

## **Compte-rendu du séminaire Philippe Nasse du jeudi 7 juillet 2011 : « Les échanges d'informations »**

Créé à la fin des années 1980 au sein de la Direction de la Prévision, le séminaire Philippe Nasse s'est d'abord appelé « séminaire d'économie industrielle » puis « séminaire Concurrence ». Il est, depuis quelques années, co-organisé par la DGTresor et l'Autorité de la concurrence, d'abord sous le nom de séminaire « DGTPE-Concurrence » et enfin depuis janvier 2009 sous le nom actuel de « séminaire Philippe Nasse ». Le principe consiste à présenter et à confronter les points de vue d'un économiste et d'un juriste sur un sujet d'intérêt commun ayant trait aux questions de concurrence. De fait, le juge fait de plus en plus appel à l'économiste pour caractériser les atteintes à la concurrence et essayer d'en quantifier les effets, tandis que l'économiste doit prendre en compte un droit et une jurisprudence en plein développement dans son analyse du fonctionnement des marchés. Les séances réunissent donc un économiste et un juriste qui, après une présentation générale, confrontent leurs avis sur un cas pratique (décision de justice, avis d'une autorité...).

Lors du dernier séminaire, organisé le 7 juillet 2011, **Pascal Wilhelm** (avocat associé du cabinet *Wilhelm & Associés*) et **Philippe Choné** (professeur d'économie à l'ENSAE) ont débattu autour du thème « les échanges d'informations ». La séance a été animée par **Anne Perrot**, Vice-présidente de l'Autorité de la concurrence.

### **INTRODUCTION D'ANNE PERROT, VICE-PRESIDENTE DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE**

Les échanges d'informations constituent à la fois un sujet très intéressant et très difficile. L'Autorité de la concurrence vient récemment d'obtenir gain de cause dans la longue affaire de la téléphonie mobile. Dans ce dossier, la première décision du Conseil de la concurrence datait de 2005. Il s'agit d'une affaire dans laquelle les trois opérateurs mobiles français avaient dans un premier temps échangé des informations stratégiques sans toutefois avoir défini une ligne de conduite commune, cette première phrase était le prélude à la mise en place d'un comportement collusif. Le Conseil de la concurrence avait jugé bon de dissocier les sanctions prononcées d'une part pour le pur échange d'informations et d'autre part pour la phase d'entente. A la suite d'une série d'allers et retours entre la cour d'appel et la Cour de cassation, l'affaire vient de se clore par un arrêt de la cour d'appel. La Cour de cassation avait reproché à la cour d'appel de ne pas avoir démontré de manière concrète en quoi de purs échanges d'informations pouvaient réduire l'autonomie commerciale des sociétés concernées et en quoi ce processus en lui seul, c'est-à-dire décollé de la phase d'entente, pouvait avoir un impact anticoncurrentiel. Dans l'arrêt qui vient d'être rendu par la cour d'appel sur le renvoi de la Cour de cassation, les magistrats de la cour d'appel démontent le mécanisme par lequel dans un marché de services différenciés avec concurrence en prix et effets de réseaux, représentatif du secteur des mobiles, des échanges d'informations portant sur les quantités notamment réduisent l'incertitude et conduisent à des décisions des entreprises défavorables aux consommateurs.

**Suivant la nature des informations échangées et suivant la façon dont ces données sont utilisées par les entreprises, les échanges d'informations peuvent avoir des conséquences très différentes sur le processus concurrentiel.** Des échanges sur les prix préalables à un appel d'offres peuvent s'apparenter à une entente ; à l'autre extrémité du spectre, des échanges d'informations à caractère *a priori* légèrement moins stratégiques tels

que des projets d'investissement ou des niveaux de capacité sont beaucoup plus difficiles à appréhender. **Dans tous les cas, les échanges d'informations ont pour effet de réduire l'incertitude pour les entreprises.** Dans un monde qui présente de l'incertitude ou des asymétries d'informations, chaque société prend ses décisions (de prix, de quantités, d'installations de capacités, de lancements de nouveaux produits) en fonction des informations dont elle dispose. Les échanges d'informations vont donc modifier les décisions prises et tout l'enjeu consiste à savoir si les décisions sont modifiées dans un sens proconcurrentiel ou au contraire anticoncurrentiel. Cela dépend du contexte et du marché concerné. **De manière générale, la mise en place d'échanges d'informations sur les variables stratégiques rend plus facile d'une part le suivi d'une ligne d'action commune entre les concurrents, de manière tacite ou non, et d'autre part la détection des éventuelles déviations.** Dans certains cas toutefois, les échanges d'informations peuvent être proconcurrentiels dans la mesure où ils améliorent l'efficacité du marché. Savoir si un échange d'informations est plutôt pro- ou anticoncurrentiel demande une analyse fine du marché concerné et de la nature des échanges. S'agit-il d'un marché oligopolistique ? La demande y est-elle volatile ? Les informations échangées sont-elles agrégées ou au contraire fines ? S'agit-il de données concernant le passé, le présent, le futur proche ?

#### **EXPOSE DE PHILIPPE CHONE (PROFESSEUR D'ECONOMIE A L'ENSAE)**

Le terme de cartel est souvent employé pour désigner les échanges d'informations. **Il existe toutefois un continuum de pratiques anticoncurrentielles et les échanges d'informations doivent être distingués des cas extrêmes de cartels dits « *hard-core* ».** De tels cartels définissent très clairement des objectifs communs et mettent en place une organisation des plus sophistiquées pour atteindre ces objectifs : en particulier, ils définissent ce que l'on appelle des codes pénaux afin de pouvoir sanctionner les éventuelles déviations par rapport à la ligne de conduite définie en commun, ainsi que des codes interprétatifs pour éviter les malentendus entre les firmes.

**1. L'analyse économique montre que l'incertitude stratégique peut être proconcurrentielle. Toutefois, les développements récents de la littérature économique ne démontrent pas le caractère nécessaire de l'échange d'information pour soutenir une collusion.**

Il n'existe pas nécessairement de point focal naturel, c'est-à-dire de prix d'équilibre vers lequel les entreprises convergent naturellement. Lorsqu'un tel point focal n'existe pas, la recherche du prix d'équilibre peut s'avérer coûteuse pour les entreprises. En effet, une entreprise qui déciderait unilatéralement d'augmenter les prix prend le risque de perdre des parts de marché lors de l'ajustement et à l'inverse, une baisse des prix unilatérale pourrait conduire à une guerre des prix entre les firmes concurrentes.

La communication entre les différentes entreprises présentes sur un marché permet ainsi d'éviter ce tâtonnement coûteux. En particulier, l'annonce d'intention de prix pratiqués dans le futur sans engagement vis-à-vis des consommateurs peut faciliter la coordination. On parle de « *cheap talk* » pour désigner cette forme de communication non contraignante, qui améliore la coordination, notamment lorsqu'il existe des équilibres multiples. De telles annonces privées permettent d'éviter les expérimentations coûteuses pour les entreprises : si une firme annonce une baisse de prix pour les mois qui suivent et qu'elle voit que ses

concurrents ne suivent pas, elle peut renoncer à cette baisse de prix. **L'article<sup>1</sup> de Van Huyck et al. publié en 1990 ("Tacit Coordination Games, Strategic Uncertainty, and Coordination Failure") a fourni une forme de validation expérimentale aux coordinations permises par les communications de type « cheap talk ».** Van Huyck s'est appuyé sur un jeu avec plusieurs équilibres Pareto-ordonnés (avec en particulier un équilibre à prix élevé, certes préféré par les joueurs mais toutefois risqué). L'expérience présentée dans l'article, menée sur un échantillon de 107 étudiants d'une université du Texas (*Texas A&M University*) met en évidence qu'**en l'absence de communication, les joueurs se coordonnent sur un équilibre sous-optimal pour eux (à prix bas) et que le « cheap talk » leur permet de se rapprocher du meilleur équilibre pour eux (équilibre à prix élevés).** Cet article semble donc montrer que **l'incertitude stratégique est proconcurrentielle.** Ce n'est toutefois qu'une expérience menée sur une centaine d'élèves d'une université.

**Le cas *Airline Tariff Publishers* (ATP) correspond à un cas concret de « cheap talk ».** *Airline Tariff Publishers* est une société possédée par les plus grandes compagnies aériennes américaines, son objectif est de relayer auprès des compagnies ainsi que des opérateurs (agences de voyages notamment) les informations sur les prix. Les données transmises contenaient les prix appliqués pour les différentes liaisons, par types de consommateurs et avec les restrictions possibles (remises, conditions d'applications des différents tarifs, dates d'applications des tarifs...). Le *Department of Justice* (DoJ) a estimé que ces échanges d'informations permettaient de coordonner les hausses de prix sans qu'une collusion explicite soit nécessaire. Une compagnie pouvait ainsi annoncer une hausse de prix sur telle ligne avec une mise en vente 30 jours plus tard et mettre en place ou non ce tarif suivant les réactions des concurrents. L'affaire s'est finalement terminée par un accord, dans lequel les compagnies ont accepté d'arrêter ces pratiques. **Ce cas *Airline Tariff Publishers* est un cas d'école et a eu une certaine influence sur la doctrine des autorités de concurrence. En 2001, dans son article intitulé « Fighting collusion by regulating communication between firms »<sup>2</sup>, Kai-Uwe Kühn (actuel chef économiste à la Commission européenne) estime qu'il faut interdire tout échange privé d'informations 'soft', c'est à dire sans engagement vis-à-vis des consommateurs.** C'est en pratique ce que fait la Commission aujourd'hui, elle donne d'ailleurs un exemple proche du cas ATP dans les lignes directrices de 2011<sup>3</sup> (§105, exemple 1 : cf. encadré 1 *infra*).

