

Études thématiques



Études thématiques

Concurrence et contrat _____	59
Introduction _____	59
Le contrat, objet d'analyse du droit de la concurrence _____	61
Le contrat, sujet de la régulation concurrentielle _____	77
La technique de négociation du contrat, instrument de la régulation concurrentielle _____	89
Conclusion _____	103
Les échanges d'informations _____	105
Les effets anticoncurrentiels des échanges d'informations _____	107
Les effets proconcurrentiels _____	117
L'examen des échanges d'informations au regard du droit de la concurrence _____	122
Les actions menées pour préserver ou restaurer la concurrence _____	138
Conclusion _____	146

Études thématiques

Concurrence et contrat

Introduction

L'étude des relations entre concurrence et contrat¹ nécessite de tenir compte de la double dimension du contrat. Dans sa dimension juridique, familière des civilistes, le contrat est identifié à l'acte conclu entre deux parties qui s'obligent l'une envers l'autre « à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »². Le contrat résulte alors d'une volonté tendue vers une fin pratique : produire des effets de droit. Dans une dimension plus commune, le contrat est identifié à sa méthode d'élaboration, celle de la négociation. Ce n'est plus l'acte juridique, « chose des parties », qui est alors envisagé mais plutôt le processus contractuel, le *bargaining*.

Lorsqu'il tient de la première définition, le contrat est donc la chose des parties, et le lieu de rencontre de leurs intérêts particuliers. Le contrat ainsi défini poursuit, de prime abord, un objectif différent de celui de la concurrence : en tant que manifestation de l'ordre public économique, le droit de la concurrence poursuit un objectif de défense de l'intérêt général ; le contrat, à l'inverse, est un outil au service de l'intérêt privé des parties. En ce sens, le contrat et le droit de la concurrence ne se situent pas sur le même plan : l'un vise la satisfaction des besoins des parties contractantes, l'autre le bon fonctionnement du marché et des règles de concurrence. L'article 6 du Code civil cristallise le point d'articulation des deux : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* »³ Appliqué à notre sujet, cet article signifie concrètement que les entreprises ne peuvent se soustraire aux règles du marché par conventions ou clauses particulières : l'ordre public prime en effet sur l'intérêt privé.

1. Il ne rentre pas dans l'objet de la présente étude d'envisager les relations entre contrat et concurrence sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence du titre IV du Code de commerce. De même, l'étude sera centrée sur la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence et de l'Autorité, et non sur les décisions et arrêts des juridictions administratives ou judiciaires.

2. Article 1101 du Code civil.

3. Cet article est complété par l'article 1133 du Code civil (« *La cause est illicite quand [...] elle est contraire à l'ordre public* ») et L. 420-3 du Code de commerce (« *Est nul tout engagement, convention, ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2* »).

Faut-il en conclure que le droit de la concurrence contrarie le principe contractuel ? À ces relations hiérarchisées s'ajoutent en réalité des relations complémentaires.

En tant qu'organisation économique libérale, la concurrence entretient une certaine proximité avec le contrat. Les deux reposent sur l'idée de liberté individuelle et de priorité laissée à l'initiative privée. Techniquement, la liberté contractuelle et la libre concurrence procèdent du même principe général de liberté économique consacré par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 : « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.* »⁴ La satisfaction des besoins individuels obtenue grâce au contrat permet donc de satisfaire également l'équilibre économique général : lorsque l'article L. 410-2 du Code de commerce prévoit que les prix sont « *librement déterminés par le jeu de la concurrence* », c'est en effet non seulement le principe du « *laisser-faire* » qui est consacré, mais également celui du « *laisser-contracter* ». Le lien nécessaire entre la liberté contractuelle et la libre concurrence était également présent dans l'esprit des rédacteurs du Code civil. Alors que le postulat selon lequel les individus doivent être libres de définir eux-mêmes les termes de leurs propres contrats est reconnu, il est aussi admis que le « *prix est fondé sur la comparaison de l'abondance et de la rareté relative de l'argent, avec la rareté ou l'abondance relative des objets ou des marchandises que l'on achète. Il ne peut être fixé par des règlements. Le grand principe sur ces matières, est de s'abandonner à la concurrence et à la liberté* »⁵. En droit communautaire, la liberté d'entreprise est en particulier protégée au titre des droits fondamentaux⁶, liberté inséparablement liée à la liberté contractuelle : « *Dans une communauté qui s'est engagée à respecter le principe de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre, il est indispensable de garantir la liberté contractuelle.* »⁷

Le contrat, cellule de l'organisation économique, participe ainsi pour partie à l'ordonnement économique. Il apparaît en effet comme l'outil de mise en œuvre de la concurrence, grâce auquel la rencontre de l'offre et de la demande peut être formalisée et, surtout, sécurisée : la volonté exprimée dans le contrat est expression de la liberté contractuelle, mais aussi du respect de la parole donnée⁸. Or, la sécurité des transactions est un élément indispensable à l'initiative individuelle.

En définitive, le contrat dans son principe sert les objectifs concurrentiels, à la condition que son contenu ne soit pas contraire à ces objectifs.

Cette utilité du contrat pour la concurrence se trouve renforcée lorsque le contrat est identifié à sa seconde définition mentionnée plus haut, celle du *bargaining*.

4. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a ainsi été consacré en tant que principe général du droit sur le fondement de ce texte : CE Ass., 22 juin 1951, Daudignac ; 13 mai 1983, René Moline.

5. Portalis, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », in *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Centre de droit de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, 1992, 51 (soulignement ajouté).

6. Article 16 de la Charte des droits fondamentaux.

7. J. Kokott, conclusions présentées le 19 septembre 2009 dans l'affaire De Beers, C-441/07P.

8. L'article 1134 du Code civil (selon lequel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ») signifie ainsi que la volonté contractuelle n'est pas la volonté dans sa réalité psychologique changeante, mais la volonté telle qu'exprimée lors de la conclusion du contrat. Le contrat, vu par les économistes est, en ce sens, « *une façon de se prémunir contre l'incertitude inhérente au futur* » : A. Perrot, « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006, p. 151.

L'autorité de concurrence peut en effet utiliser cette technique de négociation pour obtenir des entreprises des informations sur le marché ou un changement rapide de leurs comportements. La « contractualisation » est alors utilisée comme remède aux pratiques anticoncurrentielles.

Ces différents points de rencontre entre la régulation concurrentielle et le contrat seront donc ainsi successivement envisagés.

En tant qu'acte juridique pouvant engendrer des effets de droit contraires aux conditions nécessaires à une saine concurrence, le contrat est soumis aux règles de concurrence. Le contrat est ainsi à la fois objet d'analyse des autorités de concurrence et sujet de la régulation concurrentielle. Mais le contrat est aussi instrument de la régulation concurrentielle, d'une part, lorsqu'il est envisagé comme cellule de l'ordonnancement économique concurrentiel, et d'autre part, lorsqu'il est utilisé comme processus de négociation entre les autorités et les entreprises⁹.

Le contrat, objet d'analyse du droit de la concurrence

Différents types de contrats peuvent être concernés par l'analyse concurrentielle. Il s'agit principalement des contrats d'échange, entendus dans leur sens général de contrats synallagmatiques assurant la transmission onéreuse des biens et des services, et des contrats d'organisation des marchés, qu'il s'agisse, pour les entreprises, de s'unir dans le cadre d'une concentration ou d'organiser leurs réseaux de distribution.

Dans ces différentes situations contractuelles, l'analyse du contrat n'est pas détachée de celle du marché sur lequel il intervient. Ce n'est pas seulement la relation contractuelle, ni le contrat en lui-même qui importe pour le droit de la concurrence, mais le contrat dans son contexte juridique et économique. Ce qui est recherché, en effet, n'est pas de savoir si le consentement des parties est vicié ou si le contrat est exécuté de bonne foi, mais si le contrat ou ses clauses sont anti-concurrentiels. De même, ce ne sont pas les parties au contrat qui intéressent le droit de la concurrence, mais l'entreprise, en tant qu'unité économique autonome sur un marché. Cette appréciation du contrat sous l'angle des conditions concurrentielles de son environnement s'applique ainsi tant à l'égard du contrat et de ses clauses, qu'à l'égard des opérateurs concernés par le contrat.

L'appréciation concurrentielle de la réalité contractuelle

L'appréciation concurrentielle du contrat revêt deux caractéristiques qui distinguent le droit de la concurrence et le droit des contrats. D'une part, elle est objective, d'autre part, elle est générale car elle concerne l'environnement du contrat et non seulement ses dispositions contractuelles.

9. Les titres de cette étude ont pour partie été empruntés à l'article de B. Lasserre, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2006, p. 239 : « Le contrat entre acteurs économiques, sujet à la fois de la régulation sectorielle et du droit commun de la concurrence », « le contrat, instrument de la régulation sectorielle et de l'application du droit commun de la concurrence ».

Une appréciation objective

L'autorité de concurrence appréhende le contrat comme une cellule du marché. Le contrat est donc analysé au regard de sa finalité économique, de la perturbation éventuelle qu'il apporte à la concurrence sur le marché, mais non au travers de considérations subjectives, telles que l'intention des parties contractantes, la réalité de leur consentement, leur bonne ou mauvaise foi ou le préjudice subi du fait de son inexécution. L'appréciation objective du contrat est illustrée notamment lorsqu'il formalise une entente anticoncurrentielle, tant à l'égard de l'analyse du comportement des entreprises ayant mis en œuvre des ententes prohibées que de celui des victimes de leurs pratiques.

Analyse objective du comportement de l'entreprise mise en cause

S'agissant de l'examen du comportement des entreprises ayant commis des pratiques d'entente, on peut rappeler que l'intention subjective de porter atteinte à la concurrence n'est pas requise pour qualifier ces pratiques d'anticoncurrentielles¹⁰. Contrairement au droit des contrats qui prévoit que les conventions doivent être exécutées de bonne foi¹¹, ce qui permet parfois à la jurisprudence de moduler la portée de la force obligatoire des clauses contractuelles¹², l'absence d'intention de l'entreprise de porter atteinte à la concurrence ne peut l'exonérer de sa responsabilité au regard des règles de concurrence : « *On ne peut en aucun cas exempter une entente illicite, au prétexte que les parties n'auraient pas eu pour intention de fausser le jeu de la concurrence* », a précisé le Conseil de la concurrence dans une étude consacrée à l'objet, l'effet et l'intention anticoncurrentiels¹³.

Réciproquement, la démonstration de l'intentionnalité des entreprises n'est pas nécessaire pour qualifier les pratiques contractuelles. Ainsi, dans l'affaire du bœuf irlandais, la Cour de justice des Communautés européennes a-t-elle rappelé « *qu'à supposer même qu'il soit établi que les parties à l'accord ont agi sans aucune intention subjective de porter atteinte à la concurrence [...], de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de ladite disposition* » (article 81, paragraphe 1 du traité CE)¹⁴. Dans cette perspective, « *l'intention des parties ne constitue pas*

10. Décision 01-D-67 (confirmée par CA Paris, 30 avril 2002, Jean François; rejet du pourvoi par Cass. com., 28 avril 2004, Colas); CJCE, 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society, (C-209/07, *Rec.* p. I-8637), point 21 : « *Pour déterminer si un accord relève de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, il y a lieu de s'attacher à la teneur de ses dispositions et aux buts objectifs qu'il vise à atteindre. À cet égard, à supposer même qu'il soit établi que les parties à un accord ont agi sans aucune intention subjective de restreindre la concurrence, mais dans le but de remédier aux effets d'une crise sectorielle, de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de ladite disposition.* »

11. Article 1134 du Code civil.

12. Par exemple : refus de faire produire effet à une clause résolutoire de plein droit invoquée de mauvaise foi (Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1976, *Bull. civ.*, n° 465 ; 16 février 1999, *D.* 1999, IR 5).

13. *In* Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2003, La Documentation française, p. 73. Ainsi, dans un arrêt « Pâtes de bois » du 31 mars 1993 (C-89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85 à 129/85, *Rec.* p. I-1307), la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que le fait que des clauses anticoncurrentielles ont été insérées par négligence dans un contrat ne suffisait pas à exonérer l'entreprise de la pratique commise.

14. CJCE, 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society, précité.

*un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord, [mais] rien n'interdit à la Commission ou aux juridictions communautaires d'en tenir compte*¹⁵.

Il reste que, dans le cas où les parties se sont entendues sans conclure de contrat, la démonstration du concours de volontés est nécessaire. Dans un arrêt du 9 janvier 2001, la cour d'appel de Paris précisait en ce sens que « *pour que la pratique puisse être sanctionnée sur le fondement des articles L. 420-1, L. 462-6 et L. 464-2 du Code de commerce, [il faut] que les entreprises aient librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant quelle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché* »¹⁶. Cette précision s'explique cependant par le fait que l'entente est formalisée en l'espèce par un simple échange d'informations, et non par la conclusion d'un contrat ; elle peut en ce sens être rattachée à la définition même de l'entreprise en droit de la concurrence qui, en tant qu'opérateur libre et autonome, agit de « *manière rationnelle* » sur un marché et est donc « *consciente des conséquences vraisemblables* » de l'accord anticoncurrentiel qu'elle a conclu¹⁷. Il faut, en effet, pour reprendre les termes utilisés par le Conseil de la concurrence dans le rapport mentionné plus haut, distinguer « *l'intention de porter atteinte à la concurrence* » et « *l'intention de s'entendre* », seule requise pour qualifier les pratiques¹⁸. La formule utilisée par la cour d'appel se place dans cette perspective de démonstration du concours de volontés, première étape de l'établissement d'une entente.

Ce dernier élément nous amène à nous interroger sur l'appréciation éventuelle, par les autorités de concurrence, des vices du consentement des entreprises qui concluent une entente. En droit des contrats, « *le consentement de la partie qui s'oblige* » fait partie des « *conditions essentielles pour la validité d'une convention* »¹⁹, le juge étant donc appelé à prononcer la nullité du contrat si le consentement d'une des parties est vicié.

Ce raisonnement n'est pas transposable à l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles, tant à l'égard de la prise en compte des vices du consentement, qu'à l'égard de leurs conséquences civiles. Dans son étude consacrée à la preuve des concours de volontés constitutifs d'entente, le Conseil de la concurrence a constaté que les pressions économiques, même violentes, exercées par une partie sur une autre ne sont pas considérées comme viciant l'intégrité du consentement de cette partie, mais sont parfois prises en compte dans le calcul des sanctions²⁰. En effet, « *les vices du consentement [...] assurent, en droit civil, la protection subjective des opérateurs ; ils sont donc mal adaptés au droit de la concurrence qui tend à la protection objective du marché* »²¹. Cette différence d'analyse entre le droit des contrats et le droit

15. CJCE, 6 octobre 2009, Glaxo, (C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P, C-519/06P, non encore publié au Recueil), point 58. Cf. également, lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3 du traité CE (JOUE C 101/97, 27 avril 2004).

16. CA Paris, 9 janvier 2001, SEEE (soulignement ajouté).

17. Cf. sur ce point, les conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire du bœuf irlandais, point 43.

18. Rapport précité, p. 74.

19. Article 1108 du Code civil.

20. In Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2006, La Documentation française, p. 93 et s.

21. In Rapport annuel 2006 précité, p. 93.

de la concurrence est soulignée par la Commission européenne dans l'affaire des viandes bovines françaises. Selon une des entreprises, l'accord anticoncurrentiel avait été conclu sous la contrainte exercée par des éleveurs, ce qui constituait une cause de nullité du contrat en droit civil français. La Commission a écarté cet argument : « *Pour qu'un engagement soit qualifié d'accord au sens de l'article 81, il n'est pas nécessaire qu'il constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national [...]. En revanche, le fait que l'accord ait été conclu sous la contrainte peut être pris en compte dans l'appréciation de la participation de la victime à l'infraction aux fins de la détermination des amendes.* »²² La logique présidant au droit des contrats n'est donc pas transposable à la prohibition des ententes. Pour les autorités de concurrence, la question n'est pas, en effet, de savoir si les entreprises parties à l'entente ont librement consenti à un accord, mais si les pratiques anticoncurrentielles peuvent leur être imputées. L'exigence d'un concours de volontés libres à l'origine d'une entente semble, certes, faire appel au concept d'échange de consentements caractérisant la formation d'un contrat, mais il s'agit de deux réalités différentes. Dans un cas, l'appréciation porte sur la liberté commerciale et économique de l'entreprise, un opérateur qui n'est pas autonome ou ayant vu sa liberté restreinte ne pouvant se voir imputer certaines pratiques : en effet, deux sociétés liées entre elles et constituant une seule et même entreprise ne peuvent nouer un accord de volontés. Dans l'autre, l'appréciation porte sur l'intégrité du consentement des parties lors de la conclusion du contrat. La première analyse affecte l'imputabilité des pratiques, la seconde l'existence même du contrat. Cette circonstance explique pour partie que les ententes recouvrent une réalité plus étendue et diverse que le contrat²³.

Indifférence du préjudice subi par la victime des pratiques, ou de son dol ou erreur

L'appréciation économique du contrat est, de la même façon, indifférente au préjudice subi par la victime des pratiques anticoncurrentielles, ou à son dol ou erreur.

La pratique décisionnelle et la jurisprudence en matière d'ententes passées dans le cadre de marchés publics sont, à cet égard, révélatrices. Dans ce cas de figure, le contrat n'est plus le vecteur des pratiques, comme c'est notamment le cas lorsque les entreprises concluent des ententes contractuelles anticoncurrentielles, mais il est l'objet des pratiques. Les entreprises s'entendent en effet pour fausser la concurrence qui aurait dû présider à la conclusion d'un contrat public. Ces pratiques sont considérées comme d'autant plus graves qu'elles pénalisent en définitive les contribuables, « *payeurs en dernier ressort des travaux* » effectués en exécution du contrat public²⁴. Alors que dans cette situation, le juge peut indemniser le maître d'ouvrage, sur le fondement de son dol concurrentiel²⁵, il est admis, en droit de

22. Décision de la Commission du 2 avril 2003, COMP/C. 38279/F3, viandes bovines françaises, point 122, confirmée pour l'essentiel par TPICE, 13 décembre 2006, FNCBV c/Commission, (T-217/03 et T-245/03, Rec. p. II-4987).

23. Nous renvoyons sur ce point à l'étude thématique précitée, Rapport annuel 2006, p. 77 (« La preuve des accords de volontés constitutifs d'entente ») : « *En droit de la concurrence, on verra que l'on n'aborde pas seulement des relations contractuelles, mais aussi des pratiques concertées qui ne remplissent pas toutes les conditions juridiques du contrat, ni même de l'accord, et n'ont pas la même valeur entre les parties.* »

24. CA Paris, 3 juillet 2008, Eiffage construction SAS.

25. Cf. l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 22 avril 2004, Bouygues (confirmé par Conseil d'État, 19 décembre 2007, Campenon-Bernard), faisant suite à la décision 95-D-76.

la concurrence, que l'absence de préjudice subi par le maître d'ouvrage est indifférente, tant au regard de la qualification des pratiques²⁶ que de l'évaluation de l'importance du dommage à l'économie²⁷. La qualification d'une pratique au regard des règles de concurrence ou l'évaluation de l'importance du dommage à l'économie qu'elle a engendré ne poursuit pas, en effet, la même finalité que la recherche d'une inexécution contractuelle dommageable ouvrant droit à indemnisation au profit du contractant victime de cette inexécution. Si ces pratiques d'ententes préalables au dépôt des offres sont sanctionnées, c'est en effet parce qu'elles sont de nature à « *diminuer l'incertitude dans laquelle toutes les entreprises doivent se trouver placées relativement au comportement de leurs concurrentes. Cette incertitude est en effet la seule contrainte de nature à pousser les opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en termes de qualité et de prix pour obtenir le marché. À l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée* ». ²⁸

Il est vrai que cette appréciation objective du contrat public conclu par voie d'appel d'offres semble être contredite par la référence, dans les décisions et les arrêts, à la tromperie du maître d'ouvrage. Cette référence à la tromperie subie par le maître d'ouvrage du fait des manœuvres des entreprises semble même pouvoir être assimilée à l'erreur ou au dol qui peut être subi par un des contractants lors de la conclusion du contrat, et qui a pour effet de vicier son consentement et de rendre son engagement nul²⁹.

Ce qui est cependant recherché par les autorités de concurrence n'est pas de savoir si le maître d'ouvrage a été personnellement trompé sur l'objet du contrat, mais si la mise en concurrence des entreprises par la voie d'appel d'offres a été perturbée. En particulier, les autorités de concurrence n'ont pas à prouver que sans les manœuvres des entreprises, le maître d'ouvrage n'aurait pas contracté³⁰ ou qu'il y a eu erreur sur la substance de la chose, objet de la convention³¹. La tromperie renvoie donc moins à la duperie du maître d'ouvrage qu'aux manœuvres occultes des entreprises perturbant l'appel d'offres. Le Conseil de la concurrence rappelle régulièrement sa doctrine sur le sujet dans ses différents rapports annuels : si des entreprises « *déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres. Mais, si*

26. Décision 07-D-29, § 43 (confirmée par CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF).

27. CA Paris, 8 octobre 2008, SNEF : le dommage à l'économie « *ne se réduit pas au préjudice éventuellement subi par le maître d'ouvrage et s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause* ».

28. Décision 09-D-34, § 81 (recours pendant devant CA). Cf. également décisions 89-D-42 et 01-D-17 (rejet partiel du recours par CA Paris, 20 novembre 2001, SA Norelec), 07-D-47 (annulation partielle par CA Paris, 14 janvier 2009, Eurelec), 06-D-08 (confirmée par CA Paris, 23 octobre 2007, Eiffage construction ; pourvoi en cassation formé contre cet arrêt).

29. Article 1109 du Code civil : « *Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.* »

30. Article 1116 du Code civil : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.* »

31. Article 1110 du Code civil : « *L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.* »

ces offres multiples ont été établies en concertation, ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, ces offres ne sont plus indépendantes. Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence et cette pratique a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel. Il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification de cette pratique que le responsable du marché ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations». ³² La Cour de cassation a également précisé en ce sens que « la tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbe le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique ». ³³ C'est donc parce que la tromperie perturbe le système d'appel d'offres et le secteur qu'elle est relevée. L'intervention des autorités de concurrence n'a donc pas pour objet de protéger le consentement du maître d'ouvrage lors de la conclusion du contrat, mais de tenir compte de la perturbation de la concurrence. Un arrêt récent de la cour d'appel retient ainsi que « tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrentes, cette incertitude étant en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché et qu'à l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée ». ³⁴

L'analyse du contrat par les autorités de concurrence est donc avant tout une analyse objective, peu perméable aux moyens de droit subjectifs qui, en droit des contrats, affectent la validité des conventions ou la force obligatoire de leurs obligations. Mais il s'agit aussi d'une analyse générale, qui concerne le marché dans son ensemble, et qui n'est pas limitée aux seules stipulations contractuelles.

Une appréciation réalisée au regard du contexte concurrentiel

Alors qu'en droit des contrats, l'interprétation de la convention doit être recherchée « dans la commune intention des parties contractantes » ³⁵, en droit de la concurrence, le contrat n'est pas compris en lui-même, ou selon l'équilibre contractuel qui en résulte ³⁶, mais au regard du contexte concurrentiel en général.

Prise en compte du contexte économique et juridique

En pratique, l'approche concurrentielle du contrat implique de resituer la convention non seulement dans son contexte économique, mais aussi dans son contexte

32. Cf. par ex., Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2008, La Documentation française, p. 218.

33. Cass. com., 24 mars 1998, Sade, n° 96-14-845.

34. CA Paris, 3 novembre 2009, Compagnie française de transport interurbain.

35. Article 1156 du Code civil.

36. Les juges du fond peuvent ainsi écarter l'application d'une clause contractuelle qui se trouve être en contradiction avec l'économie générale de la convention : Cass. com., 15 février 2000, Bull. civ., n° 29.

juridique. La Cour de justice a ainsi rappelé que l'analyse de l'accord anticoncurrentiel doit « *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* [...] »³⁷.

On peut, à cet égard, se référer à la jurisprudence et à la pratique décisionnelle applicables en matière d'exclusivité. Les clauses d'exclusivité sont considérées comme anticoncurrentielles par l'effet d'éviction, potentiel ou réel, qu'elles entraînent³⁸. Or, la force des mécanismes d'éviction « *dépend des caractéristiques précises de l'environnement, en particulier de la structure des marchés concernés et de la forme des contrats en cause* »³⁹. Ainsi, la cour d'appel de Paris a défini, dans un arrêt du 7 mai 2002 relatif à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la glace à impulsion, les critères d'appréciation de l'effet sur la concurrence de clauses d'exclusivité dans un contrat de distribution : « *L'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes.* » L'étude du Conseil de la concurrence consacrée au sujet a constaté qu'en pratique, « *l'effet d'éviction dépend de nombreux facteurs, parmi lesquels le champ et la portée de l'exclusivité, la part de la demande liée, l'enchevêtrement temporel des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la dispersion géographique et l'atomicité de la demande* »⁴⁰.

Dans certaines situations, le contrat n'est pas seulement apprécié au regard de la teneur de ses dispositions ou de son contexte économique, mais également au regard des autres contrats similaires affectant les conditions de concurrence du marché.

Cette approche a d'abord été celle de la jurisprudence communautaire pour l'appréciation des « *contrats de bière* » emportant généralement, à la charge du débitant de boissons, une obligation d'achat exclusif au profit d'un fournisseur de bière, qui s'engage de son côté à concéder certains avantages économiques et financiers. Dans un arrêt du 12 décembre 1967, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que l'appréciation des effets d'un tel accord au regard des dispositions de l'article 85 § 1 du traité CE (devenu depuis 81 § 1, et aujourd'hui 101 § 1 du TFUE), impliquait la nécessité de prendre en considération l'effet cumulatif produit par plusieurs accords similaires pour évaluer l'altération éventuelle du jeu de la concurrence produit par le contrat : « *Il serait vain, en effet, de viser un accord, une décision ou une pratique en raison de leurs effets, si ceux-ci devaient être séparés du marché où ils se manifestent. [...] Par rapport à cet objectif, l'existence de contrats similaires peut être prise en considération dans la mesure où l'ensemble des*

37. CJCE, 6 octobre 2009, Glaxo, C-501/06 e.a., point 58 (soulignement ajouté).

38. Cf. par ex., décision 07-MC-01, § 32 (rejet du recours par CA Paris, 26 juin 2007, KalibraXe).

39. « Exclusivité et contrat de long terme », étude du Rapport du Conseil de la concurrence pour l'année 2007, La Documentation française, p. 89 et s.

40. Étude précitée, p. 94.

*contrats de ce genre est de nature à restreindre la liberté du commerce.»*⁴¹ Le Conseil de la concurrence admet également « *le principe selon lequel des contrats d'exclusivité identiques passés entre des fournisseurs et leurs distributeurs qui, considérés individuellement, ne poseraient pas de problèmes de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels lorsque l'accès au marché s'en trouve limité ou les parts de marché figées»*⁴². Le Conseil a appliqué cette approche dans l'affaire des machines à affranchir : « *Ces atteintes sont d'autant plus graves que le contexte économique et juridique du marché en cause est très défavorable à la concurrence et qu'elles sont le résultat d'un ensemble significatif de contrats similaires couvrant la quasi-totalité du marché concerné et produisant un effet cumulatif.»*⁴³

Le Conseil a également apprécié la portée du contrat dans son contexte juridique et économique dans le contrôle des concentrations. Dans les avis qu'il a rendus à propos de concentrations verticales dans le secteur de la distribution de la bière, il a souligné que « *dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales, la Commission européenne mentionne, parmi ces pratiques, le monarquisme, qui consiste pour le fabricant à inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement ou principalement auprès d'un seul fournisseur, sous l'effet d'une obligation expresse ou d'un mécanisme incitatif. Elle signale que, du point de vue de la concurrence, les clauses de ce type risquent de fermer l'accès des fournisseurs concurrents ou potentiels au marché ou de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative»*. Le Conseil ajoute, qu'en effet, « *la présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées est à prendre en compte pour évaluer le degré de fermeture de ces marchés à la suite de l'intégration»*.⁴⁴

Inapplication du droit de la concurrence aux contrats qui ne sauraient affecter le marché

L'appréciation concurrentielle du contrat marque la différence entre les pratiques contractuelles restrictives de concurrence du titre IV du livre IV du Code de commerce, et les pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques déloyales protège les parties présumées faibles dans les transactions et ne relève pas à titre principal d'une logique de bon fonctionnement des marchés. Or, il arrive que les entreprises saisissent l'autorité de concurrence de telles pratiques, par exemple pour lui demander d'obliger un opérateur à reprendre des relations commerciales avec elles⁴⁵, alors que le refus de contracter qui leur est opposé induit une appréciation de l'équilibre contractuel et non du contexte concurrentiel dans lequel le contrat est exécuté.

41. CJCE, 12 décembre 1967, Brasserie De Haecht, 23/67 (Rec. p. I-525); cf. également, CJCE, 25 novembre 1971, Béguelin, (22/71, Rec. p. 949); CJCE, 28 février 1991, Delimitis, (C-234/89, Rec. p. I-935); CJCE, 7 décembre 2000, Neste Markkinointi, (C-214/99, Rec. p. I-11121); TPICE, 5 juillet 2001, Roberts c/Commission, (T-25/99, Rec. p. II-1881).

42. Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2005, p. 247.

43. Décision 05-D-49, § 45.

44. Avis 04-A-07 (§ 274 et 275) et 04-A-08 (§ 257-258).

45. Cf. par ex., décision 08-D-08.

Cette appréciation concurrentielle du contrat explique que les opérations de faible dimension peuvent échapper à l'application du droit de la concurrence en ce qu'elles ont une faible probabilité d'affecter le marché. Une opération de concentration n'est ainsi contrôlable que si elle dépasse les seuils indiqués à l'article L. 430-2 du Code de commerce. S'agissant de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, les accords d'importance mineure sont écartés, sauf s'ils formalisent des pratiques anticoncurrentielles d'une particulière gravité. Dans sa communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité (article 101 du TFUE), la Commission européenne précise ainsi que « l'article 81, paragraphe 1, du traité interdit les accords entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». Cependant, « la Cour de justice des Communautés européennes a établi que cette disposition n'était pas applicable aussi longtemps que l'incidence de l'accord sur les échanges intracommunautaires ou sur la concurrence n'était pas sensible ».⁴⁶ La règle de *minimis* s'impose également en droit national. L'Autorité de la concurrence peut décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque la part de marché cumulée détenue par les entreprises, parties à un accord, ne dépasse pas les seuils prévus à l'article L. 464-6-1 : 10 % sur l'un des marchés affecté par l'accord conclu entre entreprises concurrentes, ou 15 % lorsque les entreprises ne sont pas concurrentes sur le marché en cause. Ces seuils sont identiques à ceux retenus par la Commission dans sa communication⁴⁷. Dans le même esprit, l'analyse de la position dominante dépend du pouvoir de marché des entreprises auxquelles sont imputées les pratiques contractuelles abusives : toute pratique abusive n'est donc pas qualifiée d'anticoncurrentielle.

Ainsi, tous les contrats ne relèvent pas indifféremment du droit de la concurrence : les règles sont modulées selon l'impact du contrat sur l'économie. Lorsque le droit de la concurrence est applicable, l'appréciation du contrat par l'autorité de concurrence se fait au regard des considérations de marché. On peut constater à cet égard que cette appréciation n'est en réalité pas limitée aux accords considérés comme anticoncurrentiels en raison de leurs effets sur l'économie, elle concerne aussi les accords anticoncurrentiels par objet.

Appréciation concurrentielle du contrat restrictif par objet ou par effet

Les accords anticoncurrentiels par objet reposent sur une présomption de nocivité à l'égard de la concurrence. Ainsi que le précise la Commission européenne dans ses lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE du 24 avril 2004, « les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire ». La Commission détaille ensuite quels sont leurs effets sur la concurrence : « Les restrictions de concurrence par objet, comme la fixation des prix et le partage du marché, entraînent des réductions

46. Communication de la Commission du 22 décembre 2001, § 1, JOCE n° C 368/13.

47. Communication du 22 décembre 2001, précitée, § 7.

de la production et des hausses de prix, aboutissant ainsi à une mauvaise répartition des ressources parce que les biens et services demandés par les clients ne sont pas produits. Elles provoquent aussi une réduction du bien-être des consommateurs, en raison des prix plus élevés que ceux-ci doivent payer pour se procurer ces biens et services.»⁴⁸ Ainsi, s'agissant des restrictions par objet, « l'atteinte à la concurrence est contenue à titre latent dans l'accord »⁴⁹. Pour reprendre les termes de la Cour de justice, l'appréciation de l'accord anticoncurrentiel par objet doit « 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 [...] ».⁵⁰

La différence entre les accords ayant un objet anticoncurrentiel et ceux ayant des effets anticoncurrentiels ne concerne pas l'appréciation de l'accord, appréciation économique dans tous les cas, mais la charge de la preuve : les restrictions par objet sont présumées porter préjudice au fonctionnement des marchés ; l'effet, au moins potentiel, des autres restrictions doit être prouvé⁵¹.

