPEENNE

- *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'UE*, 2002

CORNU G.

- *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8^{ème} éd., 3^{ème} tirage, juin 2009

OCDE

- *Glossary of statistical terms*, OCDE, 2008

ARTICLES DE DOCTRINE :

ABREU (D.), PEARCE (D.), STACHETTI (E.)

Optimal Cartel Equilibria with Imperfect Monitoring, Journal of Economic Theory, 1985, n° 39, p. 251-269.

AFCHAIN (M.A.),

Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents, JCP E 2007, no 9, p. 24

-ARHEL (P.),

La transparence tarifaire, LPA, 03/02/1997, n° 15, p. 4.

AVENEL (E.), DALEY (N.), de MUIZON (G.),

Position dominante collective : dépasser les critères Airtours en matière de contrôle a posteriori des pratiques anticoncurrentielles, RDLC, n° 4-2011, p. 41.

BAXTER (S.), DETHMERS (F.),

Collective dominance under EC merger control – After Airtours and the introduction of unilateral effects is there still a future for collective dominance ?, ECLR, 2005, n° 26, p. 380.

BAZEX (M.), BLAZY (S.),

Caractérisation de l'entente en cas d'échanges d'informations, Contrats concurrence consommation, août 2007, n° 8, comm. 209.

BAZEX (M.),

Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles, Revue de la Concurrence et de la Consommation, 2001, n°119, pp. 37-44.

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

Objet anticoncurrentiel : la Cour de justice change de cap et adopte de nouveau une conception stricte de l'objet anticoncurrentiel (CB), RDLC, n° 4, 2014, p. 110.

BÉHAR-TOUCHAIS (M.),

Vices et vertus de la transparence, Cycle de conférence de la Cour de cassation « Transparence et concurrence », RLC, n° 13, 2007

BENNETT (M.), COLLINS (P.),

The law and economics of information sharing: the good, the bad and the ugly, European Competition Journal, Août 2010, p. 311.

BLAISE (J.B.),

Article 101 TFUE. Restriction de concurrence par objet, RTD E, 2013, p.839

BLAISE (J.B.)

L'utilisation de la règle de raison en droit interne de la concurrence, in Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997.

BLAISE (J.-B.) et IDOT (L.),

Chronique de droit communautaire : les systèmes d'échanges d'informations, RTD Europe 1995, p. 577.

BOLZE (C.),

Accords d'échanges d'informations entre fournisseurs de tracteurs agricoles Atteintes à la concurrence (oui), RTD com., 1992, p. 742.

BONASSIES (P.),

Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen, in Études dédiées à Alex Weill, Dalloz-Litec, 1983.

BORRELL (J.R.), J.L. JIMÉNEZ (J.L.), C. GARCÍAS (C.),

Evaluating antitrust leniency programs, Journal of competition law and economics, 2014, vol. 10, Issue 1, p. 107.

BOSCO (D.)

La Cour de justice appelle une interprétation restrictive de la notion de restriction par l'objet, CCC, novembre 2014, comm. 250.

BOUTARD-LABARDE (M.-Ch.),

Le secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une surprenante négligence, GP, 1992, I, doct. 1.

BRUNET (A.) GHOZI (A.),

La fonction du prix en droit de la concurrence, Mélanges Ch Mouly, Litec, 1998, p.27

CAFFARRA (C.), KÜHN (K-U.),

The cost of simplistic rules for assessing information exchange: the italian jet fuel decision, in *The Pros and Cons of information sharing*, Étude de l'Autorité suédoise de concurrence, 2006, p. 131

CALVO (J.)

La transparence tarifaire entre professionnels, LPA. 14 oct. 1998, n°124, p.21.

CAMESASCA (P.), SCHMIDT (A.), CLANCY (M.),

The EC comission's draft horizontal guidelines : presumed guilty when having a chat, Journal of european competition law and practice, 2010, n° 1, vol. 5, p. 405.

CAMESASCA (P.), SCHMIDT (A.),

New EC horizontal guidelines : providing helpful guidance in the highly diverse and complex field of competitor cooperation and information exchanges, European competition law and practice, 2011, Vol. 2, n° 3

CAPOBIANCO (A.)

Information exchange under competition law, Common market law review, 2004, n° 41, p. 1247

CHONÉ (P.), BOURGUIGNON (H.),

Analyse des garanties de prix bas : une brève revue de la littérature, Revue d'économie industrielle, 2007, n° 118, p. 109-118.

CHONE (P.)

Communication et échanges d'informations sur les marchés oligopolistiques, RLC janv.-mars 2008. 197.

CLAUDEL (E.)

Entente et échanges d'informations sur un marché oligopolistique : où l'affaire rebondit sur le terrain du dommage à l'économie (un dommage qui ne peut être présumé), RTD com. 2010, p. 282.

La Cour d'appel de Paris valide les décisions du Conseil de la concurrence ayant sanctionné des échanges d'informations sur des marchés oligopolistiques, RTD com. 2007, p. 43.

La participation à une réunion fait-elle la preuve d'une entente : le droit français entre singularité et mimétisme, RTD com, 2004, p. 455.

Réunions entre concurrents : la perte de la spécificité française se confirme, RTD Com., 2010 p. 77.

Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?, RTD Com. 1999, p. 291

COMBE, (E.)

Quelles sanctions contre les cartels ?, Revue internationale de droit économique, 2006, n°1, p. 11-46.

COURIVAUD (H.),

Organisations professionnelles confrontées au droit de la concurrence, JCPE, 1998, 1202.

DANET (D.),

La Question de l'information dans l'analyse de la compétition économique : bien commun ou actif incorporel ?, in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997.

DANET (D.),

La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ?, R.I.D.E 1993/1, p. 5.

DAVID (G.),

REACH joint authorization scenarios-when does competition law limit information exchange ?, ECLR 2015, 36(1), p. 30

DEBROUX (M.), SAINTE FARE GARNOT (R.)

Programmes de conformité et risque concurrence : Témoignages croisés d'un juriste d'entreprise et d'un avocat, RDLC, n°2, 2009, p. 230.

DECOCQ (G.)

Morgan Stanley 2-0 Visa, CCC, juin 2011, n° 6, comm. 146

Un échange d'informations peut être qualifié d'infraction par objet, Contrats concurrence consommation, juin 2013, n° 6, comm. 137.

l'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée, Contrats concurrence consommation, juillet 2009, n° 7, comm. 197.

DECOCQ (A.)

Alignement du comportement, action et pratique concertées en droit de la concurrence, Gaz. Pal. 23 mars 1993, doct. 372.

DeSANTI (S.S.), NAGATA (E.A.)

Competitor communications: facilitating practices or invitations to collude? an application of theories to proposed horizontal agreements submitted for antitrust review, Antitrust law journal, vol 63, n° 1, 1994, p. 93

DESCHAMPS (M.), REIS (P.)

L'utilisation stratégique des organisations professionnelles dans le cadre des infractions anticoncurrentielles : l'exemple de la France, RLDA, 2012 n°71 du 05/2012.

DESCHAMPS (M.), REIS (P.)

Contourner le droit de la concurrence par les organisations professionnelles : une analyse des limites de l'interdit » in *Stratégie et droit de la concurrence*, Larcier 2013.

EVANS (W.N.), KESSIDES (I.N.)

Living by the 'Golden Rule': Multimarket Contact in the U.S. Airline Industry, Quarterly Journal of Economics, 1994, n° 109, p. 341-366

FEGATILLI (E.), PETIT (N.)

Econométrie du droit de la concurrence. Un essai de conceptualisation, Revue internationale de droit économique, 2009, n°1.

FLOCHEL (L.)

Les échanges d'informations, le point de vue de l'économiste, RDLC, n° 2, 2011, p. 5.

FRANCESCHELLI (R.)

Concurrence, monopole et formes de marché au point de vue juridique, RTD.Com. 1967, p. 667.

FRANÇOIS-MARTIN (L.), PUEL (F.)

Comment apprécier les risques anticoncurrentiels dus aux échanges d'informations entre concurrents ?, RDLC 2011, n° 2, supplément électronique.

JOHANSSON, (M.) CARLE (J.)

Benchmarking and E.C. competition law, ECLR, 1998, 19(2), p. 74.

GALOKHO (C.)

Preuves indirectes de l'existence d'une entente et sécurité juridique en droit européen de la concurrence, RTD Eur., 2013, p. 727.

GARCIA-ROSADO (E.),

Pratiques anticoncurrentielles au sein des oligopoles : le lien entre les ententes et les abus de position dominante collective, RLC, 2005, n° 3.

GENESTE (B.),

Le secret des affaires en droit communautaire et en droit français de la concurrence, D. Aff. n° 39-40/1997, pp. 1271 et 1309.

GERADIN (D.), GIRGENSON (I.),

The counterfactual method in EU competition law: the cornerstone of the effects-based approach, in Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives, Bruylant, 2012, p. 211.

GERARD (D.)

The effects-based approach under article 101 TFEU and its paradoxes : modernisation at war with itself ? in Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives, Bruylant, 2012, p. 17.

GIRAUD (A.),

Exégèse de l'arrêt Groupement des cartes bancaires, RLDA, novembre 2014, n° 98.

GLAIS (M.)

- *Analyse typologique des ententes illicites soumises à l'appréciation des autorités concurrentielles françaises et européennes*, Revue d'économie industrielle, n°63, 1993, p. 45-83.

- *Crises sectorielles et ententes défensives*, in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997.

- *Les accords de coopération inter-entreprises : analyse typologique et panorama de jurisprudence communautaire*, Rev. Eco. Ind n° 76/1996, p. 7.

- *Les fondements micro-économiques de la jurisprudence concurrentielle*, Revue économique, janvier 1987, p. 75.

- *L'échange d'informations : jusqu'où aller ?*, Revue concurrence consommation, sept/oct 1994, 6.

GLAIS (M.), LAURENT (Ph.),

De la théorie économique à la pratique juridique du droit de la concurrence, Gaz. Pal., 1983.

GLASER (E.)

Conclusions sous arrêt CE n° 305903 du 31 juill. 2009, Revue juridique de l'économie publique, n° 670, décembre 2009, comm. 51.

GREEN (E.J.), PORTER (R.H.)

Non-cooperative collusion under imperfect price information, *Econometrica*, janvier 1984, vol. 52, n° 1.

GRILLO (M.)

Collusion and facilitating practices: a new perspective in antitrust analysis, *European Journal of Law and Economics*, septembre 2002, vol 14, issue 2, p.151-169.

GRYNFOGEL (C.)