#### **Encadré 1 : exemple de « cheap talk » donné par la Commission dans des lignes directrices de 2011.**

**Situation:** Un groupement professionnel regroupant des sociétés de transport par autocar du pays X communique uniquement à ses membres des informations individualisées sur les prix futurs envisagés. Ces informations se composent de plusieurs éléments, tels que le tarif envisagé et l'itinéraire concerné par ce tarif, les restrictions susceptibles d'être appliquées à ce tarif, comme, par exemple, la catégorie de consommateurs pouvant en bénéficier, l'exigence éventuelle d'un paiement effectué à l'avance ou d'un séjour d'une durée minimale, la période durant laquelle les billets peuvent être vendus au tarif en question (dates de début et de fin de validité des billets), ainsi que le laps de temps durant lequel les billets vendus à ce tarif peuvent être utilisés (dates de début et de fin du voyage).

<sup>1</sup> Van Huyck, John, Raymond Battalio, and Richard Beil (1990). "Tacit Coordination Games, Strategic Uncertainty, and Coordination Failure.", *American Economic Review*, 80, 234-248.

<sup>2</sup> Kai-Uwe Kühn, "Fighting collusion by regulating communication between firms", 2001, *Economic Policy*, Volume 16, Issue 32, pages 167-204

<sup>3</sup> Communication de la Commission. Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:FR:PDF>

**Analyse:** Cet échange d'informations, qui résulte de la décision d'une association d'entreprises, porte sur les intentions des concurrents en matière de tarification. Il constitue un moyen très efficace de parvenir à une collusion et restreint donc la concurrence par objet. En effet, les entreprises sont libres de revoir à tout instant leurs propres prix envisagés qui ont été annoncés au sein de l'association si elles apprennent que leurs concurrents envisagent de fixer des prix plus élevés. Elles peuvent dès lors atteindre un niveau de prix commun plus élevé sans supporter le coût lié à la perte de parts de marché. Supposons, par exemple, que la société d'autocars A annonce aujourd'hui une augmentation des tarifs pratiqués sur la liaison entre la ville 1 et la ville 2, qui entrera en vigueur le mois suivant. Cette information étant accessible à toutes les autres sociétés d'autocars, la société A peut alors attendre de connaître les réactions de ses concurrents à cette annonce de prix. Si un concurrent présent sur la même liaison, soit la société B, a adapté ses propres prix à cette hausse de prix, la société A ne modifiera pas le prix annoncé, qui deviendra probablement effectif par la suite. Si, toutefois, la société B n'a pas ajusté son prix, la société A pourrait encore revoir ses propres tarifs. L'ajustement se poursuivrait jusqu'à ce que les entreprises arrivent à un niveau de prix plus élevé, qui serait anticoncurrentiel. Cet échange d'informations est peu susceptible de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Il se limite aux seuls concurrents, ce qui signifie que les clients des sociétés d'autocars n'en bénéficient pas directement.

Un deuxième pan de la littérature relative aux échanges d'informations s'intéresse cette fois aux communications de données « réelles » et non aux communications non contraignantes sur des intentions de prix. Dans ces modèles, chaque entreprise possède des informations privées, par exemple sur leurs coûts ou sur la demande qui prévaut sur le marché (cf. exemple *infra*). L'objectif est de savoir si les entreprises vont communiquer ou non leurs informations privées et de déterminer l'impact de ces éventuelles communications sur l'équilibre concurrentiel. Le problème essentiel réside dans la reconstitution de la situation dite contrefactuelle, c'est à dire la situation qui prévaudrait en l'absence de toute communication entre les firmes. Aussi bien en théorie qu'en pratique, la reconstitution du contrefactuel s'avère des plus délicates. **L'article historique en matière de communication d'informations privée sur l'état de la demande qui prévaut sur le marché est celui de Rotemberg et Saloner<sup>4</sup>.** Les auteurs s'intéressent à un marché où la demande est incertaine, c'est-à-dire soumise à des chocs publics. Ils mettent en évidence que les entreprises ont intérêt à dévier, c'est-à-dire à baisser le niveau des prix lorsque la demande est haute afin de récupérer la totalité de la demande. Ainsi, les marges sont contracycliques afin de réduire l'incitation des firmes à dévier. Certains articles plus récents ont étendu le modèle : chaque entreprise possède des signaux privés sur la demande : elles peuvent apprendre que la demande est haute ou basse ou ne rien apprendre. L'article de Heiko Gerlach (IJIO, 2009) s'appuie sur un jeu répété où, à chaque date, les entreprises communiquent ou non ce signal privé à leurs concurrents (en ayant la possibilité de mentir) avant de prendre leur décision sur le prix qu'elles pratiquent (« *pre-pricing* ») et enfin observent le prix pratiqué par les autres et le niveau de la demande. Les résultats de l'article mettent en évidence les aspects suivants :

- **En l'absence de communication, les mensonges sont indétectables et les entreprises qui savent que la demande est haute peuvent agir comme si elles n'étaient pas informées. Cette absence de communication entraîne une guerre des prix.**

- Si les entreprises communiquent et se disent la vérité, les déviations deviennent détectables et il n'y a donc plus de problème de communication. Encore faut-il toutefois qu'elles se disent la vérité (contraintes d'incitation). Les auteurs distinguent finalement trois effets distincts de la communication :

- **Un effet de coordination**, favorable aux firmes et défavorable aux consommateurs,

---

<sup>4</sup> Rotemberg, J. and G. Saloner (1986), A Supergame-theoretic Model of Business Cycle and Price Wars during Booms, *American Economic Review*, 76, pp.390-407

<http://amsacta.cib.unibo.it/806/1/211.pdf>

- **Un effet lié à la suppression des guerres de prix**, favorable aux firmes et défavorable aux consommateurs,
- **Un effet d'ajustement lié à une meilleure adaptation des entreprises à la demande**, effet qui, cette fois, est favorable aux entreprises comme aux consommateurs, le contrefactuel étant dans ce cas non pas une guerre des prix mais une situation de collusion tacite. Cet effet apparaît même pour une demande inélastique.

Enfin, un dernier pan de la littérature économique s'intéresse cette fois aux communications, non plus « *pre-pricing* », mais « *post-pricing* », c'est-à-dire des communications sur des variables stratégiques passées. Kandori et Matsushima (1998)<sup>5</sup> ainsi que Compte (1999)<sup>6</sup> trouvent des équilibres avec révélation volontaire et honnête (les entreprises disent la vérité sur les informations qu'elles transmettent) de l'information privée. Les données transmises sont effectivement utilisées pour soutenir des comportements collusifs. Ces papiers fondent donc l'idée que la communication aide à soutenir la collusion. Toutefois, ces articles ne démontrent pas la nécessité de la communication pour la collusion car ils ne savent pas à quoi ressemble l'espace des équilibres sans communication. Ils ne fondent donc pas une théorie des pratiques dites « facilitatrices » (c'est-à-dire de pratiques qui faciliteraient la mise en place de cartels). La conclusion de l'article de Kandori et Matsushima<sup>7</sup> fait bien apparaître cette limite: « *One thing which we did not show is the necessity of communication [...]. As we explained above, we do not know how the equilibrium set looks when there is no communication. If we could show that full collusion is impossible without communication, we would be able to provide a clear-cut theoretical basis for the antitrust law. Thus the characterization of the set of equilibria without communication is a theoretically challenging and economically important open question.* ». Malgré tout, Kai-Uwe Kühn, en citant cet article, affirme que les échanges de données désagrégées sur les prix ou les quantités révèlent les actions passées : « *The exchange of information about past demand information can provide the necessary public information to establish substantial collusion (see Compte, 1998 and Kandori and Matsushima, 1998). We can therefore conclude that information exchange can have significant collusive potential* ». Ces données sont d'autant plus efficaces pour soutenir une collusion qu'elles sont désagrégées : il s'agit du cas classique des tracteurs anglais.

## **2. Les gains d'efficacité des échanges d'informations**

S'ils peuvent parfois revêtir un objet ou un effet anticoncurrentiel, les échanges d'informations peuvent également entraîner des gains d'efficacité substantiels<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Michihiro Kandori and Hitoshi Matsushima, "Private Observation, Communication and Collusion", *Econometrica*, Vol. 66, No. 3, May, 1998

<http://www.jstor.org/stable/pdfplus/2998577.pdf?acceptTC=true>

<sup>6</sup> Voir également :

Compte, O., "Communication in Repeated Games with Private Monitoring," *Econometrica*, 1998, Vol. 66, p597-626.