En présence d'une restriction par objet, la preuve que doit apporter l'autorité de concurrence est donc allégée, mais les entreprises peuvent toujours prouver que leur accord répond aux conditions prévues au paragraphe 3 de l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE)⁵² ou au 2° du I de l'article L. 420-4 du Code de commerce⁵³. Dans ce cas, l'analyse économique de la restriction redevient explicite. Dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales, la Commission précise en ce sens que : « Si les entreprises établissent que des gains d'efficacité probables résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans l'accord et démontrent que, globalement, toutes les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies, la Commission devra apprécier effectivement l'incidence négative probable sur la concurrence avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies ».⁵⁴ Dans l'affaire « Pierre Fabre », le Conseil de la concurrence a également rappelé que « les accords comportant des « restrictions

48. Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, §3, du traité CE, JOCE 27 avril 2004, n° C101, § 21.

49. Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2003, La Documentation française, p. 57.

50. CJCE, 6 octobre 2009, Glaxo, précité, point 58 (soulignement ajouté). Cf. également les lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, §3, du traité CE, précitées, § 22 : « La question de savoir si un accord a pour objet de restreindre la concurrence ou non est fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment de la teneur de l'accord et de ses buts objectifs. Il peut également s'avérer nécessaire d'examiner le contexte dans lequel il est (doit être) appliqué ainsi que la conduite et le comportement effectifs des parties sur le marché. En d'autres termes, 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. Il arrive que les modalités concrètes de mise en œuvre d'un accord révèlent une restriction par objet, alors que celle-ci n'est pas expressément stipulée dans l'accord. »

51. Lignes directrices précitées, § 24. Cf. également, CJCE, 30 juin 1966, Société technique minière (C-56/65, Rec. p. 337); CJCE 17 juillet 1997, Ferrière Nord (C-219/95, Rec. p. I-4411), points 14 et 15.

52. « Les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises [...] qui contribue(nt) à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans : a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs; b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

53. « Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques [...] dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause [...] ».

54. Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), § 47 (soulignement ajouté).

caractérisées», au sens du règlement européen (CE) n° 2790/99 en date du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, sont exclus de l'exemption par catégorie prévue par ce texte, mais peuvent, s'ils apportent une contribution suffisante au progrès économique, bénéficier d'une exemption individuelle, dans les conditions définies au paragraphe 3 de l'article 81 du traité ou à l'article L. 420-4 du Code de commerce»⁵⁵. En l'espèce, le Conseil a considéré que la société Pierre Fabre n'avait pas fait la démonstration que l'interdiction de vente en ligne de ses produits par ses distributeurs agréés répondait aux conditions prévues au paragraphe 3 de l'article 81 ou à l'article L. 420-4.

La preuve par l'objet ou par les effets repose en définitive sur des scénarios économiques différents selon les pratiques commises. Plus le caractère anticoncurrentiel d'une pratique sera évident, moins l'analyse de l'autorité de concurrence nécessitera d'être poussée. Une illustration de cette gradation dans l'appréciation des pratiques peut être donnée en matière de remises de fidélité. Alors que cette pratique est considérée comme ne pouvant être sanctionnée *par objet*⁵⁶, il est admis que dans certains cas, «*le caractère anticoncurrentiel du système de remises est tellement évident que le Conseil n'approfondit pas l'examen des effets réels*»⁵⁷. L'autorité de concurrence caractérise alors les remises fidélisantes en recherchant l'existence d'une contrepartie économiquement justifiée à l'avantage financier consenti : «*Un système de rabais sera considéré comme abusif si les critères et les modalités de son attribution font apparaître que le système ne repose pas sur une contrepartie économiquement justifiée mais tend, à l'instar d'un rabais de fidélité, à limiter l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents.*»⁵⁸ En l'absence de contrepartie justifiée, seule la stratégie anticoncurrentielle permet d'expliquer l'existence des rabais. Si l'entreprise en position dominante consent à octroyer des remises non justifiées, c'est qu'elle rémunère l'absence de mise en concurrence (réelle ou attendue) de la part des bénéficiaires. Pour autant, les entreprises peuvent encore apporter la preuve que la remise en question est proconcurrentielle mais la charge de la preuve repose alors sur elles.

Le contrat est donc apprécié par les autorités de concurrence et les juridictions de contrôle d'un point de vue concurrentiel, qu'il soit sanctionné en raison de la nocivité qu'il apporte à la concurrence par son objet ou par ses effets. Il s'agit d'une appréciation à la fois objective, qui ne s'attache pas à la volonté subjective des parties contractantes, et générale, qui n'est pas limitée aux termes contractuels, mais étendue à son contexte juridique et économique. Cette appréciation est également celle utilisée pour l'analyse du lien contractuel.

55. Décision 08-D-25, § 44 (renvoi d'une question préjudicielle à la CJCE par la cour d'appel : CA Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique).

56. Décisions 07-D-28, 04-D-65, 04-D-13.

57. Contribution de la France à la table ronde de l'OCDE, «*Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*», 2008, p. 67 et s.

58. Décision 04-D-13, § 57 (confirmée par CA Paris, 9 novembre 2004, SA des caves et producteurs réunis de Roquefort; rejet du pourvoi par Cass. com., 6 décembre 2005, SA des caves et producteurs réunis de Roquefort). Pour la jurisprudence communautaire, cf. CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche (C-85/76, *Rec.* p. 461); TPICE, 7 octobre 1999, Irish Sugar (T-228/97, *Rec.* p. II-2969).

L'appréciation concurrentielle du lien contractuel

La théorie de l'effet cumulatif expliquée plus haut, par laquelle l'appréciation d'un contrat se fait à l'aune de l'examen des autres contrats similaires conclus par d'autres parties sur le même marché, permet de saisir la conception qu'a le droit de la concurrence du lien contractuel. Alors qu'en droit des contrats, le principe de l'effet relatif impose que « *les conventions [n'aient] d'effet qu'entre les parties contractantes* »⁵⁹, le droit de la concurrence admet que les effets anticoncurrentiels de certains contrats puissent rejaillir sur l'appréciation de clauses conclues entre parties étrangères à ces contrats.

Cette différence tenant à la portée des obligations contractées s'explique par la définition du sujet en droit des contrats, distincte de celle utilisée en droit de la concurrence. En droit des contrats, le sujet est la partie qui a formellement consenti aux obligations contractuelles. Il s'agit donc d'une personne juridique, physique ou morale, dotée de la capacité de contracter. Le sujet du droit de la concurrence, c'est l'entreprise. Cette notion est fonctionnelle et économique, mais non juridique. La Cour de justice, dans son arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser, la définit comme « [...] *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entreprise et de son mode de financement* »⁶⁰. Dès lors, la répartition du droit civil entre, d'une part, les parties contractantes à l'égard desquelles les conventions conclues « *tiennent lieu de loi* »⁶¹ et, d'autre part, les tiers auxquels le contrat n'est pas directement opposable, n'est pas transposable en droit de la concurrence.

Le contrat peut en particulier engager la responsabilité de personnes morales non contractantes. À l'inverse, certains contrats ne relèvent pas du droit de la concurrence en raison de l'absence d'autonomie économique des parties. Dans un cas, la portée du contrat en droit de la concurrence est extensive, car elle concerne des personnes juridiques tierces à sa conclusion. Dans l'autre, la portée du contrat en droit de la concurrence est nulle car les parties ne sont pas considérées comme deux entités économiques distinctes.

L'imputabilité des pratiques contractuelles aux sociétés non contractantes

L'examen des règles d'imputabilité en droit de la concurrence montre que des personnes juridiquement étrangères à la conclusion d'accords anticoncurrentiels peuvent se voir imputer la responsabilité des pratiques commises.

Ainsi en est-il lorsque des pratiques sont matériellement commises par une société contrôlée par une autre : une société mère peut se voir imputer la responsabilité des accords anticoncurrentiels conclus par sa filiale, dès lors que cette dernière n'est pas considérée comme autonome vis-à-vis de la mère. Privilégiant une analyse économique plutôt que juridique, les autorités de la concurrence refusent en effet de qualifier la société contrôlée d'entreprise autonome. Le principe a été

59. Article 1165 du Code civil.

60. CJCE, 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser (C-41/90, *Rec.* p. I-1979), point 21.

61. Article 1134 du Code civil.

expressément posé dès 1972 par la Cour de justice : « *La circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; tel peut être notamment le cas lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère.* »⁶²

L'absence d'autonomie de la filiale concernant la détermination de sa ligne d'action sur le marché peut être établie par différents indices : des sujétions financières de la filiale, des dirigeants de la société mère exerçant des responsabilités au sein de la filiale, un contrôle exercé par la mère à travers les objectifs de vente⁶³, la détention, par la mère, du capital social de la filiale, à hauteur de 100 %, ou de pourcentage inférieur. Dans ce dernier cas, la maison mère est présumée contrôler les agissements de sa filiale⁶⁴ : « *Dans le cas particulier où une société mère détient 100 % du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles communautaires de la concurrence, d'une part, cette société mère peut exercer une influence déterminante sur le comportement de cette filiale [...], et, d'autre part, il existe une présomption réfragable selon laquelle ladite société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale [...].* »⁶⁵ Il peut être souligné qu'il n'est pas nécessaire que la maison mère ait dicté le comportement anticoncurrentiel de la filiale, ni que cette dernière ait conclu l'accord anticoncurrentiel au nom et pour le compte de la mère⁶⁶. Le droit de la concurrence ne reproduit pas, en d'autres termes, les mécanismes de la représentation contractuelle : il suffit que la société mère détienne un contrôle total ou quasi total sur le capital de sa filiale ou ait mis en place des mécanismes de contrôle ou de direction lui permettant d'avoir une influence sur le comportement commercial de la filiale en général pour que les pratiques de cette dernière puissent lui être imputées. En n'exigeant donc pas la preuve d'une implication, fût-elle indirecte, de la société mère dans la conclusion de l'accord, le droit de la concurrence déroge radicalement au principe de l'effet relatif du contrat.

L'imputabilité des pratiques à la société contrôlante pour les agissements de sa filiale répond à deux logiques.

La première est relative à l'organisation interne du groupe : en l'absence d'autonomie de la filiale vis-à-vis de la mère, c'est cette dernière qui doit répondre des pratiques. Dans cette perspective, les deux sociétés ne peuvent être solidairement responsables car ce qui est recherché, c'est la *cohérence* d'action du groupe : la filiale n'étant pas autonome, la société mère est considérée comme étant à l'origine de

62. CJCE, 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd (48-69, *Rec.* p. 619), point 133.

63. Décisions 00-D-50 (confirmée par CA Paris, 20 novembre 2001; rejet du pourvoi par Cass. com., 10 décembre 2003, Française des jeux, n° 01-17.493) et 00-D-67.

64. Décision 05-D-38, § 297 (confirmée par CA Paris, 7 février 2006, Transdev; cassation partielle par Cass. com., 9 octobre 2007, Veolia, n° 06-12.446); CA Paris, 15 juin 1999, SACER.

65. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel NV e. a. (C-97/08P, non encore publié), point 60.

66. Cf. CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel, précité, point 59 : « *Le fait qu'une société mère et sa filiale constituent une seule entreprise au sens de l'article 81 CE permet à la Commission d'adresser une décision imposant des amendes à la société mère, sans qu'il soit requis d'établir l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction.* »

l'acte. Jusqu'à récemment, cette position était celle du Conseil de la concurrence et des juridictions de contrôle⁶⁷. Une formule reprise plusieurs fois dans les décisions présente ainsi la responsabilité de la société mère ou celle de la filiale comme deux solutions alternatives : «*À l'intérieur d'un groupe de sociétés, les pratiques, lorsqu'elles sont mises en œuvre par une société filiale, ne sont imputables à cette filiale, que pour autant qu'elle dispose d'une autonomie de décision par rapport à la société mère. Au cas contraire, les pratiques doivent être imputées à la maison mère*». ⁶⁸

La seconde logique est relative à la *cohésion* du groupe vis-à-vis des autorités de concurrence. L'entreprise étant définie comme une unité économique, l'organisation interne du groupe n'est pas opposable aux autorités de concurrence. Les différentes personnalités juridiques impliquées dans la conclusion de l'accord anticoncurrentiel sont, en conséquence, solidairement responsables des pratiques. La jurisprudence communautaire adopte traditionnellement cette perspective. Dans l'arrêt *Imperial Chemical Industries* de la Cour de justice des Communautés européennes mentionné plus haut, lorsque la filiale ne se détermine pas de façon autonome, son comportement peut être imputé à la société mère, «*en considération de l'unité du groupe ainsi formé*»⁶⁹. Autrement dit, l'absence d'autonomie permet à l'autorité de concurrence ou à la juridiction de considérer les sociétés comme faisant partie d'un tout. Dans un arrêt récent, la Cour de Luxembourg a rappelé en ce sens que c'est l'entité économique que constitue l'entreprise au sens du droit de la concurrence qui doit répondre des infractions anticoncurrentielles commises, conformément au principe de la responsabilité personnelle. La Commission a précisé à cet égard que «*la responsabilité d'une société mère pour le comportement de sa filiale, lorsqu'elle est établie, ne saurait en aucune manière exonérer la filiale de sa propre responsabilité. La filiale demeure en effet individuellement tenue des pratiques anticoncurrentielles auxquelles elle a pris part. La responsabilité de la société mère vient s'ajouter, le cas échéant, en raison de l'influence et du contrôle qu'elle exerce sur sa filiale*»⁷⁰.

L'Autorité de la concurrence a modifié sa pratique sur ce point, pour se rallier à cette position : «*La notion d'entreprise et les règles d'imputabilité*», constate l'Autorité, «*relèvent des règles matérielles du droit communautaire de la concurrence. L'interprétation qu'en donnent les juridictions communautaires s'impose donc à l'autorité nationale de concurrence lorsqu'elle applique le droit communautaire, ainsi qu'aux juridictions qui la contrôlent*»⁷¹. En l'espèce, l'Autorité a donc condamné conjointement et solidairement Orange Caraïbe et France Télécom, qui forment une seule et même entreprise.

67. Cf. par ex., Cass. com., 14 mars 1997, Spie batignolles, n° 94-15.133.

68. Décision 04-D-32, § 167 (confirmée par CA Paris, 22 février 2005, JC Decaux); 04-D-56, § 80; 05-D 38, § 297 (confirmée par CA Paris, 7 février 2006, Transdev; cassation partielle par Cass. com., 9 octobre 2007, Veolia, n° 06-12.446).

69. CJCE, 14 juillet 1972, précité, point 135.

70. Décision de la Commission du 30 novembre 2005, COMP/38354, sacs industriels, point 588. Cf. également, TPICE, 15 juin 2005, Tokai Carbon Co. Ltd, Intech EDM BV, Intech EDM AG et SGL Carbon AG (T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, *Réc.* p. II-10).

71. Décision 09-D-36, § 423 (recours pendant devant CA Paris).

Les contrats conclus entre parties non autonomes

Alors que les accords anticoncurrentiels peuvent avoir une portée plus large dans leurs effets en droit de la concurrence qu'en droit des contrats, notamment dans le cas où la responsabilité d'une société mère non partie à l'accord anticoncurrentiel peut être engagée, à l'inverse, certains actes juridiques, reconnus par le droit des contrats, ne relèvent pas du droit de la concurrence en raison de l'absence d'autonomie économique des parties.

Dans l'étude précitée, consacrée à la preuve des accords de volontés constitutifs d'entente, le Conseil de la concurrence précise qu'« aucune entente ne peut être constituée entre deux filiales non autonomes du même groupe, entre une filiale non autonome et sa maison mère ou encore entre deux entreprises liées par un contrat d'agence. L'entente ne pourra exister qu'entre entreprises autonomes au sens du droit de la concurrence ; les accords intragroupes entre la maison mère et sa filiale ne relèveront du droit des ententes que si la filiale est autonome »⁷². À cet égard, la Cour de justice a eu l'occasion de préciser que les dispositions prohibant les ententes n'étaient pas applicables aux conventions intragroupes, même lorsque ces conventions produisent des effets sur la concurrence à l'extérieur de la sphère du groupe⁷³. En effet, dès lors que la société mère et ses filiales forment une « unité économique à l'intérieur de laquelle les filiales ne jouissent pas d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché, mais appliquent les instructions qui leur sont imparties par la société mère qui les contrôle »⁷⁴, leur convention ne peut être qualifiée d'entente, qui suppose dans son principe l'existence de volontés indépendantes⁷⁵.

Ces principes ont été rappelés récemment par l'Autorité de la concurrence dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires. L'Autorité a, en effet, considéré que les conventions conclues entre un fabricant et ses revendeurs, qui ont notamment pour objet de fixer le prix de revente de la marchandise auprès des consommateurs, ne pouvaient se voir appliquer les règles des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE (article 101 du TFUE). L'Autorité relève en particulier que les distributeurs n'ont « pas la capacité de déterminer de façon autonome leur stratégie commerciale et n'assument aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur. Dès lors, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes, [le fournisseur] et ses distributeurs partenaires forment une unité économique

72. In Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2006, p. 87.

73. CJCE, 24 octobre 1996, Viho (C-73/95P, Rec. p. I-5457).

74. CJCE, 24 octobre 1996, précité, § 16.

75. Rapport annuel précité, p. 79. Cf. également, décision 06-D-26 : le Conseil a rappelé qu'aucune entente ne pouvait être constituée entre deux filiales d'un même groupe, si celles-ci n'ont pas d'autonomie de décision par rapport au groupe : « En l'absence de volontés qui seraient suffisamment autonomes pour manifester un accord, les politiques de coordination des filiales d'un même groupe, connues ou non des clients, en tant qu'elles concernent les relations entre sociétés du groupe, sont donc exclues du champ d'application des dispositions relatives à l'interdiction des ententes dans un cas tel que celui de l'espèce. En l'occurrence, Yamaha Motor France et MBK, sociétés du même groupe, n'ont pas d'autonomie de décision. »

unique au sens du droit de la concurrence et, par conséquent, leurs relations échappent à la prohibition posée par [les articles précités]»⁷⁶.

C'est ainsi que les contrats d'agence, par lesquels un agent est investi du pouvoir de négocier ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre, soit au nom du commettant en vue de la vente de biens ou services fournis par le commettant, ne relèvent généralement pas du droit des ententes, parce qu'ils ne sont pas conclus entre des entreprises indépendantes. Les risques supportés par l'agent dans le cadre de son activité commerciale ne doivent cependant pas être tels qu'ils remettent en cause la présomption d'absence d'autonomie de l'agent par rapport au commettant.

L'Autorité de la concurrence a, plus récemment, eu à détailler ces principes dans son avis sur le prix du livre numérique⁷⁷. Le ministre de la Culture l'avait saisie sur la question de la mise en place d'un système de prix unique pour le livre numérique, à l'instar du système existant avec la loi Lang de 1981 pour le livre imprimé, et sur la possibilité d'un schéma contractuel dans lequel l'éditeur pourrait imposer le prix du livre numérique au détaillant. L'Autorité a rappelé sur ce dernier aspect que la pratique de prix imposé constitue une entrave particulièrement lourde aux règles de concurrence, qui ne paraît pouvoir être mise en œuvre que dans le cadre d'une relation d'agent, dans laquelle le détaillant agit essentiellement pour le compte de l'éditeur : *« Le contrat de mandat, ou plus précisément de commission, apparaît ainsi comme une solution possible. Dans ce cadre, les relations contractuelles entre éditeurs (ou distributeurs) et détaillants devront cependant se conformer pleinement aux exigences d'un véritable « contrat d'agence » afin de respecter le droit de la concurrence. Ceci implique la perte d'autonomie du libraire, qui ne pourra jouer son rôle de prescripteur que dans les limites que lui autorisera son mandat (éditeur ou distributeur), dont il est chargé d'appliquer la stratégie commerciale. »*⁷⁸

En définitive, le contrat fait l'objet d'une appréciation particulière par les autorités de concurrence, appréciation objective et générale, qui peut engager des tiers économiquement liés aux contractants. Ces différences d'analyse en droit de la concurrence et en droit des contrats s'expliquent par les finalités divergentes de la régulation concurrentielle et du contrat. L'une intervient pour défendre l'ordre public économique, l'autre, les intérêts privés des parties contractantes. Or, l'approche du contrat par l'autorité de concurrence montre qu'intérêt public et intérêts privés ne coïncident pas nécessairement : ainsi que le Conseil de la concurrence l'a précisé, il est *« investi d'une mission générale de protection de l'ordre public concurrentiel qui ne se confond pas avec la défense d'intérêts particuliers en cause dans un litige. Les procédures qu'il conduit se distinguent ainsi du procès civil qui est la chose des parties »*⁷⁹.

Lorsque le contrat est envisagé comme sujet de la régulation concurrentielle, on constate qu'intérêt public et intérêts privés n'obéissent pas seulement à des logiques différentes, mais qu'ils sont hiérarchisés.

76. Décision 09-D-23, § 101 (décision définitive).

77. Avis 09-A-56.

78. Avis précité, § 170.

79. Décision 09-D-07, § 103 (confirmée par CA Paris, 19 janvier 2010, pourvoi pendant devant la Cour de cassation).

Le contrat, sujet de la régulation concurrentielle

Les dispositions de l'article 6 du Code civil rappelées en introduction précisent que le contrat, lieu de rencontre d'intérêts privés, doit respecter les dispositions d'ordre public : « *On ne peut déroger par conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public.* » L'influence du droit de la concurrence sur la liberté contractuelle et la force obligatoire des conventions est ainsi le reflet de la hiérarchie existante entre intérêts privés et ordre public : les entreprises disposent d'une entière liberté dans le choix de leur contractant et le contenu de leurs conventions, à la condition de respecter les règles de concurrence régissant l'ordre économique. Les dispositions de l'article 1134 du Code civil font écho à ce principe : si les conventions « *tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* », c'est à la condition qu'elles soient « *légalement formées* ».

Les dispositions contractuelles ne peuvent donc contrevenir au droit de la concurrence. Dans un avis relatif au secteur de la distribution de la presse, le Conseil de la concurrence a rappelé en ce sens que « *le droit de la concurrence est, pour l'essentiel, constitué par des contraintes limitant la liberté de contracter, justifiées par le fait que certains contrats (par exemple une entente anticoncurrentielle ou un contrat commercial constituant un abus de position dominante) peuvent avoir un effet destructeur du mécanisme de la concurrence sur un marché, c'est-à-dire un effet indésirable pour la collectivité dans son ensemble. En d'autres termes, c'est dans les cas dans lesquels l'intérêt privé des parties à une pratique diverge de l'intérêt collectif, en faussant le jeu de la concurrence sur un marché, que le droit de la concurrence intervient pour limiter la liberté contractuelle des parties* »⁸⁰. Ainsi, en cas de divergence entre l'intérêt privé servi par le contrat et l'intérêt public défendu par le droit de la concurrence, c'est l'intérêt public qui prime.

Ce principe hiérarchique entre l'ordre public et l'intérêt contractuel peut être mis en œuvre à titre préventif : c'est le cas dans le mécanisme de contrôle des concentrations. L'autorisation de concentration conditionne la réalisation de l'opération : le « contrat de concentration » ne peut donc être finalisé qu'avec l'accord de l'Autorité de la concurrence, qui examinera le pouvoir de marché des entreprises concernées à l'issue de l'opération. « *Le contrôle des concentrations* », précisent en ce sens les lignes directrices de l'Autorité, « *poursuit un objectif d'intérêt général qui consiste à protéger la concurrence et ses effets positifs sur le bien-être et le pouvoir d'achat des consommateurs. [II] n'a donc pas vocation à préserver les intérêts particuliers de concurrents ou fournisseurs des parties, mais peut conduire à prévoir des mesures les protégeant si cela s'avère utile au maintien d'une concurrence effective sur les différents marchés concernés.* »⁸¹ Le contrat est ainsi contrôlé dès son origine : même s'il est généralement conclu antérieurement à la notification, afin de permettre à l'Autorité d'examiner un projet suffisamment abouti⁸², cette conclusion

80. Avis 02-A-08.

81. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, § 282.

82. Article L. 430-3 du Code de commerce : « [...] La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique. »

est soumise à une forme de condition résolutoire légale. Les parties qui n'ont pas notifié leur opération doivent en effet le faire sous astreinte, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration⁸³. En intervenant dès l'origine du contrat, avant tout commencement d'exécution, l'autorité de concurrence apporte aux contractants la sécurité juridique nécessaire aux opérations de restructuration, dont les effets peuvent être quasi irréversibles.

Mais l'autorité de concurrence peut aussi intervenir postérieurement, à un stade plus avancé de la vie du contrat, dans le cadre de l'interdiction de pratiques anticoncurrentielles. Le contrat est alors soumis aux règles de concurrence de deux façons. De façon négative tout d'abord : les parties se soustrayant aux règles de concurrence par la voie contractuelle sont sanctionnées par l'autorité de concurrence. Mais parfois l'autorité va plus loin et remodèle positivement le contrat par la voie d'injonctions. L'intervention de l'autorité de concurrence s'impose alors aux entreprises dans le contenu même de leur convention.

La sanction des entreprises responsables de la conclusion de contrats anticoncurrentiels

Le caractère dissuasif de la sanction pécuniaire

L'autorité de concurrence peut tout d'abord réprimer les pratiques contractuelles anticoncurrentielles par la sanction pécuniaire des entreprises responsables. La sanction a une fonction dissuasive et ne contribue en ce sens que de façon indirecte à modifier le contrat anticoncurrentiel : « *Le propre d'une autorité de marché est de se reposer sur la liberté contractuelle, quitte à réprimer les atteintes constatées ex post au droit de la concurrence. C'est donc une approche [qui] s'appuie sur une grande responsabilisation des acteurs [...] : l'intervention de l'autorité de concurrence repose sur le pari que l'opérateur va modifier ses pratiques, ses contrats, pour les mettre en ordre avec le droit de la concurrence.* »⁸⁴ L'importance du caractère dissuasif des sanctions en matière de pratiques anticoncurrentielles est attestée par les modifications législatives relatives au plafond de sanctions. Le montant des sanctions infligées par l'Autorité peut aller jusqu'à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial des entreprises sanctionnées. La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a en effet permis de retenir comme chiffre d'affaires, non seulement celui de l'entreprise formellement responsable de l'infraction qui resterait seule (et non le groupe) mise en cause à ce titre, mais aussi le chiffre d'affaires du groupe auquel elle appartient, la référence étant alors le chiffre d'affaires résultant des comptes consolidés ou combinés. Ce qui signifie que si l'entreprise contrevenante appartient à un groupe, le chiffre retenu est celui du groupe, alors même que c'est l'entreprise formellement responsable de l'infraction, et non le groupe, qui reste seul mise en cause et est donc sanctionnée⁸⁵.

83. Article L. 430-8 du Code de commerce.

84. B. Lasserre, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence », précité.

85. Sur le caractère dissuasif de la sanction, cf. l'étude thématique consacrée aux « Sanctions pécuniaires et injonctions », Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2005, La Documentation française, p. 97.

L'autorité sanctionne les entreprises contractantes mais n'est pas le juge du contrat

Lorsque le contrat ou la clause contractuelle est considéré comme illicite au regard des règles de concurrence, l'entreprise à qui ces pratiques contractuelles sont imputables peut être condamnée au versement d'une sanction pécuniaire par l'autorité de concurrence. On peut, à cet égard, distinguer selon que les pratiques sanctionnées sont qualifiées d'ententes ou d'abus. En tant que pratique bilatérale, l'entente conduit à la sanction de l'ensemble des entreprises responsables de la conclusion du contrat anticoncurrentiel, que l'accord soit conclu entre des entreprises se situant au même stade économique (accords horizontaux) ou entre des distributeurs et des fournisseurs (accords verticaux⁸⁶). En tant que pratique unilatérale, l'abus de position dominante conduit à la sanction de la seule l'entreprise qui a abusé de sa position dominante, par exemple en imposant des ventes liées ou des conditions de vente discriminatoires à ses contractants.

Dans tous les cas, la sanction porte moins sur le contrat lui-même, que sur l'entreprise responsable. Amenée à connaître les pratiques contractuelles et à sanctionner les entreprises à qui elles sont imputables, l'autorité de concurrence n'est, en effet, pas juge du contrat.

En ce sens, il n'appartient pas à l'autorité de prononcer la nullité d'une clause contractuelle ou d'un contrat anticoncurrentiel en application de l'article L. 420-3 du Code de commerce, selon lequel « *est nul tout engagement, convention, ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2* »⁸⁷. La Cour de justice a ainsi souligné que l'application du point 2 de l'article 81 du traité CE (article 101 du TFUE), selon lequel « *les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit* », exigeait de la juridiction nationale d'apprécier, en vertu du droit national applicable, la portée et les conséquences, pour l'ensemble des relations contractuelles, d'une éventuelle nullité⁸⁸. En d'autres termes, alors que la qualification d'entente ou d'abus de position dominante s'effectue par référence aux règles communautaires de concurrence, les conséquences de la nullité se déterminent par référence au droit national applicable, notamment le droit des contrats.

Cette position s'explique par l'examen des conséquences exactes d'une nullité. La nullité d'un contrat ne peut, certes, emporter de conséquences en termes de responsabilité contractuelle et d'allocation de dommages et intérêts, la responsabilité ne se concevant que là où le contrat est valable. Mais elle implique fréquemment des obligations de restitution entre les parties⁸⁹. Or, cet « échange inversé » entre les parties est étranger aux considérations d'ordre public que doivent défendre les

86. Dans les accords verticaux, les autorités de concurrence se réservent toutefois la faculté de ne poursuivre et sanctionner que les seuls fournisseurs, quand la responsabilité des distributeurs dans la mise en œuvre de l'entente est très atténuée (CA Paris, 28 janvier 2009, Société coopérative de commerçants et détaillants).

87. En ce sens : décisions 03-D-23, 05-D-36, § 47 (annulation partielle par CA Paris, 21 février 2006, SEMUP).

88. CJCE, 18 décembre 1986, VAG France (10/86, *Rec.* p. 4071), point 15.

89. Lorsqu'un contrat exécuté est déclaré nul, par la suite, les parties doivent en effet restituer ce qu'elles avaient perçu. Ces obligations découlent du caractère rétroactif de l'annulation.

autorités de concurrence : s'il appartient à l'autorité de concurrence de qualifier les accords d'anticoncurrentiels, il ne lui revient pas, en revanche, de régler entre les parties au contrat les conséquences civiles d'une telle qualification. Destinées à défendre l'ordre public économique, les décisions des autorités de concurrence répondent à une logique de régulation ou de sanction, mais ni de réparation ni de rétablissement de la situation patrimoniale initiale (avant l'annulation du contrat) existant entre les parties.

De plus, la logique de la nullité, qui anéantit rétroactivement l'accord, va à l'encontre du principe même d'une intervention répressive de l'autorité de concurrence. La Commission a eu l'occasion de préciser en ce sens que : « *Si un accord entaché d'une "cause" de nullité échappait à l'article 81, comme le soutient [l'entreprise mise en cause] en invoquant la violence, il en résulterait qu'aucune convention ne pourrait jamais être qualifiée d'accord au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, puisque le fait qu'un accord emporte une restriction de concurrence est en soi une cause de nullité, conformément à l'article 81, paragraphe 2, du traité.* »⁹⁰ En d'autres termes, l'autorité de concurrence ne peut dans une même décision déclarer un accord nul et le qualifier d'illicite au regard des règles de concurrence.

Lorsque l'autorité de concurrence inflige une sanction pécuniaire aux entreprises responsables de la conclusion d'un contrat anticoncurrentiel, elle n'agit donc pas directement sur le contrat. En revanche, la force persuasive de la sanction incitera les entreprises à modifier leur comportement à l'avenir.

Est-ce à dire que l'autorité de concurrence n'est jamais amenée à modifier le contenu contractuel ? La réponse est négative : lorsque l'autorité de concurrence impose des injonctions aux entreprises relatives à leurs clauses contractuelles, le contrat s'en trouve remodelé.

L'imposition de conditions contractuelles propices à la concurrence

L'autorité de concurrence peut enjoindre aux entreprises de modifier leurs contrats pour l'avenir s'ils sont de nature à perturber la concurrence.