- *La notion d' « objet anticoncurrentiel » et la sécurité juridique des entreprises*, *RJDA*, 8-9/14, p. 627.

De quelques variations sur le même thème: l'échange d'informations et le droit de la concurrence, *RJDA* mars 2008. 221.

Le concours de volontés entre entreprise, une notion protéiforme en droit communautaire des ententes, *RJDA* 2005, 551.

Essai de théorisation pour une question singulière : l'échange d'informations en droit européen de la concurrence, in *Mélanges Joël Molinier*, 2012.

GUENOD (C.), IDRI (M.)

La théorie de la collusion tacite à l'épreuve des régulations sectorielles, *RDLC*, n° 4- 2010.

HALLIDAY (P.), SEABRIGHT (J.)

Networks good, cartels bad: but how could anyone tell the difference?, *Fighting Cartels: Why and How?*, in *Étude de l'Autorité suédoise de concurrence*, 2001, p. 78

HALTIWANGER (J.), HARRINGTON (J.E.)

The impact of cyclical demand movements on collusive behavior, *Journal of economics*, 1991, n° 22, p. 89-106

HARRINGTON (J.)

Collusion and predation under (almost) free entry, *International Journal of industrial organization*, n° 7, p. 381

HAUTBOURG (S.), QUESSON (S.)

Les échanges d'informations entre entreprises concurrentes, *Décideurs : Stratégie, Finance et Droit*, n° 96, p. 82.

HAUPT (H.)

Collective Dominance under Article 82 EC and EC Merger Control in the Light of the Airtours Judgment, 2002, n° 9, *ECLR*, 434

HAYEK (F.),

The use of knowledge in society, *The American Economic Review*, septembre 1945.

HENRY (B.)

Benchmarking and antitrust, *Antitrust Law Journal*, 1993-1994, n° 62

IDOT (L.)

Précisions de la Cour de justice sur les échanges d'informations entre concurrents, Revue des contrats, 01/10/2009, n° 4, p. 1401.

Entente et échanges d'informations, Europe, août 2009, comm. 323.

La Cour rappelle les principes applicables pour l'identification d'une restriction de concurrence par objet en revenant à une approche plus restrictive ?, Europe, n° 11, novembre 2014, comm. 466

Secteur bancaire et concurrence potentielle, Europe, juin 2011, n°6, comm. 226

La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81§3 CE, in *La modernisation du droit de la concurrence*, sous la direction de G. CANIVET, LGDJ, 2006.

Accords verticaux et objet anticoncurrentiel, Revue Europe, mai 2013, n° 5, comm. 216.

Quelques réflexions sur la confidentialité en droit de la concurrence : à propos du secret des affaires in *Les aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Ed. Montchrestien 1996, p. 109.

Epilogue de l'affaire Pâte de Bois. Les derniers apports de la Cour au droit communautaire de la concurrence, Europe, juin 1993, p. 1.

Entente et échanges d'informations, Europe, août-sept. 2009, comm. 323, p. 33.

Précisions de la Cour de justice sur les échanges d'informations entre concurrents, RDC 2009, p. 1401.

Information et droit de la concurrence, Rev. Lamy dr. aff. mai 2003, n° 60.

Le retour de l'objet anticoncurrentiel, RDLC, 2009, n° 4, p.1.

IDOT (L.), PRIETO (C.)

Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le Règlement n°1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses ?, Bruxelles Bruylant, coll Dt de l'UE, colloque 2006.

IVALDI (M.), JULLIEN (B.), REY (P.), SEABRIGHT (P.), TIROLE (J.),

The economics of tacit collusion, Final report for DG competition, European commission, March 2003

JALABERT-DOURY (N.)

Relevés de prix au sein d'enseignes concurrentes : la Cour de cassation considère que la pratique des relevés de prix est une action licite et garante du mécanisme de libre fixation des prix par le jeu de la concurrence, RDLC, 2011, n° 4.

JAPPELLI (T.), PAGANO (M.)

Information sharing, lending and default: cross-country evidence, Journal of banking and finance, 2002, vol. 26, n° 10, p. 2017.

JENNY (F.)

Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence, RDLC, n°4, 2007, p. 27.

Pratiques verticales restrictives, concurrence et efficience, Cahiers du droit de l'entreprise, 1989, n° 10, p. 5.

La crise économique et financière, la régulation et la concurrence, RDLC 2009, n° 2.

JENNY (F.), PHILLIPE (J.), BÉHAR-TOUCHAIS (M.)

Transparence et concurrence, Cycle de conférence de la Cour de cassation, RLC, 2007, n° 13, p. 164.

JOLIET (R.)

La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I. dans une perspective comparative, (1974) 10, Cahiers de droit européen 251-286.

-The rule of reason in antitrust law-American, german Common market law in comparative perspective, Martinus Nijhoff, The Hague, 1967

JONES (A.)

Woodpulp : concerted practices and/or conscious parallelism, ECLR, 1993, n° 6, p. 273.

KAÏS (L.),

Regulating information exchange in EU – no further restrictions by object but enough room for safe harbors, ECLR, 2013, 34(7), p. 352.

KANTZENBACH (E.), KOTTMANN (E.), KRÜGER (R.)

New industrial economics and experiences from european merger control: new lessons about collective dominance, Study for European Commission, Hamburg, 1995

KIRCH (P.)

Associations professionnelles : enjeux du droit communautaire de la concurrence, Décideurs : Stratégie, Finance et Droit, mars-avril 2005, n° 63, p. 90.

KJOLBYE (L.)

Escaping effect analysis: the Commission's new approach to restrictions by object, CompetitionPolicyInternational.com, 11 février 2011

KOVAR (R.),

Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison, RTD E, 1987, p. 237.

KÜHN (K-U.)

Closing pandora's box? Joint dominance after Airtours judgment, Juin 2002, John M. OLIN Center for law and economics, Paper 02-013.

An economists' guide through the joint dominance jungle, Paper #02-014, John M. Olin Center for Law & Economics – University of Michigan.

Fighting collusion by regulating communication between firms, 2001, Economic Policy, Volume 16, Issue 32, pages 167-204.

KÜHN (K-U), VIVES (X)

Information exchanges among firms and their impact on competition, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe community

KYPRIANIDES (G.)

Critically evaluate treatment of information exchange in the TFEU article 101 cases, European competition law review, 2012, 33(9), p. 406-412.

LAMADRID (A)

Informationexchange=cartels ?, BlogChillingcompetition, <http://chillingcompetition.com/2011/03/09/information-exchangecartel/>.

LASSERRE (B.)

Several strokes of black and a palette of grays: Competitor agreements through the eyes of an enforcement agency, RDLC, n° 4, 2013, p. 48.

LAURIN (B)

Rédiger un accord portant sur des échanges d'informations, 2012, disponible sur le site www.racine.eu.

LE BERRE (C.)

Les fondements économiques du droit de la concurrence in *Droit et Economie, interférences et interactions* Mélanges en l'honneur de Michel Bazex, Lexis-Nexis, 2009.

LEMAIRE (C.)

Object vs. Effect after the modernisation of EU law : what has (or should have) changed ? in *New frontiers of Antitrust* 2012, p. 163.

LESCOP (D.)

Les échanges d'informations entre non-concurrents, D. 2009, p. 187.

LESUR (L.)

L'analyse du droit de la concurrence, in *Existe-t-il des échanges proconcurrentiels?*, séminaire Droit et économie du 3 avril 2013

LEVASSEUR (C.)

Entente ou abus de position dominante collective ?, *Revue Concurrence consommation*, mars-avril 2002, n° 126, p. 11.

LEVENSTEIN (M.), SUSLOW (V.)

What determines cartel success?, Journal of economic literature, vol. XLIV, p. 43.

LEVEQUE (F.)

Faut-il baïllonner tous les oligopoleurs? La jurisprudence John Deere vue par un économiste, RDLC, n° 3/2006, 33.

L'impact du choix du modèle de concurrence sur l'analyse d'un échange d'informations, microéconomix, 2008

LEVY (N.), de BURE (F.)

Contrôle des concentrations et participations minoritaires non contrôlantes : une réforme est-elle vraiment nécessaire ?, RLC, 01/2015, n° 42

LIANOS (L.)

La confusion des infractions de l'article 81§1 : quelques interrogations sur l'utilité de la notion d'infraction unique, RTD E, 2000, p. 239

LOOZEN (E.)

The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all, ECLR, 2010, n° 4, p.146.

LÜBKING (J.)

Acquisitions de participations minoritaires – une lacune des règles européennes sur les concentrations ?, RLC, 07/2012, n° 32

LUCAS DE LEYSSAC (Cl.)

Transparence, dépendance et partenariat, LPA du 6 mars 1996, p. 5.

MALAURIE-VIGNAL (M.),

Entente et échange d'information dans le secteur de la téléphonie mobile, CCC, 2007, comm. 16.

Échange d'informations sur un marché oligopolistique, CCC, 2006, comm. 226.

Les échanges d'informations à l'épreuve du droit de la concurrence, CCC, 2003, n° 7.

Des distributeurs en situation de dépendance peuvent-ils avoir consenti librement à une entente anticoncurrentielle décidée par le fournisseur ?, CCC, 2003, n° 12.

Précisions sur les mercuriales, CCC, 2003, n°12, comm 183.

Transparence tarifaire et liberté contractuelle, JCP E, 1996, I 537, p. 98.

La distribution de carburant sur autoroute au regard du droit des ententes, CCC, mars 2004, n° 3, 44.

MARENCO (G.)

La notion de restriction de concurrence dans le cadre de l'interdiction des ententes, in Mélanges en l'honneur de Michel Waelbroeck, Bruylant, 1999.

MARTY (F.)

Incertitudes économiques et insécurité juridique : la notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes, Document de travail de l'OFCE, n° 2007-20, juill. 2007

Sécurité juridique et recours à l'analyse économique dans le cadre du contrôle des concentrations in L. BOY, J-B RACINE, F ; SIIRIAINEN, Sécurité juridique et droit économique, 2008

McAFEE (R.P.), MIALON (H.M.), WILLIAMS (M.A.)

What is a barrier to entry?, American Economic review paper and proceedings, mai 2004

MEYRING (B.)

T-Mobile: further confusion on information exchanges between competitors, Journal of european competition law & practice, 2010, Vol 1, n° 1, p. 30.

MØLLGAARD (P.), BALTZER OVERGAARD (P.)

Transparency and competition policy, in The pros and cons of information sharing, Swedish Competition Authority, 2006

MONTI (G.)