<sup>7</sup> Michihiro Kandori and Hitoshi Matsushima, "Private Observation, Communication and Collusion", *Econometrica*, Vol. 66, No. 3, May, 1998

<http://www.jstor.org/stable/pdfplus/2998577.pdf?acceptTC=true>

<sup>8</sup> D'ailleurs, les lignes directrices de la Commission rappellent que de tels gains d'efficacité peuvent être exemptés sous l'angle de l'article 101, §.3 du traité de fonctionnement de l'Union européenne. L'exemption d'un échange d'informations suppose :

- que les gains d'efficacité soient démontrés ;

Un premier de ces gains d'efficacité est **l'ajustement de l'offre à la demande**. Un échange d'informations peut permettre **de réallouer efficacement la production des entreprises vers des marchés où la demande est importante par rapport à l'offre**. Dans ce contexte, un échange d'informations peut permettre une **réduction des coûts inutiles**. Le *RBB Brief 31*<sup>9</sup> donne ainsi en exemple le cas de pêcheurs d'un petit village qui vendraient sur un marché national où les prix fluctuent : des échanges d'informations leur permettraient de ne pas pêcher les jours où les prix sont inférieurs aux coûts.

Un deuxième gain d'efficacité est **la prévision des fluctuations de la demande**. Par exemple, dans le cas de produits périssables, l'échange d'informations peut permettre de vendre à un prix permettant un déstockage rapide et ainsi réduire les coûts logistiques, les surproductions et les surcapacités.

Un troisième gain d'efficacité est **l'amélioration de l'efficacité interne des entreprises**. Un échange d'informations peut en effet permettre à une entreprise de comparer ses résultats à ceux des autres entreprises du secteur. Une fois qu'elle connaît ses points forts et ses points faibles, une entreprise peut alors élaborer des mécanismes d'incitation internes. L'évaluation des performances de l'entreprise ne nécessite en général que des **données agrégées** et non des données permettant d'identifier les performances individuelles de ses concurrents.

Un quatrième gain d'efficacité d'un échange d'informations est susceptible de se réaliser sur **les marchés caractérisés par une asymétrie d'information**. Les secteurs bancaire et de l'assurance sont particulièrement concernés par de tels gains d'efficacité. La transmission d'informations relatives aux comportements antérieurs des clients en termes de défaillance de remboursement d'un crédit ou d'accident de la route incite les consommateurs à limiter leur exposition au risque et permet de diminuer le prix proposé aux consommateurs présentant un faible risque. Par exemple, les compagnies d'assurance automobile s'échangent les informations relatives aux précédents sinistres de leurs assurés. En matière bancaire, la CJCE a envisagé les aspects positifs d'un échange d'informations qui permettait de prévenir les situations de surendettement pour les consommateurs de crédit et d'entraîner une disponibilité plus grande du crédit<sup>10</sup>.

Enfin, un cinquième gain d'efficacité, lié à **l'amélioration de l'information des consommateurs**, peut résulter d'un échange d'informations. D'une part, un échange d'informations sur les parts de marché passées et présentes peut permettre de mettre en avant la qualité d'un produit (par exemple, les meilleures ventes d'un livre ou d'un CD) afin d'aider les consommateurs à faire un choix. D'autre part, un échange d'informations publiques peut également permettre aux consommateurs de faire un choix plus éclairé.

### **3. Echanges d'informations et politique de la concurrence.**

Que doivent démontrer les autorités de concurrence dans des affaires relatives à des échanges d'informations ? Tout dépend du stade de la procédure, il convient de distinguer :

- le stade de la qualification (article 101 § 1 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne) ;

- 
- que les restrictions en résultant soient indispensables pour atteindre ces gains;
  - que ces gains soient répercutés sur les consommateurs;
  - et que la concurrence ne soit pas éliminée pour une partie substantielle des produits en cause.

<sup>9</sup> [http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb\\_brief\\_31.pdf](http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief_31.pdf)

<sup>10</sup> CJCE, 23 novembre 2006, Aff. C-238/05, *Asnef- Equifax*

- le stade de l'exemption (article 101 § 3) mais les cas d'exemption demeurent extrêmement rares en matière d'échanges d'informations ;
- le stade de la sanction.

Au stade de la qualification, les autorités de concurrence se montrent très strictes et interdisent les échanges d'informations sur les prix : le message délivré aux entreprises est donc très clair. Cela transparaît très nettement dans les récentes lignes directrices de la Commission européenne<sup>11</sup> dont un chapitre est consacré aux échanges d'informations. Les échanges d'informations sur les prix ou les quantités futurs font l'objet d'une restriction par objet (§73) dans la mesure où elles réduisent l'incertitude stratégique sur le marché. De tels échanges sont même considérés comme des ententes (§74).

### **Encadré : Lignes directrices de la Commission de 2011. Paragraphes concernant les échanges d'informations.**

72. Tout échange d'informations ayant pour objectif de restreindre la concurrence sur le marché sera considéré comme une restriction de concurrence par objet. Pour déterminer si un échange d'informations constitue une restriction de concurrence par objet, la Commission accordera une attention particulière au contexte juridique et économique dans lequel se produit cet échange. À cet effet, elle examinera si celui-ci est susceptible, de par sa nature même, de restreindre la concurrence.

73. Les échanges d'informations relatives aux actions envisagées par les différentes entreprises concernant les prix ou les quantités sont particulièrement susceptibles de déboucher sur une collusion. Le fait de s'informer mutuellement de leurs intentions respectives à cet égard peut permettre aux concurrents de s'entendre sur un niveau de prix commun plus élevé, sans courir le risque de perdre des parts de marché ni de déclencher une guerre des prix durant la période d'adaptation aux nouveaux prix (voir exemple n o 1, point 105). En outre, il est moins probable que les échanges d'informations concernant des actions envisagées aient une finalité favorable à la concurrence, que les échanges de données actuelles.

74. Il convient par conséquent de considérer les échanges, entre concurrents, de données individualisées concernant les futurs prix ou quantités envisagés comme constituant une restriction de la concurrence par objet. En outre, les échanges privés, entre concurrents, de leurs intentions individuelles concernant les futurs prix et quantités seraient normalement considérés et sanctionnés comme des ententes, car ils ont généralement pour objet de fixer des prix ou des quantités. Les échanges d'informations qui constituent des ententes n'enfreignent pas seulement l'article 101, paragraphe 1, mais il est en outre très peu probable qu'ils remplissent les conditions de l'article 103, paragraphe 3.

La jurisprudence fait clairement apparaître une présomption par les autorités de concurrence d'un lien de causalité entre les échanges d'informations et les comportements collusifs (au moins s'agissant des échanges d'informations sur les quantités ou sur les prix futurs) : autrement dit, les entreprises tiennent forcément compte des informations qu'elles se sont échangées et ces échanges modifient donc leur comportement sur le marché. Cette présomption est moins claire, particulièrement en France, pour les échanges d'informations sur des données passées. Ainsi, l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007 dans l'affaire de la téléphonie mobile montre que le standard de preuve est plus élevé pour les autorités de concurrence en ce qui concerne les échanges d'informations sur des données passées, ce qui est cohérent avec le fait que de tels échanges ne font pas l'objet d'une restriction par objet : *« Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois*

<sup>11</sup> Communication de la Commission. Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:FR:PDF>

*entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, 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, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision. ».*

## **EXPOSE DE PASCAL WILHELM, AVOCAT ASSOCIE DU CABINET *WILHELM & ASSOCIES***

**Les entreprises évoluent dans un environnement complexe (économique, juridique, social, technologique) qu'elles doivent nécessairement connaître pour développer leurs activités. La connaissance de cet environnement par une entreprise suppose de recueillir un certain nombre d'informations de nature diverse susceptibles de l'aider à définir et à adapter sa stratégie commerciale.** C'est dans ce cadre que les entreprises sont susceptibles de s'échanger des informations. En pratique, les informations recueillies peuvent prendre **différentes formes** et provenir **d'acteurs différents**. Il peut ainsi s'agir d'un **partage de données** directement entre concurrents ou indirectement par le biais d'une association de consommateurs, d'une organisation professionnelle, d'un bureau d'études de marché, de fournisseurs. Il peut également s'agir de la **publication de données**, sur un site internet commun à plusieurs concurrents ou par le biais de réponses stratégiques apportées par des entreprises aux annonces de leurs concurrents.

Le droit de la concurrence se penche sur les échanges d'informations dans la mesure où ces derniers **sont susceptibles d'affecter l'intensité de la concurrence que les entreprises parties à l'échange sont susceptibles de se livrer**. Un échange d'informations peut être appréhendé de **deux manières** par le droit de la concurrence selon qu'il est rattaché, ou non, à une autre pratique anticoncurrentielle. **Si l'échange d'informations est réalisé au soutien d'une pratique anticoncurrentielle, il est analysé en même temps que la pratique** (par exemple, il peut s'agir d'un échange d'informations destiné à permettre aux participants à une entente sur les prix de contrôler l'application effective de la discipline tarifaire fixée en commun). **En revanche, si l'échange d'informations est réalisé en dehors de toute autre pratique anticoncurrentielle, il constitue une pratique anticoncurrentielle spécifique.** Les affaires des **palaces parisiens**<sup>12</sup> et de la **téléphonie mobile**<sup>13</sup> ont été analysées sous cet angle<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Conseil de la concurrence, décision 05-D-64 du 25 novembre 2005

<sup>13</sup> Conseil de la concurrence, décision 05-D-65 du 30 novembre 2005

<sup>14</sup> Ne seront pas abordés ici les **échanges d'informations entre soumissionnaires à un appel d'offres** qui font également l'objet de la vigilance et de la sévérité des autorités de concurrence. L'Autorité de la concurrence a d'ailleurs rendu plusieurs décisions en la matière en 2010 et notamment :

- Décision n°**10-D-03** du 20 janvier 2010, *secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la Communauté Urbaine de Lille*;
- Décision n°**10-D-10** du 10 mars 2010, *appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier* ;
- Décision n°**10-D-22** du 22 juillet 2010, *secteur des transports sanitaires en Seine-Maritime*;
- Décision n° **10-D-35** du 15 décembre 2010, *secteur de la fourniture d'électrodes de soudure pour les constructeurs automobiles*

Les échanges d'informations sont un thème d'actualité sur lequel les autorités de concurrence ont récemment concentré leur attention : **l'Autorité de la concurrence a consacré une étude thématique à la question dans son rapport annuel pour l'année 2009 tandis que la Commission européenne a introduit un chapitre spécifique consacré aux échanges d'informations à l'occasion de la publication le 14 janvier 2011 de ses nouvelles lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) aux accords de coopération horizontale (§.55 à 110).** La publication de ces deux documents est destinée à présenter le traitement des échanges d'informations par les autorités de concurrence et à permettre aux entreprises de mieux apprécier le caractère potentiellement anticoncurrentiel de leurs échanges. Si cette intention est louable, l'exercice semble particulièrement difficile au regard **de l'extrême diversité que peuvent revêtir les échanges d'informations** et de la **nature protéiforme des marchés** sur lesquels ils s'insèrent.