Dans ce cas de figure, les injonctions sont, tout comme les sanctions, adressées aux entreprises afin d'obtenir une modification de leurs comportements. En ce sens, elles ne peuvent être assimilées à des règles d'ordre public qui s'imposeraient directement au contenu contractuel sans qu'il soit nécessaire que les parties contractantes s'y réfèrent explicitement dans leurs conventions. Les entreprises doivent en effet modifier leurs clauses contractuelles ou conclure des contrats dans le sens de l'injonction de l'autorité. Ainsi, les injonctions sont particulières à un cas d'espèce ; elles ne présentent donc pas le caractère de généralité d'une règle d'ordre public, et elles s'adressent aux entreprises et non directement aux contrats qu'elles ont conclus. Le rôle d'une autorité de concurrence est en effet de corriger les comportements constituant des obstacles à la mise en œuvre d'une saine concurrence, mais non de se substituer à l'entreprise sanctionnée.

⁹⁰. Décision du 2 avril 2003, viandes bovines françaises, précitée, point 122.

Cet aspect ne remet cependant pas en cause le caractère obligatoire et unilatéral des injonctions. Lorsque les autorités de concurrence imposent une modification contractuelle, l'entreprise concernée est obligée de procéder à cette modification sans qu'elle puisse opposer le principe de liberté contractuelle. Le contrat résultant des injonctions de l'autorité de concurrence n'est en ce sens plus le reflet de la seule volonté des parties, il comprend également les conditions édictées par l'autorité de concurrence, qui permettront de rétablir les conditions de mise en œuvre d'une saine concurrence. Cette hybridité de l'origine des règles contractuelles n'est pas sans rappeler le mot de Durkheim au sujet des conventions : « *Tout n'est pas contractuel dans le contrat.* »

Les injonctions apparaissent adaptées lorsque les clauses contractuelles sont en cours d'exécution à la date de la décision de l'autorité de concurrence⁹¹. Ces injonctions peuvent alors être prononcées soit à titre conservatoire⁹², soit à titre définitif⁹³.

*Les injonctions prononcées à titre conservatoire*⁹⁴

Lorsque le comportement d'une entreprise porte « *une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* »⁹⁵, l'Autorité de la concurrence peut prononcer des mesures conservatoires relatives aux clauses contractuelles susceptibles d'être anticoncurrentielles. Dans ce contexte, l'urgence constitue à la fois le fondement et la limite des injonctions : destinées à répondre à la situation d'urgence soumise à l'Autorité, les injonctions doivent être strictement proportionnées aux atteintes à la concurrence identifiées⁹⁶. En particulier, les mesures conservatoires ne peuvent avoir de caractère définitif et doivent répondre à une situation actuelle.

Nature des injonctions prononcées

À l'origine, le Conseil de la concurrence s'est montré réticent à imposer la modification ou la conclusion de contrats par voie d'injonctions⁹⁷. C'est ainsi, qu'au début des années 1990, le Conseil a décidé qu'il ne pouvait imposer à un producteur d'établir avec son distributeur de nouvelles relations commerciales relatives à une activité que le distributeur n'exerce pas encore. Dans d'autres décisions, le Conseil a considéré qu'il ne saurait faire droit à la demande d'une société d'obliger

91. Cf. étude précitée, p. 132 : « *Les injonctions apparaissent [...] particulièrement nécessaires lorsque l'atteinte à la concurrence résulte des stipulations d'un contrat toujours en vigueur à la date de la décision du Conseil. Le Conseil enjoint alors à l'intéressé de supprimer des clauses concernées. L'immixtion dans la stratégie de l'entreprise est alors limitée au strict nécessaire.* »

92. Article L. 464-1 du Code de commerce.

93. Premier alinéa de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

94. Pour des développements plus détaillés sur les mesures conservatoires : cf. l'étude thématique consacrée au sujet dans le Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2007, La Documentation française, p. 45 et s.

95. Article L. 464-1 du Code de commerce.

96. Sur cette double dimension des mesures conservatoires, cf. l'étude thématique précitée.

97. Cf. par ex. : décision 90-MC-04 (le Conseil s'interdit d'imposer à un producteur d'établir avec son distributeur de nouvelles relations commerciales relatives à une activité que le distributeur n'exerce pas encore) ; 91-MC-04 (le Conseil ne saurait faire droit à la demande d'une société d'obliger une autre à respecter ses engagements contractuels) ; 91-MC-06 (le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires ne saurait imposer au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de contracter avec une entreprise candidate à un contrat de licence de brevet) ; 95-MC-06 (le Conseil ne peut demander à EDF de signer des contrats d'achat d'électricité).

une autre à respecter ses engagements contractuels, ou qu'il ne pouvait demander à EDF de signer des contrats d'achat d'électricité.

Vers le milieu des années 1990, les injonctions concernant les stipulations contractuelles, existantes ou à venir, sont beaucoup plus nombreuses. Leur augmentation reflète d'une part, une perception plus aiguë du temps économique, et de la nécessité de « *suivre le rythme des entreprises* »⁹⁸, et d'autre part l'évolution du rôle de l'autorité de concurrence, non seulement « gendarme » de la concurrence, mais aussi régulateur⁹⁹.

La possibilité reconnue au Conseil, par la jurisprudence, de prévenir une atteinte grave et immédiate à l'économie lui a aussi permis d'intervenir en urgence, avant que la conclusion de clauses contractuelles à objet ou effets anticoncurrentiels ne vienne définitivement obérer l'ouverture des marchés à la concurrence (CA Paris, 9 mars 2006, SAEM-TP).

Aujourd'hui, les injonctions « contractuelles » influencent tant la liberté contractuelle des entreprises que la force obligatoire de leurs conventions. De façon positive, elles peuvent ainsi obliger les entreprises à négocier un contrat¹⁰⁰, à formuler une offre commerciale¹⁰¹, modifier les clauses d'un contrat ou de conditions générales de ventes¹⁰², modifier ou réviser des tarifs¹⁰³. De façon négative, les injonctions peuvent obliger les entreprises à ne pas signer un contrat¹⁰⁴ ou ne pas appliquer un contrat conclu¹⁰⁵, ne pas inclure certaines clauses dans des conventions¹⁰⁶, ou encore ne pas s'opposer à l'exécution de contrats¹⁰⁷. Les injonctions temporaires sont donc utilisées par l'autorité de concurrence dans toute leur diversité. Comme l'a indiqué la cour d'appel de Paris, le Conseil peut, en sus des mesures de suspension et d'injonction de revenir à l'état antérieur, prendre « *toutes décisions de nature à prévenir ou à redresser les situations économiques déviantes* ».

Impact des injonctions sur les contractants de l'entreprise concernée

Ces injonctions « contractuelles » concernent les entreprises visées, ainsi que, par voie de conséquence, leurs cocontractants. Or, les injonctions peuvent s'adresser

98. Rapport annuel pour 2007, étude précitée, p. 45.

99. Cette évolution est également marquée par les modifications législatives intervenues depuis 1986 : la loi NRE du 15 mai 2001 a ainsi organisé la procédure de non-contestation des griefs, puis l'ordonnance du 4 novembre 2004 a permis au Conseil de négocier des engagements avec les entreprises en amont de la procédure, avant la notification des griefs. Ces deux facultés permettent à l'autorité de concurrence d'agir directement sur le comportement des entreprises. Sur cette question, cf. la troisième partie de la présente étude.

100. Décision 07-MC-04.

101. Décisions 00-MC-01 ; 01-MC-06 ; 02-MC-04 (réformée par CA Paris, 21 mai 2002, TDF), 03-MC-03 (confirmée par CA Paris, 8 janvier 2004, TDF), 07-MC-04 ou 07-MC-05 (confirmée par CA Paris, 24 août 2007, TDF).

102. Décision 07-MC-01 (confirmée par CA Paris, 26 juin 2007, KalibraXE).

103. Décisions 99-MC-09 ; 01-MC-06 et 04-MC-02 (réformée par CA Paris, 28 janvier 2005, Orange Caraïbe).

104. Décision 06-MC-03.

105. Décisions 99-MC-01 (confirmée par CA Paris, 15 mars 1999, France Télécom ; rejet du pourvoi par Cass. com., 18 avril 2000, France Télécom) ; 08-MC-01 (confirmée par CA Paris, 4 février 2009, Apple et pourvoi formé devant la Cour de cassation).

106. Décision 07-MC-02.

107. Décision 95-MC-10 (réformée par CA Paris, 23 août 1995, Ligue nationale de football, arrêt lui-même cassé par Cass. com., 2 décembre 1997, Nike France).

aux relations contractuelles d'un opérateur dominant avec ses partenaires sur le marché intermédiaire¹⁰⁸, mais également aux relations contractuelles directes d'un opérateur avec les consommateurs sur le marché final¹⁰⁹, ce qui accroît le nombre de contrats concernés par les injonctions.

Une décision récente de l'Autorité de la concurrence¹¹⁰ répond à ce dernier cas de figure. L'Autorité a constaté en l'espèce qu'un des trois opérateurs de téléphonie mobile présents sur le marché de la Réunion et de Mayotte pratiquait une différenciation tarifaire abusive entre les appels *on net* (sur le même réseau) et les appels *off net* (vers un autre réseau) dans la quasi-totalité des offres proposées à ses clients. Face à la situation d'urgence résultant des circonstances de l'espèce (le marché mobile se trouvant dans une période charnière, la demande de mesures conservatoires intervenant de surcroît avant les fêtes de fin d'année), l'Autorité a demandé à l'opérateur à ce qu'il soit mis fin, dans ses offres tarifaires, à cet écart de prix discriminatoire.

Caractère unilatéral des injonctions

Les injonctions de l'autorité de concurrence imposées dans le cadre d'une procédure d'urgence agissent ainsi sur le comportement de l'entreprise contractante, et donc sur les contrats susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle. Le caractère unilatéral des injonctions permet également d'imposer rapidement les conditions contractuelles nécessaires au rétablissement d'une saine concurrence.

Force des injonctions, leur caractère unilatéral en constitue cependant aussi leur faiblesse. Lorsque plusieurs solutions sont envisageables pour faire cesser le comportement anticoncurrentiel, il est, en effet, difficile à l'autorité de connaître celle qui est la plus adaptée aux intérêts de l'entreprise, et donc qui sera la mieux appliquée. De ce point de vue, les engagements proposés par les entreprises et acceptés par l'autorité, sur le fondement de la procédure du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, présentent un avantage par rapport aux injonctions prononcées unilatéralement. Ce constat a déjà été fait par le Conseil de la concurrence, dans son étude thématique consacrée aux instruments de mise en œuvre du droit de la concurrence : « *Le couple "mesure conservatoire/engagement" est assez complémentaire, la menace de mesures conservatoires, subies plus que choisies, rendant plus attractif pour une entreprise le choix de proposer elle-même des remèdes adaptés à sa situation et au problème de concurrence soulevé. Cette option intéresse également le Conseil car elle lui permet d'obtenir le résultat visé par la concertation, moyen probablement plus efficace que la voie autoritaire des injonctions, qui risquent d'être contestées, contournées ou appliquées a minima* ». ¹¹¹ Ces remarques se vérifient particulièrement quand l'injonction vise à modifier un acte dont la force exécutoire réside à l'origine dans

108. Il en est ainsi des décisions 00-MC-01 (relations contractuelles de France Télécom avec les opérateurs tiers); 02-MC-04; 03-MC-03; 07-MC-04; 07-MC-02 (relations contractuelles de TDF avec les radios et les chaînes de télévision).

109. Il en est ainsi des décisions 01-MC-06; 04-MC-02; 09-MC-02 (relations contractuelles de France Télécom avec les consommateurs); 07-MC-01 (relations EDF/consommateurs).

110. Décision 09-MC-02.

111. Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2005, La Documentation française, p. 177.

la volonté des parties qui s'obligent. Dans ce cas, les procédures négociées, qui n'entravent pas la liberté contractuelle de l'entreprise, apparaissent pleinement adaptées, ainsi que nous le verrons dans les développements de la prochaine partie.

Articulation entre les injonctions et les engagements

Afin notamment de contourner cette limite propre aux injonctions, les deux procédures (mesures conservatoires et engagements) sont fréquemment articulées, les entreprises offrant alors des engagements conformes aux orientations de l'autorité de concurrence prises dans ses décisions relatives aux mesures conservatoires¹¹². Cette articulation entre une procédure unilatérale et une procédure négociée permet à l'autorité d'orienter clairement les entreprises sur la teneur des engagements attendus par l'adoption d'une décision de mesures conservatoires, et aux entreprises d'offrir des engagements adaptés non seulement au problème de concurrence identifié, mais aussi à leur situation en tant qu'acteurs du marché.

Cette répartition des rôles se vérifie dans plusieurs affaires que le Conseil de la concurrence, puis l'Autorité, ont eu à connaître. Ainsi en a-t-il été récemment dans l'affaire relative au contrat d'exclusivité conclu entre Orange et Apple pour la commercialisation de l'iPhone. Dans sa décision de mesures conservatoires, le Conseil de la concurrence a constaté que les exclusivités liant les deux entreprises étaient susceptibles d'être prohibées par les règles de concurrence et de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence. Il a donc été enjoint à France Télécom et à Apple de suspendre l'application des clauses d'exclusivité contenues dans leurs contrats. La teneur des injonctions a, par la suite, été reprise dans les propositions d'engagements des deux entreprises¹¹³.

Dans certains cas, l'autorité indique, dans la décision de mesures conservatoires, le cadre contractuel en dehors duquel les entreprises risquent de porter atteinte à la concurrence, tandis que l'entreprise propose des engagements fixant plus précisément le contenu contractuel de leurs conventions à venir. L'autorité de concurrence et l'entreprise respectent ainsi le rôle de chacun sur le marché.

Tel fut le traitement d'une des affaires intervenues dans le secteur de l'électricité, concernant les comportements d'EDF lors de la libéralisation du marché¹¹⁴. Le Conseil a alors constaté que le prix de l'électricité sur le marché de gros ne permettait pas au saisisant de concurrencer EDF sur le marché de détail sans subir de pertes, cette situation étant susceptible d'être qualifiée de ciseau tarifaire et de constituer un abus de position dominante. Dans cette situation, il a enjoint à EDF de formuler des offres d'approvisionnement en gros qui permettent aux fournisseurs alternatifs de le concurrencer effectivement sur le marché de détail. Le Conseil a précisé que « *dans l'hypothèse où EDF souhaiterait [...] répondre à cette injonction par un engagement d'offrir un produit à terme en énergie de base d'origine nucléaire à un prix conventionnel, cette proposition devra [...] couvrir une durée et*

112. Sur cette question, cf. étude thématique du Conseil de la concurrence consacrée aux mesures conservatoires, précitée, p. 70 et s.

113. Décision 10-D-01.

114. Décision 07-MC-04.

proposer des quantités suffisantes pour la mise en place effective d'une offre de détail viable par un opérateur aussi efficace; proposer des conditions contractuelles non discriminatoires, applicables à tous les fournisseurs souhaitant servir les clients finals». Par la suite, EDF a présenté des engagements, acceptés par le Conseil, détaillant la durée des contrats, le volume annuel d'énergie offert, et le tarif applicable¹¹⁵. Dans une autre décision, relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne, le Conseil a également enjoint à TDF de modifier ses contrats et de communiquer à toute entreprise qui en ferait la demande une offre de prestation d'accueil concernant certains sites de diffusion hertzienne, avant que l'entreprise ne précise le contenu exact des conventions dans le cadre de la procédure ultérieure d'acceptation d'engagements¹¹⁶.

L'intervention de l'autorité de concurrence dans le domaine contractuel par la voie d'injonctions provisoires est donc patente, notamment lorsque ces injonctions sont relayées au fond par des engagements de même nature proposés par l'entreprise.

Dans certaines espèces, l'autorité de concurrence a également été amenée à prononcer des « injonctions contractuelles » à titre définitif.

Les injonctions prononcées à titre définitif

Lorsqu'elle statue au fond, l'autorité de concurrence peut non seulement infliger une sanction pécuniaire aux entreprises, mais aussi leur imposer des injonctions, qui, à la différence de celles prises dans le cadre d'une procédure de mesures conservatoires, sont définitives. Les décisions d'injonctions destinées à modifier le contenu contractuel sont plus rares lorsqu'elles résultent d'une procédure au fond. Pour être modifiés, les contrats doivent, en effet, être en cours d'exécution au moment où l'autorité statue. Or, cette situation est plus fréquente dans le cadre d'une procédure d'urgence que dans celui d'une procédure au fond, sanctionnant *ex post* les pratiques commises.

Influence sur le contenu contractuel

Le Conseil de la concurrence a néanmoins été amené à modifier des contrats dans plusieurs affaires.

Tel a été le cas dans la décision citée précédemment, relative à la vente de produits dermo-cosmétiques sur Internet¹¹⁷. Dans cette affaire, le Conseil a enjoint à Pierre Fabre de modifier ses contrats pour autoriser ses distributeurs à vendre en ligne ses produits, notamment par la suppression, dans ses contrats de distribution sélective, de toutes les mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet de ses produits, et par l'insertion de clauses prévoyant pour les distributeurs la possibilité de recourir à ce mode de distribution¹¹⁸.

115. Décision 07-D-43.

116. Décisions 07-MC-02 et 07-D-30.

117. Décision 08-D-25 (CA Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre : renvoi d'une question préjudicielle à la CJCE).

118. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris a prononcé le sursis à l'exécution de cette décision (ordonnance du 18 février 2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique).

Dans le secteur des chocolats, il a été enjoint à Leonidas de modifier ses conditions générales de vente de manière à permettre à ses détaillants de s'approvisionner en chocolats Leonidas auprès de la source de leur choix : les conditions générales de vente du fabricant prévoyaient en effet que les revendeurs n'étaient autorisés à vendre les chocolats que « *dans des points de vente au détail bien précis* »¹¹⁹. Quelques mois plus tôt, la société Jeff de Bruges s'était vue enjoindre de rendre caduc un code de bonne conduite annexé au contrat de franchise qui contenait des clauses d'entente sur les prix entre franchiseur et franchisés, et de rappeler dans le contrat de franchise que les prix indiqués sont des prix maximaux conseillés, le franchisé restant libre de fixer ses prix de vente au détail¹²⁰.

Influence sur la liberté contractuelle des entreprises

Ainsi, les injonctions définitives peuvent remodeler le contenu du contrat, et donc la force obligatoire des conventions. Il est très rare en revanche qu'elles influent directement sur la liberté contractuelle des entreprises en les obligeant à contracter.

Depuis l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, l'Autorité de la concurrence a néanmoins la possibilité d'imposer non seulement des modifications contractuelles aux entreprises exploitant des magasins de commerce de détail, mais aussi des cessions de surfaces, dans le cas où les condamnations précédemment prononcées n'auraient pas permis de mettre fin à l'abus de position dominante ou à l'état de dépendance économique : « *L'Autorité de la concurrence peut, par une décision motivée prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause, lui enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui a permis ces abus. Elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder à la cession de surfaces, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective dans la zone de chalandise considérée.* »¹²¹ Cette faculté n'a pas encore été utilisée par l'Autorité.

En matière de concentration, l'Autorité peut également, « *en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet* » d'une procédure de concentration¹²². Avant la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, cette faculté revenait au ministre chargé de l'Économie. Le Conseil de la concurrence pouvait donc demander au ministre d'adresser des injonctions aux entreprises. C'est ainsi que dans une décision du 11 juillet 2002, le Conseil a établi que les sociétés Compagnie générale des eaux (CGE) et Lyonnaise des eaux (SLDE) avaient abusé de leur position dominante collective sur les marchés de l'eau et de l'assainissement. Il a alors appliqué

119. Décision 07-D-24.

120. Décision 07-D-04. Cf. également, décision 06-D-06 concernant la Fédération des Gîtes de France.

121. Article L. 752-26 du Code de commerce.

122. Article L. 430-9 du Code de commerce.

l'article L. 430-9, en demandant au ministre de l'Économie d'enjoindre aux sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux de « *modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes qui ont conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes qu'elles ont créées conjointement dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement* »¹²³.

La liberté des entreprises de contracter ou de ne pas contracter n'a été définitivement remise en cause de façon directe par l'autorité de concurrence que dans un seul cas de figure, celui des infrastructures essentielles. Les infrastructures ou facilités essentielles sont les installations (biens ou services) détenues par une entreprise en position dominante, qui ne sont pas reproductibles et dont l'accès est indispensable aux concurrents pour exercer leur activité sur le marché concerné. Dans ce cas, l'autorité de concurrence peut être conduite à obliger le détenteur de l'infrastructure à en assurer l'accès à l'opérateur qui lui fait concurrence sur un marché amont, aval ou connexe. L'entreprise dominante peut alors se voir enjoindre d'assurer l'accès à l'infrastructure et être ainsi obligée de contracter dans des conditions non discriminatoires avec l'opérateur qui en fait la demande.

C'est ainsi que la cour d'appel de Paris a condamné France Télécom pour avoir subordonné au paiement d'un prix excessif l'accès à la liste d'abonnés au téléphone, liste qui constitue une ressource essentielle pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection¹²⁴. Afin d'assurer « *le rétablissement du libre jeu de la concurrence sur le marché* », la cour a enjoint à France Télécom de fournir à toute personne qui en fait la demande les informations contenues dans l'annuaire universel, dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande.

Dans une autre affaire, l'exploitant d'une hélistation, bénéficiaire d'une convention lui assurant l'exclusivité de celle-ci pour une durée déterminée, avait refusé de communiquer à l'entreprise attributaire du marché de fourniture de transports sanitaires hélicoptérés une tarification détaillée de ses services. Le Conseil de la concurrence a estimé qu'il avait abusé de sa position dominante et de la situation de dépendance dans laquelle se trouvait ce transporteur à son égard : « *Lorsque l'exploitant monopolistique d'une infrastructure essentielle est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise offrant un service exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance dans laquelle se trouvent ses concurrents à son égard en établissant un prix d'accès injustifié à cette facilité.* »¹²⁵ Le Conseil a également enjoint à l'entreprise de faire des offres contractuelles dans des conditions tarifaires satisfaisantes.

123. Décision 02-D-44 (confirmée par CA Paris, 18 février 2003, et annulation par Cass. com., 12 juillet 2004, CGE).

124. CA Paris, 29 juin 1999, France Télécom (rejet du pourvoi par Cass. com., 4 décembre 2001, France Télécom). Cet arrêt intervient à la suite de la décision 98-D-60, qui avait également sanctionné l'opérateur, mais qui a été annulée pour des raisons procédurales.

125. Décision 96-D-51 (confirmée par CA Paris, 9 septembre 1997, et rejet du pourvoi par Cass. com., 25 janvier 2000, SARL Heli-Inter assistance).

On le voit, dans ces deux cas, la liberté contractuelle de l'entreprise est doublement limitée. Non seulement elle se trouve contrainte de contracter avec la personne qui en fait la demande, mais elle doit également le faire dans des conditions satisfaisantes pour la concurrence.

Dans un avis postérieur¹²⁶, le Conseil de la concurrence a précisé que si la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle pouvait être limitée, c'est dans des conditions très exigeantes posées par la jurisprudence et la pratique décisionnelle des autorités de concurrence. Le Conseil reconnaît tout d'abord que « certains auteurs ont soutenu que l'utilisation du principe susmentionné dans le droit de la concurrence porte atteinte au droit de contracter librement et au droit de propriété. Cela est exact. En effet, le détenteur d'une facilité essentielle est soumis à deux contraintes : d'une part il doit offrir un accès à ses concurrents, à l'amont ou à l'aval, à l'infrastructure qu'il détient, ou qu'il contrôle, et il n'a pas la liberté de refuser de contracter; d'autre part, il doit offrir cet accès dans des conditions équitables et non discriminatoires, ce qui l'expose à voir contester les conditions qu'il offre à ses concurrents ». Mais le Conseil rappelle que cette limitation de la liberté contractuelle se trouve tempérée par les conditions très strictes de mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles : « La jurisprudence et la doctrine se sont donc attachées à préciser les conditions d'applicabilité du principe limitant la liberté économique du détenteur d'une infrastructure essentielle. À cet égard, il y a lieu de noter que les principes dégagés aux États-Unis sont, pour l'essentiel, les mêmes que ceux dégagés dans le droit européen ou le droit français de la concurrence. La limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle s'applique lorsque : en premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante); en deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante); en troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère; en quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées; en cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible. »

On constate en définitive que l'autorité de concurrence peut être conduite de différentes manières à influencer sur le contrat. De manière indirecte tout d'abord, en imposant des sanctions pécuniaires dissuadant les entreprises de conclure à l'avenir de nouveaux contrats ou clauses contractuelles anticoncurrentiels. De manière plus directe ensuite, en enjoignant aux entreprises de remodeler le contrat, voire même, dans les circonstances exceptionnelles des infrastructures essentielles, de contracter.

Ces injonctions, surtout lorsqu'elles sont temporaires, peuvent être très diverses dans leur nature. Seule limite, elles ne peuvent avoir pour objet de fixer un prix : une injonction de cette nature irait en effet directement à l'encontre du principe de liberté des prix dont l'autorité de concurrence a précisément pour mission

126. Avis 02-A-08.

d'assurer la mise en œuvre. Cette limite n'empêche cependant pas, notamment en matière d'infrastructures essentielles, d'orienter les prix vers les coûts.

Certaines affaires nous ont montré que les injonctions temporaires peuvent être relayées par une offre d'engagements de l'entreprise. Ce cas de figure nous permet d'aborder le contrat sous l'angle particulier de sa technique de négociation. Le droit de la concurrence utilise, en effet, pour réguler la concurrence, des techniques qui s'apparentent à la négociation contractuelle et font participer les entreprises à la résolution commune des problèmes identifiés.

La technique de négociation du contrat, instrument de la régulation concurrentielle

Les développements précédents ont montré que la concurrence et le contrat appartiennent à des sphères différentes, mettant en jeu des intérêts parfois opposés.

Mais cet aspect ne saurait remettre en cause l'objet même du droit de la concurrence, destiné dans son principe à rétablir les conditions du «laisser-faire», et donc, ainsi qu'il a été précisé en introduction, du «laisser-contracter». La libre concurrence permet en effet d'offrir spontanément des prix efficaces, et donc une allocation des ressources satisfaisante. Or, lorsque les autorités de concurrence interviennent, c'est pour «soigner» le marché atteint de pathologies propres à bloquer le jeu concurrentiel. En d'autres termes, l'établissement ou le rétablissement des conditions de concurrence permet aux opérateurs d'exercer leur totale liberté contractuelle. Le contrat demeure en effet un outil incontournable pour l'exercice d'une saine concurrence : en assurant la diversité de l'offre, l'action même de l'autorité de concurrence permet aux opérateurs concurrents et aux consommateurs d'exercer un choix contractuel, et donc de contracter librement. C'est l'exercice de cette liberté contractuelle qui, réciproquement, stimulera la concurrence.

Outil de la concurrence, le contrat peut aussi servir les autorités de concurrence dans sa méthode de négociation. L'«accord» qui en résulte ne lie plus alors deux acteurs d'un marché, mais directement l'autorité de concurrence et l'entreprise impliquée dans une procédure.

Ainsi, le principe contractuel entre opérateurs sur un marché peut être préconisé par l'autorité de concurrence, mais également directement utilisé par elle dans ses relations avec les entreprises.

La préconisation du principe contractuel

D'une façon générale, l'action de l'autorité de concurrence tend à limiter ou interdire les restrictions apportées à la liberté commerciale des opérateurs ou des consommateurs. Ainsi, en levant les barrières à l'entrée sur un marché, l'application du droit de la concurrence permet soit aux opérateurs concurrents, soit aux consommateurs, de contracter librement. L'autorité de concurrence peut également préconiser explicitement la conclusion de certains contrats pour stimuler la concurrence dans certains secteurs.

La liberté contractuelle assurée

De nombreuses pratiques soumises à l'examen des autorités de concurrence tendent à restreindre la liberté commerciale ou contractuelle des entreprises concurrentes ou des consommateurs.

Liberté contractuelle de l'acheteur final

Le Conseil de la concurrence a, ainsi, récemment statué sur les pratiques de la Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) lors du déroulement de l'appel d'offres organisé par l'Office des transports de la Corse, destiné à renouveler la délégation de service public pour la desserte maritime de la Corse depuis le port de Marseille. Par une décision de mesures conservatoires¹²⁷, il a d'abord enjoint à la SNCM de rendre son offre globale divisible, de façon à ce que la collectivité soit en mesure de panacher plusieurs offres concurrentes. En effet, la SNCM était la seule entreprise en mesure d'assurer toutes les dessertes. En présentant une offre globale, elle était assurée de remporter la totalité des lignes. Au fond, la SNCM a également été sanctionnée pour avoir présenté puis maintenu une offre indivisible¹²⁸. Dans cette affaire, les pratiques étaient donc destinées à limiter la liberté contractuelle de la collectivité en empêchant les offres concurrentes de prospérer.

Dans l'avis qu'elle a rendu sur les assurances emprunteur, l'Autorité de la concurrence a également relevé l'existence de restrictions tendant à limiter la liberté contractuelle des emprunteurs immobiliers. Le Code de la consommation laisse en effet au prêteur la possibilité de lier l'octroi d'un prêt à l'adhésion de l'emprunteur à un contrat d'assurance collective qu'il a lui-même souscrit en vue de garantir le remboursement total ou partiel des échéances, en cas de survenance d'un risque défini par le contrat. Or, constate l'Autorité, cette possibilité conduit « à restreindre le choix des consommateurs et à fermer le marché : le fait pour un établissement de crédit d'imposer aux emprunteurs d'adhérer à son contrat d'assurance groupe non seulement restreint la liberté de l'emprunteur de souscrire un contrat à titre individuel mais a aussi un effet restrictif sur l'accès d'autres compagnies d'assurance au marché de l'assurance emprunteur »¹²⁹. Afin de permettre aux consommateurs de choisir librement leur assureur, l'Autorité a préconisé toutes les solutions favorables au découplage entre offre de crédit immobilier et offre d'assurance : renforcer l'information des emprunteurs sur les conditions d'assurance afin qu'ils puissent comparer les offres concurrentes; motiver le refus d'un contrat d'assurance équivalent à celui proposé par la banque; interdire de moduler le taux de l'emprunt en fonction de l'assurance retenue.

Liberté contractuelle des revendeurs

La préservation de la liberté contractuelle des acteurs sur un marché peut être un des critères utilisés pour apprécier le caractère anticoncurrentiel ou non d'une

127. Décision 06-MC-03 (irrecevabilité du recours par CA Paris, 6 février 2007, SNCM).

128. Décision 09-D-10 (confirmée par CA Paris, 9 mars 2010).

129. Avis 09-A-49, § 25.

pratique. Tel est le cas dans certains accords verticaux. La Cour de cassation a ainsi confirmé que le versement par un fournisseur d'une rémunération de coopération commerciale à des distributeurs, en contrepartie de prestations de service spécifiques, n'était pas de nature à fausser le jeu de la concurrence lorsque cette forme de coopération n'excluait aucun distributeur disposé à fournir les mêmes services, qu'elle était offerte de façon non discriminatoire, et qu'elle n'avait ni pour objet ni pour effet de limiter la liberté des commerçants de déterminer librement leurs prix de revente¹³⁰. L'analyse du contrat de franchise tient également compte de la liberté ou non du franchisé de négocier librement ses prix de revente. La centralisation des achats imposant au franchisé un fournisseur obligatoire, selon des prix d'achat imposés par la centrale d'achat a ainsi été soumise à l'examen du Conseil de la concurrence. Se référant à une décision de la cour d'appel de Paris favorable à l'imposition de prix d'achat à condition que cette clause ne fasse pas obstacle à la liberté du franchisé de négocier librement ses prix de revente¹³¹, le Conseil a validé le mécanisme du référencement et de la centralisation des achats qui lui était soumis¹³². Dans une autre décision, le Conseil relève que l'imposition de prix de revente limite la liberté commerciale des franchisés. Or, « *de tels agissements, qui trouvent leur source dans le contrat lui-même, sont constitutifs d'une entente sur les prix entre franchiseur et franchisés, pratique qui, par sa nature même, a pour objet de porter atteinte à la concurrence* »¹³³.