The scope of collective dominance under article 82 EC, Common Market Law Review, 2001, vol. 38, p. 131.

NIEMEYER (H.J.)

Market information systems, ECLR, 1993, 14(4), 151-156.

NITSCHKE (R.), Von HINTEN-REED (N.)

Competitive impacts information exchange, CRA, juin 2004

NOVSHEK (W.), SONNENSCHNEIN (H.)

Expectations Cournot Duopoly with information acquisition and release, Bell Journal of economics, 1982, 13, p. 214.

ODUDU (O.)

Indirect information exchange: the constituent elements of Hub and Spoke collusion, European competition journal, 7(2), 2011, p. 205-242

ORTEGA GONZALEZ (A.)

Object analysis in information exchange among competitors, Global antitrust review, 2012, n° 5, p. 1.

OSSOWSKA (A.)

Chapter on information exchange in the EC guidelines on horizontal agreements (in consultation) & How the policy fits with European case law, presentation effectuée lors de la conférence organisé par l' University College of London, le 19 mai 2010, disponible à l'adresse: http://www.ucl.ac.uk/laws/cyprus/docs/Ossowska_Cyprus2.pdf

PADILLA (J.)

The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under competition laws in OCDE, Les échanges d'informations entre concurrents, DAF/COMP(2010)37, p. 434.

PADILLA (J.), M. PAGANO (M.)

Sharing default information as a borrower discipline device, European economic review, 2000, vol. 44, n° 10, p. 1951.

PARKER (P.M.), ROLLER (L_H.)

Oligopoly and the Incentive for Horizontal Merger, American Economic Review, 1997, n° 75, p.219-227

PASTUREL (M.)

Entreprise et raisonnement économique : quelle place dans le droit positif? L'exemple de la concurrence, in Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, Montchrestien,2002.

PEEPERKORN (L.)

Competition Policy Implications from Game Theory: an Evaluation of the Commission's Policy on Information Exchange, 1996

PÉNARD (T.)

Structures de marché et pratiques collusives : une approche par la théorie des jeux répétés in Économie rurale, Vol. 277, n° 1, 2003, p. 80-98.

Collusion et comportements dynamiques en oligopole : une synthèse, 1997, page personnelle université de Rennes.

Les jeux répétés. Un instrument de décision pour les autorités concurrentielles, in Revue économique, Vol. 49, n° 3, 1998.

Faut-il repenser la politique de concurrence sur les marchés internet ?, Revue internationale de droit économique, 2006, n°1, p. 57-88.

PERROT (A.), CHONÉ (P.), WILHELM (P.)

Les échanges d'informations, Rev. Lamy conc. oct. 2011, p. 29 (Séminaire Nasse)

PERROT (A.), VOGEL (L.),

Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement, JCPE, 1993. I. 299

PERROT (A.)

Managing cases under the effect-based approach : the experience of the french competition authority, in Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives, Bruylant, 2012, p. 293.

PETIT (N.)

Accords d'échange d'informations et fédérations d'entreprises – grands principes d'analyse en droit de la concurrence, in les fédérations d'entreprises et les règles de concurrence, Larcier, 2009.

The oligopoly problem in EU competition law in Research Handbook in European Competition Law, I. Liannos and D. Geradin eds., Edward Elgar, September 2013

Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée, The global competition law center working papers series, 01/09.

PETIT (N), HENRY (D)

Why the EU Merger Regulation Should Not Enjoy a Monopoly Over Tacit Collusion - A Close Look at Five Common Misconceptions, Janvier 2010, disponible sur SSRN, n° 1545506

PETIT (N), GHEUR (C)

Les échanges d'informations et les règles de concurrence, 2011, disponible sur le site de la Fédération des Entreprises de Belgique.

PHLIPS (L.)

Parallélismes de comportements et pratiques concertées, Revue d'économie industrielle, n°63, 1993, p. 25-44.

PHILIPPE (J.)

La transparence, source d'accroissement et facteur de réduction de la concurrence, Cycle de conférence de la Cour de cassation « Transparence et concurrence », RLC, n° 13, 2007.

POPE (D.)

Some reflections on Italian flat glass, ECLR, 1993, 14(4), p. 172

PRIETO (C.)

Restriction de concurrence et interdiction de vendre sur internet : Pierre Fabre ou les opportunités manquées, Revue des contrats, janvier 2012, n° 1, p. 111

La généralisation de l'analyse fondée sur les effets, colloque AFEC, 8 février 2007.

Pouvoir de marché et liberté des entreprises : les fondements de la politique de concurrence, D. 2006, p. 160

La sécurité juridique dans le droit de la concurrence in *Sécurité juridique et droit économique*, 2008, Larcier.

PRIETO (C.), HAUTBOURG (S.), ROSATI (F.), CHOFFEL (A.)

La notion de restriction par l'objet après l'arrêt Cartes bancaires in Séminaire Économie et droit de la concurrence, octobre 2014, site internet de la RDLC

PROVOST (E.), WILHELM (P.)

La Cour de Justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis, RLDA, nov 2009, p. 45.

POILLOT-PERUZZETTO (S.)

Exemption des arrangements au sein de la conférence maritime TACA (Trans Atlantic Conference Agreement), Contrats, conc. consom. 2003, comm. 115

Les ententes, conditions spécifiques. Échange d'informations, pratiques concertées. Contrôle de la Cour, RTD com. 1998, p. 986.

Méthode d'évaluation des ententes, RTD Com., 2002, p.392.

PUEL (F.), CHANTRE (S.)

REACH : a highly technical regulation that raises distribution and competition issues, RDLC, 2009, n° 2, p. 78.

PUEL (F.)

Echanges d'informations, droit de la concurrence et préparation d'une opération de concentration, RDLC 2010, no 4, p. 69.

Gouvernement-sponsored exchange of information, communication issue du Colloque Information exchange in competition law organisé par Brussels School of Competition le 22 juin 2011.

REDON (D.) et COMERT (M.)

Nouvelles règles européennes de concurrence applicables aux accords de coopération horizontale, BRDA 2/11, 31 janv. 2011, Commentaire 23, p. 12.

RIEM (F.)

Les difficultés de traitement des systèmes d'échanges d'informations par les autorités concurrentielles, 2001, dans Immatériel, nouveaux concepts, J. De Bandt et G. Gourdet, Editions Economica, Paris p. 83 à 104.

Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe l'oeil, Revue internationale de droit économique, 2008, n°1, p. 67-91.

RIVEL (G.)

La règle de raison et le droit communautaire de la concurrence, inelegantia juris ?, D 2008, p. 237

ROBERTSON (B.)

What is a restriction of competition ? The implications of the CFI's judgement in O2 Germany and the rule of reason, ECLR, 2007, p. 252

ROSATI (F.)

Échanges d'informations et autres comportements coordonnés : pour une théorie de l'entente, 2008 n°4, RDLC, p. 27-30.

ROSCH (J.T.)

Antitrust issues related to benchmarking and other information exchanges, 3 mai 2011, disponible sur le site de la FTC, www.FTC.gov.

ROTEMBERG, (J.), SALONER (G.)

A Supergame-theoretic Model of Business Cycle and Price Wars during Booms, American Economic Review, 1986, 76, pp.390-407.

SABATHIE (E.),

L'échange d'informations confidentielles entre oligopoleurs : une entente prohibée par la Cour d'appel de Paris, D. 2007, p. 198

SCHAUB (A.)

Guide méthodologique pour le traitement des accords d'échanges d'informations, Commission européenne, Direction générale IV, Bruxelles, 26 nov 1996.

SELINSKY (V.)

Transparence, échanges d'informations et concurrence, Cahiers de droit de l'entreprise, 1995, n°1, p. 24.

La spécificité des accords verticaux au regard du droit de la concurrence, D 1992, p. 42.

SEMADENI (G.)

La rédaction des accords de coopération commerciale, Cah. Dr. Ent. n° 1/1995, p. 34.

SPECTOR, (D.)

Analyse économique et sécurité juridique : entre règles per se et règles de raison in Politiques de la concurrence, CAE, 2006, p. 271.

STEINDORF (E.)

Article 85 and the rule of reason, Common market law review, 1984, 639

STELLEN (R.)

A simple model of imperfect competition : when four are few and six are many, International Journal of Game Theory, 1973, n° 2.

STIGLER (G.)

Theory of oligopoly, Journal of political economy, Vol 72, 1964.

Imperfect informaton in the product market, Handbook of industrial organisation, New York, 1989.

STROUX (S.)

B2B E-market-places : the emerging competition law issues, World Competition, 2001, n° 125.

THILL-TARAYA (M.)

Jurisprudence communautaire récente en matière d'entraves au commerce parallèle : la fin des ententes présumées ?, RLDA, fév. 2004, n° 68 U

VAN HUYCK (J.), BATTALIO (R.), BEIL (R.)

Tacit coordination games, strategic uncertainty and coordination failure, American economic review, 1990, vol 80, p. 234

VECCHI (T.)

Unilateral conduct in an oligopoly according to the discussion paper on art 82: conscious parallelism or abuse of collective dominance, World Competition, 2008, vol 31, p. 385.

VENAYRE (F.)

Échange d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels, Revue Lamy concurrence, 2006, p. 20

Les apports de la théorie économique à l'étude des accords d'échanges d'informations, RLC, 2005/2, n° 178.

Échanges d'informations sur la solvabilité des emprunteurs, RLC, avril 2007, n° 11.

Échanges d'informations : les jurisprudences française et communautaire à l'aune des prédictions théoriques, Revue d'économie industrielle, vol 108 4ème trimestre 2004, page 91.

Licéité des échanges d'informations entre concurrents : Une Autorité de plus en plus régulatrice, Revue Lamy de la Concurrence, Vol. 33, 2012.

Accords d'échanges d'informations, RLC 2005, no 2, p. 122; *ibid.* 2006, no 6, p. 20.

VIENNOIS J.P.

La portée du droit communautaire de la concurrence et le mythe du champ d'application exclusif du droit national, RTD com, 2002

VILMART (C.)

Importations parallèles, la Commission désavouée par la CJUE qui confirme la conception restrictive des ententes prohibées déjà adoptée par le TPICE, JCP E, mai 2004, 691 ;

Téléphonie mobile : réflexions prospectives sur les limites aux échanges d'informations, Contrats concurrence consommation, février 2007, étude n° 3.

VILMART (C.), VILMART (C.),

Les échanges d'informations selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales, JCP E 2011, no 1052.

Les lignes directrices sur les restrictions horizontales : l'enfer pavé de bonnes intentions, JCP E, 17 février 2011.