### **1. Les problèmes de concurrence posés par les échanges d'informations**

**Un échange d'informations est tout d'abord susceptible de favoriser la collusion entre plusieurs entreprises,** et ce de deux manières différentes :

- D'une part, il peut permettre une **coordination des comportements des entreprises.** L'échange d'informations permet en particulier aux entreprises de mieux comprendre comment leur coordination fonctionne. Est ainsi condamné l'échange d'informations « *qui atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché* »<sup>15</sup>.
- D'autre part, il peut permettre une **surveillance des comportements des concurrents.** L'échange d'informations permet en effet de favoriser la stabilité interne de la collusion dans la mesure où il peut permettre de vérifier qu'aucun des participants à la collusion ne cherche à s'en écarter. Si tel est le cas, les autres entreprises pourront adopter des mesures de rétorsion dissuasive. Ainsi, l'Autorité de la concurrence reconnaît que certains échanges d'informations peuvent « *permettre la surveillance du comportement des concurrents sur le marché et donc dissuader les éventuelles déviations* »<sup>16</sup>. Par exemple, dans l'affaire des *Tracteurs anglais*, les informations échangées permettaient, à chaque fabricant, de vérifier si les territoires de vente définis étaient ou non respectés.

**Les échanges d'informations peuvent en outre poser des problèmes de verrouillage anticoncurrentiel du marché.** Les lignes directrices de la Commission européenne précisent ainsi qu'un échange d'informations entre concurrents peut placer les entreprises qui n'y ont pas accès dans une situation désavantageuse. C'est le cas notamment si les informations échangées revêtent un caractère stratégique et couvrent une part substantielle du marché en cause.

### **2. La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?**

#### **a. Les restrictions par objet.**

**Le droit de la concurrence distingue traditionnellement l'objet et les effets anticoncurrentiels d'une pratique. L'objet anticoncurrentiel renvoie traditionnellement en droit de la concurrence à l'objectif, au but poursuivi par la pratique en cause.** Dans

<sup>15</sup> CJCE, 28 mai 1998, Aff. C-7/95, *John Deere dite affaire des tracteurs anglais*

<sup>16</sup> Autorité de la concurrence, avis n°10-A-05 du 23 février 2010

une étude thématique intitulée « *objet, effet et intention anticoncurrentiels* » de son rapport annuel 2003, l'Autorité de la concurrence précise que « **les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux dont la mise en œuvre conduit nécessairement à restreindre la concurrence, si bien qu'il s'avère inutile de démontrer leurs effets concrets sur le marché. Ces pratiques sont en elles-mêmes présumées attenter au jeu de la concurrence. En quelque sorte, l'atteinte à la concurrence est contenue à titre latent dans l'accord** »<sup>17</sup>. Dans ses récentes lignes directrices, la Commission européenne semble retenir une **conception relativement large de l'objet anticoncurrentiel des échanges d'informations** (§.72 et suivants). Elle considère ainsi que les échanges d'informations entre concurrents de **données individualisées concernant les prix ou les quantités futurs** ont pour objet de restreindre la concurrence<sup>18</sup>. La Commission précise par ailleurs que dans le cas des échanges d'informations revêtant un objet anticoncurrentiel, « *il est peu probable que ce type d'échange d'informations ait une finalité pro concurrentielle* ». Elle laisse donc peu d'espoirs aux entreprises de parvenir à démontrer les éventuels gains d'efficacité de leurs échanges d'informations<sup>19</sup>. Les **juridictions européennes** avaient déjà eu l'occasion de préciser ce qu'elles entendent des restrictions par objet en matière d'échanges d'informations et notamment à l'occasion de l'affaire *T-Mobile*<sup>20</sup>. La CJCE avait considéré qu'un échange d'informations réalisé au cours d'une réunion unique a un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il « *est susceptible d'éliminer les incertitudes quant au comportement envisagé par les entreprises concernées* ».

En considérant que certains échanges d'informations puissent avoir un objet anticoncurrentiel, les autorités de concurrence prennent le risque de sanctionner certains échanges potentiellement légitimes sans observer leurs effets réels et concrets. Néanmoins, cette position présente l'avantage de donner une certaine prévisibilité juridique aux entreprises : un échange d'informations portant sur des **données individualisées concernant les prix ou les quantités futurs** sera le plus souvent sanctionné. Cependant, il convient que les autorités de concurrence n'adoptent pas une conception trop extensive de l'échange d'informations portant sur les prix ou les quantités futurs.

---

<sup>17</sup> La CJCE confirme que « *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* » (CJCE, 20 novembre 2008, Aff. C-209/07, *Beef Industry*). Elle a par la suite affirmé qu'une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel lorsqu'elle est « **concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence** » (CJCE, 4 juin 2009, Aff. C-8/08, *T-Mobile*)

<sup>18</sup> Dans une affaire *Bananes* relative à un cartel, la Commission européenne avait déjà eu l'occasion d'adopter une approche élargie de l'objet anticoncurrentiel en la matière (Commission, 15 octobre 2008, aff. COMP/39.188, *Bananes*). Il s'agissait en l'espèce de communications bilatérales de prétarification au cours desquelles les entreprises concernées discutaient de facteurs de tarification de la banane relatifs aux prix d'offre pour la semaine à venir. Selon la Commission, **de telles discussions sur des facteurs de tarification permettaient de déterminer les prix futurs des produits et constituent ainsi un échange d'informations revêtant un objet anticoncurrentiel**.

<sup>19</sup> Dans son avis du 25 juin 2010 relatif au projet de lignes directrices de la Commission, **l'Autorité de la concurrence a déclaré soutenir l'approche de la Commission**.

<sup>20</sup> CJCE, 4 juin 2009, Aff. C-8/08, *T-Mobile*, §.43. Il s'agissait, en l'espèce, d'un échange entre opérateurs de téléphonie d'informations relatives à la rémunération des revendeurs d'abonnement. La Cour a considéré que cet échange d'informations avait un objet anticoncurrentiel dans la mesure où ces informations « *sont des éléments déterminants quant à la fixation du prix* » de l'abonnement facturé au consommateur.

## **b. L'analyse multicritères des effets anticoncurrentiels des échanges d'informations**

Lorsque les autorités de concurrence ne peuvent identifier un objet anticoncurrentiel attaché à l'échange d'informations, elles recherchent si celui-ci n'est pas susceptible de produire un effet anticoncurrentiel. D'une manière générale, l'évaluation des effets anticoncurrentiels « *doit consister en une comparaison des effets probables de l'échange d'informations avec la situation concurrentielle telle qu'elle se présenterait si cet échange n'avait pas lieu* »<sup>21</sup>. L'appréciation des effets d'un échange d'informations se fait au terme d'une **analyse au cas par cas** tenant compte de ses caractéristiques et du contexte dans lequel il s'insère<sup>22</sup>. Cette analyse se fait à partir de nombreux critères et ces critères sont examinés dans chaque cas **individuellement** et de **manière cumulative**<sup>23</sup>.

Les principaux critères pris en compte ont été définis par la jurisprudence des autorités de concurrence et notamment dans l'affaire des *tracteurs anglais*<sup>24</sup>. Ils ont été repris dans les récentes lignes directrices de la Commission européenne. Ce travail de synthèse est appréciable et vise à faciliter l'auto-appréciation des entreprises de leurs échanges d'informations. On peut cependant regretter une formulation parfois peu évidente ainsi qu'une approche souvent trop prudente de la Commission européenne qui cherche à se garder une marge de manœuvre importante.

**Une première série de critères énoncée dans les lignes directrices de la Commission européenne est relative aux caractéristiques du marché sur lequel a lieu l'échange d'informations : la transparence du marché, la concentration du marché, la complexité de l'environnement du marché, la stabilité des conditions de l'offre et de la demande et les caractéristiques homogènes des entreprises.** La Commission européenne souligne ainsi qu'une « *collusion est davantage susceptible de survenir sur des marchés qui sont suffisamment transparents, concentrés, simples, stables et symétriques* ». Pour autant, elle prend soin de préciser que lorsque le marché en cause ne présente pas de telles caractéristiques, l'échange d'informations peut justement viser à faciliter une collusion en augmentant la transparence, en rendant le marché moins complexe, en atténuant l'instabilité ou en compensant l'asymétrie. Parmi l'ensemble des caractéristiques énoncées par la Commission, la **transparence** et la **concentration du marché** revêtent, en pratique, une importance capitale :

- Un échange d'informations **est d'autant plus susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel qu'il renforce la transparence prévalant sur un marché**<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Lignes directrices de la Commission européenne, §.75

<sup>22</sup> Voir l'avis n° 03-A-09 du Conseil de la concurrence du 6 juin 2003 : « *Ces critères cumulatifs concernent la forme, la nature, les destinataires des informations, et doivent être aussi rapportés à la situation de la concurrence sur le marché en cause* ».