Libre de déterminer les prix de vente au détail, le revendeur doit également être libre de choisir son mode de commercialisation. Cette dernière question s'est posée pour les reventes en ligne. Aujourd'hui, ce mode de commercialisation détient un fort potentiel de croissance, décuplant les possibilités de mises en concurrence par les prix : « *L'utilisation d'Internet permet en effet aux consommateurs de visiter le site d'un distributeur, de commander le produit, et de se le faire livrer, sans avoir à se déplacer.* »¹³⁴ Cependant, lorsque ce mode de distribution est assuré de manière exclusive, se pose la question de la prise en compte des coûts de constitution de réseau et du parasitisme : le distributeur par Internet peut profiter des efforts engagés par les autres entreprises, sans en partager les coûts. Si donc la vente en ligne « *est favorable, dans un sens, au consommateur dès lors qu'elle facilite la concurrence par les prix, [elle] peut aussi être source de distorsions de concurrence entre vendeurs et, en étant susceptible d'entraîner indirectement la disparition ou la raréfaction de certains services, induire des effets moins positifs pour le consommateur* »¹³⁵. Finalement, ainsi que l'a expliqué l'Autorité de la concurrence dans l'avis sur la révision du règlement (CE) n° 2790/99 et des lignes directrices concernant les restrictions verticales, la

130. Cass. com., 24 octobre 2000, n° 98-12.947, SA Concurrence.

131. CA Paris, 20 juin 1993 : « *Il ne peut être soutenu que, telle qu'elle est rédigée, cette disposition impose directement ou indirectement un caractère minimal au prix de revente des produits, objet du contrat ; elle vise seulement par une disposition qui n'est à cet égard critiquée ni quant à son objet ni quant à son effet, à imposer au franchisé les conditions de vente conclues par le franchiseur avec les fournisseurs agréés, sans pour autant lui interdire de négocier librement ses prix de revente avec les professionnels qui constituent sa clientèle.* »

132. Décision 03-D-39, § 58 et s.

133. Décision 07-D-04, § 106.

134. Décision 08-D-25, § 57 (CA Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre, renvoi d'une question préjudicielle à la CJCE).

135. Décision 06-D-24, § 70 (confirmée par CA Paris, 16 octobre 2007, Bijourama).

« double caractéristique [d’Internet] – ubiquité et dématérialisation – explique tant les potentialités que les limites actuelles du commerce en ligne, à la fois source d’opportunités nouvelles pour les consommateurs et substitut imparfait du commerce physique »¹³⁶.

Les affaires relatives à la vente en ligne soumises au Conseil de la concurrence concernent l’articulation de ce mode de vente avec les réseaux de distribution sélective.

Dans une première affaire, le Conseil a accepté les engagements d’un fournisseur, consistant à compléter et à modifier son contrat de distribution sélective, afin d’y prévoir la commercialisation en ligne. Ainsi, les membres du réseau peuvent connaître les conditions exactes dans lesquelles la commercialisation des produits par Internet peut s’exercer. En revanche, le Conseil a accepté que le fournisseur refuse d’agréer des entreprises vendant exclusivement sur Internet. En l’espèce, la part de marché du fournisseur ne dépassait pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vendait ses biens ou services contractuels, et l’accord bénéficiait donc d’une exemption catégorielle qui permettait au fournisseur de ne pas justifier ses choix au regard des règles de concurrence par un bilan coûts-avantages. Dans son arrêt de rejet, la cour d’appel ajoute que l’entreprise fournissant les produits « est fondée à exiger, pour maintenir une certaine image de qualité notamment par un service après-vente efficace, et assurer la mise en valeur de ses produits, que la vente sur Internet n’intervienne, dans l’intérêt même des consommateurs, qu’en complément d’un point de vente physique »¹³⁷.

Une autre affaire concernait les réseaux de distribution sélective de plusieurs fabricants de produits cosmétiques et d’hygiène corporelle, qui interdisaient à leurs distributeurs de vendre leurs produits sur Internet ou leur imposaient des conditions restreignant substantiellement leur capacité à se lancer dans la vente en ligne. La majeure partie des sociétés s’étaient alors engagées à modifier leurs contrats pour permettre l’accès aux distributeurs agréés de ce canal de distribution. Par décision du 8 mars 2007, le Conseil avait accepté ces engagements¹³⁸.

Cependant, la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique a maintenu la prohibition des ventes en ligne par ses distributeurs agréés. Or, le Conseil a considéré que l’interdiction de vente sur Internet imposée par le fournisseur aux membres de son réseau de distribution sélective équivalait à une limitation des ventes actives et passives des distributeurs et présentait, en raison de cette restriction caractérisée de concurrence, un objet anticoncurrentiel : « En imposant à ses distributeurs agréés une interdiction de vente des produits sur Internet, [le fournisseur] limite d’emblée la liberté commerciale de ses distributeurs en excluant un moyen de commercialisation de ses produits cosmétiques et d’hygiène corporelle. De ce fait, [il] restreint le choix des consommateurs désireux d’acheter par Internet et empêche les ventes aux acheteurs finaux qui ne sont pas localisés dans la zone de chalandise “physique” du distributeur

136. Avis du 28 septembre 2009 sur la révision du règlement (CE) n° 2790/99 et des lignes directrices concernant les restrictions verticales.

137. CA Paris, 16 octobre 2007, Bijourama.

138. Décision 07-D-07.

agrée.»¹³⁹ Le Conseil a toutefois précisé que si des accords verticaux comportant une telle restriction caractérisée ne peuvent bénéficier de l'exemption catégorielle du règlement n° 2790/1999, ils sont susceptibles de bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE. Appelée à intervenir en tant qu'*amicus curiae* devant la cour d'appel¹⁴⁰, la Commission européenne a adopté une analyse similaire à celle du Conseil : l'interdiction générale de vendre en ligne les produits contractuels aux utilisateurs finals, imposée par le fournisseur à ses distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, constitue une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 du traité CE. L'autorité, en conséquence, n'est pas obligée d'analyser les effets de la restriction sur le marché pour la qualifier d'anticoncurrentielle, mais l'entreprise peut apporter la preuve que les conditions nécessaires à une exemption individuelle sont remplies.

Ces affaires mettent en évidence le conflit latent existant entre, d'une part, la force obligatoire des contrats de distribution sélective et, d'autre part, la liberté commerciale et contractuelle des distributeurs et des consommateurs. Les autorités de concurrence ont trouvé un point d'équilibre : alors qu'il est admis que la possibilité de vendre les produits par Internet puisse être limitée aux revendeurs agréés disposant d'un point de vente physique, une interdiction générale, comprenant aussi les distributeurs du réseau, apparaît comme étant une restriction de concurrence par objet. C'est cette approche qu'a aussi adoptée la Commission européenne dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales. Elles retiennent en effet qu'il est loisible à des fournisseurs d'imposer l'exploitation d'un lieu de vente physique aux détaillants qui souhaiteraient intégrer leur réseau de distribution¹⁴¹. « *Le point d'équilibre* » précise ainsi l'Autorité « *est donc articulé autour d'un mix entre la vente en dur et la vente en ligne, que l'on pourrait appeler le brick and click* »¹⁴². Ainsi, les contrats actuels de distribution sélective ne peuvent empêcher toute conclusion de contrats futurs par voie électronique.

Dans les différentes décisions mentionnées, l'effectivité du principe contractuel est ainsi assurée par les autorités de concurrence. Mais ce principe peut être également explicitement préconisé.

Le principe contractuel explicitement préconisé

L'autorité de concurrence peut être amenée à préconiser la voie contractuelle pour assurer les conditions nécessaires à l'exercice d'une saine concurrence. Le contrat vient alors corriger les imperfections du fonctionnement du marché. Deux avis récents, rendus dans le secteur de la santé et du lait, illustrent cet usage de la voie contractuelle.

139. § 57.

140. CA Paris, 29 octobre 2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique. Dans cet arrêt, la question de la qualification de la pratique au regard des règles de concurrence fait l'objet d'une question préjudicielle devant la Cour de justice des Communautés européennes.

141. Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), § 54.

142. Avis précité.

Dans le secteur de la santé

Le premier avis est relatif aux réseaux de soins agréés par les complémentaires santé¹⁴³. Des partenariats conclus entre les professionnels de santé et les organismes complémentaires d'assurance-maladie (OCAM) se sont en effet développés sur les marchés de soins dentaires et d'optique non soumis à régulation tarifaire. Ces partenariats reposent sur la combinaison d'engagements réciproques : les professionnels de santé agréés s'engagent sur des services à prix modérés et de qualité et sur la mise en place du tiers payant ; en contrepartie, les assurés de l'OCAM concerné sont orientés vers les professionnels de santé membres du réseau, ce qui leur assure un flux de clientèle régulier.

Comme tout marché de soins¹⁴⁴, les marchés dentaires ou de l'optique revêtent certaines caractéristiques de nature à perturber le libre fonctionnement des règles de concurrence : la relation professionnel/consommateur est caractérisée par une forte asymétrie d'informations au détriment du consommateur ; la demande de ce dernier, comme celle de tout patient, est captive et incertaine ; enfin l'interposition du mécanisme assurantiel rend le patient relativement insensible aux prix, et fait converger les tarifs pratiqués par les professionnels et le montant maximal des garanties accordées par les OCAM¹⁴⁵.

Dans ce contexte, l'Autorité de la concurrence estime que *« la mise en place de réseaux de professionnels agréés est précisément de nature à perturber positivement ce schéma. Axée, de fait, sur la régulation de l'offre, et reposant sur une identité d'intérêts entre l'organisme complémentaire – qui cherche à mieux maîtriser ses coûts – et les assurés – qui souhaitent bénéficier d'un reste à charge nul ou limité et d'une prime d'assurance la moins élevée possible –, elle soumet les professionnels souhaitant être sélectionnés à l'obligation de respecter des tarifs maximaux, déterminés de manière à freiner ou mettre fin aux hausses constatées sur les marchés concernés. Ainsi, à supposer qu'il y ait uniformisation des tarifs, il y a toute probabilité qu'il s'agisse, d'une uniformisation à un niveau sensiblement moindre qu'en l'absence de tout mécanisme de contractualisation »*¹⁴⁶. Ainsi, la mise en concurrence des professionnels par le patient, nécessairement imparfaite étant donnée l'asymétrie d'informations que celui-ci subit, se trouve reportée sur les OCAM qui agissent comme clients des professionnels, « par subrogation » des assurés. En conséquence, c'est l'assurance qui met en concurrence les professionnels de santé. Dans ce cadre, les niveaux des tarifs proposés par les professionnels conditionnent fortement les chances de ces derniers d'être acceptés dans le réseau, au bénéfice tant des assurés que des mutuelles complémentaires.

143. Avis 09-A-46.

144. Cf. l'étude thématique du Conseil de la concurrence : « Concurrence et santé », in Rapport annuel du Conseil de la concurrence pour l'année 2008, La Documentation française, p. 85 et s.

145. Avis précité, § 115.

146. Avis précité, § 116 (soulignement ajouté).

Dans le secteur du lait

Dans un second avis¹⁴⁷, l'Autorité ne s'est pas prononcée sur les aspects pro-concurrentiels de partenariats déjà conclus, mais a recommandé la conclusion de contrats pour l'heure inexistantes pour remédier aux blocages concurrentiels dans le secteur du lait.

Cet avis a été adopté à la demande de la commission des Affaires économiques du Sénat sur le fondement de l'article L. 461-5 du Code de commerce. Il propose d'abord un diagnostic des causes de la crise que connaît actuellement la filière laitière, notamment caractérisée par une chute brutale des prix à la production (plus de 37 % entre septembre 2008 et avril 2009) : faible concentration du secteur de la production, déséquilibre corrélatif dans le pouvoir de négociation, forte volatilité des prix des produits industriels en absence de mécanismes contractuels particuliers, inadéquation de la régulation par le biais de mécanismes d'orientation des prix. Parmi les solutions préconisées¹⁴⁸ par l'Autorité de la concurrence, « *la contractualisation apparaît comme la solution la plus prometteuse* »¹⁴⁹. L'Autorité a en effet constaté que, dans ce secteur, les producteurs pour lesquels la collecte du lait est assurée par une société commerciale (et non une coopérative) écoulent leur lait en dehors de tout cadre contractuel. Les relations entre producteurs et industriels sont, dans ce cas, des relations informelles basées sur la confiance pour lesquelles il n'existe ni prix ni volume ni qualité formalisés. Or, la conclusion de contrats entre producteurs et industriels présente plusieurs avantages rappelés par l'Autorité : « *Une contractualisation portant sur des volumes, des prix, et des éléments de qualité, doit prendre le relais et permettre de donner la visibilité nécessaire pour les producteurs. En effet, la production laitière présente la double caractéristique d'avoir un cycle de production long et rigide et des charges fixes nettement supérieures aux charges variables. Cela limite fortement la capacité d'adaptation des éleveurs laitiers. Par ailleurs, cette visibilité ne peut également qu'être bénéfique pour les transformateurs, qui pourraient ainsi avoir une meilleure prévisibilité de leurs approvisionnements et leurs coûts. Enfin, la mise en œuvre de contrats avec des prix fixés sur des périodes de plusieurs mois peut permettre de lisser la variabilité saisonnière, ce qui semble possible compte tenu du fait qu'une part des produits transformés fait l'objet de négociations avec la grande distribution, qui sont annuelles la plupart du temps.* »¹⁵⁰ Pratiquement, la contractualisation pourrait s'opérer par le regroupement des producteurs, afin de réduire le déséquilibre du rapport de force entre producteurs et industriels, et de restaurer le pouvoir de négociation des producteurs.

Ces deux avis montrent que le contrat peut rééquilibrer les rapports de force entre les opérateurs sur un marché et, par là, assurer un meilleur fonctionnement de la concurrence.

147. Avis 09-A-48.

148. En résumé : la mise en place d'un marché à terme pour lutter contre la volatilité des prix, l'assouplissement de l'organisation commune de marchés, la concentration de l'offre pour renforcer le pouvoir de négociation des producteurs.

149. Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 2 novembre 2009.

150. Avis précité, § 114.

Dans le premier cas, le développement de partenariats entre assureurs privés et professionnels de santé permet notamment de remédier à l'asymétrie d'informations subie par le patient dans sa relation avec le professionnel. La mise en concurrence « verticale » des réseaux de santé tend à se substituer, pour les marchés concernés, à la mise en concurrence « horizontale » des professionnels par le patient, mise en concurrence nécessairement imparfaite. Les payeurs (assureurs complémentaires), étant davantage incités à faire jouer la concurrence, et mieux informés pour le faire, le rôle sélectif de la demande – qui ne peut être correctement joué par les patients dont le choix n'est pas éclairé – se trouve assumé par les assureurs.

Dans le second cas, le contrat permettrait aux producteurs de lait de négocier les conditions de vente de leurs produits, et donc de bénéficier de la sécurité juridique et économique liée à ces accords.

Dans ces exemples, il ne s'agit pas, pour l'Autorité, de protéger le contractant faible des abus éventuels de son cocontractant, mais de favoriser les meilleures conditions de rencontre de l'offre et de la demande. Or, le contrat, point de rencontre de deux intérêts divergents, peut, dans certaines situations particulières, servir cet objectif.

Les développements précédents concernent les contrats conclus ou à conclure entre opérateurs sur un marché. Mais les autorités de concurrence font elles-mêmes appel, dans leurs relations avec les entreprises, à la technique contractuelle.

L'utilisation du principe contractuel

Jusqu'à présent, le contrat envisagé était le contrat du droit civil, chose des parties, assurant la satisfaction de besoins individuels. Ce type de contrat entretient plusieurs types de relations avec la concurrence : à la fois soumis à ce droit et outil de fonctionnement du marché.

Le contrat peut aussi être envisagé dans son mécanisme d'élaboration : ce n'est plus l'acte qui est alors envisagé, mais plutôt le processus d'élaboration du contrat, qui peut être utilisé par l'autorité de concurrence dans ses relations avec les entreprises. La relation entre l'autorité et les entreprises se concrétise alors en une discussion libre entre autorité et entreprises, et elle a pour objet d'instaurer ou de restaurer les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une saine concurrence.

Le terme de « négociation », souvent employé pour décrire ce processus de discussion, n'est pas juridiquement exact. La précision sémantique nous conduit à préférer le terme de discussions ou à n'employer le mot qu'entouré de guillemets afin de mettre en évidence qu'il ne traduit qu'imparfaitement la réalité.

Il ne s'agit, dans cette partie de l'étude, que de mettre en évidence un emprunt aux techniques d'élaboration des contrats. La matérialisation des discussions auxquelles les procédures décrites plus bas donnent lieu, entre parties inégales, ne se concrétise pas, bien sûr, dans la formalisation d'un contrat.

Dans le cadre du contrôle des concentrations

Cette technique a d'abord été utilisée par les autorités de concurrence dans le cadre du contrôle *ex ante* des concentrations. Lorsque l'opération projetée est susceptible de créer ou de renforcer une position dominante, les parties peuvent y remédier en proposant des engagements. Si ces engagements sont suffisants, l'autorisation de concentration peut être conditionnée à leur mise en œuvre. Il est intéressant de souligner que, dans ce contexte, les engagements peuvent être non seulement comportementaux mais aussi structurels, ce qui confère à l'autorité de concurrence un rôle déterminant sur la structure même des marchés. Ainsi que l'indiquent les lignes directrices, cet aspect est même privilégié par l'Autorité de la concurrence : « *L'Autorité de la concurrence recherche, en priorité, des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives par des cessions d'activités ou de certains actifs à un acquéreur approprié, susceptible d'exercer une concurrence réelle, ou l'élimination de liens capitalistiques entre des concurrents. Les mesures structurelles peuvent être complétées par des mesures comportementales qui visent à réguler le comportement concurrentiel de l'entreprise résultant de l'opération.* »¹⁵¹

Trois décisions rendues par l'Autorité de la concurrence ont, en 2009, autorisé l'opération notifiée sous réserve d'engagements.

La première¹⁵² est relative à la fusion de la Banque Populaire et de la Caisse d'Épargne. Dans son analyse, l'Autorité a constaté que la diversité de l'offre bancaire serait sérieusement réduite à la Réunion en raison de l'opération, où près de 50 % des agences bancaires de l'île seraient rattachées au nouveau groupe. Afin de remédier aux problèmes spécifiquement identifiés à la Réunion, le nouveau groupe s'est engagé à maintenir l'indépendance juridique et l'autonomie de gestion de leurs trois futurs réseaux (Banque de la Réunion, Caisse d'Épargne et BRED), pour une durée de cinq ans. Durant cette période probatoire, l'Autorité examinera la position concurrentielle du nouveau groupe afin de vérifier si ces engagements sont suffisants ou s'il convient que des actifs soient cédés.

La deuxième¹⁵³ est relative au rachat de Novatrans, opérateur de transport combiné rail-route et gestionnaire de plusieurs terminaux, par la SNCF. L'Autorité a autorisé l'opération sous réserve d'engagements concernant les différents marchés sur lesquels le nouveau groupe serait appelé à intervenir. Ces engagements sont à la fois structurels (sur le marché des services des terminaux, la SNCF s'est notamment engagée à constituer des sociétés d'exploitation à capital ouvert permettant l'entrée dans leur capital d'autres opérateurs de transport combiné exploitant des trafics sur les terminaux concernés) et comportementaux (la SNCF s'étant engagée à ce que Novatrans mette en concurrence les entreprises ferroviaires pour la traction de ses trains et un accès transparent et non discriminatoire à tous les transporteurs routiers, y compris ceux extérieurs au groupe SNCF pendant une certaine période).

151. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives aux concentrations, § 528.

152. Décision 09-DCC-16.

153. Décision 09-DCC-54.

La troisième¹⁵⁴ concerne une opération de concentration entre deux entreprises présentes dans les secteurs de l'alimentation animale et de la volaille. Si l'opération ne soulevait aucun problème de concurrence dans le premier secteur, l'Autorité a, en revanche, constaté qu'elle renforcerait de façon significative la présence du nouveau groupe à plusieurs stades de la production et de la commercialisation de viande de volaille et de produits élaborés à base de volaille. Comme dans le cas précédent, l'Autorité a autorisé l'opération sous réserve d'engagements structurels (de cession d'actifs) et comportementaux (absence de remises liées) permettant de remédier aux problèmes concurrentiels identifiés.

Dans ces différents cas, la décision d'autorisation de concentration reste subordonnée à la mise en œuvre des engagements. En cas de non-respect d'engagements mentionnés dans une décision statuant sur une opération de concentration, l'Autorité peut, en effet, retirer la décision autorisant la concentration, les parties devant alors soit revenir à l'état antérieur à la concentration soit notifier de nouveau l'opération. L'Autorité peut également enjoindre sous astreinte aux parties d'exécuter les engagements ou prononcer une sanction pécuniaire¹⁵⁵.

Dans le cadre de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles

Les autorités de concurrence utilisent, dans leur contrôle *ex post*, destiné à réprimer les pratiques anticoncurrentielles, des techniques unilatérales (sanctions, injonctions...). Mais se font jour aussi des procédés alternatifs ou complémentaires, qui font appel à des discussions avec les entreprises. Le terme de contrat est impropre mais la technique emprunte certaines caractéristiques propres à l'instrument contractuel.

Discussion avec les entreprises dans le cadre d'un programme de clémence

Elle peut ainsi constituer une réponse aux situations anticoncurrentielles occultes, difficiles à détecter pour l'autorité de concurrence. Les pratiques concernées sont des ententes horizontales comme celles consistant notamment à fixer des prix, des quotas de production ou de vente et à répartir les marchés, y compris lors d'appels d'offres¹⁵⁶. Quels sont alors les termes de la négociation? Du côté de l'entreprise, il s'agit d'apporter à l'autorité des informations nouvelles et suffisantes pour permettre l'établissement de la pratique prohibée : son apport doit donc remédier au déficit d'informations subi par l'autorité. Du côté de l'autorité, il s'agit d'accorder une exonération à l'entreprise, totale ou partielle, selon la valeur de l'information fournie et l'étendue de sa coopération¹⁵⁷. En dehors de son objectif affirmé de détection des ententes, la mise en œuvre d'un tel programme de clémence permet donc aussi de prévenir les pratiques, par la précarisation des accords anticoncurrentiels : l'existence même d'une possibilité de discussion avec l'autorité fait, qu'à

154. Décision 09-DCC-67.

155. Article L. 430-8 du Code de commerce.

156. Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français, § 9.

157. Cette valeur est appréciée en considération, d'une part, des éléments de preuve dont disposait déjà l'Autorité, et, d'autre part, du fait que l'entreprise est la première ou non à dénoncer l'entente (communiqué précité, § 13 et s.)

tout moment, un des membres de l'entente peut choisir de coopérer avec l'autorité plutôt que de poursuivre les pratiques.

La simple promesse de coopération de l'entreprise se rapprochant de l'autorité au début de la procédure ne suffit pas à lui accorder le bénéfice d'une exonération définitive. En ce sens, l'avis de clémence rendu sur la base de la demande de clémence ne peut formaliser d'engagement définitif. Le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence précise à ce sujet que *« dans le cas où, lors de l'examen de l'affaire au fond, l'Autorité estime que les conditions posées ont été respectées par l'entreprise, elle accorde l'exonération, totale ou partielle, des sanctions pécuniaires telle qu'elle était indiquée dans l'avis de clémence. Dans le cas de l'exonération partielle, elle en fixe le niveau exact »*¹⁵⁸. Ainsi, dans l'affaire du négoce des produits sidérurgiques¹⁵⁹, le Conseil de la concurrence a relevé que l'entreprise ayant sollicité à son profit la mise en œuvre du programme de clémence s'est manifestée plus de deux ans après les opérations de visite et saisie. Cependant, sa coopération à compter de l'enquête administrative et durant la phase d'instruction tempère les conséquences de cette démarche tardive. Le Conseil précise que *« pour déterminer, après avoir vérifié que ces conditions sont remplies, la part de l'exonération accordée, le Conseil prend en compte la date à laquelle la société a fait sa démarche, la valeur ajoutée des éléments apportés et toutes les autres circonstances concrètes de l'espèce. Il n'est, ce faisant, pas lié par la fourchette fixée dans l'avis conditionnel de clémence et peut aller plus loin dans l'exonération finalement décidée »*¹⁶⁰. Ce n'est donc qu'après examen de la coopération concrète de l'entreprise lors de l'enquête et de l'instruction du dossier que l'autorité accordera définitivement une exonération. En d'autres termes, la négociation entre l'autorité et l'entreprise n'est aboutie que par l'accomplissement des prestations réciproques (coopération contre exonération), et non par la simple promesse d'accomplissement de celles-ci.

Réponse procédurale au déficit d'information de l'autorité de concurrence, **l'utilisation de techniques s'apparentant à la négociation d'un contrat peut aussi servir** à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles commises. Deux cas de figure peuvent alors se présenter.

« Négociation » avec les entreprises dans le cadre d'une procédure d'acceptation d'engagements ou d'une procédure de non-contestation des griefs

L'entreprise peut tout d'abord présenter des engagements en amont de la procédure, avant même la notification des griefs. Lorsque l'atteinte à l'économie est *« actuelle »*¹⁶¹ et n'a pas encore produit d'effet irréversible sur la concurrence, la procédure d'acceptation d'engagements semble en effet plus appropriée que celle aboutissant au prononcé d'une sanction pécuniaire. Le communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence relatif aux engagements met en évidence la technique de libre négociation qui préside à cette procédure. Il s'agit *« d'obtenir*

158. Communiqué précité, § 36 (soulignement ajouté).

159. Décision 08-D-32.

160. Soulignement ajouté.

161. CA Paris, 6 novembre 2007, Canal 9.

que l'entreprise cesse ou modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements ayant suscité des préoccupations de concurrence, à la différence d'une décision de condamnation, qui constate le caractère anticoncurrentiel du comportement en cause, en impose la cessation ou la modification, et le sanctionne le cas échéant»¹⁶². À cet effet, les entreprises sont libres de se rapprocher des services d'instruction pour explorer la voie d'engagements, du moins tant que les griefs ne sont pas notifiés¹⁶³. Ainsi, indépendamment du rôle d'orientation ou d'incitation que peut jouer l'autorité dans la négociation, les engagements proposés par l'entreprise concernée sont libres. Réciproquement, l'Autorité apprécie la pertinence des engagements et, le cas échéant, leur donne force exécutoire¹⁶⁴.

Mais l'entreprise peut aussi, après avoir reçu une notification des griefs, choisir de ne pas les contester, et donc de renoncer à se défendre sur la matérialité des faits, leur qualification juridique et leur imputation. Dans ce cas de figure, elle peut également proposer de « modifier son comportement pour l'avenir »¹⁶⁵. Si ces engagements sont considérés comme crédibles et vérifiables par l'autorité, cette dernière peut abaisser la sanction qui aurait normalement dû être infligée, le plafond de sanction étant automatiquement diminué de moitié.

La procédure d'acceptation d'engagements et celle de non-contestation des griefs donnent lieu à une négociation entre l'autorité de concurrence et l'entreprise mise en cause, permettant de mettre fin aux pratiques : « Dans les deux cas, cette faculté de négocier transforme la relation qui s'instaure entre le Conseil de la concurrence et les entreprises; elle change d'image et de nature. »¹⁶⁶ Cet aspect n'est pas sans rappeler la rencontre de deux volontés libres nécessaire à la formation d'un contrat au sens civiliste du terme. Cependant, à la différence du contrat conclu entre opérateurs, l'accord qui en résulte ne formalise pas la satisfaction d'intérêts privés divergents. En particulier, l'autorité n'agit pas pour représenter les intérêts privés des concurrents de l'entreprise concernée ou du saisissant : la négociation passée entre l'entreprise et l'autorité n'a d'autre objet que de répondre à l'ordre public concurrentiel. Le Conseil de la concurrence a précisé à cet égard, pour la procédure d'acceptation d'engagements, que, « rendue par une autorité de concurrence qui remplit une mission ayant pour finalité la défense de l'ordre public économique, la décision d'accepter des engagements n'intervient pas pour satisfaire la demande d'une partie mais pour mettre fin à une situation objectivement préjudiciable à la concurrence »¹⁶⁷. Autre différence, notable, entre le contrat civil et la négociation passée entre l'autorité de concurrence et l'entreprise : l'absence de faculté de résiliation unilatérale

162. Communiqué précité, § 5 (soulignement ajouté).

163. Précité, § 14.

164. Précité, § 33.

165. III de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

166. B. Lasserre, « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence ».

167. Décision 06-D-24, § 100.

pour l'entreprise¹⁶⁸. En acceptant les engagements de l'entreprise, l'autorité de concurrence les rend obligatoires et l'entreprise n'a ensuite pas la faculté de sortir des termes de ses engagements, ainsi qu'elle le pourrait pour les contrats à durée indéterminée conclus avec ses contractants ordinaires : « *Il s'agit [...] d'une négociation qui donne lieu à une décision d'injonction du Conseil de la concurrence, dont l'exécution sera étroitement surveillée.* »¹⁶⁹

Modification des clauses contractuelles par la voie de la négociation entre l'entreprise et l'autorité de concurrence

Il est intéressant de constater que les engagements proposés dans ces deux procédures permettent à l'autorité d'obtenir la modification des clauses contractuelles faisant l'objet des préoccupations de concurrence. Ces voies procédurales respectent en effet la liberté contractuelle de l'entreprise. Cet aspect a été rappelé par l'avocat général Kokott dans ses conclusions relatives à l'affaire Alrosa pour la procédure d'acceptation d'engagements. Un des moyens du recours formé à l'encontre de l'arrêt du Tribunal de première instance auprès de la Cour de justice portait sur l'absence de respect, dans le cadre d'une procédure d'engagements, de la liberté contractuelle de l'entreprise ayant proposé des engagements. L'avocat général réfute cet argument : « *Par les engagements individuels qu'elle a offerts à la Commission, [l'entreprise] fait usage de sa liberté contractuelle négative. Elle a renoncé librement à passer des contrats à l'avenir avec [une autre]. Le fait [qu'elle] a offert ses engagements au cours d'une procédure d'application du droit de la concurrence dans le but d'éviter de faire l'objet d'une décision d'interdiction [...] ne porte pas atteinte au caractère volontaire de ce renoncement.* »¹⁷⁰ Ces procédures permettent ainsi aux entreprises de déterminer elles-mêmes les engagements : ceux-ci n'en seront donc que plus adaptés à leur situation.

Dans le cadre de la procédure d'acceptation d'engagements, cette voie peut en pratique être utilisée après une procédure de mesures conservatoires, ainsi qu'il a été expliqué précédemment. L'autorité peut alors indiquer par voie d'injonctions provisoires le cadre contractuel satisfaisant aux conditions de concurrence, et l'entreprise en détailler le contenu par une offre d'engagements.

Mais ces engagements de modification de contrats peuvent aussi intervenir seuls, sans injonctions préalables. Dans un autre contexte déjà décrit dans la présente étude, le Conseil de la concurrence a ainsi obtenu des fabricants la modification de leurs contrats de distribution sélective afin d'y intégrer des stipulations concernant la vente en ligne dans le cadre d'une procédure d'acceptation d'engagements. Dans une première affaire¹⁷¹, le Conseil avait constaté que le contrat-cadre de distribution sélective mis en place par Festina, fabricant de produits d'horlogerie, ne

¹⁶⁸. Le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties* » : Cons. constit., 9 novembre 1999, 99-419 DC.

¹⁶⁹. B. Lasserre, précité.

¹⁷⁰. Conclusions présentées le 17 septembre 2009, précitées, points 228-229 (soulignement de l'auteur).

¹⁷¹. Décision 06-D-24 (confirmée par CA Paris, 16 octobre 2007, Bijourama).

contenait aucune disposition régissant la vente sur Internet et qu'il n'existait aucun contrat spécifique de vente par correspondance. L'entreprise a donc proposé de compléter son contrat à l'égard des distributeurs agréés, engagements acceptés par le Conseil. Dans une seconde affaire, des fabricants de produits parapharmaceutiques interdisaient, formellement ou implicitement, à leurs distributeurs agréés de revendre leurs produits en ligne. Les entreprises ont donc proposé de modifier leurs contrats afin de permettre à leurs distributeurs de revendre par Internet les produits, sous certaines conditions¹⁷².

Dans une autre décision, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma¹⁷³, le Conseil avait formulé des préoccupations de concurrence concernant notamment l'interdiction totale de la vente sur Internet de ces produits par les distributeurs agréés, ou l'autorisation de ce type de vente à des conditions trop restrictives. Au titre de la procédure des engagements, les fabricants ont proposé de modifier le cadre contractuel de distribution sélective de leurs produits afin, principalement, d'autoriser leurs distributeurs agréés, dans des conditions non restrictives, à vendre leurs produits sur Internet.