VIRASSAMY (G.)

Les limites à l'information sur les affaires d'une entreprise, RTD Com 1988, p.179

VIVES (X.), KÜHN (K-U.)

Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition, 1995, Luxembourg, Official publications of the Europe community.

VIVES (X.)

Information sharing : economics and antitrust, in *The pros and cons of information sharing*, Swedish Competition Authority, 2006

VOGEL (L.)

Droit de la concurrence et crise économique : qui est le plus fort ? in *Liber Amicorum Christophe Larroumet*, Economica, 2009.

L'économie : serviteur ou maître du droit ? in *Mélanges en l'honneur de André Decocq*, Litec, 2004.

À quelles conditions un accord d'échanges d'informations portant sur les ventes est-il susceptible de restreindre la concurrence ? Décision Com CE 17 fév 1992, CCC avril 1992, n° 81.

Vers une fusion des notions d'accord et de pratique concertée ? Décision 94/601/CE de la Commission, 13 juillet 1994, CCC déc 1994, n° 254.

Définition et preuve de l'entente, JCPE, 1991. I. 96.

VUJISIC (M.),

La concurrence imparfaite, publié en 2006 sur le site du CREG (Centre de Ressource en Economie Gestion) de l'Université de Versailles.

WÆLBROECK (D.), SLATER (D.)

The scope of object vs effect under article 101 TFEU in *Ten years of effects-based approach in EU competition law, State of play and perspectives*, Bruylant, 2012, p. 131.

WÆLBROECK (D.), C. SMITS (C.)

La règle de raison en droit communautaire de la concurrence : entre exclusion officielle et existence officieuse, *Revue de la concurrence Belge*, 2007, p. 20.

WAGNER-VON PAPP (F.)

Who is't that can inform me ?- the exchange of identifying and no-identifying information, *ECLR*, 2007, vol. 28, n° 4, p. 264-270.

Information exchange agreements in Handbook on EU competition law-substantive aspects, Edward Elgar Publishing, octobre 2013.

WAIT (L.A.)

Competitors information exchanges : practical considerations from FTC consent decrees, 6 mai 2011, Energy Industry Conference.

WATHELET (M.)

Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole. Le cas des matières colorantes, *RTD Europe* 1975, n°4, p. 663.

WEBER (A.P.)

Les accords d'information entre professionnels sont-ils toujours possibles ?, *Lexbase Hebdo*, édition privée du 9 novembre 2006, n° 235

WEHLAN (P.), *Trading negotiations between retailers and suppliers : a fertile ground for anticompetitive horizontal information exchange*, *European competition journal*, 2009, 5(3), 823-845.

WHISH (R.)

Information agreements, in *The pros and cons of information sharing*, Swedish Competition Authority, 2006

WILHELM (P.), LORIEUL (V.),

Étude du nouveau paquet restrictions horizontales, Contrats Concurrence Consommation, mars 2011, Étude 4.

WILHELM (P.), et VEVER (F.)

Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence, Contrats, conc. consom. 2006, n° 5, étude n° 6.

COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE:

ARHEL P.

Note sous TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, LPA, 2000, n°16, p. 9.

Note sous TPI 12 juill. 2001, *Tate & Lyle*, T-202/98 LPA, 24/10/2001, n°212, p. 4

Note sous CJCE, 23 novembre 2006, C- 238/05, *Asnef* LPA, 26/02/2007, n°41, p. 6

Note sous CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile* LPA, 18/06/2007, n°121, p. 7

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* Gaz Pal, 25/08/2007, n°237, p.26

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* LPA, 06/03/2008, n°48, p. 3

Note sous CJUE, 6 octobre 2009, C- 501/06, *GlaxoSmithKline* LPA, 31/12/2009, n°261, p. 6

Note sous CJUE, 19 mars 2015, *Bananes*, C-286/13 LPA, 10/08/2015, n° 158, p.4

BACCICHETTI E.

Note sous CA Paris, 26 septembre 2006, *Palaces parisiens* LPA, 10/04/2007, n°72, p.11

Note sous CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile*. LPA, 10/04/2007, n°72, p.12

BAZEX M.

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* CCC, n°8, 08/2007, comm. 209

BLAISE J-B.

Note sous TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd*, T-35/92 Revue des affaires européennes, 1994, n°4, p.131.

Note sous TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd*, T-35/92.RTD E, 1995, p. 577.

Note sous TPI 12 juill. 2001, *Tate & Lyle*, T-202/98 RTD E, 2002, p. 339.

Note sous CJCE, 23 novembre 2006, C- 238/05, *Asnef* RTD E, 2008, p. 313

Note sous CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique* RTD E, 2012, p. 437.

BLAZY S.

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* CCC, n°8, 08/2007, comm. 209

BOLZE C.,

Note sous Com., *UK Tractor* 1992, 92/157/CEE, RTD Com, 1992, p. 742.

Note sous CJCE, 31mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, C-89/85, RTD Com, 1994, p. 610.

BOSCO D.

Note sous Aut. conc., 7 juin 2010 n° 10-A-11, Conseil interprofessionnel de l'optique, CCC, n°8, 08/2010, comm. 213

Note sous CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13, *Groupement des cartes bancaires* CCC, n°11, 11/2014, comm.250

BOY L.

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* :RLDA, 2007, n° 20.

BROUSSY E.

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, AJDA, 2009, 1535.

CHAGNY M.

Note sous Cons. Conc, du 30 novembre 2005, Téléphonie mobile, n° 05-D-65 CCC, n°1, 01/2006, comm.9

Note sous Cons. Conc, du 30 novembre 2005, Téléphonie mobile, n° 05-D-65 CCE, n°5, 05/2006, comm.83

Note sous CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile*. CCC, n°1, 01/2007, comm. 16

Note sous CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile*. JCP G, n°4, 24/01/2007, II 10012

Note sous CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile*.CCE, n°2, 02/2007, comm. 26

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* CCE, n° 9, 09/2007, comm. 108

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, CCE, n°11, 11/2009, comm. 101

CHEVRIER E.

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* D 2007, p.1953

CLAUDEL E.

Note sous Cons. Conc, du 30 novembre 2005, Téléphonie mobile, n° 05-D-65 RDLC, 2006, n°1, p.129.

Note sous Cons conc, 25 novembre 2005, palaces parisiens, n° 05-D-64, RDLC, 2006, n°1, p.129

Note sous CA Paris, 26 septembre 2006, *Palaces parisiens*, RTD Com, 2007, p.43.

Note sous CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile*. RDLC, n° 1, 2007, p.82

Note sous CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile*. RTD Com, 2007, p.47

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* RTD Com, 2007, p.707

DEBROUX M.

Note sous CJCE, 23 novembre 2006, C- 238/05, *Asnef*RDLC, 2007, n°1, p. 83.

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* RDLC, 2007, n° 3, p.87.

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, RDLC, 2009, n° 3.

DECOCQ G.,

Note sous TUE, 14 mars 2013, *Bananes*, T-587/08, CCC, n° 6, 06/2013, comm. 137.

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, CCC, n°7, 07/2009, comm. 197.

Note sous CJUE, 6 octobre 2009, C- 501/06, *GlaxoSmithKline* , CCC, 2009, n° 12, p. 26.

Note sous CJUE, 19 mars 2015, *Bananes*, C-286/13, DECOCQ G., CCC, 01/05/2015, n°5, p. 60.

DONNAT F.

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, AJDA, 2009, 1535.

FERRIER D.

Note sous CA Paris, 9 décembre 2003, *Carburants sur autoroute*. D 2005, pan., p.148

Note sous CJUE, 6 octobre 2009, C- 501/06, *GlaxoSmithKline* D 2011, p. 540.

Note sous CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, D 2012, p. 577.

FOCSANEANU L.

Note sous CJCE, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie »* JCP E, 1976, I 12168

GAVALDA C.

Note sous Cons. conc. , décision n° 88-D-13, 15 mars 1988, *aluminium* D 1990, p.102

GRANDVUILLEMIN S.

Note sous CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile* JCP E, n°6, 08/02/2007, 1179

IDOT L.

Note sous CJCE, 31mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, C-89/85, Europe, 06/1993, n°6.

Note sous Com., *UK Tractor* 1992, 92/157/CEE, Europe, 11/1992, n°429.

Note sous TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd*, T-35/92.RTD E, 1995, p. 577.

Note sous CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd* , C-7/95, RTD E, 1999, p. 111.

Note sous TPI, 11 mars 1999, Thyssen, T-141/94. Europe, n°5, 05/1999, comm.196.

Note sous TPI 12 juill. 2001, *Tate & Lyle*, T-202/98 , Europe, n°10, 10/2001, comm.308

Note sous TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99. Europe, 01/08/2002, n°8, p. 22.

Note sous CJCE, 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl*, C-194/99, Europe, n°12, 12/2003, comm.405

Note sous Cons. Conc, du 30 novembre 2005, *Téléphonie mobile*, n° 05-D-65 Europe, n°1, 01/2006, comm.24

Note sous TPICE, 27 septembre 2006, T- 168/01, *GlaxoSmithKline*, IDOT L., Europe, 2006, n° 11, p. 27.

Note sous CJCE, 23 novembre 2006, C- 238/05, *Asnef* Europe, n°1, 01/2007, comm.23

Note sous CJCE, 23 novembre 2006, C- 238/05, *Asnef* RTD E, 2008, p. 313

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, Revue des contrats, 01/10/2009, n°4, p.1401

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, Europe, n°8, 08/2009, comm.323.

Note sous CJUE, 6 octobre 2009, C- 501/06, *GlaxoSmithKline* Europe, 2009, comm. 463

Note sous CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique* RTD E, 2012, p. 437.

Note sous TUE, 14 mars 2013, *Bananes*, T-587/08, Europe, n°5, 05/2013, comm. 217.

Note sous CJUE, 19 mars 2015, Bananes, C-286/13, Europe, 01/05/2015, n°5, p. 22.

JALABERT-DOURY N.

Note sous Cons. conc. Déc., 31 mars 2003, n° 03-D-17, *Total Fina Elf et a* RDAI, 2003, n°5, p. 547

Note sous CA Paris, 9 décembre 2003, *Carburants sur autoroute*. RDAI, 2004, n°2, p.199

Note sous TUE, 14 mars 2013, *Bananes*, T-587/08, RDLC, 2013, n°2, p. 67.

KOVAR R.,

Note sous CJCE, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie »* JDI, 1977, p. 216.