<sup>23</sup> Conseil de la concurrence, avis n°06-A-18, 5 octobre 2006

<sup>24</sup> CJCE, 28 mai 1998, Aff. C-7/95, *John Deere dite affaire des tracteurs anglais*

<sup>25</sup> « *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* » (Commission, 26 novembre 1997, Aff. IV/36069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, §.39).

- Plus la **concentration du marché** est importante, c'est-à-dire que le nombre d'entreprises présentes est faible, plus l'échange d'informations est susceptible d'être sensible. Cette position est partagée par l'Autorité de la concurrence selon laquelle un échange d'informations est « *d'autant plus susceptible d'altérer les conditions d'exercice de la concurrence sur un marché et de favoriser la mise en place d'un équilibre collusif que ce marché est oligopolistique et les barrières à l'entrée forte* »<sup>26</sup>. Elle prend donc régulièrement en compte ce critère de la concentration du marché. Cependant, **même sur un marché où les acteurs sont nombreux**, un échange d'informations peut s'avérer anticoncurrentiel. La CJCE a en effet précisé que « *même lorsque le marché en cause n'est pas un marché oligopolistique fortement concentré* »<sup>27</sup> un échange d'informations peut être anticoncurrentiel. C'est le cas lorsqu'un organisme professionnel peut jouer un rôle décisif dans la coordination des opérateurs, les entreprises étant incitées à calquer leur politique commerciale sur les informations qu'il diffuse<sup>28</sup>. C'est aussi le cas lorsque la taille réduite des entreprises réduit le niveau d'incertitude nécessaire à la définition de leurs politiques commerciales respectives (exemple des secteurs de l'artisanat et du bâtiment). En l'espèce, la diffusion d'une mercuriale de prix à des entreprises de taille modeste qui ne connaissent pas précisément leurs propres coûts pouvaient les inciter à définir leur politique en fonction de la mercuriale et non selon leurs propres conditions d'exploitation<sup>29</sup>.

**Une deuxième série de critères énoncée dans les lignes directrices de la Commission européenne est relative aux caractéristiques des échanges d'informations.** Elles sont le plus souvent déterminantes dans l'appréciation de la licéité de l'échange d'informations par les autorités de concurrence :

- Les lignes directrices de la Commission rappellent qu'un **échange d'informations commerciales sensibles** est plus susceptible de revêtir un effet anticoncurrentiel qu'un échange portant sur d'autres types d'informations (§.86). Il convient d'entendre par informations sensibles des **données stratégiques** relatives par exemple aux prix, aux clients, aux coûts de production, aux quantités, aux chiffres d'affaires, aux ventes, aux stratégies commerciales ou encore aux technologies et aux programmes de recherche et de développement.

- D'une manière générale, un échange portant sur des **données publiques** n'est pas susceptible de revêtir un effet anticoncurrentiel. Selon les lignes directrices de la Commission, « *les informations réellement publiques sont des informations généralement accessibles dans des conditions identiques (en termes de coûts d'accès) à tous les concurrents et clients* » (§.92). Des données ne sont réellement publiques que si les coûts liés à leur collecte ne découragent pas d'autres entreprises de chercher à les obtenir (§.92).

- Si les **informations en cause sont échangées publiquement**, l'effet anticoncurrentiel de l'échange peut être limité par les entrants potentiels sur le marché ou les acheteurs. Ainsi, dans l'affaire des *tracteurs anglais*, la CJCE a pris en compte le fait que les informations en cause étaient « *diffusées entre les principaux offreurs, à leur seul profit, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs* »<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Autorité de la concurrence, avis n°10-A-11 du 7 juin 2010 *relatif au Conseil interprofessionnel de l'optique*

<sup>27</sup> CJCE, 2 octobre 2003, Aff. C-194/99, *Thyssen Stahl*

<sup>28</sup> Conseil de la concurrence, avis n°06-A-18, 5 octobre 2006

<sup>29</sup> Conseil de la concurrence, 95-D-74, 21 novembre 1995, *secteur de la réparation automobile dans le département de l'Indre*

<sup>30</sup> CJCE, 28 mai 1998, Aff. C-7/95, *John Deere dite affaire des tracteurs anglais*

- Les lignes directrices de la Commission rappellent également qu'un effet anticoncurrentiel est moins probable si l'échange porte sur des **données agrégées** que s'il concerne des **données individualisées**. Dans l'étude thématique de son rapport annuel 2009, l'Autorité de la concurrence confirme que « *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* » (p.131).

- Un échange d'informations de **données anciennes** n'est que peu susceptible de revêtir un effet anticoncurrentiel. Selon les lignes directrices de la Commission, des données peuvent être considérées comme historiques si, par exemple, *"leur ancienneté est plusieurs fois égale à la durée moyenne des contrats"* (§.90).

- La **fréquence** d'un échange d'informations est de nature à renforcer son effet anticoncurrentiel dans la mesure où cette fréquence permet une meilleure compréhension de la collusion ainsi qu'un meilleur contrôle des comportements déviants. Dans l'affaire des *tracteurs anglais*, la CJCE a retenu que les informations échangées étaient diffusées « *selon une périodicité rapprochée et de manière systématique* »<sup>31</sup>. Cependant, la Commission européenne prend le soin de préciser, dans le sillage de la jurisprudence *T-Mobile* de la CJCE, qu'un échange unique peut suffire, en fonction de la structure du marché, à ce que les entreprises concertent leurs comportements.

**L'analyse multicritères au cas par cas** semble plus adaptée pour prendre en compte la diversité des échanges d'informations. Cependant, il reste très difficile pour une entreprise de déterminer à l'avance si son échange d'informations est ou non anticoncurrentiel. L'Autorité de la concurrence reconnaît elle-même que « *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* »<sup>32</sup>.

### **3. Quelle attitude préventive pour les entreprises ?**

Eu égard aux sanctions encourues, il est fondamental que les entreprises aient une **attitude proactive** dans la détection, l'analyse et la mise en œuvre des échanges d'informations auxquels elles sont susceptibles de participer. Dans l'affaire de la téléphonie mobile, la cour d'appel de Paris a récemment confirmé la sanction pécuniaire d'un montant de 41 millions d'euros prononcée à l'encontre de la société *Orange*<sup>33</sup>.

En premier lieu, les entreprises se doivent d'être particulièrement vigilantes en **identifiant l'ensemble des situations dans lesquelles elles sont susceptibles d'échanger des informations avec des concurrents**. Un échange d'informations est en effet susceptible d'être mis en œuvre dans des hypothèses diverses: cadre d'une organisation professionnelle, réunion, forums, etc. L'identification de telles situations doit également permettre d'identifier les personnels de l'entreprise qui sont les plus susceptibles de participer à des échanges d'informations. En deuxième lieu, les entreprises doivent mener un **audit approfondi** des échanges d'informations au regard de la grille d'analyse des autorités de concurrence, ce qui suppose d'avoir une connaissance étendue des caractéristiques du marché sur lequel elles interviennent et de leur position sur ce marché, d'identifier précisément la nature et le caractère des informations échangées et d'analyser le fonctionnement de l'échange

---

<sup>31</sup> CJCE, 28 mai 1998, Aff. C-7/95, *John Deere dite affaire des tracteurs anglais*

<sup>32</sup> Rapport annuel de l'année 2009, p.147

<sup>33</sup> Cour d'appel de Paris, 30 juin 2011

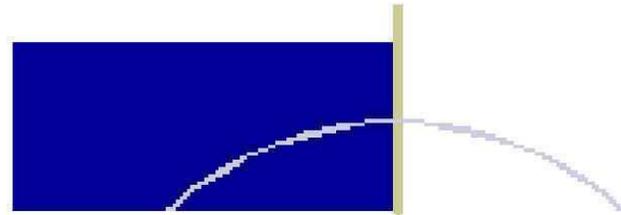
d'informations. En troisième et dernier lieu, l'entreprise devra tirer les conséquences de cet audit approfondi : elle devra renoncer à l'échange d'informations envisagé lorsqu'il comporte un risque anticoncurrentiel trop élevé ou en modifier les caractéristiques essentielles de manière à le rendre conforme à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, elle pourra également rédiger un guide de bonnes pratiques adapté à sa situation.

Une fois les risques liés aux échanges d'informations identifiés, l'entreprise peut mettre en œuvre des actions de nature préventive, s'inscrivant par exemple dans le cadre d'un **programme de conformité**, qui peuvent être de plusieurs ordres. En premier lieu, l'entreprise peut mettre en œuvre des **programmes de formation** de son personnel. Ces actions de formation devront viser en priorité les salariés les plus susceptibles de participer à un échange d'informations : les dirigeants, les équipes marketing et de veille du marché, les équipes en contact régulier avec des tiers à l'entreprise (concurrents, organismes professionnels, etc.). Les actions de formation doivent nécessairement reposer sur l'identification des risques liés aux échanges d'informations précédemment identifiés par l'entreprise et peuvent, le cas échéant, s'accompagner de mesures d'incitation ou de sanction à destination des salariés. De telles actions de formation peuvent cependant être difficiles à assimiler pour les salariés non juristes au regard de la multiplicité et de la complexité des critères utilisés par les autorités de concurrence. A cet égard, il convient de souligner que selon l'Autorité de la concurrence, « *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* »<sup>34</sup>.