Plus récemment, l'Autorité de la concurrence a accepté les engagements de Photomaton destinés à modifier les contrats que cette entreprise conclut avec les détenteurs d'emplacement des cabines de photographies d'identité. L'Autorité avait en effet constaté que le jeu cumulé de différentes clauses pouvait créer des barrières à l'entrée du marché pour les concurrents de Photomaton. À cet effet, l'Autorité a accepté les engagements tendant principalement à ne plus conclure de contrats contenant des clauses d'exclusivité (ce qui permet l'implantation d'équipements appartenant à des opérateurs concurrents sur un même site), et à limiter la durée des contrats¹⁷⁴.

Des modifications contractuelles ont également été obtenues dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs. La Poste a, dans ce cadre, proposé de modifier ses contrats commerciaux contenant des remises de couplage et des remises de fidélité dans le secteur de la vente par correspondance. Elle s'est engagée en particulier, pour les produits sous monopole, à ne pas pratiquer de remises qui traiteraient de façon discriminatoire des clients exerçant leur activité sur le même marché; et pour les produits ou services en concurrence et pour lesquels La Poste serait en position dominante, ne pas pratiquer de remises de couplage dont l'assiette serait constituée par le chiffre d'affaires additionné de deux ou plusieurs prestations appartenant à des marchés distincts, ainsi que de remises de fidélité (remises de développement) assises sur la progression du chiffre d'affaires des bénéficiaires¹⁷⁵.

Dans un autre secteur, l'Autorité de la concurrence a obtenu de la Fédération française de football (FFF) de modifier ses contrats de gestion de droits marketing

172. Décision 07-D-07.

173. Décision 06-D-28.

174. Décision 09-D-32.

175. Décision 04-D-65.

de l'Équipe de France et de la Coupe de France. La FFF avait en effet conclu des accords exclusifs et de très longue durée avec Sportfive sans appel à la concurrence. Or, l'Autorité a constaté que la combinaison de clauses d'exclusivité, de tacite reconduction et d'avenants de prolongation signés plusieurs années avant l'échéance théorique des contrats présentait un caractère anticoncurrentiel en ce que la commercialisation des droits était soustraite pendant une très longue période au libre jeu de la concurrence. Dans ce contexte, la FFF s'est notamment engagée à mettre en place une procédure de mise en concurrence pour les contrats relatifs au choix de l'équipementier sportif, à l'acquisition des droits audiovisuels, ainsi que pour les contrats d'intermédiation, sans que, pour ces deux dernières catégories, la durée des contrats puisse dépasser quatre ans (ou six ans dans certains cas particuliers). Elle a en contrepartie bénéficié d'une réfaction de sanction de 40 %¹⁷⁶.

Ces différents exemples montrent que le caractère bilatéral des procédures négociées peut s'avérer particulièrement adapté pour modifier des dispositions contractuelles dont la force obligatoire repose précisément sur la libre volonté de l'entreprise concernée. Les entreprises s'étant librement engagées à modifier leurs clauses, elles n'en seront que davantage incitées à les respecter et à les appliquer. Si les procédures négociées permettent ainsi de respecter la liberté contractuelle des entreprises, cet aspect ne saurait cependant occulter le fait qu'une fois acceptés par l'autorité de concurrence, les engagements deviennent obligatoires, et que les entreprises sont tenues d'en assurer la mise en œuvre. En particulier, l'entreprise concernée peut être amenée à s'engager à rendre compte à l'Autorité de l'exécution des engagements rendus obligatoires. En outre, l'Autorité de la concurrence peut assortir une décision rendant un engagement obligatoire d'astreintes, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe. Enfin, la violation ou l'inexécution des engagements peut, conformément à l'article L. 464-3 du Code de commerce, être sanctionnée par une amende dont le montant maximal est de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes de l'entreprise concernée. Ainsi, les entreprises sont libres de proposer des engagements, mais elles ne sont plus libres de s'en défaire dès lors que la décision de l'Autorité les a rendus obligatoires. Les procédures négociées permettent donc de « contractualiser » les relations entre l'autorité de concurrence et les entreprises mais ne consacrent pas la conclusion de contrats au sens civiliste du terme.

Conclusion

L'étude des relations entre le contrat et la concurrence permet de constater que le contrat intéresse les autorités de concurrence en tant qu'élément de fonctionnement ou d'organisation du marché, mais non comme vecteur de satisfaction d'intérêts privés.

L'intervention de l'autorité présente alors deux caractéristiques par rapport à celle du juge des contrats. D'une part, le contrat est apprécié, non en lui-même, mais au regard de son contexte économique et juridique : ce n'est pas l'équilibre

¹⁷⁶. Décision 09-D-31.

contractuel qui compte pour l'autorité de concurrence, mais l'équilibre du marché. D'autre part, l'action de l'autorité de concurrence vise les comportements déviants des entreprises et non directement le contrat illicite. Les sanctions pécuniaires ou les injonctions s'adressent en conséquence à l'entreprise et n'affectent en ce sens pas directement le contrat.

Ce rôle « répressif » de l'autorité de concurrence ne reflète pas seulement un partage de compétence entre le juge des contrats et l'autorité de concurrence, l'un étant compétent pour prononcer la nullité de la convention et régler les conséquences civiles de cette nullité, l'autre pour sanctionner les entreprises ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Il s'explique aussi par la philosophie sous-jacente à la libre concurrence, dont la mise en œuvre dépend de l'initiative des entreprises, et de l'exercice de leur liberté contractuelle. La mission de l'autorité de concurrence s'adresse avant tout aux acteurs du marché, et est destinée à modifier leur comportement, par voie de sanction, d'injonction ou par voie de négociation, mais n'a pas pour objet de sanctionner directement un contrat contraire à l'ordre public. L'examen de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence et de l'Autorité montre en ce sens que si des « injonctions contractuelles » peuvent être imposées aux entreprises ayant commis des pratiques anticoncurrentielles, la voie de la négociation reste néanmoins privilégiée lorsque les conditions procédurales sont remplies et que le contexte du marché s'y prête.

En définitive, envisager les relations entre contrat et concurrence renvoie implicitement aux relations entre entreprise et autorité de concurrence, la première étant à l'origine du contrat, la seconde chargée de la mise en œuvre des règles de concurrence.

« L'entreprise » est alors souvent identifiée à l'entreprise à laquelle sont imputées des pratiques, qu'elles soient avérées ou non. Les relations entre cette entreprise et l'autorité ont été modifiées depuis 1986, d'abord à l'initiative du Conseil de la concurrence utilisant progressivement les mesures conservatoires pour influencer sur la relation contractuelle, puis sous l'impulsion du législateur, qui a organisé la procédure de non-contestation des griefs, et a ensuite permis au Conseil de négocier des engagements avec les entreprises en amont de la procédure, avant la notification des griefs. Ainsi, le rôle de l'autorité s'est-il doublement étendu : en intervenant *ex ante*, et en obtenant des entreprises des modifications contractuelles.

Mais l'entreprise peut également être un opérateur du marché subissant des limitations à sa liberté contractuelle à cause des pratiques de son concurrent. L'intervention de l'autorité de concurrence permet alors à cet acteur, mais également au consommateur final, lui aussi contractant, de retrouver un choix contractuel lui permettant d'exercer cette liberté. Le marché est, en effet, souvent formalisé par un « *tissu contractuel* » : agir, *ex ante* ou *ex post*, sur un contrat anticoncurrentiel permet bien souvent à d'autres contrats de se conclure dans des conditions plus libres.

Dans tous les cas, l'équilibre du marché est respecté : l'intervention de l'autorité influe sur les conditions de mise en œuvre de la concurrence sur un marché, mais n'a pas pour objet de se substituer aux entreprises, à qui revient notamment la tâche essentielle de librement fixer le tarif de leurs biens ou services.

Les échanges d'informations

Les échanges d'informations entre entreprises jouent un rôle particulièrement sensible dans l'intensité de la concurrence que ces dernières sont susceptibles de se livrer et, plus généralement, dans l'efficacité des mécanismes de marché. Dans certains cas, une meilleure information peut améliorer l'efficacité économique, par exemple lorsqu'elle renseigne les opérateurs sur l'état de la demande ou qu'elle accroît l'efficacité de leur production. Dans d'autres situations, en revanche, elle peut conduire à une atténuation du jeu concurrentiel en entraînant un risque de collusion. Ainsi, des informations sur les stratégies commerciales qu'entendent suivre des concurrents peuvent permettre une coordination tacite des comportements autour d'un équilibre collusif. L'échange d'informations relatives aux comportements passés des opérateurs peut également les dissuader d'entreprendre une politique commerciale agressive : si leurs concurrents sont rapidement informés de leurs initiatives et à même d'y répliquer dans de brefs délais, le gain attendu est minime et les entreprises préféreront donc préserver les équilibres existants. Enfin, en diffusant des informations de façon discriminatoire, certains opérateurs peuvent sciemment avantager une entreprise ayant des liens avec eux ou désavantager des concurrents.

Comme le montrent ces quelques exemples, les échanges d'informations, qui recouvrent tout l'éventail des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être prohibées par les règles européennes ou nationales de concurrence, présentent des aspects très différenciés, tant dans leurs formes que dans leurs effets. Leur traitement par les autorités de concurrence européennes et nationales reflète naturellement cette diversité et cette complexité. Ainsi, un échange d'informations n'est jamais condamné en tant que tel, c'est-à-dire *per se* au sens du droit antitrust américain. Au contraire, l'Autorité de la concurrence comme la Commission européenne s'appuient sur une analyse au cas par cas, en fonction des données propres à chaque pratique d'échanges d'informations.

Selon leurs caractéristiques intrinsèques et le contexte juridique et économique dans lequel ils s'insèrent, les échanges d'informations pourront soit être qualifiés de restrictions de la concurrence par objet, soit devront être appréciés au regard de leurs effets, l'autorité de concurrence devant alors démontrer la portée anticoncurrentielle actuelle ou potentielle de ces pratiques. Dans cette seconde hypothèse, qui est fréquente en pratique, les autorités de concurrence suivent bien sûr les enseignements de l'analyse économique selon laquelle les effets des échanges d'informations diffèrent selon la structure du marché dans lequel ils interviennent, la nature des informations échangées et les modalités de ces échanges.

La jurisprudence européenne et nationale illustre de façon claire la mise en œuvre de cette approche « graduée » dans le cas des échanges d'informations emportant un risque de collusion. Le cas le plus simple est celui d'échanges d'informations intervenant dans le cadre d'une entente explicite. De tels échanges d'informations constituent une infraction par objet à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « traité »), de sorte qu'il n'est pas nécessaire de

détacher leur examen de celui de cette pratique elle-même. Une entente paraît en effet difficilement concevable sans échange d'informations entre ses membres, pour se coordonner, puis surveiller le respect de la stratégie commune.

En revanche, lorsque les échanges d'informations permettent aux entreprises de coordonner leur politique commerciale sans aller jusqu'à la définition d'un plan ou d'une convention communs, ils constituent une pratique anticoncurrentielle spécifique, analysée sous l'angle des pratiques concertées. Certains de ces échanges d'informations, de par leur nature et compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel ils s'insèrent, sont particulièrement susceptibles de produire des effets négatifs sur la concurrence, et pourront être qualifiés d'infractions par objet à l'article 101 du traité. Tel a par exemple été le cas, dans les affaires Bananes¹⁷⁷ et T-Mobile¹⁷⁸, des échanges d'informations entre concurrents portant sur des déterminants des prix futurs permettant aux entreprises concurrentes de réduire très significativement l'incertitude et facilitant ainsi l'adoption d'une ligne de conduite commune. De telles pratiques sont donc sanctionnées sans qu'il soit nécessaire, au stade de la qualification, de démontrer leurs effets anticoncurrentiels. Les entreprises parties à l'échange conservent néanmoins la possibilité de démontrer les effets proconcurrentiels de leur pratique, dans le cadre d'une application de l'article 101, paragraphe 3, du traité. Lorsque de tels gains d'efficacité sont avérés, il revient à l'autorité de concurrence chargée du cas d'en examiner aussi les effets anticoncurrentiels, dans le cadre du bilan à effectuer au titre de cette disposition.

Si les pratiques concertées d'échanges d'informations n'ont pas un objet anticoncurrentiel aussi évident, il conviendra, pour évaluer leurs effets sur la concurrence (et s'il y a lieu, les éventuels gains d'efficacité qu'elles peuvent apporter), de tenir compte de nombreux facteurs, relatifs au marché concerné, aux informations échangées et aux modalités de cet échange. Dans cette perspective, l'analyse de la jurisprudence européenne et nationale aide à comprendre les circonstances qui font qu'un système d'échanges d'informations sera de nature à produire un effet négatif sur la concurrence. Une référence essentielle à cet égard est l'affaire des Tracteurs du Royaume-Uni, où des fabricants de tracteurs s'étaient échangé des données détaillées sur leurs ventes passées. Dans son arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour de justice ») a énoncé pour la première fois les critères qui fondaient son analyse¹⁷⁹, mettant l'accent sur la structure oligopolistique du marché d'une part, sur la précision et le caractère récent et stratégique des informations échangées d'autre part. Dans ses décisions récentes *Palaces Parisiens*¹⁸⁰ et *Téléphonie mobile*¹⁸¹, le Conseil de la concurrence s'est appuyé sur cette grille d'analyse pour sanctionner des échanges d'informations détaillées et

177. Décision de la Commission du 15 octobre 2008, COMP/39188, Bananes.

178. CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., C-8/08.

179. CJCE, 28 mai 1998, John Deere, C-7/95P.

180. Décision du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens (05-D-64).

181. Décision du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile (05-D-65).

sensibles entre concurrents, relatifs à leurs comportements passés, prenant bien soin de démontrer concrètement comment ces pratiques d'échanges d'informations étaient susceptibles de modifier les incitations des acteurs à se faire concurrence.

Enfin, les échanges d'informations peuvent engendrer des distorsions de concurrence, par exemple, en permettant à certaines entreprises de bénéficier de données privilégiées du fait de leurs liens avec une entreprise qui les détient de façon exclusive. Ces entreprises sont ainsi indûment favorisées par rapport à leurs rivales. À l'inverse, le refus, par une entreprise qui détient des informations exclusives, de transmettre ces informations à des concurrents réels ou potentiels sur un marché connexe, peut, sous certaines conditions, constituer un abus lorsqu'il s'agit d'informations indispensables à l'activité de ces opérateurs. Dans les deux cas, ces pratiques seront traitées sous l'angle de l'abus de position dominante. Enfin, dans certaines situations, des échanges d'informations entre entreprises liées entre elles (d'un même groupe, par exemple) pourraient permettre à l'une d'elles d'acquérir des données confidentielles et stratégiques sur ses concurrents, à leur insu ou sans leur accord. La Commission européenne comme l'Autorité de la concurrence accordent une attention particulière à ce type de risque lors de l'examen des opérations de concentration, en imposant si nécessaire des mesures propres à restreindre de tels échanges d'informations.

Cette étude a donc pour but de présenter le traitement des pratiques d'échanges d'informations par les autorités de concurrence, tant au niveau national qu'euro-péen. La première partie présente les principaux effets anticoncurrentiels que peuvent avoir les échanges d'informations (risque de collusion, mais aussi d'abus de position dominante). La seconde partie rappelle les gains d'efficacité qu'ils sont susceptibles de générer. La troisième partie détaille les critères sur lesquels l'Autorité de la concurrence fonde son analyse pour établir le bilan concurrentiel d'un échange d'informations. Enfin, la dernière partie explique comment elle procède pour prévenir le risque d'effets anticoncurrentiels liés aux échanges d'informations, ou pour restaurer le jeu concurrentiel affecté par de tels échanges.

Les effets anticoncurrentiels des échanges d'informations

Les échanges d'informations servant de support à une pratique anticoncurrentielle, comme une entente explicite, constituent, quelle que soit la nature des informations en cause, l'accessoire de cette infraction à l'article 101, paragraphe 1 du traité, dans la mesure où ils facilitent le respect de l'entente par ses membres¹⁸². Lorsqu'ils ne sont pas accessoires à des pratiques prohibées, les échanges d'informations peuvent en revanche présenter un caractère anticoncurrentiel spécifique. L'augmentation artificielle de la transparence entre concurrents peut en effet les conduire à aligner leurs stratégies commerciales, et leur permettre de restreindre ou de fausser la concurrence. En plus de ce rôle collusif, les échanges d'informations peuvent aussi permettre à certains opérateurs d'obtenir des informations

¹⁸². 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, § 281.

sensibles sur des concurrents à leur insu ou sans leur accord. Enfin, la transmission d'informations privilégiées, par une entreprise dominante ou détenant un monopole légal, à une filiale opérant sur un marché concurrentiel peut donner à cette dernière un avantage illégitime, au détriment de ses concurrents.

Les effets collusifs des échanges d'informations

La théorie économique distingue les équilibres oligopolistiques coopératifs et non coopératifs. Dans un équilibre non coopératif, chaque entreprise détermine sa stratégie de façon autonome, compte tenu du comportement anticipé de ses concurrents. Un équilibre non coopératif n'est pas, pour autant, nécessairement concurrentiel. Cela n'est vrai que dans un cadre statique. Supposons en effet que des entreprises produisant un bien homogène, sans contraintes de capacité, se font concurrence en prix sur une seule période : tant que le prix est supraconcurrentiel, chaque entreprise a intérêt à diminuer son prix pour attirer à elle toute la demande ; l'équilibre ne sera atteint que lorsque aucune entreprise ne peut proposer un prix plus faible. En revanche, lorsque les interactions entre les opérateurs sont répétées, les gains immédiats liés à une baisse unilatérale de son propre prix doivent être comparés aux pertes futures que de possibles représailles des concurrents pourraient générer. Une entreprise suffisamment patiente peut accorder assez d'importance à ses profits futurs pour éviter d'enclencher une guerre des prix, et préférer s'abstenir de dévier de la ligne de conduite commune.

Le caractère plus ou moins concurrentiel de l'équilibre obtenu dans un contexte dynamique dépend des caractéristiques du marché, et notamment de son degré de transparence. Dans un marché où la transparence est structurellement élevée, il est possible de maintenir un équilibre supraconcurrentiel même en l'absence de toute concertation entre concurrents. Ainsi, lorsque chaque entreprise peut observer à tout moment le comportement de ses concurrents, qu'il existe des incitations à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune – par exemple des possibilités de représailles – et que cette ligne de conduite ne peut être remise en cause par des concurrents actuels ou potentiels ou par des consommateurs (critères Airtours¹⁸³ de position dominante collective), le marché est propice à la « *collusion tacite* », c'est-à-dire à un équilibre non coopératif supraconcurrentiel. Il n'y a pas, dans ce cas, de pratique concertée, et le droit des ententes ne s'applique donc pas.

Si ces conditions ne sont pas réunies, et notamment si la transparence du marché est insuffisante, un équilibre supraconcurrentiel ne peut être soutenu que grâce à des échanges d'informations : l'équilibre devient alors collusif. C'est le cas, notamment, quand un choc externe empêche les entreprises de se coordonner sur un simple maintien des positions acquises et les pousse à échanger des informations sur les réponses qu'elles envisagent d'adopter. De façon plus générale, la théorie économique montre que, dans le cadre de la collusion tacite, il existe une multiplicité d'équilibres possibles caractérisés par différents niveaux de prix supraconcur-

183. TPICE, 6 juin 2002, Airtours, T-342/99, § 62.

rentiels, c'est pourquoi la communication avec les concurrents peut être cruciale pour parvenir à se positionner sur un équilibre commun.

Les échanges d'informations peuvent ainsi permettre de soutenir un équilibre collusif sur un marché qui n'est pas structurellement propice à la collusion tacite. De même que le contrôle des concentrations permet d'éviter l'apparition de structures de marché favorables à la collusion tacite (position dominante collective), les autorités de concurrence peuvent sanctionner des échanges d'informations en tant que pratiques concertées s'ils ont un objet ou des effets réellement ou potentiellement collusifs. Dès 1975, dans la décision Suiker Unie, la Commission européenne a considéré que « *s'il est exact que [l']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 concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché* »¹⁸⁴.

Les échanges d'informations peuvent favoriser la collusion de deux façons différentes : soit en facilitant la coordination sur un même équilibre supraconcurrentiel, soit en permettant la surveillance de la conduite des concurrents et la punition des éventuels écarts à une ligne de conduite commune. Selon les caractéristiques du marché, l'échange d'informations peut jouer ce double rôle, ou se limiter à un seul de ces deux rôles. Ainsi, lorsqu'une coordination tacite sur les positions historiques est possible, il suffira de dissuader les déviations. À l'inverse, sur un marché où la tricherie est rendue difficile par une faible élasticité de la demande ou par des contraintes de capacités, ou dans lequel une transparence élevée permet une détection immédiate des déviations, les échanges d'informations pourront avoir pour principal objectif la coordination des opérateurs sur une stratégie commune.

Coordination des comportements d'entreprises concurrentes

Les échanges d'informations permettent aux entreprises de se coordonner lorsqu'ils sont de nature « *à atténuer ou à supprimer [...] toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements [des] concurrents* »¹⁸⁵. Tel est notamment le cas lorsque les informations échangées portent sur des intentions futures. Ainsi, dans une récente affaire relative au commerce des bananes dans l'Europe du Nord, la Commission européenne a sanctionné les trois principaux importateurs de bananes pour s'être échangé des informations régulièrement, chaque semaine, avant l'annonce de leurs prix de référence (auxquels les prix effectivement pratiqués étaient liés). Ces discussions bilatérales portaient sur des facteurs généraux de tarification, sur les tendances des prix, et dans certains cas, sur les modifications envisagées de leurs prix de référence. La Commission européenne a considéré que « *les discussions et les révélations portant soit sur les "tendances de prix, soit spécifiquement*

184. CJCE, 16 décembre 1975, Suiker Unie, aff. jointes 40 à 48/73, 50/73, 54 à 56/73, 111/73, 113 et 114/73, § 174.

185. TPICE, 27 octobre 1994, John Deere, T-35/92, § 51.

sur les prix de référence, avaient pour objet de coordonner l'établissement des prix de référence par les parties»¹⁸⁶.

De même, dans l'affaire des Palaces parisiens, pour faire face à la chute de la fréquentation hôtelière au lendemain du 11 septembre 2001, les dirigeants des huit palaces parisiens ont échangé des informations sur leurs taux d'occupation prévisionnels, afin de mieux prévoir leurs réactions respectives à ce choc de demande. Comme l'a exprimé la directrice commerciale de l'un des palaces, dans le compte rendu d'une de ces réunions, cet échange d'informations a permis « une très belle coordination des palaces parisiens pendant ces moments difficiles. Pas de dumping sur les prix »¹⁸⁷.

Selon les caractéristiques structurelles du marché, la coordination peut être plus ou moins difficile à réaliser. Les barrières à l'entrée jouent un rôle important, en garantissant que l'équilibre supraconcurrentiel résultant de la coordination ne sera pas menacé par des nouveaux entrants qui viendraient proposer des prix plus bas. La coordination peut aussi être facilitée par certaines caractéristiques structurelles du marché. C'est le cas lorsque les opérateurs présentent un haut degré de symétrie en termes de coûts ou de capacités, quand les produits sont relativement homogènes, quand la demande est stable ou quand la transparence sur le marché est déjà élevée. Sur un tel marché, l'échange d'informations visant à la coordination peut se limiter à un contenu restreint, et une concertation ponctuelle peut alors être suffisante. Statuant sur une question préjudicielle dans l'affaire T-Mobile, la Cour de justice a déclaré que « ce sont tant l'objet de la concertation que les circonstances propres au marché qui expliquent la fréquence, les intervalles et la manière dont les concurrents entrent en contact les uns avec les autres pour aboutir à une concertation de leur comportement sur le marché. En effet, si les entreprises concernées créent une entente avec un système complexe de concertation sur un grand nombre d'aspects de leur comportement sur le marché, elles pourront avoir besoin de contacts réguliers sur une longue période. En revanche si, comme dans l'affaire au principal, la concertation est ponctuelle et vise une harmonisation unique du comportement sur le marché concernant un paramètre isolé de la concurrence, une seule prise de contact pourra suffire pour réaliser la finalité anticoncurrentielle recherchée par les entreprises concernées »¹⁸⁸.

Pour faciliter la coordination entre les opérateurs, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un engagement ferme sur la conduite envisagée : au contraire, le *cheap talk* permet à une entreprise qui envisage de modifier son comportement sur le marché de tester la réaction des concurrents et, le cas échéant, de réviser sans coût sa stratégie. Ainsi, dans l'affaire United States Airline Tariff Publishing (ATP)¹⁸⁹, des compagnies aériennes avaient mis en place une plate-forme électronique commune qui leur permettait d'y annoncer à l'avance des changements de prix en y précisant le trajet concerné ainsi que la date d'entrée en vigueur du nouveau

186. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 268.

187. Décision 05-D-64, précitée, § 275.

188. CJCE, 4 juin 2009, précitée, § 60.

189. United States c/Airline Tariff Publishing Co., 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70,687 (D.D.C. 1994) (jugement d'expédient final).

tarif. Cette annonce n'engageait toutefois en rien la compagnie qui l'effectuait, ce qui lui permettait d'annuler la mise en place de ce nouveau tarif en l'absence de réaction (par exemple, alignement du prix) des concurrents. Ce mécanisme d'annonce préalable de changements de prix sans engagement envers les consommateurs a été considéré comme facilitant la coordination et a été interdit. À l'inverse, dans l'arrêt *Pâte de bois*¹⁹⁰, la Cour de justice a rejeté les conclusions de la Commission européenne et a conclu que les annonces de prix par les fabricants de pâte de bois ne constituaient pas une pratique concertée anticoncurrentielle car ces tarifs étaient diffusés auprès des acheteurs, qui étaient demandeurs d'une information prévisionnelle sur les prix. Le prix annoncé était conçu comme un prix plafond au-dessous duquel le prix de transaction pouvait toujours être renégocié mais ce plafond était effectivement respecté. Le caractère ferme des prix annoncés, leur diffusion auprès des acheteurs et les gains d'efficacité qui en résultaient pour ces derniers ont joué un rôle essentiel dans l'évaluation des effets de ces échanges d'informations.

Surveillance des comportements des concurrents

Pour soutenir la collusion, une fois la coordination atteinte, il faut dissuader les participants de tricher. Il est donc nécessaire de pouvoir détecter et punir les déviations à la ligne de conduite commune. C'est le rôle des échanges d'informations portant sur le passé.

De manière générale, la trahison sera d'autant plus tentante que les profits qu'elle peut générer – à court terme – sont élevés, et que les risques de détection et de représailles sont faibles. Ainsi, dans le cas d'une concurrence en prix, les gains générés par une faible baisse du prix – par rapport au prix collusif – seront élevés dès lors que la demande à laquelle fait face l'entreprise déviante est plutôt élastique (*i. e.*, une faible baisse du prix engendre une forte hausse des volumes vendus) et que l'entreprise déviante dispose d'une capacité excédentaire suffisante pour pouvoir absorber la hausse de la demande. Mais une telle déviation risque d'engendrer de fortes représailles de la part des concurrents (surtout si leurs capacités de production leur permettent de fournir la demande à laquelle ils devraient faire face à l'équilibre concurrentiel) et donc s'avérer extrêmement coûteuse à long terme.

Pour que la collusion tacite soit soutenable, il faut que le risque de représailles soit important et crédible. Ainsi, dans le cas où les entreprises négocient avec leurs clients des contrats de long terme, une déviation sous la forme d'une baisse du prix proposé aux clients peut être rapidement observée par ses concurrents, qui n'obtiendront pas autant de contrats qu'ils l'avaient anticipé; cependant, elle ne pourra conduire à des représailles que tardivement, ce qui en limite le coût donc l'effet dissuasif pour l'entreprise déviante.

En outre, la mise en œuvre des représailles peut être très délicate lorsque, compte tenu des caractéristiques du marché, la déviation est difficile à détecter. Par exemple,

¹⁹⁰. CJCE, 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e. a.*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, ci-après l'arrêt « Pâte de bois ».

lorsque la demande est relativement incertaine et qu'une entreprise n'observe pas les prix pratiqués par ses concurrents mais uniquement la demande qui s'adresse à elle, il lui est extrêmement difficile d'observer une déviation par rapport à l'équilibre collusif : une baisse de la demande s'adressant à une entreprise peut certes être due à une déviation de l'un des concurrents (ce qui pourrait suffire à déclencher une guerre des prix même si l'entreprise déviante n'est pas identifiée), mais il pourrait tout simplement s'agir d'un choc adverse sur la demande globale. Dans ce cas, des échanges d'informations sur les actions passées peuvent s'avérer extrêmement utiles pour restaurer la soutenabilité d'un équilibre supraconcurrentiel. Par exemple, être en mesure d'observer les prix pratiqués par les concurrents ou même simplement les quantités qu'ils ont vendues (il peut parfois suffire de connaître la quantité totale vendue par l'ensemble des entreprises) permettra de s'assurer que l'ensemble des acteurs continue à suivre la ligne de conduite commune.

L'affaire dite des Tracteurs au Royaume-Uni¹⁹¹ est emblématique d'un système d'échange d'informations détaillées permettant de vérifier l'application effective d'une ligne de conduite commune. En 1988, trois associations professionnelles ont notifié à la Commission européenne un accord d'échange d'informations (*UK Tractor Registration Exchange*) mis en œuvre depuis 1975. Il s'agissait de la diffusion de données individualisées et très détaillées, provenant du ministère des transports, sur les ventes et les parts de marché de huit producteurs et importateurs de tracteurs agricoles au Royaume-Uni. Le marché était concentré, caractérisé par de fortes barrières à l'entrée, et en déclin, ce qui était propice à une coordination tacite sur la base des positions commerciales historiques. Les prix des tracteurs étant négociés avec les acheteurs, chaque vente s'apparentait à une enchère. Les fabricants avaient défini leurs territoires de vente en suivant un découpage correspondant aux codes postaux, de sorte que les informations diffusées, qui précisaient le code postal de l'acheteur, permettaient d'identifier les importations et exportations des concessionnaires à partir de leurs territoires respectifs. Il était ainsi possible de savoir, pour chaque vente, si le fabricant qui avait gagné le client était bien celui qui était supposé l'emporter, et toute éventuelle déviation pouvait être immédiatement détectée.

Dans son arrêt *John Deere* du 28 mai 1998, la Cour de justice a détaillé les critères d'appréciation de cet échange d'informations : « *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 dès lors que les informations échangées sont des secrets d'affaires et permettent aux entreprises parties à l'accord de connaître les ventes effectuées par leurs concessionnaires en dehors et à l'intérieur du territoire attribué, ainsi que celles des autres entreprises concurrentes et de leurs concessionnaires parties à l'accord, sont diffusées selon une*

191. Cf. notamment la 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.

*périodicité rapprochée et de manière systématique, et sont diffusées entre les principaux offreurs, au seul profit de ceux-ci, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs.»*¹⁹²

Pour pouvoir remplir ce rôle de surveillance, il faut en premier lieu que l'échange d'informations couvre une partie suffisamment importante du marché, pour empêcher que des opérateurs qui ne transmettraient pas les données les concernant ne puissent entreprendre une stratégie opportuniste sans courir le risque d'être détectés. En second lieu, il faut que l'échange d'informations porte sur des données permettant d'identifier la stratégie des concurrents. Le degré d'agrégation, aussi bien dans le temps que dans l'espace et entre les différents acteurs du marché, est un paramètre essentiel. Comme le précise la Commission européenne dans les lignes directrices sur les services de transport maritime, il convient de vérifier s'il est possible « *de désagréger les informations et ainsi de permettre à des entreprises d'identifier directement ou indirectement les stratégies concurrentielles des concurrents* »¹⁹³. Le nombre d'entreprises sur lesquelles s'opère l'agrégation est bien sûr un critère primordial : ainsi, si deux opérateurs seulement sont actifs sur un marché, comme chacun d'eux connaît sa propre stratégie commerciale, des données agrégées lui permettront d'identifier immédiatement celle de son rival. Le degré d'agrégation doit aussi être apprécié au regard des données déjà disponibles sur le marché, ainsi que des données qui pourraient être accessibles à certains opérateurs du fait, notamment, des participations qu'ils détiennent dans d'autres entreprises¹⁹⁴. Enfin, les différentes informations échangées peuvent parfois être recombinaisonnées de façon à permettre une analyse pertinente de la stratégie des concurrents. Dans l'affaire des Palaces parisiens¹⁹⁵, le Conseil de la concurrence s'est attaché à montrer la façon dont les données sur le revenu moyen et le taux d'occupation pouvaient être croisées afin d'interpréter la stratégie des concurrents : une dégradation du revenu moyen à remplissage constant signifiait que l'hôtel pratiquait des rabais pour maintenir une bonne occupation, et à l'inverse, un maintien du revenu moyen avec une baisse du taux d'occupation signifiait que l'hôtel refusait de consentir des remises malgré un faible remplissage de ses chambres. Dans les lignes directrices sur le transport maritime, la Commission européenne souligne que « *d'une manière générale, il importe d'évaluer globalement les différentes composantes de tout système d'échange d'informations afin de prendre en compte les interactions éventuelles, par exemple entre l'échange de données relatives à la capacité et au volume, d'une part, et la divulgation d'un indice des prix de l'autre* »¹⁹⁶.