KRSAJK P.

Note sous CJCE, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie »* Gaz Pal., 1977, 1^{er} sem., p. 31.

LAMBERT C.

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, AJDA, 2009, 1535.

LEHMAN J-P.

Note sous Cons. Conc, du 30 novembre 2005, Téléphonie mobile, n° 05-D-65 Lexbase Hebdo éd Affaires, 08/12/2005, n°193

LOOZEN E.,

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, ECLR, 2010, n° 4, p.146.

LUCAS DE LEYSSAC C.,

Note sous Cons. conc. , décision n° 88-D-13, 15 mars 1988, *aluminium D* 1990, p.102

MALAURIE-VIGNAL M.

Note sous Cons. conc. Déc., 31 mars 2003, n° 03-D-17, *Total Fina Elf et a* CCC, 2003, n° 7, comm. 109

Note sous Avis du 6 juin 2003, n° 03-A-09, réparation automobile CCC, 2003, n° 12, comm. 183

Note sous CA Paris, 9 décembre 2003, *Carburants sur autoroute* CCC, 2004, n° 3, comm. 44

Note sous CA Paris, 26 septembre 2006, *Palaces parisiens* CCC, 2006, n° 11, comm.226

Note sous CJCE, 23 novembre 2006, C- 238/05, *Asnef* CCC, 2007, n° 1, comm. 15

MEYRING B.,

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, Journal of european competition law & practice, 2010, Vol 1, n° 1, p. 30

NAVARRO VARONA E.

Note sous CJCE, 31mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, C-89/85, CMLR, 1994, n°31, p.575

OSTI C.

Note sous CJCE, 31mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, C-89/85, ECLR, 1994, 15(3), p.176.

POILLOT-PERUZZETTO S.,

Note sous CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd* , C-7/95, RTD Com, 1998, p. 986.

Note sous TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, CCC, 2000, n°2, p. 17.

Note sous TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99, RTD Com, 2002, p.766.

Note sous TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99, CCC, 2003, n°2, p. 22.

PRIETO C.

Note sous TPICE, 27 septembre 2006, T- 168/01, *GlaxoSmithKline*, Revue des contrats, 2007, n° 2, p. 329.

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* JCP G, n°37, 12/09/2007, II 10153

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, JDI, 2010, chron. 3.

Note sous CJUE, 6 octobre 2009, C- 501/06, *GlaxoSmithKline* JDI, 2010, chron. 3.

Note sous CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, Revue des contrats, 01/01/12, n°1, p.111.

PROVOST E.

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, RLDA, 2009, n° 41, p. 45.

ROBIN C.

Note sous TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd*, T-35/92. Revue des affaires européennes, 1994, n°4, p.131.

Note sous CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*, RLC, 2012, n° 30, p. 23.

Note sous CJUE, 19 mars 2015, *Bananes*, C-286/13 RLC, 01/07/2015, n° 44, p. 34.

SABATHIE E.

Note sous CA Paris, 26 septembre 2006, *Palaces parisiens* D 2007, p. 198

SELINSKY V.

Note sous Cons. conc. n° 06-A-18, 5 oct. 2006, hôtels de la région de Mulhouse, RLC, 2007, n°10.

Note sous Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, *Téléphonie Mobile* RLDA, 2007, n° 13.

Note sous Aut. conc 6 mars 2012, n° 12-D-08, endives. RLC, 2012, n°32.

Note sous CA Paris, 15 mai 2014, n° 2012/06948, *Endives* RLC, 2014, n°40.

SIBONY A-L.

Note sous CA Paris, 26 septembre 2006, *Palaces parisiens* JCP G, n°50, 13/12/2006

VAN DER WOUDE M.

Note sous CA Paris, 26 septembre 2006, *Palaces parisiens* RDLC, 2006, n°4, p. 68

Note sous TPICE, 27 septembre 2006, T- 168/01, *GlaxoSmithKline*, RDLC, 2006, n° 4, p. 64.

VAN GERVEN G.

Note sous CJCE, 31mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, C-89/85, CMLR, 1994, n°31, p.575

VENAYRE F.

Note sous CJCE, 23 novembre 2006, C- 238/05, *Asnef* RLC, 2007, n°11.

Note sous Aut. Conc., 15 mai 2012, n° 12-A-12, statistiques CPDP, RLC, 2012, n°33, p.20

VIALENS J.,

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, Gaz Pal, 03/10/2009, n° 276, p. 9.

VILMART C.

Note sous CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile CCC*, n°2, 02/2007, étude 3

VOGEL L.,

Note sous CJCE, 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, C-89/85, Revue du marché commun et de l'UE, 11/1993, n° 372.

Note sous TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd*, T-35/92. CCC, 11/1994

Note sous CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique* JCP E, 2012, n° 11, p. 25.

WEBER A-P

Note sous Cons conc, 25 novembre 2005, *palaces parisiens*, n° 05-D-64, Lexbase Hebdo éd. Affaires, n°196, 05/01/2006

Note sous CA Paris, 26 septembre 2006, *Palaces parisiens* Lexbase Hebdo éd. Privée, n°233, 26/10/2006

Note sous Cons. conc. n° 06-A-18, 5 oct. 2006, *hôtels de la région de Mulhouse* Lexbase Hebdo éd. Privée, n°235, 09/11/2006

WILHELM P

Note sous CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile*, C-8/08, RLDA, 2009, n° 41, p. 45.

II/ AUTRES SOURCES

Doctrine de l'Autorité de la concurrence :

- Avis du 6 juin 2003, n° 03-A-09 relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile
- Avis Cons. conc. n° 06-A-18, 5 oct. 2006, relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse
- Avis 08-A-07, 7 mai 2008, relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes
- Avis Aut. conc. n° 10-D-05, 23 févr. 2010, relatif à la réalisation d'enquêtes statistiques par la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture.
- Avis Aut. conc. n° 10-A-11, 7 juin 2010, relatif au conseil interprofessionnel de l'optique.
- Avis Aut. Conc., n° 12-A-12 du 15 mai 2012, relatif à la saisine de l'UIP concernant la conformité avec les règles de concurrence des statistiques publiées par le CPDP relatives aux volumes de ventes des produits pétroliers réalisées par des entrepositaires agréés.
- Avis Aut. conc., n° 13-A-08, 11 mars 2013, relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles.
- Avis 14-A-03, du 14 février 2014, relatif à une saisine de la fédération Les producteurs de Légumes de France
- Étude thématique de l'Autorité de la concurrence, *les barrières à l'entrée*, 2006.
- Étude thématique de l'Autorité de la concurrence, *La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente*, 2006
- Etude thématique de l'Autorité de la concurrence, *les échanges d'informations*, 2009.
- Consultation publique de l'Autorité de la Concurrence de mai 2010 relative aux lignes directrices 2011.

Doctrine de la Commission européenne:

- Communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises, JOCE, n° C. 075 du 29 juill. 1968
- Communication de la Commission du 27 mai 1970, *De Minimis*, JO 1970, C 64/1.
- Livre vert intitulé *La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, COM(96)721, 22 janvier 1997.
- Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE 1997 C 372/5

- Communication de la Commission : Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000, n° 2000/C291/01
- Communication de la Commission : Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 aux accords de coopération horizontale, 2001, JOCE, n°3-C, 6 janvier 2001.
- Communication de la Commission : Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO C 31 du 5 février 2004
- Communication de la Commission : Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81§3, 2004, JOUE, n°101-C, 27 avril 2004.
- Communication de la Commission : Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 CE aux accords de transfert de technologie, JO, n° C 101 du 27/04/2004.
- Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 2006/ C298/11, JOUE du 8/12/2006
- Communication de la Commission Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux services de transport maritime, n° 2008/C 245/02
- Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, 2008/C 167/01
- Communication de la Commission : Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 2009, C 45/02.
- Règlement n° 267/2010 du 24 mars 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, JO L 83/1.
- Projet de Communication de la Commission relative aux Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 4 mai 2010, SEC(2010)528
- Communication de la Commission : Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE aux accords de coopération horizontale, JO C11 du 14 janvier 2011
- Document de l'Agence européenne des produits chimiques, *Guidance on data sharing*, version 2.0, avril 2012
- Guidance on restrictions of competition « by object » for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, 25 juin 2014, SWD(2014)198.

- Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis) du 30/08/2014, n° 2014/C 291/01
- Sixième Rapport sur la politique de concurrence, 1977, volume VII.
- Septième Rapport sur la politique de concurrence, Avril 1978
- XXIXth Rapport sur la politique de concurrence, 1999
- XXX^{ème} Rapport sur la politique de concurrence, 2000, SEC(2001)694
- Livre blanc intitulé *Towards more effective EU merger control*, 7 juillet 2014

Autres documents :

OFCE, F. MARTY, *Incertitudes économiques et insécurité juridique : la notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes*, n° 2007-20, juill. 2007.

OCDE, *Oligopole*, DAF/CLP(1999)25

OCDE, *Transparence des prix*, DAF/CLP(2001)22.

OCDE, *Barrières à l'entrée*, 6 mars 2006, DAF/COMP (2005)42

OCDE, *Les poursuites contre les ententes en l'absence de preuves directes*, DAF/COMP/GF(2006)7.

OCDE, *Les associations professionnelles*, DAF/COMP(2007)45.

OCDE, *Pratiques facilitatrices dans les oligopoles*, DAF/COMP(2008)24.

OCDE, *les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence*, DAF/COMP(2010)37

OCDE, 2012, *Échanges unilatéraux d'informations ayant des effets anticoncurrentiels*, DAF/COMP/WP3(2012)1

Rapport du Conseil d'analyse économique, P. REY et J. TIROLE, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs, quelles régulations pour le commerce ?*, La documentation française, Paris, 2000.

Rapport N. CURIEN, P-A. MUET, *La société de l'information*, Conseil d'analyse économique, La documentation française, 2004.

FTC and US department of Justice, *Antitrust Guidelines for collaborations among competitors*, avril 2000.

OFT, *E-commerce and its implications for competition policy*, Discussion paper, Août 2000.

International Chamber of Commerce, *Comments on european commission's review of rules applicable to horizontal cooperation agreements*, doc n° 225/669, 25 juin 2010

Discours de O. SWINDLE du 19 juillet 2000, membre de la FTC, disponible sur le site de la FTC.

Discours de M. MONTI, 3^{ème} Conférence de l'Autorité suédoise de la concurrence intitulée *Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?* , 11 et 12 septembre 2000.