En second lieu, l'entreprise peut mettre en place **des mesures d'alerte** destinées à mettre fin au plus vite à un échange d'informations susceptible d'être anticoncurrentiel. Un système de type *whistleblowing* permet à un salarié de signaler, de manière anonyme, tout échange d'informations qui lui paraîtrait contraire au droit de la concurrence. L'entreprise peut également désigner une personne ou un service spécialement chargé(e) de contrôler le respect effectif de la politique de conformité définie par l'entreprise en matière d'échange d'informations. Ses missions pourraient notamment consister à répondre aux interrogations des opérationnels ayant un doute quelconque sur un échange d'informations, à participer de manière inopinée à des réunions ou des forums où des échanges d'informations sont susceptibles de se produire, à avoir un accès aux informations effectivement échangées par l'entreprise avec ses concurrents, une organisation professionnelle, etc.

---

<sup>34</sup> Rapport annuel de l'année 2009 de l'Autorité de la concurrence, p.142, citant la décision du Conseil de la concurrence n°07-D-48 du 18 décembre 2007



## Séminaire Philippe Nasse

Les échanges d'informations

Paris, 7 juillet 2011



# Introduction

---

- Les entreprises évoluent dans un **environnement complexe** (économique, juridique, social, technologique) qu'elles doivent nécessairement connaître pour développer leurs activités.
  - Avoir une bonne connaissance de son secteur d'activité et de ses performances est un gage de compétitivité.
- La connaissance de cet environnement par une entreprise suppose de recueillir un certain nombre d'informations de nature diverse susceptibles de l'aider à définir et à adapter sa stratégie commerciale.
- C'est dans ce cadre que les entreprises sont susceptibles de s'échanger des informations.

# Introduction

---

- En pratique, les informations recueillies peuvent prendre **différentes formes** et provenir **d'acteurs différents**:
  - Il peut ainsi s'agir d'un **partage de données**:
    - directement entre concurrents,
    - ou indirectement par le biais d'une association de consommateurs, d'une organisation professionnelle, d'un bureau d'études de marché, de fournisseurs, etc.
  - Il peut également s'agir de la **publication de données**, comme par exemple:
    - sur un site internet commun à plusieurs concurrents,
    - par le biais de réponses stratégiques apportées par des entreprises aux annonces de leurs concurrents.
- Les échanges d'informations sont appréhendés par le droit de la concurrence dans la mesure où ils **sont susceptibles d'affecter l'intensité de la concurrence que les entreprises parties à l'échange sont susceptibles de se livrer.**

# Introduction

---

- Un échange d'informations peut être appréhendé de **deux manières** par le droit de la concurrence selon qu'il est rattaché, ou non, à une autre pratique anticoncurrentielle:
  - Si l'échange d'informations est réalisé au soutien d'une pratique anticoncurrentielle, il est analysé en même temps que la pratique.
    - Par exemple, il peut s'agir d'un échange d'informations destiné à permettre aux participants à une entente sur les prix de contrôler l'application effective de la discipline tarifaire fixée en commun.
  - Si l'échange d'informations est réalisé en dehors de toute autre pratique anticoncurrentielle, il constitue une pratique anticoncurrentielle spécifique.
    - C'est sous cet angle qu'ont été analysées les affaires des *palaces parisiens* (Cons. conc., déc. n° 05-D-64 du 25 novembre 2005) et de la *téléphonie mobile* (Cons. conc., déc. n° 05-D-65 du 30 novembre 2005) qui ont chacune donné lieu à une véritable saga jurisprudentielle.
    - Ce sont ces échanges d'informations qui seront particulièrement analysés dans le cadre de cette présentation.

# Introduction

---

- En revanche, ne seront pas abordés les **échanges d'informations entre soumissionnaires à un appel d'offres** qui font également l'objet de la vigilance et de la sévérité des autorités de concurrence. L'Autorité de la concurrence a d'ailleurs rendu plusieurs décisions en la matière en 2010 et notamment :
  - Décision n°**10-D-03** du 20 janvier 2010, *secteur des marchés publics de profilage des fossés passés par la Communauté Urbaine de Lille*;
  - Décision n°**10-D-10** du 10 mars 2010, *appel d'offres du conseil général des Alpes-Maritimes pour des travaux paysagers d'aménagement d'un carrefour routier* ;
  - Décision n°**10-D-22** du 22 juillet 2010, *secteur des transports sanitaires en Seine-Maritime*;
  - Décision n° **10-D-35** du 15 décembre 2010, *secteur de la fourniture d'électrodes de soudure pour les constructeurs automobiles*;

# Introduction

---

- Les échanges d'informations sont un thème d'actualité sur lequel les autorités de concurrence ont récemment concentré leur attention:
  - **L'Autorité de la concurrence** a consacré une étude thématique à la question dans son rapport annuel pour l'année 2009.
  - La **Commission européenne** a introduit un chapitre spécifique consacré aux échanges d'informations à l'occasion de la publication le 14 janvier 2011 de ses nouvelles lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité FUE aux accords de coopération horizontale (§.55 à 110).
- La publication de ces deux documents est destinée à présenter le traitement des échanges d'informations par les autorités de concurrence et à permettre aux entreprises de mieux apprécier le caractère potentiellement anticoncurrentiel de leurs échanges.
- Si cette intention est louable, l'exercice semble particulièrement difficile au regard **de l'extrême diversité que peuvent revêtir les échanges d'informations** et de la **nature protéiforme des marchés** sur lesquels ils s'insèrent.

# Introduction

---

- Afin d'évaluer la prévisibilité et la sécurité juridique dont les entreprises disposent en matière d'échanges d'informations, il sera successivement abordé :
  - Les problèmes de concurrence posés par les échanges d'informations (I)
  - La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ? (II)
  - Les gains d'efficacité des échanges d'informations (III)
  - Quelle attitude préventive pour les entreprises ? (IV)

## **I . Les problèmes de concurrence posés par les échanges d'informations**

---

## I. Les problèmes de concurrence posés par les échanges d'informations

---

- Le premier des problèmes de concurrence susceptible d'être posé par un échange d'informations est **de permettre la collusion entre entreprises concurrentes**.
  - Les autorités de concurrence veillent à ce qu'un échange d'informations ne vienne pas altérer l'autonomie des entreprises présentes sur le marché.
    - « *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* » (CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, Aff. 40/73, §.174
    - Le Conseil de la concurrence précise que « *l'échange régulier et organisé de ces informations confidentielles conduit nécessairement les entreprises bénéficiaires à ne plus fixer leurs prix et leur politique commerciale en pleine autonomie* » (Cons. conc., avis n°06-A-18, 5 octobre 2006, *relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse*).

## I . Les problèmes de concurrence posés par les échanges d'informations

---

- Un échange d'informations est susceptible de favoriser la collusion entre plusieurs entreprises de deux manières différentes.
  - D'une part, il peut permettre une **coordination des comportements des entreprises**.
    - L'échange d'informations va permettre aux entreprises de mieux comprendre comment leur coordination fonctionne.
    - Est ainsi condamné l'échange d'informations « *qui atténue ou supprime le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché* » (CJCE, 28 mai 1998, Aff. C-7/95, *John Deere dite affaire des tracteurs anglais*).

## I . Les problèmes de concurrence posés par les échanges d'informations

---

○ D'autre part, l'échange d'informations peut permettre une **surveillance des comportements des concurrents**.

- L'échange d'informations permet ici de favoriser la stabilité interne de la collusion dans la mesure où il peut permettre de vérifier qu'aucun des participants à la collusion ne cherche à s'en écarter. Si tel est le cas, les autres entreprises pourront adopter des mesures de rétorsion dissuasive.

- Ainsi, l'Autorité de la concurrence reconnaît que certains échanges d'informations peuvent « *permettre la surveillance du comportement des concurrents sur le marché et donc dissuader les éventuelles déviations* » (Adlc, avis n°10-A-05, 23 février 2010).

- Dans l'affaire des *Tracteurs anglais*, les informations échangées permettaient, à chaque fabricant, de vérifier si les territoires de vente définis étaient ou non respectés.

## I . Les problèmes de concurrence posés par les échanges d'informations

---

- Le second des problèmes de concurrence susceptible d'être posé par un échange d'informations est un **verrouillage anticoncurrentiel** du marché.
  - Les lignes directrices de la Commission européenne précisent ainsi qu'un échange d'informations entre concurrents peut placer les entreprises qui n'y ont pas accès dans une situation désavantageuse.
  - Tel sera notamment le cas si les informations échangées revêtent un caractère stratégique et couvrent une part substantielle du marché en cause.
  - Un tel verrouillage anticoncurrentiel peut être illustré par l'affaire des *tracteurs anglais*. En l'espèce, la CJCE a considéré qu'un concurrent pouvait voir son entrée sur le marché rendue plus difficile en raison de sa non participation à l'échange.