192. CJCE, 28 mai 1998, John Deere, C-7/95P, § 7.

193. Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux services de transport maritime, Commission européenne, SEC (2008) 2151 final (1^{er} juillet 2008), § 52.

194. Dans l'affaire Statistisches Informationssystem Transportbeton (Bundeskartellamt, B1-63/00, 9 août 2001) portant sur la diffusion des données de chiffre d'affaires ventilées par région, l'autorité de concurrence allemande a considéré que le critère d'un nombre minimal de 5 entreprises ne garantissait pas l'impossibilité d'inférer des informations individuelles à partir des données agrégées. En effet, les entreprises du secteur étaient liées par de nombreuses participations croisées, or il suffisait d'une participation minoritaire pour avoir accès aux données concernant la politique commerciale d'une entreprise.

195. Décision 05-D-64 précitée.

196. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 57.

Les autres effets anticoncurrentiels

Si le principal risque lié aux échanges d'informations est de faciliter les comportements collusifs, ils peuvent aussi avoir d'autres effets anticoncurrentiels ne relevant pas des pratiques concertées, mais de l'abus de position dominante. L'Autorité de la concurrence prête une attention particulière aux risques de distorsion de concurrence dus à l'accès exclusif, par une entreprise liée à un opérateur historique ou dominant, à des informations sur les consommateurs, détenues par ce dernier du fait de sa situation privilégiée. Un autre risque, en particulier dans le cadre d'opérations de concentration, est de permettre à une entreprise d'accéder à des informations sensibles et confidentielles sur ses concurrents. Enfin, dans certaines circonstances, le refus de transmettre des informations qui s'avèrent indispensables à l'activité des entreprises qui en sont privées peut être constitutif d'un abus et être sanctionné en tant que tel.

Transmission d'informations privilégiées sur les consommateurs

Lorsqu'un opérateur historique en position dominante transmet des informations détenues du fait de cette position privilégiée au profit d'une filiale active sur un marché concurrentiel, ou qu'il s'appuie sur ces informations pour évincer ses concurrents, de tels échanges d'informations peuvent constituer un abus de position dominante. En effet, l'accès à des informations exclusives sur les consommateurs, informations auxquelles ses concurrents n'ont pas accès, peut conférer à une entreprise un avantage déloyal.

L'Autorité de la concurrence a ainsi été conduite à prononcer des mesures conservatoires à l'encontre de pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale EDF ENR, suite à une saisine de Solaire Direct, entreprise proposant des services aux particuliers souhaitant produire de l'électricité solaire photovoltaïque. L'opérateur historique EDF faisait bénéficier EDF ENR de la base de données qu'il détient sur les clients régulés, comportant des informations telles que le profil de consommation et la situation géographique des consommateurs. Ces informations permettaient notamment de déterminer les subventions locales dont les consommateurs pourraient bénéficier pour leurs investissements. De plus, les renseignements sur les personnes intéressées par la production d'énergie photovoltaïque obtenus par la plateforme téléphonique 3929 – destinée à tous les abonnés d'EDF, y compris les clients régulés – étaient transmis à EDF ENR. L'Autorité a considéré que « l'utilisation [...] de la base de données non reproductible détenue par l'opérateur historique, est susceptible de donner un avantage indu à sa filiale EDF ENR, au détriment de ses concurrents sur le marché connexe en cause »¹⁹⁷.

Dans une décision récente¹⁹⁸, l'Autorité a également sanctionné France Télécom pour avoir abusé de sa position dominante résultant de son ancien monopole afin de s'octroyer, de manière déloyale, des avantages sur ses concurrents dans les départe-

197. Mesure conservatoire du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct (09-MC-01).

198. Décision du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM (09-D-24).

tements d'outre-mer, et d'entraver ainsi leur développement. L'opérateur historique avait, entre autres, utilisé les fichiers qu'il détient en tant que gestionnaire de la quasi-totalité des boucles locales, pour concentrer ses actions commerciales sur les abonnés qui avaient migré vers un opérateur concurrent, afin de les faire revenir vers ses propres offres. En pratique, les services de France Télécom chargés de la gestion de la boucle locale transmettaient aux forces commerciales de France Télécom des informations relatives à ces abonnés ; ces données étaient stratégiques, très détaillées (tableaux distinguant les clients présélectionnés chez un opérateur alternatif selon la commune, le nom de l'opérateur alternatif et la qualité résidentielle, professionnelle ou entreprise du client), et récentes (données datant de moins d'un mois sur l'évolution mensuelle, voire journalière, du nombre de clients présélectionnés pour chaque opérateur concurrent). L'Autorité a considéré que France Télécom s'est ainsi réservé un avantage artificiel dont les opérateurs alternatifs ne pouvaient aucunement bénéficier, qui lui a permis de cibler ses actions commerciales auprès des abonnés ayant fait le choix de la présélection d'un opérateur concurrent. La sanction a été accrue pour réitération, France Télécom ayant déjà été condamnée, par le passé, pour des pratiques similaires. En effet, le Conseil de la concurrence avait notamment sanctionné l'opérateur pour avoir entravé le développement des concurrents de sa filiale Wanadoo sur le marché de la fourniture d'accès à haut débit à Internet¹⁹⁹. France Télécom utilisait alors des données sur les abonnés qu'elle détenait du fait de son monopole sur la boucle locale, pour promouvoir la commercialisation de services d'accès à Internet de sa filiale Wanadoo. Les plateformes chargées de démarcher des prospects utilisaient les données de la facture des abonnés, et notamment le volume de leur consommation Internet, pour cibler la clientèle.

Transmission d'informations sensibles sur des concurrents

Dans le cadre de l'examen d'opérations de concentration, les autorités de concurrence sont sensibles aux risques de divulgation, entre sociétés parentes, d'informations sensibles détenues par l'une d'elles sur des entreprises en concurrence avec la seconde. La transmission de telles informations risquerait de fausser la concurrence en conférant un avantage indu à l'entreprise qui en bénéficierait, au détriment de ses concurrents. Ainsi, l'acquisition par Boeing de Jeppesen²⁰⁰, qui commercialise des services de cartographie et de navigation aérienne, a été autorisée sous réserve d'injonctions visant à empêcher tout transfert vers Boeing d'informations confidentielles détenues par Jeppesen, notamment sur son client Airbus, principal concurrent de Boeing. Plus récemment, lors de l'acquisition de Novatrans, opérateur de transport combiné rail-route, par le groupe SNCF²⁰¹, Novatrans s'est engagé à ce que les réponses des entreprises ferroviaires aux appels

199. Décision du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit (07-D-33).

200. Arrêté du 4 juillet 2001 relatif à l'acquisition du groupe Jeppesen par la société Boeing, *BOCCRF* n° 15 du 23 octobre 2001.

201. Décision du 16 octobre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA (09-DCC-54).

d'offres pour la traction de ses trains fassent l'objet d'un traitement confidentiel, et ne soient pas transmises aux sociétés du groupe SNCF.

Ce type de pratiques se rencontre aussi dans le contexte d'abus de position dominante. Ainsi, le Conseil de la concurrence a été amené à se prononcer sur l'utilisation, par la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Marseille²⁰², de statistiques de la ville détaillant les parts de marché des concurrents, qui constituaient « une information à caractère "officiel dont ses concurrents [étaient] privés ». En effet, la régie avait un accès exclusif aux informations sur l'activité commerciale de ses concurrents pour chaque établissement de soins ou de séjour, données fournies par le bureau de la réglementation de la mairie qui recense, dans le cadre des activités de police municipale, les décès et leurs modalités de traitement. Le Conseil de la concurrence a considéré que ce type de pratique était susceptible de fausser la concurrence. Il a finalement obtenu des parties des engagements structurels visant à assurer une séparation entre la régie et le bureau de la réglementation qui compile ces statistiques, afin que la régie ne puisse plus disposer d'informations privilégiées sur ses concurrents.

Discrimination dans l'accès à des informations essentielles

Le refus de transmettre à des concurrents actuels ou potentiels sur un marché connexe des informations indispensables à leur activité économique peut constituer un abus de position dominante. Il faut néanmoins que certaines conditions restrictives soient remplies. Pour déterminer si l'accès aux informations est réellement indispensable à l'activité économique d'un opérateur, il ne suffit pas de prouver que la mise en place d'une solution alternative soit coûteuse mais bel et bien d'établir que cette alternative ne saurait prendre forme dans des conditions économiques raisonnables²⁰³. D'autre part, le refus d'accorder une licence, même de la part d'une entreprise dominante, relève de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle qui ne saurait constituer, en soi, un abus de position dominante. Une telle qualification ne sera possible que dans des circonstances exceptionnelles. Le Conseil de la concurrence a ainsi précisé, dans une décision relative aux supports pédagogiques pour auto-écoles, que « l'exploitation d'un droit de propriété intellectuelle peut, pour une entreprise dominante, être constitutif d'abus lorsqu'il est utilisé pour exclure toute concurrence sur un marché dérivé »²⁰⁴, en se référant à l'arrêt Magill²⁰⁵. Dans cet arrêt, la Cour de justice a énoncé les trois conditions qui doivent être remplies pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou service indispensable pour exercer une activité donnée puisse être qualifié d'abus :

202. Décision du 22 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Marseille (08-D-34).

203. CJCE, 29 avril 2004, IMS Health, C-418-01.

204. 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 (04-D-09).

205. CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission (« Magill »), C-241/91P et C-242/91P.

- l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels existe une demande potentielle de la part des consommateurs ;
- le refus n'est pas justifié par des considérations objectives ;
- le refus est de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé.

Dans l'affaire Microsoft²⁰⁶, le premier critère a été interprété de façon plus large par le Tribunal de première instance des Communautés européennes, devenu Tribunal de l'Union européenne (ci-après, ensemble, le « Tribunal »), pour inclure non seulement les produits ou services nouveaux mais aussi les améliorations de produits existants. Le Tribunal a ainsi validé l'analyse de la Commission européenne qualifiant d'abus de position dominante le refus par Microsoft de divulguer des informations relatives à l'interopérabilité des systèmes d'exploitation pour serveur de groupe de travail en concurrence avec son propre système d'exploitation, en position dominante, installé sur les ordinateurs personnels clients. Il a jugé que les informations relatives à l'interopérabilité doivent être considérées comme indispensables, notamment en raison du fait que l'interopérabilité revêt une importance concurrentielle significative sur ce marché, et ce même si leur indisponibilité n'a pour conséquence qu'une élimination progressive et non pas immédiate de la concurrence²⁰⁷.

Lorsque l'accès à des informations privilégiées résulte non d'un droit de propriété intellectuelle, mais est l'héritage d'une position de monopole historique, et que ces informations se révèlent indispensables à l'activité des nouveaux entrants lors de l'ouverture du marché à la concurrence, les autorités de concurrence peuvent imposer un accès libre et non discriminatoire à ces informations (comme dans les affaires Pages Jaunes et Wanadoo ADSL, décrites p. 145 et s.).

Les effets proconcurrentiels

Les échanges d'informations n'ont pas toujours un objet ou des effets anticoncurrentiels, et l'Autorité de la concurrence tient compte dans son évaluation des gains d'efficacité qu'ils peuvent engendrer. La Commission européenne a souligné que l'échange d'informations entre entreprises peut leur permettre d'optimiser leur stratégie commerciale : *« Afin de pouvoir soutenir efficacement la concurrence sur un marché donné, les sociétés ont besoin 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 individuel-*

206. TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft Corp., T-201/04, § 11.

207. TPICE, 17 septembre 2007, Microsoft Corp., T-201/04, § 7.

lement.»²⁰⁸ D'autre part, elle souligne que ces échanges peuvent être bénéfiques s'ils accroissent la transparence du marché au profit des consommateurs : « Dans de nombreux secteurs, il est de pratique courante que des statistiques agrégées et des informations générales relatives au marché soient rassemblées, échangées et publiées. Ces informations publiées sont un bon moyen d'accroître la transparence du marché et d'améliorer sa connaissance par les clients, et peuvent donc aussi générer des gains d'efficacité. »²⁰⁹

Ajuster l'offre à la demande

La littérature économique sur les oligopoles statiques montre qu'en présence d'incertitude, un échange d'informations peut apporter des gains d'efficacité en termes d'ajustement de l'offre. Ces travaux soulignent toutefois les difficultés liées à l'évaluation de ces échanges : le bilan concurrentiel dépend de caractéristiques fines du marché, comme le mode de concurrence (en prix ou en quantités) ou les variables sur lesquelles porte l'incertitude (demande ou coûts)²¹⁰. Or, il est extrêmement complexe d'identifier précisément ces caractéristiques, ce qui rend quasiment impossible toute qualification juridique des échanges d'informations fondée sur ce type d'analyse. On peut cependant en tirer certaines intuitions concernant les gains d'efficacité que les échanges peuvent apporter quand les entreprises font face à un environnement incertain.

Les échanges d'informations agrégées sur l'offre ou la demande peuvent favoriser une réallocation efficace de la production vers les marchés où la demande est forte par rapport à l'offre, ou encore promouvoir la différenciation des produits, au bénéfice des consommateurs. Dans un avis relatif à la réalisation d'enquêtes statistiques par la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture²¹¹, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'échange d'informations agrégées et suffisamment anciennes sur les volumes de ventes des différents produits ne présentait pas de risques de coordination anticoncurrentielle entre les fabricants, mais pouvait leur donner une meilleure visibilité sur l'évolution du marché, leur permettant ainsi de mieux s'adapter à la demande.

Une meilleure connaissance de la demande ou des caractéristiques individuelles des consommateurs peut aussi réduire des coûts inutiles. Ainsi, dans le cas de produits périssables, l'échange d'informations sur le niveau de la demande peut aider les entreprises à ajuster leur prix afin d'assurer un déstockage efficace, plutôt que d'accumuler les invendus. Dans le secteur de l'assurance, des échanges d'informations sur les caractéristiques des assurés peuvent également contribuer à réduire les risques des assureurs, donc leurs coûts. En effet, alors que le remboursement des sinistres représente le coût le plus important, chaque assureur ne dispose que d'une information restreinte sur les risques individuels, ce qui ne lui permet pas

208. Décision de la Commission du 16 février 1994, 94/215/CECA, Thyssen Stahl, § 266.

209. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 39.

210. Pour une revue récente de cette littérature, voir par exemple M. Raith (1996), « A General Model of Information Sharing in Oligopoly », *Journal of Economic Theory*, 71, pp. 260-268.

211. Avis du 23 février 2010 relatif à la réalisation d'enquêtes statistiques par la Chambre syndicale des améliorants organiques et supports de culture (10-A-05).

d'évaluer avec suffisamment de précision la probabilité des sinistres. Ceci conduit les assureurs, notamment les plus petits, à incorporer une prime de risque plus importante dans leurs tarifs. L'échange d'informations statistiques entre assureurs peut donc avoir des effets proconcurrentiels en permettant une réduction de la prime de risque. La Commission européenne a adopté un règlement d'exemption par catégorie qui exempte les accords entre assureurs visant à réaliser ou à diffuser des études statistiques sur les sinistres, à condition que les données échangées ne permettent pas d'identifier les assureurs concernés : « *La collaboration entre entreprises d'assurance ou au sein d'associations d'entreprises en matière de calcul du coût moyen de la couverture d'un risque donné dans le passé [...] permet d'améliorer la connaissance des risques et facilite leur évaluation par les compagnies individuelles, ce qui peut faciliter l'entrée sur le marché et donc bénéficier aux consommateurs.* »²¹²

Enfin, des échanges d'informations sont également susceptibles d'accroître l'efficacité productive d'un secteur pris dans son ensemble. Ainsi, l'échange d'informations sur des programmes d'investissement ou de recherche et développement peut éviter que des opérateurs entreprennent des stratégies parallèles conduisant à des surcapacités ou à une duplication d'efforts de recherche coûteux et irrécupérables ; ces gains d'efficacité doivent cependant être mis en regard des effets négatifs liés à la limitation de la « *concurrence pour le marché* », qui stimule l'innovation.

Améliorer l'efficacité interne des entreprises

Pour pouvoir évaluer ses propres performances sur le marché, il est utile d'utiliser, comme références, des données concernant les entreprises qui se trouvent dans une situation similaire. Les méthodes d'étalonnage (*benchmarking*) sont couramment employées par des entreprises qui souhaitent se positionner par rapport à leurs concurrents. La connaissance de ses propres points forts et points faibles permet à une entreprise d'améliorer son efficacité. Concrètement, elle peut construire des indicateurs qui permettront de définir des objectifs à atteindre, et de donner des incitations plus efficaces à ses salariés. Il convient toutefois de souligner que l'évaluation de ses propres performances par rapport au marché ne nécessite que des données agrégées sur le secteur, ou éventuellement des données anonymes sur les meilleures pratiques, et ne justifie aucunement l'échange d'informations permettant d'identifier les performances individuelles des concurrents.

De façon similaire, le partage d'informations agrégées sur les coûts peut permettre aux entreprises d'identifier les technologies les plus performantes et d'optimiser ainsi leurs choix de production. En effet, l'agrégation des données provenant de plusieurs entreprises permet de gommer de possibles variations individuelles qui seraient indépendantes du choix effectué, et d'obtenir ainsi une information plus fiable.

212. Règlement (CE) n° 358/2003 du 27 février 2003, § 10.

Améliorer l'information des consommateurs

Si les informations diffusées le sont aussi au bénéfice des consommateurs, et si elles constituent des éléments pertinents dans la comparaison entre les offres des différentes entreprises, les échanges d'informations stimulent la concurrence entre elles par rapport à ces critères, puisque les consommateurs peuvent aisément identifier le produit le plus adapté à leur demande et l'entreprise la plus performante. En réduisant les coûts de recherche, de tels échanges d'informations augmentent l'élasticité de la demande, ce qui rend la collusion plus difficile à soutenir, puisqu'une entreprise qui dévie en baissant ses prix pourra attirer rapidement une partie importante de la demande. Dans cette perspective, des annonces publiques constituant un engagement ferme envers les clients sur les prix futurs peuvent être bénéfiques, puisqu'elles permettent de se protéger contre les fluctuations cycliques du marché, en instituant un partage des risques entre acheteurs et vendeurs. Dans l'arrêt Pâte de bois précité, la Cour de justice a affirmé que « *le système des annonces de prix peut être considéré comme apportant une réponse rationnelle au fait que le marché de la pâte constituait un marché à long terme et au besoin qu'éprouvaient à la fois les acheteurs et les vendeurs de réduire les risques commerciaux* »²¹³.

Toutefois, les échanges d'informations à l'intention des consommateurs ne sont pas nécessairement pro concurrentiels, ils peuvent au contraire favoriser la collusion si la structure du marché y est propice. En particulier, grâce à ces échanges d'informations, les concurrents pourront rapidement repérer et punir l'entreprise déviante en diminuant leurs propres prix, ce qui limitera les gains liés à cette déviation et incitera donc les entreprises à rester fidèles à la ligne de conduite commune. Ainsi, l'autorité de concurrence danoise, constatant que les producteurs de béton prêt à l'emploi proposaient des remises secrètes à leurs clients, avait décidé de promouvoir la transparence du marché pour permettre aux acheteurs de comparer plus facilement les offres et d'améliorer leur position de négociation²¹⁴. Elle a donc entrepris en 1994 la publication des prix de toutes les transactions effectuées dans ce secteur. Suite à cette mesure, on a constaté une augmentation et une convergence des prix, ce qui laisse penser que cet accroissement de la transparence a permis aux entreprises, sur ce marché caractérisé par de fortes barrières à l'entrée, un produit homogène et une concentration élevée, de soutenir un équilibre collusif.

Améliorer l'information des investisseurs

Les entreprises cotées en bourse ont l'obligation de communiquer régulièrement sur leurs résultats réalisés et prévisionnels, afin de permettre aux investisseurs d'évaluer correctement leurs perspectives de rendement. Cette transparence a de nombreux effets positifs. Elle permet notamment une information plus fiable des acheteurs sur les produits financiers, une meilleure gestion des risques et une

213. CJCE, 31 mars 1993, précité, § 126.

214. Cf. S. Albæk, H.P. Møllgaard et P.B. Overgaard (1997), « Government-Assisted Oligopoly Coordination? A Concrete Case », *Journal of Industrial Economics*, 45, pp. 429-443.

atténuation des chocs, puisque les prévisions peuvent être révisées si nécessaire. Les entreprises peuvent ainsi être amenées à communiquer publiquement leurs chiffres d'affaires, profits, parts de marché, aussi bien passés que prospectifs. Les données de ce type peuvent en principe être sensibles si les informations transmises sont très désagrégées, c'est-à-dire communiquées non pas au niveau global, mais marché (de produit mais aussi géographique) par marché. Cependant, il suffit aux investisseurs, pour estimer la valeur de l'entreprise, de disposer de données agrégées sur l'ensemble des activités de l'entreprise (éventuellement ventilées par grands secteurs), alors que de telles données s'avéreront généralement insuffisantes pour soutenir un équilibre collusif sur un marché en particulier.

Pallier des défaillances de marché

Certains marchés sont caractérisés par des asymétries d'information entre vendeurs et acheteurs, qui peuvent avoir des effets néfastes sur les uns comme sur les autres. C'est le cas, notamment, dans le secteur de l'assurance, où les clients détiennent une information privée sur leur propre risque. Faute de pouvoir identifier le risque de leurs nouveaux clients, les assureurs doivent leur appliquer systématiquement une prime de risque assez élevée. Ceci est d'autant plus vrai que les consommateurs qui ont subi un sinistre, pour éviter de payer un malus, sont tentés de quitter leur assureur actuel pour se présenter chez un nouvel assureur qui ignore leurs antécédents. En France, le Code des assurances²¹⁵ prévoit la transmission, lors de la souscription d'un contrat d'assurance-automobile auprès d'un nouvel assureur, d'un relevé d'informations sur les antécédents de sinistres de l'assuré. Les compagnies d'assurance-automobile peuvent s'échanger directement ces informations à travers un fichier nommé AGIRA. Cet échange permet de réduire l'asymétrie d'information entre les assureurs et les assurés (information que le client « révèle » au fil du temps à l'occasion des sinistres ou du fait de l'absence de sinistre), ce qui permet donc – du fait de la concurrence entre assureurs – de limiter la prime de risque et donc le coût de l'assurance pour les assurés.

Le marché du crédit bancaire est caractérisé par le même type d'asymétrie d'information. Dans l'affaire Asnef-Equifax, la Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle relative à un système d'échanges d'informations sur la solvabilité, la défaillance et le crédit des emprunteurs²¹⁶. La cour a considéré que le fichier en cause, qui atténue l'asymétrie d'information entre créancier et débiteur, et permet ainsi de mieux évaluer la probabilité de remboursement, n'a pas d'objet anticoncurrentiel. La cour a par ailleurs admis que ce type de fichier n'a pas, en principe, d'effet anticoncurrentiel, dès lors que les marchés concernés sont peu concentrés, que les informations qu'ils contiennent ne permettent pas d'identifier les créanciers, et que les conditions d'accès au fichier ne sont pas discriminatoires. En tout état de cause, l'accord pourrait faire l'objet d'une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3 du traité. La cour a souligné que même si, indivi-

215. Code des assurances, annexe à l'article A121-1, articles 12 et 13.

216. CJCE, 23 novembre 2006, Asnef-Equifax, C-238/05.

duellement, certains emprunteurs peuvent être désavantagés par des majorations de taux d'intérêt, voire essuyer des refus de crédit, c'est l'effet favorable sur l'ensemble des consommateurs qui doit être pris en compte.

L'examen des échanges d'informations au regard du droit de la concurrence

L'article 101, paragraphe 1 du traité interdit les pratiques concertées en tant que «*forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence*»²¹⁷. La conception inhérente aux règles de concurrence européennes exige, en effet, que tout opérateur économique détermine de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. «*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 concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché.*»²¹⁸ Un comportement peut donc relever de l'article 101 du traité en tant que pratique concertée même lorsque les parties ne se sont pas entendues explicitement sur un plan commun définissant leur action sur le marché, si elles ont adopté des mécanismes facilitant la coordination de leurs politiques commerciales. Des échanges d'informations peuvent constituer un tel mécanisme.

Le standard de preuve

Lorsqu'un échange d'informations constitue le support d'une entente anticoncurrentielle, il enfreint nécessairement l'article 101, paragraphe 1 du traité, dans la mesure où il tend à faciliter la surveillance du respect de l'entente par ses membres et/ou de leur permettre d'adopter une stratégie commune mutuellement bénéfique. Si tel n'est pas le cas, l'échange d'informations est analysé comme une pratique concertée, qui peut avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. Il convient d'abord de vérifier si l'échange d'informations en cause est anticoncurrentiel par objet. Selon la jurisprudence, il sera d'autant plus susceptible de l'être que les informations échangées sont relatives à des données futures, *a fortiori* lorsque les communications sont destinées uniquement aux concurrents, à l'exclusion des consommateurs ou des entreprises clientes. C'est seulement lorsqu'il est établi qu'un échange d'informations n'a pas d'objet anticoncurrentiel que ses effets doivent être analysés. Cette analyse est effectuée au cas par cas, en tenant compte des circonstances concrètes dans lesquelles s'insère la pratique (contexte du marché, nature des informations échangées et modalités de l'échange). La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence suit une même grille d'analyse.

217. CJCE, 16 décembre 1975, Suiker Unie, 40/73, p. 1663, § 26.

218. Précité, § 174.

Échanges d'informations et pratiques concertées

Aux termes de l'article 101 du traité, la notion de pratique concertée requiert, outre l'existence d'une concertation, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments. Toutefois, selon une jurisprudence constante, et sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs économiques concernés de rapporter, les entreprises qui participent à une concertation et qui demeurent actives sur le marché sont présumées tenir compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur le marché²¹⁹. Comme l'a souligné la Cour de justice dans l'arrêt T-Mobile²²⁰, cette présomption s'impose également aux autorités et aux tribunaux nationaux lorsqu'ils appliquent l'article 101, paragraphe 1 du traité.

Les conditions de validité de cette présomption sont étendues. Ainsi, l'application effective de la ligne de conduite commune définie grâce aux échanges d'informations n'est pas un argument de réfutation pertinent, dès lors que l'objet des échanges est anticoncurrentiel : *« Le fait qu'une entreprise ne se plie pas aux résultats des réunions ayant un objet manifestement anticoncurrentiel n'est pas de nature à la priver de sa pleine responsabilité du fait de sa participation à l'entente, dès lors qu'elle ne s'est pas distanciée publiquement du contenu des réunions. »*²²¹ En effet, comme le relève la Commission européenne, *« même si un participant à une entente peut chercher à exploiter des accords d'entente, voire tricher, à ses propres fins, il reste néanmoins entièrement responsable de son comportement. Selon la jurisprudence constante, une entreprise qui, malgré une entente avec ses concurrents, suit une politique plus ou moins indépendante sur le marché, peut simplement tenter d'utiliser l'entente pour son bénéfice propre »*²²². Dans le cadre d'un échange d'informations, la tricherie peut ainsi prendre la forme d'une transmission délibérée de données inexactes. Celle-ci n'exonère pas l'entreprise de sa participation à un échange d'informations anticoncurrentiel. En effet, si le but de cet échange est par exemple de surveiller les participants à une pratique concertée afin d'éviter qu'ils ne dévient d'une ligne de conduite commune, une entreprise peut vouloir prendre le risque de dévier pour réaliser des profits à court terme, puis tenter de masquer son comportement en transmettant de fausses informations. Dans l'affaire Plaques de plâtre²²³, après avoir déclaré que les échanges d'informations en cause avaient un caractère explicitement collusif, le Tribunal a ajouté que *« cette conclusion vaut à plus forte raison parce que M. [G] soupçonnait qu'il y avait des "tricheries. [...] L'existence de "tricheries indique qu'il y avait un objectif de surveillance, car un simple échange tend à être fiable. En effet, il n'y a pas de raison de tricher si l'on ne fait qu'échanger des informations, alors que, dans un mécanisme de surveillance, on essaiera de tricher pour ne pas dévoiler un gain de parts de marché »*.

219. CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni SpA, C-49/92, § 41.

220. CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile, précité.

221. TPICE, 14 mai 1998, Sarrío, T-334/94, § 118.

222. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 324.

223. TPICE, 8 juillet 2008, Lafarge, T-54/03, § 274.

Pour être valide, la présomption selon laquelle la concertation a effectivement influencé les comportements des opérateurs ne nécessite pas non plus qu'un échange mutuel d'informations ait eu lieu. Le Tribunal a estimé, dans l'affaire *Tate & Lyle*²²⁴, que cette présomption « *est applicable également lorsque [...] la participation d'une ou de plusieurs entreprises à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel se limite à la seule réception d'informations relatives au comportement futur de leurs concurrents sur le marché* ». Dans l'affaire *Cimenteries*²²⁵, tout en relevant que la notion de pratique concertée suppose des contacts caractérisés par la réciprocité, le Tribunal a considéré que « *cette condition est satisfaite lorsque la divulgation, par un concurrent à un autre, de ses intentions ou de son comportement futur sur le marché a été sollicitée ou, à tout le moins, acceptée par le second* ». Dans cet arrêt, le Tribunal a également souligné que pour prouver l'existence d'une pratique concertée, il n'est pas nécessaire de démontrer « *que les concurrents ont été de connivence sur leur conduite future sur le marché [...]. Il suffit que, par sa déclaration d'intention, le concurrent ait éliminé ou tout au moins, substantiellement réduit l'incertitude quant à la conduite à attendre des autres sur le marché* »²²⁶.

La présomption que les informations échangées affectent le comportement des participants à la concertation peut être réfutée : l'entreprise qui y a pris part doit alors démontrer que cette concertation n'a eu absolument aucune influence sur son propre comportement sur le marché. L'entreprise doit au moins avoir cessé sa participation aux accords anticoncurrentiels et s'être distancée publiquement du contenu des réunions, ou démontrer qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans un état d'esprit différent des autres. Comme le souligne la Commission européenne, « *il ne suffit pas d'avancer simplement des arguments affirmant qu'il n'y avait aucun esprit anticoncurrentiel; l'entreprise impliquée dans de telles pratiques doit apporter des preuves* »²²⁷.

Objet et effet anticoncurrentiel

Dans l'arrêt *HFB Holding*²²⁸, le Tribunal a précisé que « *si la notion même de pratique concertée présuppose un comportement des entreprises participantes sur le marché, elle n'implique pas nécessairement que ce comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence* ». En effet, pour relever de l'interdiction énoncée par l'article 101, paragraphe 1 du traité, une pratique concertée doit avoir « *pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser la concurrence à l'intérieur du marché commun* ». Le caractère alternatif de cette condition conduit à considérer d'abord l'objet même de la pratique, compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel elle s'inscrit. Dès lors qu'il est établi qu'une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel, il n'est pas nécessaire d'évaluer les effets d'une telle pratique au stade de la qualification. Il importe donc

224. TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle*, aff. jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98.

225. TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e. a.*, aff. jointes T-25/95, etc., § 1849.

226. TPICE, 15 mars 2000, *Cimenteries* précité, § 1852.

227. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 234.

228. TPICE, 20 mars 2002, *HFB Holding für Fernwärmetechnik*, T-9/99, § 217.

de préciser comment on évalue si un échange d'informations a ou non un objet anticoncurrentiel.

De façon générale, « *la distinction entre “infractions par objet” et “infractions par effet” tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence* »²²⁹. Comme le précisent les lignes directrices sur l'application de l'article 101, paragraphe 3 du traité, « *il s'agit de restrictions qui [...] sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché* »²³⁰. En outre, en réponse à une question préjudicielle, la Cour de justice a précisé que pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que la pratique concertée soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence. En d'autres termes, elle doit simplement être concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun²³¹.

Pour apprécier le caractère anticoncurrentiel d'une pratique concertée, les autorités de concurrence fondent leur analyse sur sa teneur et sur les buts objectifs poursuivis. Il importe peu que les parties se soient concertées pour des motifs dont certains étaient légitimes²³². Si l'objet anticoncurrentiel est établi, les éléments relatifs aux gains d'efficacité ne pourront être invoqués que dans le but d'obtenir une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3. Dans ce cas, il revient aux entreprises d'apporter la preuve des effets proconcurrentiels de la pratique, et notamment, d'établir que les consommateurs profitent des gains d'efficacité réalisés.