Discours de N. KROES du 13 octobre 2006, SPEECH/06/595

Références jurisprudentielles :

Décisions de l'Autorité de la Concurrence :

- Décision du 15 mars 1988, Secteur de l'emballage aluminium pour l'alimentaire, n° 88-D-13.
- Décision du 27 avril 1993, Enseignement de la conduite dans le département de l'Hérault, n° 93-D-06.
- Décision du 21 novembre 1995 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la réparation automobile dans le département de l'Indre, n° 95-D-74
- Décision du 5 janvier 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri club médical, n° 99-D-01
- Décision du 13 septembre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits d'électronique grand public, n° 01-D-53.
- Décision du 19 septembre 2002 relative à des pratiques dans le secteur des roulements à billes et assimilés, n° 02-D-57.
- Décision du 31 mars 2003, relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes, n° 03-D-17.
- Décision du 28 novembre 2003, Marché des énergies renouvelables, n° 03-D-54.
- Décision du 31 mars 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Codes Rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles, n° 04-D-09.
- Décision du 27 avril 2005 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des marchés de travaux de voirie en Côte d'Or, n° 05-D-17.
- Décision du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens, n° 05-D-64.
- Décision du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile, n° 05-D-65.
- Décision du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation, n° 06-D-03.
- Décision du 13 juillet 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom, Pages Jaunes Groupe et Pages Jaunes SA dans le secteur des services de renseignements par téléphone et par internet n° 06-D-20.
- Décision n° 07-D-16, 9 mai 2007, pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales

- Décision du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge, n° 07-D-21.
- Décision du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international, n° 07-D-48.
- Décision du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mise en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques, n° 08-D-25
- Décision du 16 décembre 2008, n° 08-D-32, Secteur du négoce des produits sidérurgiques
- Décision du 22 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Marseille, n° 08-D-34.
- Décision du 21 mai 2008, Secteur de la production de contreplaqué, n° 08-D-12
- Décision n° 09-MC-01 du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct
- Décision du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, n° 12-D-08.
- Décision du 13 février 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier, n° 13-D-03.
- Décision du 22 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du papier peint en France, n° 14-D-20.

Jurisprudence des juridictions françaises :

Cour d'appel de Paris :

- CA Paris, 9 décembre 2003, n° 2003/07056, *Carburants sur autoroute*.
- CA Paris, 26 septembre 2006, n° 2005/24285, *Palaces parisiens*.
- CA Paris 12 décembre 2006, n° 2006/00048, *Téléphonie Mobile*.
- CA Paris, 25 février 2009, n° 2008/02003, *Secteur du déménagement national et international*.
- CA Paris, 11 mars 2009, n° 2007/19110, *Téléphonie Mobile*.
- CA Paris, 19 janvier 2010, n° 2009/00334, *Secteur du négoce des produits sidérurgiques*.
- CA Paris, 23 février 2012, n° 2010/20555, *Traitement des chèques*
- CA Paris, 15 mai 2014, n° 2012/06498, *Endives*

Cour de cassation :

- Cass. com., 16 mai 2000, n° 98-12.612, *Ordre national des pharmaciens*.
- Cass. com., 29 juin 2007, n° 07-10.303, 07-10.354, 07-10.397, *Téléphonie Mobile*
- Cass. com., 19 janvier 2010, n° 08-19814, *Comparateur de prix*
- Cass, ass. plén., 7 janvier 2011, n° 09-14667, *Preuve, conversation téléphonique*
- Cass. com., 4 avril 2011, n° 10-21862, *Relevés de prix*

Décisions de la Commission européenne:

- Commission européenne du 21 septembre 1977, 77/592/CEE, *Cobelpa/VNP*.
- Commission européenne du 13 mars 1978, 78/252/CEE, *Parchemin végétal*.
- Commission européenne, 17 décembre 1980, n° IV/29.869, *Verre coulé en Italie*.
- Commission européenne, 6 janvier 1982, IV/28.748, *AEG Telefunken*
- Commission européenne, 16 novembre 1983, IV/30.696, *Ford Werke*
- Commission européenne, 19 décembre 1984, IV/29.725, *Pâte de bois*.
- Commission européenne, 23 avril 1986, n° 31.149, *Polypropylène*.
- Commission européenne du 2 décembre 1986, déc. 87/1/CEE, *Acides gras*, IV/31.128.
- Communication faite conformément à l'article 19 paragraphe 3 du règlement 17 du Conseil dans l'affaire n° IV/32.076, *European Wastepaper Information Service*, 1987.
- Commission européenne, *UK Agricultural Tractor Exchange*, 92/157/CEE, [1992] JO L 68/19
- Commission européenne du 16 février 1994, 94/215/CECA, *Thyssen Stahl*.
- Commission européenne, 13 juillet 1994, n° 94/601/CE, *Cartonboard*
- Communication faite conformément à l'article 19 paragraphe 3 du règlement 17 du Conseil dans l'affaire n° IV/34.936, *CEPI-Cartonboard*, JOCE 1996.C310/3
- Communication faite conformément à l'article 19 paragraphe 3 du règlement 17 du Conseil dans l'affaire n° IV/33.815, 35.842, *EUDIM*, 1996.
- Commission européenne, 14 mai 1997, *Irish Sugar*, IV/34.621
- Commission européenne du 26 novembre 1997, n° IV/36 069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*.
- Commission européenne du 22 septembre 1999, aff. IV/M.1524, *Airtours/First Choice*
- Commission européenne, 14 octobre 1998, n° 1999/210/CE, *British Sugar*
- Commission européenne, 14 octobre 1998, n° 1999/60/CE, *Conduites précalorifugées*
- Commission européenne, 27 novembre 2002, COMP/E-1/37.152, *Plasterboard*

- Commission européenne du 15 octobre 2008, COMP/39188, *Bananes*.
- Commission européenne, 12 décembre 2012, *Livre numérique*, COMP/39.847
- Commission européenne du 27 juin 2012, IP/12/704, *Fabricants de produits pour la gestion de l'eau*.

Jurisprudence des juridictions européennes :

Tribunal de l'Union européenne :

- TPICE, 24 octobre 1991, *Rhône-Poulenc*, T-1/89.
- TPICE, 24 octobre 1991, *Polypropylène*, T-2/89, T-3/89
- TPICE, 10 mars 1992, *Hüls*, T-9/89
- TPICE, 10 mars 1992, *Montedipe*, T-14/89
- TPICE, 10 mars 1992, *Verre plat italien*, T-68/89
- TPICE, 27 octobre 1994, *John Deere Ltd*, T-35/92.
- TPICE, 27 octobre 1994, *Fiatagri et New Holland Ford*, T-34/92.
- TPICE, 6 avril 1995, *Tréfileurope*, T-141/89.
- TPICE, 6 avril 1995, *Treillis soudés*, T-148/89.
- TPI, 14 mars 1998, *Weig*, T-317/94
- TPICE, 14 mai 1998, *Sarrio*, T-334/94
- TPICE, 15 septembre 1998, T-374/94, *European night services*
- TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd*, T-102/96
- TPICE, 20 avril 1999, *PVC*, T-305/94.
- TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar*, T-228/97
- TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e. a.*, T-25/95.
- TPICE, 26 octobre 2000, *Bayer*, T-41/96
- TPICE, 5 avril 2001, T-16/98, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*
- TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle*, aff. jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98
- TPICE, 18 septembre 2001, T-112/99, *Métropole Télévision*
- TPICE, 20 mars 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik*, T-9/99,
- TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99.
- TPICE, 30 septembre 2003, *Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA)*, T-191/98.
- TPICE, 3 décembre 2003, *Volkswagen*, T-208/01
- TPICE, 14 octobre 2004, *Bayerische Hypo und Vereinsbank*, T-56/02

- TPICE, 14 octobre 2004, *DresdnerBank*, T-44/02
- TPICE, 14 octobre 2004, *Vereins-und Westbank*, T-54/02
- TPICE, 14 octobre 2004, *Deutsche Verkehrsbank*, T-60/02
- TPICE, 14 octobre 2004, *Commerzbank*, T-61/02
- TPICE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau*, T-193/02
- TPICE, 29 novembre 2005, *Union Pigments*, T-62/02
- TPICE, 5 avril 2006, *Degussa*, T-279/02.
- TPICE, 2 mai 2006, *O2 Germany*, T-328/03
- TPICE, 27 septembre 2006, T- 168/01, *GlaxoSmithKline*
- TPICE, 5 décembre 2006, *Westfalen Gassen Nederland*, T-303/02.
- TPICE, 26 avril 2007, *Bolloré SA*, T-109/02
- TPICE, 12 septembre 2007, T-36/05.
- TPICE, 8 juillet 2008, *Lafarge*, T-54/03.
- TPICE, 8 juillet 2008, *Peroxydes organiques*, T-99/04
- TUE, 9 juillet 2009, T-450/05, *Automobiles Peugeot SA*
- TUE, 3 mars 2011, *Siemens AG Österreich*, aff. jointes T-122/07 à T-124/07
- TUE, 24 mars 2011, *Comap SA*, T-377/06
- TUE, 14 avril 2011, T-461/07, *Visa Europe et international*
- TUE, 30 novembre 2011, *Quinn Barlo*, T-208/06.
- TUE, 27 juin 2012, *Coats Holding*, T- 439/07.
- TUE, 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce*, « affaire bananes », T-587/08

Cour de justice de l'Union européenne :

- CJCE, 30 juin 1966, C-56/65, *Société technique minière*.
- CJCE, 13 juillet 1966, C-56 et 58/64, *Consten and Grunding*
- CJCE, 9 juillet 1969, *Völk*, C-5/69
- CJCE, 14 juillet 1972, *ICI « matières colorantes »*, C-48/69.
- CJCE, 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie »*, Aff. jtes C-40 à 48/73, 50/73, 54 à 56/73, 111/73, 113, 114/73.
- CJCE, 25 octobre 1977, *Metro I*, C- 26/76.
- CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-La Roche*, C-85/76.