## **II. La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?**

---

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Le droit de la concurrence distingue traditionnellement l'objet et les effets anticoncurrentiels d'une pratique.
- Par conséquent, un échange d'informations sera condamné s'il revêt un objet ou un effet anticoncurrentiel.
  - Dans l'affaire de la *téléphonie mobile*, la Cour de cassation a subordonné la prohibition de l'échange d'informations à la démonstration que cet échange a eu pour **objet ou pour effet réel ou potentiel** de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents (Cass. com., 29 juin 2007, n°07-10.303).
- Or, la distinction entre la caractérisation de l'objet ou d'un effet anticoncurrentiel ne manque pas d'intérêt en matière d'échanges d'informations puisqu'elle aura un impact à la fois sur:
  - la prévisibilité et la sécurité juridique des entreprises,
  - la possibilité de commettre des erreurs en sanctionnant par exemple un échange d'informations qui n'est pas anticoncurrentiel.

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

### A. L'objet anticoncurrentiel de l'échange d'informations: quelle étendue?

- L'objet anticoncurrentiel renvoie traditionnellement en droit de la concurrence à l'**objectif, au but poursuivi** par la pratique en cause.
- Dans une étude thématique intitulée « *objet, effet et intention anticoncurrentiels* » de son rapport annuel 2003, l'Autorité de la concurrence précise que « *les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux dont la mise en œuvre conduit nécessairement à restreindre la concurrence, si bien qu'il s'avère inutile de démontrer leurs effets concrets sur le marché. Ces pratiques sont en elles-mêmes présumées attenter au jeu de la concurrence. En quelque sorte, l'atteinte à la concurrence est contenue à titre latent dans l'accord* ».
- La CJCE confirme que « *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* » (CJCE, 20 novembre 2008, Aff. C-209/07, *Beef Industry*).
- Elle a par la suite affirmé qu'une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel lorsqu'elle est « *concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence* » (CJCE, 4 juin 2009, Aff. C-8/08, *T-Mobile*)

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Dans ses récentes lignes directrices, la Commission européenne semble retenir une **conception relativement large de l'objet anticoncurrentiel des échanges d'informations** (§.72 et suivants).
  - Elle considère ainsi que les échanges d'informations entre concurrents de **données individualisées concernant les prix ou les quantités futurs** ont pour objet de restreindre la concurrence.
  - En outre, la Commission prend le soin de préciser que de telles restrictions par objet n'excluent « *nullement qu'il puisse exister d'autres types d'échanges d'informations (soit, essentiellement, des échanges individuels privés entre concurrents sur les prix et les parts de marché) ayant pour but de restreindre la concurrence sur le marché* ».

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Dans une affaire *Bananes* relative à un cartel, la Commission européenne avait déjà eu l'occasion d'adopter une approche élargie de l'objet anticoncurrentiel en la matière (Commission, 15 octobre 2008, aff. COMP/39.188, *Bananes*).
  - Il s'agissait en l'espèce de communications bilatérales de prétarification au cours desquelles les entreprises concernées discutaient de facteurs de tarification de la banane relatifs aux prix d'offre pour la semaine à venir.
  - Selon la Commission, **de telles discussions sur des facteurs de tarification permettaient de déterminer les prix futurs des produits et constituent ainsi un échange d'informations revêtant un objet anticoncurrentiel.**

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Les **juridictions européennes** ont également eu l'occasion de préciser ce qu'elles entendent des restrictions par objet en matière d'échanges d'informations et notamment à l'occasion de l'affaire *T-Mobile* (CJCE, 4 juin 2009, Aff. C-8/08, *T-Mobile*, §.43).
  - La CJCE a ainsi considéré qu'un échange d'informations réalisé au cours d'une réunion unique a un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il « *est susceptible d'éliminer les incertitudes quant au comportement envisagé par les entreprises concernées* ».
  - Il s'agissait, en l'espèce, d'un échange entre opérateurs de téléphonie d'informations relatives à la rémunération des revendeurs d'abonnement.
  - La Cour a considéré que cet échange d'informations avait un objet anticoncurrentiel dans la mesure où ces informations « *sont des éléments déterminants quant à la fixation du prix* » de l'abonnement facturé au consommateur.

## II. La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Par ailleurs, la Commission européenne précise dans ses lignes directrices que dans le cas des échanges d'informations revêtant un objet anticoncurrentiel, « *il est peu probable que ce type d'échange d'informations ait une finalité pro concurrentielle* ».
  - La Commission laisse peu d'espoirs aux entreprises d'arriver à démontrer les éventuels gains d'efficacité de leurs échanges d'informations.
- Dans son avis du 25 juin 2010 relatif au projet de lignes directrices de la Commission, **l'Autorité de la concurrence a déclaré soutenir l'approche de la Commission.**

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- **Conclusion sur l'objet anticoncurrentiel des échanges d'informations:**

- En considérant que certains échanges d'informations puissent avoir un objet anticoncurrentiel, les autorités de concurrence prennent le risque de sanctionner certains échanges potentiellement légitimes sans observer leurs effets réels et concrets.
- Néanmoins, cette position permet de donner une certaine prévisibilité juridique aux entreprises : un échange d'informations portant sur des **données individualisées concernant les prix ou les quantités futurs** sera le plus souvent sanctionné.
- Cependant, il convient que les autorités de concurrence n'adoptent pas une conception extensive de l'échange d'informations portant sur les prix ou les quantités futurs.

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

### *B. L'analyse multicritères des effets anticoncurrentiels des échanges d'informations ou la difficile prise en compte de la prévisibilité juridique des entreprises*

- Lorsque les autorités de concurrence ne peuvent identifier un objet anticoncurrentiel attaché à l'échange d'informations, elles recherchent si celui-ci n'est pas susceptible de produire un effet anticoncurrentiel.
- D'une manière générale, l'évaluation des effets anticoncurrentiels « *doit consister en une comparaison des effets probables de l'échange d'informations avec la situation concurrentielle telle qu'elle se présenterait si cet échange n'avait pas lieu* » (Lignes directrices de la Commission européenne, §.75).
- L'appréciation des effets d'un échange d'informations se fait au terme d'une **analyse au cas par cas** tenant compte de ses caractéristiques et du contexte dans lequel il s'insère.
  - « *Ces critères cumulatifs concernent la forme, la nature, les destinataires des informations, et doivent être aussi rapportés à la situation de la concurrence sur le marché en cause* (Cons. conc., avis n°03-A-09, 6 juin 2003).

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Cette analyse se fait à partir de nombreux critères, ce qui ne manque pas d'introduire une **véritable casuistique** dans l'analyse des échanges d'informations.
- Ces critères sont examinés dans chaque cas d'espèce **individuellement** et de **manière cumulative** (Cons. conc., avis n°06-A-18, 5 octobre 2006).
- Les principaux critères pris en compte ont été définis par la jurisprudence des autorités de concurrence et notamment dans l'affaire des *tracteurs anglais* (CJCE, 28 mai 1998). Ils ont été repris dans les récentes lignes directrices de la Commission européenne :
  - Ce travail de synthèse est appréciable et vise à faciliter l'auto-appréciation des entreprises de leurs échanges d'informations.
  - On regrettera cependant une formulation parfois peu évidente ainsi qu'une approche souvent trop prudente de la Commission européenne qui cherche à se garder une marge de manœuvre importante.

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Une première série de critères énoncée dans les lignes directrices de la Commission européenne est relative **aux caractéristiques du marché** sur lequel a lieu l'échange d'informations.
  - Ces caractéristiques dépendent d'un certain nombre de facteurs divers énumérés dans les lignes directrices de la Commission.
    - La transparence du marché;
    - La concentration du marché;
    - La complexité de l'environnement du marché;
    - La stabilité des conditions de l'offre et de la demande;
    - Les caractéristiques homogènes des entreprises.

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- La Commission européenne énonce qu'une « *collusion est davantage susceptible de survenir sur des marchés qui sont suffisamment transparents, concentrés, simples, stables et symétriques* ».
- Pour autant, la Commission prend soin de préciser que lorsque le marché en cause ne présente pas de telles caractéristiques, l'échange d'informations peut justement viser à faciliter une collusion en augmentant la transparence, en rendant le marché moins complexe, en atténuant l'instabilité ou en compensant l'asymétrie.
- Parmi l'ensemble des caractéristiques énoncées par la Commission, la **transparence** et la **concentration du marché** revêtent, en pratique, une importance capitale.

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Un échange d'informations est d'autant plus susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel qu'il renforce la transparence prévalant sur un marché:
  - « *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* » (Commission, 26 novembre 1997, Aff. IV/36069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, §.39).

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Plus la **concentration du marché** est importante, c'est-à-dire que le nombre d'entreprises présentes est faible, plus l'échange d'informations est susceptible d'être sensible.
- Dans l'affaire des *tracteurs anglais*, la CJCE a énoncé que « *la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations sur le fonctionnement du marché, dont il dispose grâce au système d'échange d'informations, pour adapter son comportement sur le marché, n'est pas de nature, compte tenu du caractère atomisé de l'offre, à atténuer ou à supprimer, pour les autres opérateurs économiques, toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents* ».
- En revanche, « *sur un marché oligopolistique fortement concentré (...) l'échange d'informations sur le marché est de nature à permettre aux entreprises de connaître les positions sur le marché et la stratégie commerciale de leurs concurrents et ainsi à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques* ». Il s'agissait, en l'espèce, des 8 plus gros importateurs ou fabricants de tracteurs.