L'appréciation de l'objet d'un échange d'informations doit donc se faire au cas par cas. Néanmoins, quelques critères essentiels peuvent être dégagés. Les échanges d'informations entre concurrents portant sur des intentions futures, qui sont particulièrement à même d'induire une coordination des comportements des entreprises, ont été qualifiés à plusieurs reprises, dans la jurisprudence, d'infractions par objet (notamment dans la décision Bananes et dans l'arrêt T-Mobile, où les informations échangées étaient relatives à des déterminants des prix futurs). De fait, la frontière entre une fixation en commun des prix ou des quantités et des échanges d'informations relatifs à de telles données futures peut être délicate à tracer. Dans le premier cas, l'échange d'informations constitue en fait le support d'une entente explicite, dont l'objet est clairement anticoncurrentiel, et il sera analysé comme l'un des éléments constitutifs du cartel. Mais un échange d'informations peut aussi avoir un objet anticoncurrentiel même s'il n'y a pas à proprement parler de négociation en commun.

Dans l'affaire T-Mobile, les opérateurs de téléphonie mobile néerlandais avaient discuté, au cours d'une réunion, d'une réduction de la rémunération standard de

229. CJCE, 20 novembre 2007, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C-209/07, § 17.

230. Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité, § 21.

231. CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., précité, § 35.

232. CJCE, 20 novembre 2007, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, précité, § 21.

leurs revendeurs pour les abonnements. Dans son arrêt, la Cour de justice a considéré qu'un échange d'informations pouvait constituer une infraction par objet même lorsque les informations échangées ne portaient pas directement sur les prix réels payés par les consommateurs, mais constituaient cependant des éléments déterminants quant à la fixation du prix final : « *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 réduction de la commission standard des revendeurs.* »²³³ Ainsi, tout en reconnaissant que « *la pratique concertée ne saurait être considérée comme ayant directement pour objet de déterminer les prix des abonnements sur le marché de détail* »²³⁴, la cour a estimé que « *le libellé de l'article 81, paragraphe 1, CE ne permet pas de considérer que seules seraient interdites les pratiques concertées ayant un effet direct sur le prix acquitté par les consommateurs finaux* »²³⁵, puisqu'il précise qu'une pratique concertée peut avoir un objet anticoncurrentiel si elle consiste à « *fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction* ». En l'espèce, la cour a souligné l'existence concrète d'un lien indirect entre les informations échangées et le prix de vente des abonnements : « *Pour les abonnements, les rémunérations des revendeurs sont des éléments déterminants quant à la fixation du prix que paiera le consommateur final.* »²³⁶

Dans la décision Bananes, les échanges d'informations entre importateurs de bananes portaient sur les prix de référence, qui sur ce marché sont annoncés de façon hebdomadaire avant la détermination des prix réels, ces derniers étant tantôt basés sur les prix de référence, tantôt négociés avec les acheteurs. Chaque jeudi matin, avant la fixation des prix de référence, les importateurs discutaient entre eux des facteurs de tarification des prix de référence pour la semaine à venir, débattaient ou révélaient les tendances de prix, et dans certains cas, donnaient des indications sur leurs prix de référence pour la semaine à venir. La Commission européenne a souligné que « *cette décision ne sous-entend pas une concertation directe sur les prix réels. La Commission fait remarquer qu'en vertu de la jurisprudence constante, la concertation sur des prix annoncés peut aussi constituer une infraction par objet* »²³⁷. En l'espèce, elle estime que « *les prix de référence ont, à tout le moins, servi de signaux pour le marché, de tendances ou d'indications quant au développement prévu des prix de la banane* »²³⁸. Par ailleurs, elle a considéré que même lorsque les importateurs discutaient non pas de leurs propres intentions de tarification, mais des facteurs de tarification et de l'évolution des prix du marché, de telles discussions avaient pour conséquence de révéler la vision subjective du marché par chaque entreprise, permettant ainsi d'estimer les intentions futures des concurrents en matière de tari-

233. CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands e. a., précité, § 41.

234. CJCE, 4 juin 2009, précité, § 19.

235. Précité, § 36.

236. Précité, § 35.

237. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 284.

238. *Idem*.

fication²³⁹. De telles discussions pouvaient donc suffire à éliminer ou à réduire l'incertitude concernant l'établissement des futurs prix de référence.

Les échanges d'informations sur les prix futurs peuvent difficilement être justifiés par des allégations de gains d'efficience, *a fortiori* lorsque ces informations ne sont pas transmises aux consommateurs ou lorsque les entreprises ne s'engagent pas vis-à-vis des consommateurs sur l'application de ces prix. Si, dans le cas de discussions portant sur des lancements de nouveaux produits, des extensions de capacités ou des plans de recherche et développement, on peut concevoir l'existence d'effets proconcurrentiels du fait d'une meilleure allocation des ressources, dans le cas de discussions portant sur les prix sans engagement envers les clients, l'objectif ne peut être que la recherche d'une meilleure coordination. Certains économistes préconisent donc d'interdire toute discussion secrète sur des prix futurs²⁴⁰.

Les critères d'appréciation d'un échange d'informations sur des données futures, et plus particulièrement des prix futurs, dont l'objet anticoncurrentiel peut être établi, seront différents des critères pris en considération dans le cas d'un échange d'informations portant, par exemple, sur des ventes passées (comme dans l'affaire des Tracteurs au Royaume-Uni²⁴¹, où la Cour de justice a concentré son analyse sur les effets de la pratique). Dans l'affaire Bananes, les communications entre importateurs étaient relatives à la fixation des prix, et la Commission européenne a considéré que « *par conséquent, il n'est pas nécessaire [d'analyser] la structure du marché et/ou les caractéristiques des communications à la lumière des critères [de l'arrêt John Deere]* »²⁴². Comme l'explique la Commission européenne, « *les infractions de nature horizontale qui concernent la tarification par les concurrents ont toujours été considérées comme particulièrement graves* »²⁴³. Parmi les critères qu'elle n'a pas jugé nécessaire de prendre en compte dans un tel contexte, la Commission européenne mentionne, outre le degré de concentration du marché, l'existence d'un pouvoir d'achat compensateur²⁴⁴, la fréquence et la régularité des échanges²⁴⁵, leur caractère clandestin²⁴⁶, le fait qu'ils étaient limités aux parties²⁴⁷, le caractère public de certaines informations échangées²⁴⁸, l'application effective des prix évoqués²⁴⁹, et l'existence d'effets anticoncurrentiels sur le marché²⁵⁰.

À l'inverse, dans le cas d'échanges d'informations qui ne sont pas le support d'une entente explicite et qui ne peuvent être qualifiés de restriction par objet, l'Autorité de la concurrence – et le Conseil avant elle –, veille à démontrer leur effet

239. Précité, § 298.

240. K.-U. Kühn (2001), « Fighting Collusion : Regulation of communication between firms », *Economic Policy*, vol. 32, pp. 167-204.

241. CJCE, 28 mai 1998, New Holland Ford, C-8/95P, § 42.

242. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 315.

243. Précité, § 299.

244. Précité, § 282.

245. Précité, § 270.

246. Précité, § 307.

247. Précité, § 274.

248. Précité, § 276.

249. Précité, § 275.

250. Précité, § 299.

négalif sur la concurrence. Ainsi, dans l'affaire des Palaces parisiens, le Conseil s'est attaché à expliquer l'usage qui pouvait être fait des données échangées pour exercer une surveillance efficace des hôtels concurrents, en vérifiant si certains d'eux ne baissaient pas secrètement leurs prix pour attirer plus de clients. Dans l'affaire Téléphonie mobile, le Conseil a justifié cette approche en expliquant 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* »²⁵¹. La Cour de cassation a rappelé que le même standard s'imposait, en cas de recours, à la cour d'appel de Paris, à laquelle il revient donc, dans sa motivation, d'expliquer « *de façon concrète [...] si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché [...] 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 [...], de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné* »²⁵². En retour, la cour d'appel²⁵³ a repris les nombreux arguments exposés dans la décision du Conseil²⁵⁴, expliquant que les données échangées avaient été commentées lors de comités exécutifs ou de conseils d'administration, et utilisées pour évaluer les conséquences de la politique commerciale mise en œuvre, justifier les mesures commerciales prévues, infléchir, le cas échéant, la politique commerciale, ou anticiper le comportement de l'un d'entre eux en réaction à une baisse de ses parts de marché.

Les lignes directrices de la Commission européenne sur le transport maritime, après avoir précisé qu'elles ne traitent pas des échanges d'informations ayant un objet anticoncurrentiel, synthétisent notamment cette approche en proposant des orientations générales pour examiner les effets possibles d'un échange d'informations. Elles soulignent d'abord que l'appréciation doit se faire au cas par cas, puis mettent en relief deux axes d'analyse : « *La structure du marché sur lequel l'échange a lieu et les caractéristiques de l'échange d'informations sont deux éléments importants que la Commission examine lorsqu'elle évalue un échange d'informations.* »²⁵⁵ Nous allons donc présenter comment les critères relatifs à la structure du marché, au caractère sensible des données échangées et aux modalités de l'échange peuvent être pris en compte pour évaluer les effets d'un échange d'informations.

La structure du marché

La jurisprudence essentielle relative au critère de la structure du marché est celle des Tracteurs du Royaume-Uni²⁵⁶. « *En principe, la transparence entre les opéra-*

251. Décision du 30 novembre 2005 précitée, § 209.

252. Cass. com., 29 juin 2007, Téléphonie Mobile, arrêt 1020.

253. CA Paris, 11 mars 2009, Téléphonie Mobile.

254. Décision 05-D-65 précitée, § 220 à 224.

255. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 45.

256. CJCE, 28 mai 1998, John Deere, C-7/95P, § 88.

*teurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs», à tout le moins, lorsque cette transparence bénéficie aux consommateurs. À l'inverse, un marché concentré est plus propice à l'apparition de comportements collusifs. Se référant à cette même jurisprudence, la Commission européenne a détaillé, dans sa décision *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, le mécanisme par lequel des échanges d'informations, sur un marché concentré, permettent de soutenir la collusion : « Un accord d'échange d'informations sensibles, récentes et individualisées sur un marché concentré où existent d'importantes barrières à l'entrée est susceptible de restreindre la concurrence entre les entreprises qui y sont parties dans la mesure où il accroît la transparence du marché de telle manière que tout acte de concurrence indépendant de la part d'une entreprise est immédiatement décelé par ses concurrents lesquels sont à même de prendre des mesures de rétorsion ciblées. En éliminant la concurrence cachée sur le marché, l'échange d'informations réduit considérablement le gain qu'une entreprise peut retirer d'une action concurrentielle et tend à la dissuader de tenter d'augmenter ses parts de marché. »²⁵⁷*

Dans la décision *Téléphonie Mobile*, le Conseil a précisé les critères qu'il juge pertinents pour l'analyse de la structure du marché. « Les critères qui fondent l'analyse du juge communautaire [dans l'arrêt *John Deere*] sont donc ceux d'un oligopole fermé, en raison de l'existence d'importantes barrières à l'entrée, sur lequel les positions des entreprises sont relativement stabilisées. C'est au regard de ces critères, et d'eux seuls, qu'il convient d'analyser le marché des mobiles sur lequel ont pris place les pratiques reprochées d'échanges d'informations, afin de vérifier si ces dernières ont eu un caractère anticoncurrentiel. »²⁵⁸ Même s'il n'y était pas tenu par la jurisprudence, le Conseil a toutefois également pris en compte d'autres critères tels que l'évolution de la demande, l'intensité de la concurrence ou encore la possibilité de représailles, pour étudier de la manière la plus complète possible les effets de ces échanges d'informations.

Dans l'affaire *Thyssen Stahl*, la Cour de justice a jugé bon de préciser que « contrairement à ce qu'affirme la requérante, 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 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 »²⁵⁹. À l'inverse, lorsque le marché est très fragmenté, et que les parts de marché des entreprises participantes sont faibles, comme dans l'affaire *EUDIM*²⁶⁰ (il y avait sur le marché européen plus de 3 000 grossistes chauffagistes), il est peu probable qu'un échange d'informations, même individuelles et confidentielles, telles que le volume des ventes et les parts de marché, puisse avoir un effet sensible sur la concurrence.

²⁵⁷. 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*, § 39.

²⁵⁸. Décision 05-D-65 précitée, § 164, soulignement ajouté.

²⁵⁹. CJCE, 2 octobre 2003, *Thyssen Stahl*, C-194/99, § 86.

²⁶⁰. Communication faite conformément à l'article 19, § 3 du règlement (CE) n° 17 du Conseil, *EUDIM*, IV/33 815, 35 842.

Pour caractériser la concentration du marché, il ne suffit pas de vérifier si le nombre d'entreprises actives sur ce marché est faible. Un critère tout aussi important est le nombre de celles qui ont participé à l'échange, et leur part de marché cumulée. Dans certaines affaires où des échanges d'informations ont été jugés anticoncurrentiels, le marché n'était pas fortement concentré, mais la majorité des acteurs participaient à l'échange d'informations²⁶¹, ce qui limitait le risque de comportements opportunistes de la part d'entreprises non participantes. De même, lorsque le marché est caractérisé par de fortes barrières à l'entrée, issues de la nécessité d'investissements initiaux coûteux ou de dispositions légales, l'équilibre collusif ne sera pas menacé par la possibilité que de nouveaux entrants viennent proposer des prix plus faibles, captant une partie importante de la demande.

D'autres caractéristiques du marché peuvent être pertinentes pour l'analyse des effets concurrentiels d'un échange d'informations en particulier, un critère lié au degré de concentration, l'existence de liens structurels entre les entreprises²⁶², qui peut faciliter à la fois l'alignement sur un équilibre commun, et la surveillance des entreprises quant à l'application de la ligne de conduite commune. L'homogénéité des produits et la symétrie des acteurs, notamment en termes de structure de coûts et de capacités²⁶³, contribueront aussi bien à la coordination qu'à la surveillance, tout comme la stabilité de la demande et un rôle mineur de l'innovation.

Le caractère sensible des données échangées

Pour déterminer si les informations échangées constituent des secrets d'affaires, il est nécessaire de croiser plusieurs critères : des données de même nature pourront être ou non sensibles en fonction de leur degré d'ancienneté, d'agrégation, de précision et selon les informations disponibles par ailleurs sur ce marché.

Contenu des échanges d'informations

La Commission européenne a précisé dans ses lignes directrices sur le transport maritime que l'échange, entre concurrents, de données commercialement sensibles concernant les prix, les capacités ou les coûts, est plus susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels que l'échange d'autres informations²⁶⁴.

En ce qui concerne les données futures, pour lesquelles il convient d'être particulièrement prudent, la Commission européenne précise qu'elles concernent non seulement la stratégie qu'une entreprise a l'intention d'adopter, mais aussi « *l'avis d'une entreprise sur la manière dont le marché va évoluer* »²⁶⁵, puisque ce point de vue subjectif donne des indications précieuses pour anticiper son comportement futur. De telles communications se rapprochent des échanges d'informations sur

261. Dans l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl* précitée, parmi les 20 entreprises du marché, 16 participaient à l'échange, et les 4 premières représentaient la moitié de la production. Dans l'affaire *Thyssen Stahl* précitée, 12 des 19 entreprises actives sur le marché avaient pris part aux échanges d'informations.

262. Cf. par exemple, la décision de la Commission du 26 novembre 1997 précitée, § 45.

263. Décision 05-D-64 précitée, § 217 et 220.

264. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 50.

265. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 54.

les prix futurs, déjà évoqués. De manière générale, les critères d'appréciation des échanges de données futures sont plus restrictifs que ceux appliqués aux échanges de données passées. Ainsi la Commission européenne déclare-t-elle « [qu']il convient d'évaluer avec prudence les échanges de prévisions de capacité, même sous forme agrégée, surtout lorsqu'ils ont lieu sur des marchés concentrés. Sur les marchés de transport de ligne, les données relatives à la capacité constituent le paramètre essentiel de coordination des comportements concurrentiels, et elles ont un effet direct sur les prix »²⁶⁶.

Pour ce qui est des données passées, la jurisprudence n'interdit pas, par principe, les échanges d'informations sur des prix passés tels que les mercuriales – c'est-à-dire des relevés portant sur des prix réels constatés – à condition toutefois qu'ils ne permettent pas d'identifier de positions individuelles sur le marché (conditions commerciales pratiquées par une entreprise en particulier, mais aussi envers un client en particulier²⁶⁷). Les échanges de données sur les coûts sont eux aussi acceptables à condition que ces coûts ne représentent pas l'essentiel du prix de revient, afin d'éviter que leur diffusion ne permette de construire une grille tarifaire sur laquelle les entreprises seraient invitées à s'aligner : « Dans chaque cas d'espèce, il convient d'apprécier leur possible effet de stimulation de la compétition entre les opérateurs afin de mieux satisfaire la demande, au regard du risque pour le libre jeu de la concurrence que les entreprises bénéficiaires de l'information s'en servent pour fixer leurs prix au lieu de se référer à leurs coûts propres de production et de distribution. »²⁶⁸

L'échange de données, *a priori* moins sensibles comme les volumes de ventes, peut lui aussi être anticoncurrentiel si ces données sont récentes et suffisamment désagrégées. Le degré d'agrégation des données est un critère particulièrement important. En principe, l'échange de données historiques statistiques ou d'études de marché sectorielles ne pose pas de problèmes de concurrence, à condition que ces données ne permettent pas l'identification des stratégies individuelles des concurrents. Dans l'affaire des Tracteurs du Royaume-Uni, l'échange de données de ventes récentes extrêmement détaillées, ventilées par comté et par fabricant, sur un marché très concentré, a été jugé anticoncurrentiel, car il permettait de surveiller les actions commerciales de chacune des entreprises. Les échanges d'informations individualisées relatives à des prix ou à des quantités passées sont en règle générale difficilement justifiables, à tel point que certains économistes, comme Kai-Uwe Kühn, préconisent d'adopter à leur égard un traitement particulièrement sévère²⁶⁹.

Dans l'affaire *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, la Commission européenne a insisté sur le rôle facilitateur des échanges d'informations dans la coordination sur une ligne de conduite commune, sur la base des positions passées. Le Tribunal, s'il

266. Lignes directrices sur les services de transport maritime précitées, § 53.

267. Décision du 15 mars 1988, Secteur de l'emballage aluminium pour l'alimentaire, 88-D-13.

268. Avis du 6 juin 2003 relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile (03-A-09, § 22).

269. Kühn (2001), précité, p. 196.

a censuré la Commission européenne sur une erreur d'appréciation des faits²⁷⁰, n'a pas infirmé son raisonnement sur le fond : « *Sur un marché où la demande est stable comme c'est le cas des marchés de produits en cause, l'action future des concurrents peut, dans une large mesure, être prévue sur la base de leurs opérations récentes.* »²⁷¹ La Commission européenne a souligné le rôle de la précision et de l'ancienneté des données : « *Plus les informations sur les quantités vendues et les parts de marché sont précises et récentes, plus leur effet sur le comportement à venir des entreprises sur le marché est grand. Néanmoins, il est exact qu'après un certain temps les données concernant les opérations passées peuvent ne plus avoir qu'une valeur de référence et perdre toute influence réelle sur les comportements à venir. Dans le présent cas d'espèce, 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 (c'est-à-dire un mois).* »²⁷² En pratique, la nature historique ou récente des informations doit être évaluée avec une certaine flexibilité, en tenant compte du rythme auquel les données deviennent caduques sur le marché en cause.

Disposer de données précises et récentes est également crucial pour mettre en place un mécanisme de surveillance et de dissuasion, puisque ceci améliore la probabilité et la rapidité de détection des déviations et permet éventuellement des représailles ciblées. Le degré de détail adéquat pour mettre en œuvre une telle surveillance est différent selon les marchés. Dans sa décision Téléphonie mobile, le Conseil de la concurrence a expliqué que sur un marché où la transparence est gênée par la multiplicité des formules et des options, « *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"* »²⁷³. Ces statistiques résumaient de façon simple l'effet de tarifs très complexes en pratique, elles servaient de base aux décisions stratégiques des dirigeants.

Caractère public des données échangées

En principe, l'échange d'informations qui sont déjà publiques ne constitue pas une violation de l'article 101, paragraphe 1 du traité²⁷⁴. Le Conseil explique, dans la décision Téléphonie mobile, que « *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* »²⁷⁵. Cependant, le caractère public des informations n'est pas une donnée absolue mais dépend de la difficulté et du coût d'acquisition

270. La Commission européenne n'avait pas correctement identifié les formulaires qui avaient été échangés. De ce fait, contrairement à ce que soutenait la Commission européenne, les informations échangées ne permettaient pas de calculer de façon précise les parts de marché des producteurs d'acier en Allemagne. En effet, une partie seulement des producteurs participaient à l'échange, et ils ne disposaient pas des données sur les livraisons en Allemagne effectuées par les producteurs non participants. Cf. TPICE, 5 avril 2001, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, T-16/98, § 28.

271. Décision de la Commission du 26 novembre 1997 précitée, § 52.

272. *Idem*.

273. Décision 05-D-65 précitée, § 210.

274. TPICE, 30 septembre 2003, *Trans-Atlantic Conference Agreement*, aff. jointes T-191/98, T-212/98 à T-214/98, § 1154.

275. Précité, § 194.

de ces informations. Le critère invoqué par la jurisprudence pour qualifier d'anti-concurrentiel un échange d'informations que les concurrents pourraient se procurer par d'autres moyens est « *l'augmentation artificielle de la transparence du marché* »²⁷⁶.

Une jurisprudence relativement ancienne se montre rigoureuse envers ce type d'échanges d'informations : dans une affaire relative à des échanges d'informations entre producteurs de parchemin végétal, la Commission européenne a ainsi considéré « *[qu']en l'absence de cet échange d'informations, les producteurs [...] pourraient peut-être se procurer par personne interposée les listes de prix de ces entreprises, mais que ce procédé serait sensiblement plus compliqué et demanderait beaucoup plus de temps ; que l'on doit donc considérer la communication spontanée d'informations importantes en matière de prix comme une modification artificielle des conditions de concurrence visant à établir un système de solidarité et d'influences réciproques entre concurrents* »²⁷⁷.

Les arguments relatifs, d'une part, à la réduction des coûts de collecte des informations et d'autre part, à la création d'un système de solidarité collective entre concurrents, ont été repris et développés par le Tribunal de première instance dans l'arrêt *Tate & Lyle*. Les entreprises en cause arguaient du fait que les prix envisagés par *British Sugar*, au moment de leur communication à ses concurrents, étaient déjà connus de ses clients et que cette information était donc disponible sur le marché. Le Tribunal rétorque que « *ce fait, à le supposer établi, n'a, dans les circonstances de l'espèce, aucune incidence. En effet, en premier lieu, à supposer même que British Sugar ait communiqué préalablement, individuellement et de façon régulière à ses clients les prix qu'elle avait l'intention de pratiquer, ce fait n'implique pas que, à ce moment, ces prix constituaient une donnée objective du marché, repérable de façon immédiate. [...] En deuxième lieu, l'organisation des réunions litigieuses permettait aux participants d'avoir connaissance de ces informations de façon plus simple, rapide et directe que par le biais du marché. En troisième lieu [...] la participation systématique des entreprises requérantes aux réunions en cause leur permettait de créer un climat de certitude mutuelle quant à leurs politiques futures de prix* »²⁷⁸. Plus récemment, dans la décision *Bananes*, la Commission européenne a souligné la distinction entre « *d'une part, les concurrents qui glanent des informations de façon indépendante ou discutent des facteurs de tarification avec des clients ou des tiers et, d'autre part, les concurrents qui discutent des facteurs de tarification, voire même de l'évolution des prix, avec d'autres concurrents* »²⁷⁹. Même s'il pouvait exister sur le marché des publications traitant de thèmes similaires à ceux évoqués dans les échanges d'informations, leur rôle n'était pas comparable puisqu'elles ne pouvaient pas révéler les points de vue des concurrents sur les thèmes discutés.

La pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence s'inscrit dans la continuité de cette jurisprudence. Dans la décision *Palaces parisiens*, le Conseil a constaté que les palaces s'étaient échangé des informations stratégiques susceptibles d'augmenter

276. Décision 05-D-64 précitée, § 269.

277. Décision de la Commission du 13 mars 1978, 78/252/CEE, *Parchemin végétal*, § 68. Cf. aussi la décision de la Commission du 21 septembre 1977, 77/592/CEE, *Cobelpa/VNP*, § 30.

278. TPICE, 12 juillet 2001, *Tate & Lyle*, aff. jointes T-202/98, T-204/98 et T-207/98, § 60.

279. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 305.

artificiellement la transparence du marché. Si certaines données étaient effectivement confidentielles et inaccessibles au public, d'autres étaient potentiellement plus facilement accessibles. Toutefois, pendant la procédure, les parties ont demandé au Conseil de ne pas communiquer de telles informations à des tiers car elles constituaient des secrets d'affaires. Les parties arguaient notamment du fait que « ces informations, bien que communiquées au public, sont difficiles à réunir par un tiers. Elles donnent de précieuses indications sur la politique promotionnelle ». Le Conseil a ainsi pu s'appuyer sur de telles demandes de protection des informations pour démontrer que transmettre de telles informations à des concurrents, même si ces derniers auraient potentiellement pu les obtenir par leurs propres moyens, permettait bien de faciliter la coordination entre les entreprises. Les demandes des parties décrivaient précisément, aux yeux du Conseil, « les effets d'un échange d'informations entre concurrents, même dans le cas où cet échange porte sur des informations qu'il est possible de se procurer sur le marché mais dont la collecte entraînerait un tel coût de veille concurrentielle qu'il devient avantageux de les obtenir directement du concurrent »²⁸⁰.

Dans sa décision Carburants sur autoroutes, le Conseil avait condamné les compagnies pétrolières pour s'être échangé par téléphone, à un rythme quasi quotidien, les prix pratiqués dans leurs stations-service sur autoroute. Sur ce marché qui présente toutes les caractéristiques d'un oligopole fermé, le Conseil avait considéré que ces échanges téléphoniques réduisaient substantiellement les coûts de collecte des informations, car même si les gérants des stations-service pouvaient théoriquement aller relever les prix affichés chez leurs concurrents les plus proches, ces déplacements physiques auraient été très coûteux : « Bien que l'effet de ces échanges d'information sur la rapidité d'alignement des prix et sur le niveau de ceux-ci ne puisse être mesuré avec précision, ils ont nécessairement favorisé un niveau plus élevé que celui qui aurait prévalu en l'absence de cette pratique collective. En effet, chaque compagnie pétrolière voyait son incitation à baisser ses prix dans une station-service par rapport aux prix pratiqués dans les stations-service concurrentes diminuer puisque par le jeu de l'échange d'information elle devait informer ces autres stations de cette baisse de prix, leur donnant de ce fait la possibilité de réagir à sa baisse initiale plus rapidement que si l'échange d'information n'avait pas existé. » Autrement dit, ces échanges fréquents contribuaient à soutenir plus facilement un équilibre supraconcurrentiel, puisqu'ils constituaient un mécanisme de surveillance systématique permettant des reprécisions immédiates. Ce raisonnement n'a toutefois pas été suivi par la cour d'appel de Paris, qui a annulé cette décision²⁸¹. D'une part, elle a conclu que le degré d'alignement des prix n'était pas suffisant pour qu'il ne puisse s'expliquer que par une pratique concertée. D'autre part, elle n'a pas considéré que les communications directes entre concurrents réduisaient suffisamment les coûts de collecte des informations pour provoquer un accroissement artificiel de la transparence sur le marché. Elle n'a donc pas jugé que les échanges d'informations

280. Décision 05-D-64 précitée, § 263.

281. C.A Paris, 9 décembre 2003, Carburants sur autoroute.

en cause rendaient plus facile la détection des déviations par rapport à un équilibre de prix élevé et réduisaient les incitations à se faire concurrence par les prix.

L'autorité de concurrence italienne (AGCM) a vu, elle aussi, dans un contexte similaire, sa décision annulée en appel²⁸². L'AGCM avait interdit, sans infliger de sanctions, un système d'échange d'informations entre compagnies d'assurances-vie reposant sur une base de données alimentée par les compagnies elles-mêmes. La base de données Aequos, constituée et vendue par la société de consulting IAMA, comprenait des informations individualisées sur les prix et conditions tarifaires pratiqués. Les informations fournies étaient identiques à celles présentées dans la notice d'information sur les polices d'assurances et la documentation contractuelle remises aux clients. Si ces données étaient disponibles sur le marché, leur collecte était coûteuse et donnait des résultats moins exhaustifs que la base Aequos, à laquelle les compagnies d'assurance préféraient recourir. Le tribunal administratif du Latium a annulé cette décision en déclarant que lorsque des données sont publiques – même si elles ne sont pas « *du domaine public* », c'est-à-dire accessibles rapidement et sans coût pour les consommateurs – leur échange ne peut être considéré comme illicite : le recours à un observatoire comme IAMA relève simplement de la rationalité économique et d'un objectif de maîtrise des coûts. À l'inverse, une décision de l'AGCM concernant le marché de l'assurance-automobile²⁸³ a été confirmée en appel, car les données échangées à travers un observatoire commun (primes pratiquées par chaque compagnie selon le profil de client) n'étaient pas disponibles par ailleurs sur le marché.

Les modalités de l'échange

Comme le souligne la jurisprudence, le fait que les informations soient transmises directement entre des concurrents, de façon bilatérale ou collective ou encore par l'intermédiaire d'une structure tierce telle qu'une association professionnelle (comme dans l'affaire des Tracteurs du Royaume-Uni), n'a pas d'influence sur la qualification de la pratique. Le fait, notamment, que l'échange ait été organisé de façon clandestine ou ait été connu de tous est sans incidence.

Mais la pratique décisionnelle des autorités de concurrence européennes illustre également le rôle joué par des fournisseurs ou des distributeurs communs dans les pratiques d'échanges d'informations. Au Royaume-Uni, l'OFT a publié plusieurs décisions condamnant de tels échanges d'informations portant sur des prix futurs. Il convient cependant d'adopter une approche mesurée, car il est naturel, par exemple, qu'un acheteur qui met en concurrence plusieurs fournisseurs fasse part à l'un du prix proposé par l'autre. La cour d'appel du Royaume-Uni²⁸⁴, dans l'affaire des Jouets, a confirmé la position de l'OFT en précisant les conditions dans lesquelles s'applique le raisonnement : la transmission par un distributeur de ses

282. Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), 30 septembre 2004, *Ras-Generali/IAMA Consulting*, 1575, annulée en appel par le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio dans son arrêt *San Paolo IMI Wealth Management* du 20 avril 2005.

283. AGCM, 28 juillet 2000, RC Auto, I377.

284. Court of Appeal, 19 octobre 2006, Argos – Littlewoods et JJB Sports, 2005/1071, 1074 et 2005/1623, § 102 et s.

intentions de prix à son fournisseur, lorsqu'il a l'intention que cette information soit retransmise à un distributeur concurrent et que ce dernier identifie correctement l'origine de l'information, peut constituer une pratique concertée trilatérale à caractère anticoncurrentiel, puisqu'elle permet une coordination entre les distributeurs. Dans une affaire plus récente sur le marché du tabac²⁸⁵, plusieurs fabricants et distributeurs mis en cause devant l'OFT pour des échanges d'informations sur leurs prix futurs, à travers un fournisseur commun ou un distributeur commun, ont entrepris une procédure de transaction.

Dans le cas des bases de données collectées par un tiers, l'appréciation est plus délicate. Dans la décision *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, la Commission européenne a déclaré qu'« *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. 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* »²⁸⁶. Cependant, dans de nombreux cas, les informations utilisées pour constituer les bases de données ne sont pas collectées au moyen de relevés réalisés dans les points de vente, mais grâce à des systèmes informatisés (tels que le lecteur des codes-barres) mis en place avec l'accord des entreprises participantes. Contactée par deux entreprises de grande distribution au sujet de l'utilisation d'un système de transmission d'informations commercialisé par AC Nielsen, l'autorité de concurrence finlandaise a publié une décision²⁸⁷ établissant que ce mécanisme d'échanges d'informations détaillées (prix, volumes de ventes ou parts de marché, segmentées par type de produit, par producteur ou par marque) entre chaînes concurrentes sur un marché très concentré était anticoncurrentiel.