- CJCE, 25 octobre 1983, *AEG Telefunken*, C-107-82.
- CJCE, 8 novembre 1983, C-96/82, *IAZ International Belgium*
- CJCE, 14 décembre 1983, *Ciments et béton*, C- 319/82
- CJCE, 17 septembre 1985, *Ford Werke*, Aff jointes C- 25 et 26/84.
- CJCE, 11 janvier 1990, C-277/87, *Sandoz*.
- CJCE, 28 février 1991, C- 234/89, *Delimitis*
- CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C- 41/90.
- CJCE, 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö*, Aff. Jts C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307 (dite affaire pâte de bois ou Wood pulp)
- CJCE, 13 janvier 1994, C-376/92, *Metro SB-Großmärkte v. Cartier*
- CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP/Commission* (« Magill »), C-241/91P et C-242/91P.
- CJCE, 11 novembre 1997, *Eurotunnel*, C-408/95.
- CJCE, 30 avril 1998, C-230/96, *Cabour*
- CJCE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd* , C-7/95
- CJCE, 28 mai 1998, *New Holland Ford*, C-8/95P
- CJCE, 8 juillet 1999, *Anic Partecipazioni SpA*, C-49/92.
- CJCE, 16 mars 2000, C-395/96, *Compagnie maritime belge*
- CJCE, 19 février 2002, *Wouters*, C-309/99
- CJCE, 2 octobre 2003, *Krupp Hoesch Stahl*, C-195/99
- CJCE, 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl*, C-194/99.
- CJCE, 6 janvier 2004, *Bayer*, C-2/01
- CJCE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland*, aff. jointes C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P et C-219/00P.
- CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health*, C-418-01.
- CJCE, 14 juillet 2005, C- 65/02, *Thyssenkrupp Stainless*
- CJCE, 6 avril 2006, C-551/03, *General Motors*
- CJCE, 23 nov. 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05
- CJCE, 20 novembre 2007, *Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, C-209/07.
- CJCE, 10 juillet 2008, *Impala*, C-413/06
- CJCE, 20 novembre 2008, C-209/07, *BIDS*
- CJUE, 19 mars 2009, *Archer Daniels Midland*, C-510/06
- CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e. a.*, C-8/08.
- CJUE, 6 octobre 2009, C- 501/06, *GlaxoSmithKline*
- CJUE, 4 octobre 2011, C-403/08, *Premier League*

- CJUE, 13 octobre 2011, C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmetique*
- CJUE, 7 février 2013, C-68/12, *Slovenska sporitel'na*
- CJUE, 14 mars 2013, C-32/11, *Allianz Hungaria*
- CJUE, 11 juillet 2013, *Team Relocations*, C- 444/11.
- CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13, *Groupement des cartes bancaires*
- CJUE, 19 mars 2015, *Dole food*, C- 286/13

Décisions d'autorités et de juridictions étrangères :

Finlande :

- Décision de l'autorité finlandaise de concurrence, *Grocery retail sector*, 154/61/2007
- Décision de l'autorité finlandaise de concurrence, *AC Nielsen's shop register*, 253/61/1999

Etats-Unis:

- *American Column and Lumber Co v. US*, 257 US 337 (1921).
- *US v. American Linseed Oil Co*, 262 US 371 (1923).
- *Maple Flooring Manufacturers Association v. US*, 268 US 563 (1925).
- *US v. Container Corporation of America et al.*, 393 US 333 (1969).
- *US v. United States Gypsum Co. et al.*, 438 US 422 (1978)
- US case *In re coordinated pretrial proceedings in petroleum products*, 1990, 906 F.2d 432, 448, 9^{ème} Cir
- *United States c/ Airline Tariff Publishing Co.*, 1994-2 Trade Cas.(CCH)70,687(D.D.C.1994)

Canada:

- *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. v. Canada (A.G.)* (1980), 54 C.C.C. (2d) 373 (S.C.C.), [1980] 2 S.C.R. 644 [Atlantic Sugar]

Italie :

- Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, décision du 30 septembre 2004, n° 13622, *IAMA Consulting*
- Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, décision n° 8546 du 28 juillet 2000, *RC Auto*

- Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, décision n° 40/2005 du 12 octobre 2005, *Prezzi del latte per l'infanzia*.
- Consiglio di Stato, 23 avril 2003, n° 2199, *RC Auto*.
- Consiglio di Stato, 17 janvier 2008, n° 102, *Prezzi del latte per l'infanzia*.

Espagne :

- Comision Nacional de los mercados y la competencia, décision du 30 mars 2004, n° A 329/02.

Royaume-Uni:

- Office of Fair Trade, 20 novembre 2006, n° CA98/05/2006.
- OFT 1301, Notice of intention to accept binding commitments to modify a data exchange tool used by Motor Insurers, 13 janvier 2011.
- OFT 1395, Decision to accept binding commitments to modify a data exchange tool used by Motor Insurers, décembre 2011
- Court of Appeal, 19 octobre 2006, Argos–Littlewoods et JJB Sports, 2005/1071, 1074 et 2005/1623

Allemagne:

- Bundeskartellamt, B1-63/00, 9 août 2001, *Statistisches Informationssystem Transportbeton*
- Oberlandesgericht Düsseldorf, décision Kart. 37/01 (V), 26 juillet 2002, *Transportbeton Sachsen*

Irlande:

- Irish Competition Authority, Décision n° 579 du 28 janvier 2000, *Animal & plant health association Ltd/others*

INDEX

A.

Accès (à l'échange) : 400 et s.

Accords en étoile : 229 et s.

Agrégation (de l'information) : 384 et s.

Analyse économique :

Rôle : 14

Analyse statique : 83, 85 et s., 109 et s.

Analyse dynamique : voir collusion tacite

Approche graduée : 194

Associations professionnelles : 21 et s.,
225,

Effet prescripteur : 332 et s.

Asymétrie d'information : 7, 15, 57, 363
et s.

Auto-évaluation : 10, 266, 347, 434

Autonomie :

décisionnelle: 48 et s.

procédurale : 246 et s.

B.

Barrière à l'entrée : 39, 71, 147

Biens :

Substituables : 91

Différenciés : 91, 173 et s.

Complémentaires : 91

Homogènes : 35, 56, 91 et s., 359 et
s.

Bien-être : 96 et s.

C.

Chinese wall : 12, 409

Clauses anglaises : 9, 177 et s., 229, 426

Clauses du client le plus favorisé : 179 et
s.

Clémence : 305

Collusion tacite :

Définition : 5, 72, 115

Caractérisation : 133, 420 et s.

Compréhension mutuelle : 134 et s.

Stabilité interne : 140 et s.

Stabilité externe : 147 et s., 155

Facteurs de facilitation : 151 et s.

Critique : 189 et s.

Lutte indirecte contre : 430 et s.

Comportementaliste (école) : 78

Concentration économique:

Echanges pré-concentration : 12

Seuil de parts de marché : 344

Effets coordonnés : 413 et s.

Concentration du marché :

Définition économique : 153 et s.

Définition jurisprudentielle : 325,
350 et s

Utilisation jurisprudentielle : 342 et

s.

Outils de mesure : 153, 337

Concurrence (type de) :

En prix (à la Bertrand) : 88

En quantités (à la Cournot) : 87

Leader-suiveur : 87

Concurrence-condition : 67

Concurrence efficace : 66 et s.

Concurrence-moyen : 67

Concurrence oligopolistique : 70 et s.

Concurrence praticable : 64 et s.

Contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles : 13

Contexte économique et juridique : 280 et s.

Coûts :

Corrélation : 92

Information relative aux : 103 et s.,
374 et s.

Marginal : 57

D.

Data room : 12

Demande (information relative à la) : 98 et s., 376 et s.

Différenciation :

Horizontale : 91

Verticale : 91

Dilemme du prisonnier : 126 et s

Distanciation publique : 248 et s.

Domaine public (information du) : 394 et s.

Dominance collective :

Concentration : 413 et s.

Abus de domination collective :
421 et s.

E.

Échange d'administrateurs : 355

Économie industrielle : 15

Économie de l'information et de l'incertitude : 15

Économie de la concurrence imparfaite : 15

Économie de la concurrence pure et parfaite :

Définition : 55 et s.

Critique : 59 et s.

Économie numérique : 3, 232 et s

Eddy (cartel à la): 24 et s.

Effet d'allocation : 103

Effet cumulatif : 345

Effet de précision : 103

Entrepreneur : 61 et s.

Entreprise de statistiques : 226 et s.

Equilibre :

Coopératif : 72, 120 et s.

Non-coopératif : 72, 120 et s.

De Nash : 124

Exemption individuelle : 409

F.

Formes (de l'échange) :

Indifférence : 223

Direct : 228, 234

Indirect : 225, 332 et s.

Fréquence (de l'échange) : 404 et s.

H.

Historique :

Etats-Unis : 21 et s.

Europe : 35 et s.

Homogénéité de l'offre : 359 et s.

Hub and spoke : voir accord en étoile

I.

Incertitude :

Principe général : 49

Commune sur la demande : 98 et s.

Privée sur les coûts : 103 et s.

Stratégique : 312 et s.

Incitation : voir analyse statique

Information :

Notion générale: 2

Définition économique : 57

Nature : 369 et s.

Infraction complexe : 204 et s.

Intentions (échange d'):

Notion : 294 et s.

Régime : 296 et s.

Interdépendance oligopolistique : 72

L.

Liens structurels : 183 et s., 353 et s.

M.

Marché atomisé : 71

Monopole : 71

O.

Objet anticoncurrentiel :

Concept : 270 et s.

Alternative Objet/effet : 265 et s.

Méthode d'appréciation : 273 et s.

Des échanges d'informations : 288

et s.

Oligopole :

Définition économique : 70 et s.

Définition jurisprudentielle : 325 et

s.

Organisation industrielle :

voir économie industrielle

P.

Paradigme SCP : 75, 78

Parallélisme conscient : 5

Places de marché électroniques : 232 et s.

Privatif (caractère) : 300 et s.

Prix (information relative au) :

Notion : 293

Régime : 296 et s., 370

Public (caractère) : 301 et s.

Publicité (de l'information) : 393 et s.

Q.

Quantités (information relative aux) :

296, 371.

R.

Réciprocité :

Pratique concertée : 214

Accord : 211

Règle de raison : 260 et s.

Restriction caractérisée :

Notion : 275

Régime : 276 et s.

Restriction de concurrence : 257 et s.

Réunion :

Preuve : 235 et s.

Présomption d'adhésion

européenne : 237 et s.

Présomption d'adhésion française :

243 et s.

S.

Secteur financier : 364 et s., 383, 392

Small antitrust : 79

Société de l'information : 3

Stabilité de la demande : 162 et s., 361 et s.

Standard de preuve : 433 et s.

Stratégique (information) : 367 et s.

Structuraliste (école) : 75 et s.

Symétrie de l'offre : 156

T.

Temporel (caractère) :

Information relative au futur : 290 et s.

Information traduisant le futur : 309 et s.

Information relative au passé : 378 et s.

Terminologie : 5

Théorie des jeux : 119 et s., 419 et s.

TIC : 3

Tiers certificateur : 97, 407 et s.

Transaction : 305

Transparence :

Principe : 43 et s.

Effets : 46 et s., 166 et s.

Z.

Zone de sécurité :

Seuils de parts de marché : 344 et s.

Relativement à l'information : 377

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	9
TITRE I : L'ENVIRONNEMENT DES ECHANGES D'INFORMATIONS	21
CHAPITRE 1 : L'APPREHENSION DES ECHANGES D'INFORMATIONS	23
<i>Section 1 : Les autorités de concurrence face à l'émergence des échanges d'informations</i>	<i>24</i>
Paragraphe 1 : De la neutralité à la suspicion envers les échanges d'informations	24
A/ Les prémices de l'appréhension des échanges d'informations : le cas américain	24
1°/ Les prudents débuts de la jurisprudence relative aux échanges d'informations	25
2°/ L'établissement mouvementé de la jurisprudence relative aux échanges d'informations	28
B/ Une jurisprudence affinée par les autorités européennes	31
Paragraphe 2 : Les principes justifiant la sanction des échanges d'informations	37
A/ L'ambivalence du principe de transparence	37
1°/ Les contours de la notion de transparence	37
2°/ Les effets ambivalents de l'augmentation de la transparence	39
B/ La préservation de l'autonomie décisionnelle des concurrents	41
<i>Section 2 : La place des échanges d'informations dans le processus concurrentiel</i>	<i>45</i>
Paragraphe 1 : Les modèles généraux de concurrence	45
A/ Le modèle de référence : la concurrence pure et parfaite	46
1°/ Les conditions de la concurrence pure et parfaite	46
2°/ Critique du modèle de concurrence pure et parfaite	48
B/ La concurrence praticable	50
Paragraphe 2 : La concurrence à l'aune de la structure : l'oligopole	53
A/ La concurrence oligopolistique	53

B/ Les deux grandes écoles de pensée de l'oligopole	55
1°/ L'école de Harvard ou l'école structuraliste.....	56
2°/ L'école de Chicago ou l'école comportementaliste	57
CONCLUSION INTERMÉDIAIRE.....	59
CHAPITRE 2 : LES OUTILS JURISPRUDENTIELS SPECIFIQUES AUX ECHANGES D'INFORMATIONS : LA NOUVELLE ECONOMIE INDUSTRIELLE	61
<i>Section 1 : L'étude des incitations au partage de l'information: les modèles statiques..</i>	<i>63</i>
Paragraphe 1 : La définition du type de concurrence : préalable à l'analyse des échanges d'informations.....	64
A/ Les modèles oligopolistiques de concurrence : prix ou quantités	64
B/ La nature des biens	65
Paragraphe 2 : Les effets de l'échange d'informations sur le bien-être	68
A/ L'apport des modèles théoriques statiques.....	69
1°/ L'incertitude commune sur la demande	69
2°/ L'incertitude privée sur les coûts.....	71
B/ La place de l'analyse statique au sein de la jurisprudence	73
<i>Section 2 : La vision dynamique sous-tendant l'analyse des autorités de concurrence : la théorie de la collusion tacite</i>	<i>76</i>
Paragraphe 1 : La caractérisation de la collusion tacite	78
A/ La théorie des jeux répétés	78
1°/ Les éléments de définitions de la théorie des jeux	78
2°/ L'application de la théorie des jeux aux marchés oligopolistiques : le dilemme du prisonnier.....	81
B/ Les conditions de caractérisation de la collusion tacite.....	84
1°/ La compréhension mutuelle des termes de la coordination.....	85
2°/ Le maintien de la stabilité interne de la collusion	89
3°/ La stabilité externe de la collusion	94
Paragraphe 2 : Les facteurs facilitant la collusion.....	97
A/ Les facteurs intrinsèques au marché.....	97
1°/ Les facteurs relevant de l'offre	98
a) La concentration de l'offre	98

b) La pression concurrentielle	99
c) La symétrie de l'offre	99
d) La nature de la concurrence	100
e) Les capacités excédentaires de production.....	100
f) Les contacts multi-marchés	101
2°/ Les facteurs relevant de la demande.....	102
a) La croissance de la demande	102
b) La stabilité de la demande.....	102
c) L'élasticité de la demande.....	103
d) La puissance d'achat compensatrice	104
3°/ Les autres facteurs intrinsèques au marché	104
a) La transparence du marché.....	104
b) Les caractéristiques des transactions.....	106
c) Différenciation des biens.....	106
d) Les marchés avec innovations.....	107
B/ Les facteurs extrinsèques au marché	107
1°/ Les pratiques facilitatrices dues aux entreprises.....	107
a) Les échanges d'informations.....	107
b) Les clauses anglaises.....	108
c) Les clauses du client le plus favorisé	109
d) Les systèmes des prix incluant les frais de livraison	110
e) Les liens structurels.....	111
f) L'intégration verticale	112
g) Les accords de coopération horizontaux	112
2°/ Les pratiques facilitatrices dues aux pouvoirs publics	113
a) Les réglementations de prix	113
b) L'augmentation de la transparence du marché	113
 CONCLUSION INTERMÉDIAIRE	 115

**TITRE II : LA PROHIBITION DES ENTENTES APPLIQUEE AUX ECHANGES
D'INFORMATIONS ENTRE CONCURRENTS..... 119**

CHAPITRE I : L'ECHANGE D'INFORMATIONS A L'AUNE DE SON CONTENU..... 121

*Section I : La démonstration des éléments constitutifs de la concertation en matière
d'échanges d'informations..... 123*

Paragraphe 1 : Les évolutions de la notion de concertation suggérées par les pratiques
d'échanges d'informations 125

A/ La porosité des notions d'accord et de pratique concertée : l'infraction complexe
..... 125

B/ La question de la réciprocité : entre rigueur et souplesse jurisprudentielle..... 130

1°/ La réciprocité en matière d'accord anticoncurrentiel : la rigueur de l'adhésion
..... 130

2°/ La réciprocité en matière de pratique concertée : la souplesse de l'acceptation
..... 133

Paragraphe 2 : La concertation à l'épreuve de l'extrême diversité des pratiques
d'échanges d'informations 140

A/ Les échanges d'informations « formalisés » 141

1°/ Les échanges « formalisés » indirects 141

2°/ Les échanges « formalisés » directs 144

B/ Les échanges d'informations informels..... 148

1°/ La preuve de la tenue de la réunion 149

2°/ La présomption d'adhésion des participants au contenu de la réunion 150

a) La position sévère de la jurisprudence européenne..... 151

b) La position plus nuancée de la jurisprudence française : une position en
sursis ? 153

c) Le combat des présomptions d'adhésion à l'entente par la distanciation
publique 156

*Section II : la détermination de l'objet anticoncurrentiel des échanges d'informations
..... 160*

Paragraphe 1 : Les subtilités du concept de restriction par objet 161

A/ La délicate notion de restriction de concurrence 161

1°/ La structure de l'article 101 TFUE.....	162
2°/ La délimitation de l'alternative objet/effet : un objectif, deux méthodes.....	167
B/ L'affirmation de la méthode d'appréciation de l'objet anticoncurrentiel.....	172
1°/ L'examen substantiel de l'accord	174
2°/ L'influence du contexte économique et juridique de l'accord	180
a) Les éléments retenus pour la prise en compte du contexte économique et juridique de l'accord.....	180
b) Le rôle assigné au contexte économique et juridique	182
Paragraphe 2 : L'analyse de l'objet restrictif de concurrence des échanges d'informations	186
A/ L'échange d'intentions relatives aux prix et/ou aux quantités : une entente ?..	187
1°/ La définition des échanges d'intentions relatives aux prix et/ou aux quantités	187
2°/ L'échange d'intentions relatives aux prix et/ou aux quantités assimilé à une entente	191
a) La pertinence de la qualification au regard de la théorie économique.....	192
b) La nature privative de l'échange entraînant son assimilation à une entente	195
B/ Les échanges d'informations traduisant les comportements futurs.....	202
1°/ Les échanges d'informations relatives au comportement actuel	202
2°/ Le critère général de l'incertitude stratégique et l'objet anticoncurrentiel...	205
CONCLUSION INTERMÉDIAIRE	208
CHAPITRE II : L'ECHANGE D'INFORMATIONS A L'AUNE DE SES EFFETS	210
<i>Section I : L'analyse multicritère de l'effet restrictif des échanges d'informations</i>	<i>211</i>
Paragraphe 1 : L'analyse des caractéristiques de marché	212
A/ Le filtrage par l'analyse de la structure de marché	212
1°/ La concentration du marché	213
a) Les principes jurisprudentiels relatifs à la concentration du marché	214
b) La réception jurisprudentielle des principes relatifs à la concentration.....	223
2°/ Les autres facteurs structurels utilisés en jurisprudence.....	227
a) Les barrières à l'entrée	228
b) Les liens structurels.....	229

B/ Les autres caractéristiques de marché influant sur le potentiel collusoire	231
1°/ L'état de l'offre et de la demande.....	232
a) L'homogénéité de l'offre	232
b) La stabilité de la demande.....	233
2°/ L'asymétrie de l'information.....	235
Paragraphe 2 : L'analyse de l'échange d'informations	238
A/ Les caractéristiques des informations échangées	239
1°/ La nature de l'information	239
a) Les informations sur les prix et les quantités	240
b) Les informations sur les coûts et la demande	243
2°/ Le caractère temporel de l'information	246
3°/ Le caractère agrégé des informations	250
4°/ Le caractère public de l'information	256
B/ Les modalités de l'échange d'informations.....	261
1°/ Les conditions d'accès à l'échange	261
2°/ La fréquence de l'échange.....	263
3°/ L'intervention d'un « tiers certificateur ».....	265
<i>Section II : Les voies d'amélioration de l'analyse multicritère des échanges</i>	
<i>d'informations</i>	<i>269</i>
Paragraphe 1 : Les autres voies de contrôle de la collusion tacite	270
A/ Le contrôle prospectif de la collusion tacite: le droit des concentrations	270
B/ Le contrôle rétrospectif : l'abus de position dominante collective.....	276
Paragraphe 2 : Vers une plus grande cohérence de la lutte contre la collusion tacite	281
A/ La lutte indirecte contre la collusion par le contrôle des échanges d'informations	281
B/ Une élévation du standard de la preuve souhaitable ?.....	283
CONCLUSION INTERMÉDIAIRE	288
CONCLUSION	290
ANNEXE :	294
BIBLIOGRAPHIE	301
INDEX	342