Si le mode d'organisation de l'échange ne joue pas un rôle majeur dans son appréciation, la fréquence des échanges est en revanche un élément important. Certes, pour se coordonner sur une ligne de conduite commune, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à des échanges répétés (voir la décision *T-Mobile*), mais il reste à établir que cette coordination pourra à elle seule permettre, dans les conditions concrètes du marché en cause, de soutenir un équilibre collusif. Le critère de la fréquence des échanges doit donc être mis en regard du contenu de ces échanges et du contexte du marché. Quand les échanges concernent des prix futurs et ont un objet anticoncurrentiel, comme c'était le cas dans l'affaire *Bananes*, la Commission européenne considère que leur caractère systématique et leur fréquence ne sont pas déterminants pour conclure à l'existence d'une infraction (même si, en l'espèce, les échanges étaient systématiques et hebdomadaires), car « *chaque communication individuelle de cette nature poursuivait un objet anticoncurrentiel* »²⁸⁸. En revanche,

285. Cf. le communiqué de presse à l'adresse <http://www.offt.gov.uk/news/press/2008/56-08>.

286. Décision de la Commission du 26 novembre 1997 précitée, § 58.

287. *Kilpailuvirasto*, Échanges d'informations sur le marché de la grande distribution en Finlande, 154/61/2007.

288. Décision de la Commission du 15 octobre 2008 précitée, § 270.

lorsqu'il s'agit d'informations passées, des échanges d'informations sporadiques, sans caractère systématique et très espacés dans le temps sont peu susceptibles de constituer un mécanisme de surveillance d'une pratique collusive. Dans la décision Téléphonie mobile, le Conseil a sanctionné les opérateurs pour des échanges d'informations systématiques, avec une périodicité mensuelle : « *Sur un marché sur lequel les offres et changements tarifaires se succédaient à un rythme rapide, l'évaluation des résultats des opérateurs selon une périodicité très rapprochée était de nature à réduire significativement l'incertitude sur le comportement des concurrents.* »²⁸⁹

Un dernier élément à prendre en compte concerne les éventuelles restrictions à l'accès aux informations échangées. Les entreprises qui diffusent des informations sur leur propre comportement ont généralement accès, en retour, aux données transmises par les autres participants. La question de l'accès d'autres entreprises du marché ou d'entrants potentiels à ces données pourrait donc se poser. En principe, toutefois, des échanges d'informations entre concurrents excluant des opérateurs importants sur le marché sont peu susceptibles de relever d'une stratégie collusive : en effet, il est impossible de maintenir un équilibre supraconcurrentiel si des entreprises non participantes à l'échange peuvent baisser leur prix sans être repérées. Dans l'affaire Pâte de bois, la Cour de justice a jugé incompatible avec l'hypothèse d'un comportement collusif l'existence d'entreprises ne prenant pas part à l'échange d'informations et ayant une part de marché proche de 40 %²⁹⁰. Cependant, la restriction de l'accès des tiers aux informations échangées peut présenter un risque pour la concurrence lorsque ces informations sont suffisamment cruciales pour donner un avantage concurrentiel substantiel à ceux qui les détiennent ; une telle restriction peut alors constituer une barrière à l'entrée. Ainsi, dans l'arrêt Asnef-Equifax, l'échange d'informations sur la solvabilité des emprunteurs a été considéré comme proconcurrentiel, à la condition que les modalités d'accès et d'utilisation pour les établissements financiers ne soient pas discriminatoires.

L'accès des consommateurs aux informations est un argument en faveur du caractère proconcurrentiel de l'échange, à condition toutefois que ces informations soient réellement pertinentes pour les consommateurs et leur permettent de comparer les offres des vendeurs, incitant ainsi ces derniers à se faire une concurrence plus intense. En effet, des concurrents peuvent choisir de s'échanger des informations stratégiques publiquement²⁹¹ pour éviter de mettre en place un système d'échanges confidentiels, plus suspect ou simplement plus coûteux, sans que les informations disponibles ne présentent nécessairement d'intérêt pour les consommateurs. À l'inverse, un système d'échanges d'informations sur les prix futurs *a priori* suspect, comme dans l'affaire Pâte de bois, peut se révéler proconcurrentiel lorsque ces informations font l'objet d'annonces publiques et que les consom-

289. Décision 05-D-65 précitée, § 263.

290. CJCE, 31 mars 1993, précité, § 116.

291. Ainsi, l'autorité de concurrence italienne, dans une affaire d'entente sur le prix du lait pour bébé (AGCM, 12 octobre 2005, *Prezzi del latte per l'infanzia*, 1623), a considéré que la diffusion très large d'informations sur les prix de détail par Internet avait constitué un instrument important permettant aux fournisseurs de surveiller mutuellement leur conduite afin de soutenir la stratégie de collusion visant des prix élevés. Cf. le Rapport sur la politique de concurrence 2005, p. 35.

mateurs sont demandeurs de données prévisionnelles fiables sur le coût de leurs achats futurs. L'appréciation des échanges d'informations portant sur des intentions futures pourra donc différer selon qu'il s'agit de discussions privées entre concurrents ou au contraire de communications publiques présentant un intérêt réel pour des tierces parties (consommateurs ou investisseurs).

Les actions menées pour préserver ou restaurer la concurrence

Tout en soulignant les risques pour la concurrence que comportent certains types d'échanges d'informations, les autorités de concurrence, au niveau européen comme au niveau national, reconnaissent les effets positifs que peuvent avoir les communications entre entreprises. Il convient donc de trouver l'équilibre optimal en limitant ces communications à ce qui est nécessaire pour obtenir les gains d'efficacité visés sans qu'elles puissent nuire à l'intensité concurrentielle. La Commission européenne a donc émis, dans différents textes, des recommandations pour permettre aux entreprises d'évaluer elles-mêmes l'impact concurrentiel de leurs échanges et, le cas échéant, d'en rectifier les modalités. D'autres autorités nationales de concurrence se sont aussi intéressées au sujet. Ce travail de prévention permet d'éviter la mise en œuvre d'échanges d'informations à caractère anticoncurrentiel. Lorsque de tels échanges sont toutefois identifiés, des mesures correctives peuvent être mises en œuvre. Si les communications en cause peuvent avoir des effets bénéfiques, il suffit de modifier certaines de leurs caractéristiques, telles que la fréquence des échanges ou le degré d'agrégation des données. En revanche, lorsque les échanges ont un caractère clairement anticoncurrentiel, il convient d'appliquer des mesures comportementales ou structurelles permettant de limiter ou d'empêcher la transmission des informations concernées. De tels remèdes peuvent être utilisés *ex post*, à la suite de la découverte d'une infraction, mais aussi *ex ante*, par exemple dans le cadre d'une opération de concentration, pour éviter les risques ultérieurs de transmission d'informations. Enfin, lorsque c'est au contraire le refus de transmettre des informations indispensables à ses concurrents qui constitue une infraction, l'entreprise détenant ces informations peut se voir imposer de les mettre à la disposition de tous les opérateurs concernés, selon un mode non discriminatoire.

Aider les entreprises à identifier les risques concurrentiels liés aux échanges d'informations

Comme l'a montré l'analyse détaillée dans les sections précédentes, l'appréciation des effets anticoncurrentiels d'un échange d'informations est complexe et ne peut pas se résumer à l'application mécanique de quelques grands principes : il est indispensable de prendre en compte, de façon combinée, le contexte du marché, la nature des données échangées et les modalités de l'échange, les critères pertinents pour la qualification de la pratique pouvant différer selon les cas. Pour permettre aux entreprises de déterminer si un système d'échange d'informations est susceptible ou non d'enfreindre les règles de concurrence, des critères d'évaluation

ont été précisés dans différents textes, relatifs à des secteurs spécifiques, mais qui rappellent la méthode générale d'analyse des échanges d'informations.

C'est le cas, notamment, des lignes directrices sur le transport maritime, lesquelles rappellent incidemment que le droit de la concurrence est, par nature, un domaine changeant, la législation devant s'adapter aux évolutions du marché. En matière de services de transport maritime de ligne, le règlement n° 4056/86 conférait une exemption aux « *conférences maritimes* » qui fixaient les prix et coordonnaient les capacités de transport de marchandises par conteneur, considérant que ces restrictions avaient un effet stabilisateur, garantissaient des services fiables pour les expéditeurs et que ce résultat ne pouvait être obtenu sans une fixation commune des prix et une régulation des capacités. Lors du processus d'examen du règlement, la Commission européenne a jugé que les conditions du marché avaient évolué et ne justifiaient plus une telle coordination. L'exemption a donc été abrogée le 18 octobre 2008. La Commission européenne a, par la suite, publié des lignes directrices sur l'application de l'article 101 du traité au secteur maritime, pour clarifier les règles en matière d'échange d'informations et d'associations professionnelles dans ce secteur. Ces lignes directrices visent à aider les opérateurs de transport maritime à auto-évaluer leur comportement pour déterminer si leurs pratiques d'échanges d'informations relèvent de l'article 101, paragraphe 1 du traité, et si elles peuvent bénéficier, du fait des gains d'efficacité engendrés, d'une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, dans le cadre du régime d'exemption instauré par le règlement n° 1/2003. Ces lignes directrices, qui ne s'appliquent pas aux échanges d'informations dont l'objet est anticoncurrentiel, donnent des indications sur les effets potentiels des échanges, en rappelant la jurisprudence européenne en la matière. Si certains points sont spécifiques au secteur concerné, l'analyse a une portée générale. Le texte insiste ainsi sur la nécessité d'une approche au cas par cas et énumère les critères d'évaluation des échanges d'informations ne constituant pas des restrictions par objet. Ces critères sont regroupés en deux catégories : ceux liés à la structure du marché (degré de concentration, structure de l'offre et de la demande) et ceux relatifs aux caractéristiques de l'échange d'informations (type de données échangées, caractère public, degré d'agrégation et ancienneté des données, fréquence des échanges, diffusion auprès des consommateurs).

Dans l'industrie de la chimie, l'évolution de la législation relative à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, avec l'entrée en vigueur du règlement REACH²⁹², va nécessiter d'importants échanges de données entre les entreprises du secteur. Ces données sont essentiellement d'ordre technique ou scientifique et le règlement précise que les entreprises doivent s'abstenir « *d'échanger des informations concernant leur comportement commercial, en particulier en ce qui concerne les capacités de production, les volumes de production ou de ventes, les volumes importés et les parts de marché* »²⁹³. Néanmoins, le texte prévoit que les exigences

292. Règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006 (REACH).

293. Précité, article 25.2.

en termes d'informations sur chaque substance soient modulées en fonction des quantités produites ou importées, quantités qui « *donnent une indication du risque d'exposition de l'être humain et de l'environnement à ces substances, et devraient faire l'objet d'une description détaillée* »²⁹⁴. De ce fait, les entreprises peuvent être amenées à s'échanger des données de nature stratégique, telles que les volumes des ventes. La Commission européenne a jugé nécessaire, dans ce contexte, de fournir à l'industrie des éléments d'orientation spécifiques au droit de la concurrence en ce qui concerne l'échange de données²⁹⁵. Ces orientations prennent la forme de règles pratiques qui aident les entreprises à éviter toute violation du droit de la concurrence. Il est notamment recommandé de réduire au minimum la fréquence des échanges d'informations, d'utiliser si possible des fourchettes de quantités plutôt que les chiffres exacts des volumes de ventes de chaque entreprise et d'avoir recours à un tiers indépendant pour assurer l'anonymat des données individuelles.

Modifier les caractéristiques des échanges d'informations

Certaines entreprises, notamment lorsqu'elles avaient été précédemment sanctionnées pour des pratiques prohibées impliquant des échanges d'informations, ont pris contact avec la Commission européenne pour s'assurer de la conformité de leurs pratiques d'échanges d'informations avec les règles de la concurrence. À l'époque où les accords relevant de l'article 81 du traité CE faisaient l'objet de notifications préalables obligatoires, la Commission européenne a ainsi émis un certain nombre d'attestations négatives après avoir obtenu des modifications qui garantissaient que les pratiques n'auraient pas d'effets anticoncurrentiels. Si les échanges d'informations qui n'ont pas un objet anticoncurrentiel n'ont pas lieu d'être prohibés *a priori*, il convient de les limiter à ce qui est indispensable pour obtenir les gains d'efficacité visés. Comme l'a précisé le Conseil de la concurrence, « *les échanges d'informations ne doivent pas permettre aux concurrents d'identifier des positions individuelles sur le marché concerné, que ce soit par le biais de la taille de l'échantillon retenu, la périodicité d'établissement des informations [...], leur ancienneté, ou la ventilation par catégorie des consommateurs ou des fournisseurs de services* »²⁹⁶. Les échanges d'informations devront donc être modifiés s'ils ne satisfont pas à ces critères.

Dans l'affaire des Tracteurs du Royaume-Uni, après avoir condamné les fabricants de tracteurs pour avoir mis en place un système anticoncurrentiel d'échange d'informations détaillées, la Commission européenne, constatant que dans le même secteur, des systèmes similaires existaient dans de nombreux États membres, a déterminé une série de principes à respecter²⁹⁷. Premièrement, des données individuelles ne peuvent être échangées que si elles datent au moins d'un an. Deuxièmement, les échanges de données agrégées de marché, dont l'ancienneté peut être inférieure

294. Précité, § 34.

295. *Guidance on pre-registration and data sharing*, septembre 2007, European Chemicals Agency, en coopération avec la Commission européenne.

296. Avis du 19 juin 2001 relatif à une demande d'avis de l'Union fédérale des consommateurs sur les conditions d'une concertation entre les associations de consommateurs et la profession bancaire (01-A-13).

297. XXIX^e rapport sur la politique de concurrence, 1999, Commission européenne, p. 175.

à douze mois, sont permis si les données proviennent d'au moins trois vendeurs appartenant à des groupes industriels ou financiers différents. Lorsque le nombre de vendeurs est inférieur, l'échange n'est permis que si le nombre échangé concerne au moins 10 unités (critère spécifique aux tracteurs et aux machines agricoles). L'association professionnelle des constructeurs de machines agricoles et les principaux constructeurs se sont engagés à respecter ces principes dans leurs futurs échanges d'informations.

Après avoir été sanctionnés pour leur participation à un cartel reposant notamment sur des échanges d'informations, les membres de l'association professionnelle de fabricants européens de carton CEPI-Cartonboard ont entamé des discussions avec la Commission européenne en vue d'obtenir une attestation négative pour un accord d'échange d'informations statistiques sur les ventes passées, les capacités et les entrées de commandes²⁹⁸. La Commission européenne a exigé que les parties modifient l'accord initial, afin que l'identification des données individuelles soit réellement impossible (agrégation sur un minimum de trois entreprises), que la périodicité des échanges soit réduite (toutes les deux semaines au lieu d'un rythme hebdomadaire, pour les statistiques sur les entrées de commandes) et que les données soient « *historiques* » (au minimum, moyenne sur les quatre dernières semaines). Dans la nouvelle version de l'accord, les données relativement désagrégées selon l'un des critères (par exemple, ventilées par pays) sont agrégées selon d'autres critères (agrégation temporelle ou par type de produits), de façon à ce que cet échange d'informations ne puisse pas être utilisé pour faciliter la coordination des politiques commerciales des fabricants.

Plus récemment, dans plusieurs pays nordiques, les autorités de concurrence, préoccupées par des pratiques d'échanges d'informations très détaillées dans le secteur de la grande distribution au moyen de bases de données, ont obtenu des engagements substantiels de la part des entreprises concernées. En Finlande comme en Norvège, où le marché de la grande distribution est très concentré, les entreprises avaient accès à des données précises et sensibles sur leurs concurrents, grâce aux données de scanner individualisées, collectées et revendues par des prestataires externes. Les informations échangées étaient très détaillées (volumes et valeur des ventes, prix et parts de marché, ventilées selon les cas par groupe de produits, producteur ou région), récentes (portant souvent sur la semaine passée) et couvraient des magasins situés sur tout le territoire de l'État concerné. L'autorité de concurrence finlandaise a adopté une décision déclarant ce système d'échange d'informations contraire à l'article 101 du traité et son équivalent en droit national, sans toutefois infliger de sanctions, du fait de l'attitude coopérative des distributeurs mis en cause, qui ont notamment cessé de recevoir ces données²⁹⁹. L'autorité de concurrence norvégienne a expliqué aux entreprises les raisons de

²⁹⁸. Communication faite conformément à l'article 19 (3) du règlement n° 17 du Conseil concernant une demande d'attestation négative ou d'exemption au titre de l'article 85 (3) du traité CE, 19 octobre 1996, aff. IV/34 936/E1 – CEPI-Cartonboard.

²⁹⁹. Finnish Competition Authority (Kilpailuvirasto), 19 June 2008, aff. 154/61/2007, Ruokakesko Oy, Suomen Osuuskauppojen Keskuskunta, Tradeka.

sa préoccupation, ce qui les a conduites à modifier substantiellement les modalités de l'échange : ainsi, les données de prix sont désormais agrégées sur plusieurs distributeurs, le nombre de produits concernés a été très fortement restreint et la fréquence des échanges a été réduite³⁰⁰.

Limiter la transmission d'informations

Lorsque les échanges d'informations ne sont pas susceptibles de générer des gains d'efficacité de nature à contrebalancer leurs possibles effets anticoncurrentiels, il convient d'empêcher ou de limiter autant que possible de tels échanges. En particulier, dans le cadre d'appels d'offres, il est impératif que les entreprises ne se communiquent pas les détails des offres qu'elles s'approprient à déposer, car dans un tel contexte, seul le maintien de l'incertitude sur le montant des offres proposées par les concurrents est de nature à garantir l'obtention du juste prix³⁰¹. Dans des affaires où des entreprises s'étaient concertées préalablement à la soumission de leurs offres (par exemple, dans l'affaire du déménagement national ou international ou dans celle de la location-entretien du linge, auxquelles il est fait référence *infra*), le Conseil de la concurrence a pu accepter des engagements visant à empêcher qu'un tel comportement ne se reproduise à l'avenir, ce qui a permis aux entreprises de bénéficier d'une réduction de sanction.

Les engagements proposés pour limiter les échanges d'informations anticoncurrentiels sont souvent inspirés des « *programmes de conformité* » visant à un respect global des règles de la concurrence. Ces programmes incluent notamment des mesures de formation et de sensibilisation du personnel, de contrôle (traçabilité des processus impliquant des contacts avec les concurrents, audits internes ou externes, rapport transmis à l'autorité de concurrence), ainsi que des mesures d'incitation ou de sanction (critères de conformité aux règles de concurrence dans les objectifs de performance, clause dans le contrat de travail prévoyant la possibilité de licenciement en cas de participation à une entente anticoncurrentielle). Si les programmes de sensibilisation du personnel aux règles de la concurrence sont utiles, ils ne sont pas considérés à eux seuls comme suffisants pour « *apporter des améliorations substantielles et vérifiables au fonctionnement concurrentiel des marchés affectés par les pratiques* »³⁰². En revanche, dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge, un engagement à ne pas participer à des réunions avec des concurrents sauf en cas de nécessité technique, à ne pas évoquer les prix au cours de ces réunions et à rédiger un compte rendu des réunions avec les clients mentionnant l'objet et les participants, soumis à procédure interne de contrôle, a été considéré comme substantiel, car de telles réunions ne pourraient plus servir de prétexte à des discussions anticoncurrentielles.

300. Cf. le communiqué de presse de l'autorité de concurrence norvégienne disponible à l'adresse <http://www.konkurransetilsynet.no/en/news/archive/Ceasedetailed-information-exchange-among-grocery-chains/>.

301. CA Paris, 3 juillet 2008, Travaux publics dans la région Île-de-France.

302. Décision du 18 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement national et international (07-D-48).

tielles³⁰³. Les entreprises avaient également décidé de mettre en place un système d'alerte professionnelle (*whistleblowing*), permettant aux salariés de signaler à un médiateur, sous couvert de confidentialité, toute infraction supposée au droit de la concurrence. Le Conseil a considéré que les engagements comportementaux et les dispositifs de formation et d'alerte se renforçaient mutuellement, car désormais, les rencontres entre concurrents hors de la présence du client pourraient constituer des preuves directes de concertation et la tentation de poursuivre les échanges anticoncurrentiels serait limitée par les systèmes d'alerte.

En matière d'opérations de concentration ou d'accords de coopération, des engagements peuvent également être proposés pour minimiser les risques d'échanges d'informations anticoncurrentiels liés à l'opération envisagée. Si la coopération entre opérateurs concurrents peut être bénéfique lorsqu'elle leur permet de partager leur savoir-faire, de réaliser des économies de coûts et de lancer des projets qu'ils n'auraient pas pu mener à bien séparément, les échanges d'informations ne doivent pas aller au-delà de ce qui est indispensable à la réalisation du projet commun. L'accord de coopération entre General Electric et Pratt & Whitney créant une entreprise commune (Engine Alliance) pour développer et commercialiser un nouveau moteur d'avion a ainsi bénéficié d'une exemption assortie de la condition que la coopération soit strictement limitée à un moteur déterminé, que les entreprises parentes ne puissent pas divulguer à Engine Alliance ou se communiquer les conditions de leurs offres respectives, et qu'elles adoptent des mesures de confidentialité pour empêcher l'échange d'informations sensibles au regard de la concurrence sur leurs offres de moteurs respectives³⁰⁴.

Pour faire face aux risques de coordination des fondateurs d'une entreprise commune, des mesures organisationnelles peuvent être employées. Lorsque Areva et Urenco ont constitué une entreprise commune de plein exercice pour la construction d'équipements de centrifugation, alors qu'elles restaient concurrentes sur le marché aval de l'enrichissement de l'uranium, la Commission européenne a émis des doutes sérieux sur l'impact concurrentiel de l'opération, craignant notamment qu'elle ne facilite la coordination tacite sur les capacités d'enrichissement. Bien que des pare-feu formels aient été proposés initialement, il s'avérait difficile de contrôler les échanges informels d'informations dès lors que, du fait de la structure d'organisation envisagée, des informations sensibles seraient nécessairement communiquées à des personnes entretenant des liens étroits avec les sociétés mères. Les parties ont alors pris les engagements suivants : les administrateurs de l'entreprise commune n'auront pas de responsabilités commerciales dans les sociétés mères, ils ne recevront d'informations commercialement sensibles que dans la mesure où elles sont indispensables à l'exercice de leurs fonctions et ils ne pourront pas les communiquer aux sociétés mères. Quant aux cadres dirigeants de l'entreprise commune, ils ne seront pas non plus autorisés à transmettre de telles informations

³⁰³. Décision du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge (07-D-21).

³⁰⁴. Décision de la Commission du 14 septembre 1999 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE, aff. IV/36213/F2, General Electric/Pratt & Whitney.

aux sociétés mères, sous peine de sanctions. La Commission européenne a accepté ces engagements, considérant que ces mécanismes de pare-feu empêcheraient les parties de s'échanger, *via* l'entreprise commune, des informations sur leur comportement concurrentiel ultérieur sur le marché de l'enrichissement.

Pour éviter la diffusion d'informations sensibles sur les concurrents, des mesures encore plus concrètes, telles que la modification des produits, peuvent parfois être mises en œuvre. Dans le cadre de l'opération de concentration Boeing-Jeppesen, la Commission européenne a constaté que certains outils commercialisés par Jeppesen présentaient l'avantage de conserver les données concernant les caractéristiques des aéronefs sur le serveur informatique de la compagnie aérienne cliente, ce qui limitait le volume de données confidentielles traitées par Jeppesen. Pour minimiser les risques de transmission d'informations confidentielles provenant d'Airbus ou d'autres de ses clients par Jeppesen vers Boeing, la Commission européenne a donc enjoint à Jeppesen de distribuer ces produits, ou leurs équivalents présents ou futurs, sans discrimination, à tout client qui en ferait la demande³⁰⁵. De même, dans l'affaire Travail temporaire³⁰⁶, Vedio commercialisait un outil de gestion de main-d'œuvre pour les clients ayant recours à différentes entreprises de travail temporaire, ce qui engendrait un risque que, lors d'opérations de maintenance, des informations commercialement sensibles sur les concurrents soient transmises à Vedio. Ce dernier s'est alors engagé à retirer cet outil de la vente pour le remplacer par un outil ne nécessitant aucune intervention chez le client. En outre, la commercialisation et la gestion de ce nouvel outil seront confiées à une filiale spécifique.

Enfin, les mesures correctives peuvent viser à empêcher la transmission d'informations privilégiées sur les consommateurs à une entreprise lorsque cela lui donne un avantage discriminatoire par rapport à ses concurrents. Lors de l'opération de concentration EDF-Dalkia, EDF s'est ainsi engagée à ne pas transmettre à Dalkia (entreprise spécialisée dans les services énergétiques) les informations commercialement sensibles sur sa clientèle française, détenues du fait de sa position d'opérateur historique dominant sur le marché de l'électricité³⁰⁷. Dans l'affaire Solaire Direct³⁰⁸, EDF avait proposé des engagements limitant le type d'informations sur les consommateurs régulés qui pourraient être transmises à sa filiale EDF-ENR par sa plate-forme 3929 et prévoyant le développement futur de canaux commerciaux propres à EDF-ENR. Le Conseil de la concurrence a jugé ces engagements insuffisants, dans la mesure où les téléconseillers du 3929 continueraient à collecter et à transmettre à EDF-ENR des informations sur les appelants, lui donnant ainsi accès à des données non reproductibles par ses concurrents. Par ailleurs, il a jugé excessif le délai de mise en place de canaux commerciaux spécifiques. Le Conseil a donc prononcé des mesures conservatoires enjoignant à

305. Arrêté du 4 juillet 2001 précité, article 4.

306. Décision du 2 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire (09-D-05).

307. Lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en date du 12 décembre 2000 aux conseils des sociétés Vivendi Environnement et EDF relative à une concentration dans le secteur des services liés à la production d'électricité, *BOCCRF* 02 du 23 février 2001.

308. Décision 09-MC-01, précitée.

EDF de ne plus mettre à la disposition d'EDF-ENR d'informations dont EDF dispose du fait de ses activités de fournisseur de services d'électricité aux tarifs réglementés, et de mettre fin à toute communication, à EDF-ENR, d'informations recueillies par le 3929.

Imposer un accès non discriminatoire aux informations

Lorsque des informations détenues par une entreprise se révèlent indispensables à l'activité d'opérateurs présents sur un marché connexe et notamment lorsque leur détenteur transmet ces informations à une filiale active sur ce marché, lui accordant ainsi un avantage indu par rapport à ses concurrents, il peut être nécessaire d'imposer un accès non discriminatoire aux informations concernées.

Dans le contexte de l'ouverture à la concurrence du marché des services de renseignements téléphoniques, la société Le Numéro a dénoncé des pratiques qu'elle estimait discriminatoires de la part des sociétés du groupe France Télécom, notamment de la société Pages Jaunes³⁰⁹. Elle estimait que la liste d'abonnés que lui fournissait l'opérateur historique (« base L 34 ») dans le cadre du service d'accès aux données annuaires était moins complète que celle utilisée au sein du groupe France Télécom et présentait de nombreuses erreurs et omissions par rapport aux renseignements fournis par le « 12 ». France Télécom s'est engagée à mettre à la disposition des éditeurs de services de renseignements l'ensemble des champs qu'elle collecte auprès de ses abonnés, ensemble qui devrait être très proche de la « base L 34 » dans sa forme nouvelle préparée par l'ARCEP. Le Conseil de la concurrence a accepté ces engagements, considérant qu'ils rétablissaient l'égalité de traitement des éditeurs pour l'accès aux informations collectées par France Télécom sur ses abonnés et aux informations dénominatives supplémentaires utilisées par Pages Jaunes pour la fourniture de son service de renseignements.

Dans l'affaire Wanadoo ADSL relative au marché de l'accès à haut débit à Internet³¹⁰, les concurrents de Wanadoo se sont plaints d'une discrimination dans l'accès aux données relatives à l'éligibilité des lignes à l'ADSL, données détenues exclusivement par France Télécom en sa qualité de propriétaire et d'exploitant des infrastructures de boucle locale. Les fournisseurs d'accès à Internet alternatifs avaient accès à des informations moins actualisées et moins précises que celles dont disposaient les agents commerciaux de France Télécom pour la commercialisation des packs Wanadoo, qui leur permettaient de vérifier immédiatement si la ligne d'un client pouvait être raccordée à l'ADSL. Le Conseil de la concurrence, avant de sanctionner France Télécom pour abus de position dominante dans sa décision au fond, a prononcé des mesures conservatoires lui enjoignant de mettre à la disposition de tous les fournisseurs d'accès à Internet un serveur Extranet leur permettant d'accéder aux mêmes informations que celles dont dispose Wanadoo³¹¹.

309. 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 (06-D-20).

310. Décision 07-D-33, précitée.

311. Décision du 27 février 2002, relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société T-Online France (02-MC-03).

Enfin, les autorités de concurrence ont été confrontées, dans le secteur de la réparation automobile, à des cas de discrimination entre réparateurs agréés et réparateurs indépendants dans l'accès aux informations techniques nécessaires à la réparation des véhicules. Saisi à propos de ce type de pratiques, le Conseil de la concurrence a pris une décision rendant obligatoires les engagements pris par Citroën concernant la fourniture d'informations et outils techniques relatifs à la réparation des véhicules de sa marque. Au niveau européen, la Commission européenne a conduit des procédures voisines concernant DaimlerChrysler, Toyota, Fiat et General Motors qui ont abouti, également par la voie d'engagements, à des solutions en substance similaires. Le règlement relatif aux émissions des véhicules et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules, qui s'applique depuis le 3 janvier 2009, impose désormais aux constructeurs automobiles l'obligation de fournir aux opérateurs indépendants un accès normalisé et sans restrictions aux informations techniques concernant la réparation de leurs véhicules³¹².

Conclusion

Les échanges d'informations entre entreprises peuvent générer des gains d'efficacité, par exemple en améliorant l'adéquation de l'offre à la demande ou en permettant aux entreprises d'évaluer leur propre performance par rapport au marché. Cependant, ils présentent parfois aussi des risques pour le jeu concurrentiel, car ils peuvent être un moyen de soutenir un équilibre collusif. En outre, certains échanges d'informations – et dans des circonstances particulières, le refus d'échanger des informations – peuvent constituer un abus de position dominante.

Pour évaluer l'impact d'un échange d'informations, l'Autorité de la concurrence comme la Commission européenne adoptent une approche « graduée », différenciant les échanges d'informations anticoncurrentiels par objet de ceux nécessitant un examen plus détaillé de leurs effets pour être qualifiés. La communication de données futures est ainsi particulièrement susceptible d'être jugée restrictive de concurrence par objet, surtout si ces données ne sont transmises qu'aux concurrents. Pour autant, conformément à la jurisprudence européenne, le contexte concret dans lequel ces pratiques s'insèrent est pris en compte. Cette approche se différencie donc profondément d'une condamnation *per se*, qui n'existe ni en droit européen ni en droit national et n'a, par conséquent, jamais été suivie par l'Autorité de la concurrence. Lorsqu'il n'apparaît pas que l'objet d'un échange d'informations soit anticoncurrentiel, l'Autorité de la concurrence évalue ses effets. Dans son analyse, elle combine une série de critères, relatifs au contexte du marché, à la nature des informations échangées et aux modalités de l'échange.

Pour préserver les échanges d'informations légitimes tout en limitant les risques pour le jeu concurrentiel, l'Autorité de la concurrence peut être amenée à entreprendre des actions préventives, par exemple dans le cadre du contrôle des concentrations

³¹². Règlement (CE) n° 715/2007 du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules.

ou encore des actions correctives permettant de rétablir une concurrence saine et d'éviter la répétition de pratiques prohibées. Elle peut ainsi prononcer des injonctions ou accepter des engagements visant, selon le contexte, à modifier les caractéristiques d'un échange d'informations, à empêcher la transmission d'informations, ou encore à l'imposer sur un mode non discriminatoire.

Depuis l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003, les entreprises doivent évaluer elles-mêmes si les accords d'échanges d'informations qu'elles envisagent de mettre en œuvre sont conformes ou non au droit de la concurrence. La distinction entre les échanges d'informations légitimes et ceux susceptibles de restreindre la concurrence peut paraître difficile à opérer, compte tenu de la multiplicité des facteurs à prendre en compte. Pour cette raison, l'Autorité de la concurrence s'efforce toujours, dans ses décisions ou dans ses avis, d'exposer clairement et de façon détaillée les critères qui fondent son analyse et de développer les raisonnements économiques justifiant ses conclusions. De la même façon, cette étude doit contribuer à une meilleure compréhension de la pratique décisionnelle de l'Autorité et de la jurisprudence européenne.