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Cette position est partagée par l'Autorité de la concurrence selon qui un échange d'informations est « *d'autant plus susceptible d'altérer les conditions d'exercice de la concurrence sur un marché et de favoriser la mise en place d'un équilibre collusif que ce marché est oligopolistique et les barrières à l'entrée forte* » (Adlc., avis n°10-A-11, 7 juin 2010, *relatif au Conseil interprofessionnel de l'optique*). Elle prend donc régulièrement en compte ce critère de la concentration du marché:
  - Dans l'affaire des *palaces parisiens*, le Conseil de la concurrence a considéré que le marché réunissant les six palaces était oligopolistique.
  - Dans l'affaire de la *téléphonie mobile*, les trois opérateurs ont été sanctionnés pour s'être échangé des informations.

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Cependant, **même sur un marché où les acteurs sont nombreux**, un échange d'informations peut s'avérer anticoncurrentiel.
  - La CJCE a en effet précisé que « *même lorsque le marché en cause n'est pas un marché oligopolistique fortement concentré* » un échange d'informations peut être anticoncurrentiel (CJCE, 2 octobre 2003, Aff. C-194/99, *Thyssen Stahl*).
  - En effet, s'il est vrai que sur un marché sur lequel l'offre est atomisée, les effets anticoncurrentiels d'un échange d'informations sont moins probables, dans certaines circonstances, un échange d'informations sur un marché fortement atomisé peut faciliter la coordination des entreprises:
    - C'est le cas lorsqu'un organisme professionnel peut jouer un rôle décisif dans la coordination des opérateurs, les entreprises étant incitées à calquer leur politique commerciale sur les informations qu'ils diffusent (Cons. conc., avis n°06-A-18, précité).
    - C'est aussi le cas lorsque la taille réduite des entreprises réduit le niveau d'incertitude nécessaire à la définition de leurs politiques commerciales respectives (exemple des secteurs de l'artisanat et du bâtiment). En l'espèce, la diffusion d'une mercuriale de prix à des entreprises de taille modeste qui ne connaissent pas précisément leurs propres coûts pouvaient les inciter à définir leur politique en fonction de la mercuriale et non selon leurs propres conditions d'exploitation (Cons. conc., n°95-D-74, 21 novembre 1995, *secteur de la réparation automobile dans le département de l'Indre*).

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Une deuxième série de critères énoncée dans les lignes directrices de la Commission européenne est relative **aux caractéristiques des échanges d'informations**. Elles sont le plus souvent déterminantes dans l'appréciation de la licéité de l'échange d'informations par les autorités de concurrence.
  - Les lignes directrices de la Commission rappelle qu'un **échange d'informations commerciales sensibles** est plus susceptible de revêtir un effet anticoncurrentiel qu'un échange portant sur d'autres types d'informations (§.86).
    - Il s'agit de **données stratégiques** relatives par exemple aux prix, aux clients, aux coûts de production, aux quantités, aux chiffres d'affaires, aux ventes, aux stratégies commerciales ou encore aux technologies et aux programmes de recherche et de développement.
    - Par exemple, dans l'affaire des *tracteurs anglais*, la CJCE a relevé que les informations échangées, relatives aux ventes effectuées sur le territoire de chacune des concessions du réseau de distribution, étaient des secrets d'affaires et permettaient aux entreprises de déterminer leurs propres ventes ainsi que celles des autres parties à l'échange (CJCE, 28 mai 1998).

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Dans ses récentes lignes directrices, la Commission européenne considère qu'un échange d'informations est d'autant plus susceptible de restreindre la concurrence que ses participants couvrent une « *part suffisamment importante du marché* » (§.87).
  - La Commission considère que cette part dépendra de **chaque cas d'espèce et du type d'informations en cause**.
  - Ce faisant, la Commission se laisse une marge de manœuvre importante qui ne facilite pas le travail d'auto-appréciation des entreprises.
  - Par exemple, dans une affaire Thyssen Stahl, dix des entreprises ayant participé à l'échange d'informations couvraient les deux tiers du marché des poutrelles (CJCE, 2 octobre 2003, Aff. C-194/99, *Thyssen Stahl*).
  - L'Autorité de la concurrence considère également que « *si la part de marché cumulée des participants à l'échange est faible, l'échange paraît peu susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels, dans la mesure où l'incertitude subsiste quant au comportement des entreprises non participantes à l'échange* » (Adlc., n°10-A-05, 23 février 2010).

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- D'une manière générale, un échange portant sur des **données publiques** n'est pas susceptible de revêtir un effet anticoncurrentiel.
  - Dans l'affaire de la *téléphonie mobile*, le Conseil de la concurrence a considéré 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 » (Cons. conc., décision n°05-D-65, 30 novembre 2005, *téléphonie mobile*, position réaffirmée par l'Autorité de la concurrence dans son avis n°10-A-11, 7 juin 2010).
  - Selon les lignes directrices de la Commission, « les informations réellement publiques sont des informations généralement accessibles dans des conditions identiques (en termes de coûts d'accès) à tous les concurrents et clients » (§.92)
  - Des données ne sont réellement publiques que si les coûts liés à leur collecte ne découragent pas d'autres entreprises de chercher à les obtenir (lignes directrices, §.92; Adlc., avis n°10-A-11 précité).

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Si les **informations en cause sont échangées publiquement**, l'effet anticoncurrentiel de l'échange peut être limité par les entrants potentiels sur le marché ou les acheteurs.
  - Dans l'affaire des *tracteurs anglais*, la CJCE a pris en compte le fait que les informations en cause étaient « *diffusées entre les principaux offreurs, à leur seul profit, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs* » (CJCE, 28 mai 1998, *Affaire des tracteurs anglais*).
  - L'Autorité de la concurrence considère également qu' « *un échange d'informations est moins susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels s'il est accessible aux tiers, qu'il s'agisse de concurrents étrangers à l'échange, d'opérateurs susceptibles d'entrer sur le marché, ou de consommateurs* » (Adlc, avis n°10-A-11, 7 juin 2010).

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Les lignes directrices rappellent qu'un effet anticoncurrentiel est moins probable si l'échange porte sur des **données agrégées** que s'il concerne des **données individualisées**.
  - Dans l'étude thématique de son rapport annuel 2009, l'Autorité de la concurrence confirme que « *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* » (p.131).
  - Selon le Conseil de la concurrence, il est nécessaire de garantir l'anonymat des entreprises participant à l'échange d'informations, ce qui conduit à « *privilégier les formes agrégées de diffusion de l'information, telles les mercuriales de prix, les valeurs moyennes, ou les indices* » (Cons. conc., avis n°03-A-09 précité).

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- Un échange d'informations de **données anciennes** n'est que peu susceptible de revêtir un effet anticoncurrentiel.
  - Selon les lignes directrices, des données peuvent être considérées comme historiques si, par exemple, *"leur ancienneté est plusieurs fois égale à la durée moyenne des contrats »*(§.90).
  - La Commission illustre cette définition d'un exemple dans lequel des informations portant sur les prix pratiqués trois ans auparavant sont considérées comme historiques dans la mesure où les contrats et les prix sont renégociés tous les trois mois.
  - Cet exemple est beaucoup trop vague et témoigne d'une prudence excessive de la Commission européenne. Là encore, le travail d'auto-appréciation des entreprises n'est pas facilité.

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- La **fréquence** d'un échange d'informations est de nature à renforcer son effet anticoncurrentiel dans la mesure où cette fréquence permet une meilleure compréhension de la collusion ainsi qu'un meilleur contrôle des comportements déviants.
  - Dans l'affaire des *tracteurs anglais*, la CJCE a retenu que les informations échangées étaient diffusées « *selon une périodicité rapprochée et de manière systématique* » (CJCE, 28 mai 1998).
  - L'Autorité de la concurrence a pareillement considéré que « *l'échange d'informations est en effet d'autant plus susceptible d'influer sur les décisions commerciales des participants qu'il se fait de manière systématique et sur la base d'une périodicité rapprochée* » (Adlc, avis n°10-A-05, 23 février 2010).
  - Cependant, la Commission européenne prend le soin de préciser, dans le sillage de la jurisprudence T-Mobile de la CJCE, qu'un échange unique peut suffire, en fonction de la structure du marché, à ce que les entreprises concertent leurs comportements.

## II . La nature anticoncurrentielle de l'échange d'informations : objet ou effet anticoncurrentiel ?

---

- **Conclusion sur l'analyse multicritères des effets anticoncurrentiels des échanges d'informations.**
  - Cette analyse au cas par cas semble plus adaptée pour prendre en compte la diversité des échanges d'informations.
  - Cependant, il est difficile pour une entreprise de déterminer à l'avance si son échange d'informations est ou non anticoncurrentiel.
  - L'Autorité de la concurrence reconnaît elle-même que « *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* » (Rapport annuel 2009, p.147).

### **III . Les gains d'efficacité des échanges d'informations**

---

### III . Les gains d'efficacité des échanges d'informations

---

- S'ils peuvent parfois revêtir un objet ou un effet anticoncurrentiel, les échanges d'informations peuvent également entraîner des gains d'efficacité substantiels.
- Les lignes directrices de la Commission rappellent que de tels gains d'efficacité peuvent être exemptés sous l'angle de **l'article 101, §.3 TFUE**.
- L'exemption d'un échange d'informations suppose:
  - La démonstration de gains d'efficacité:
  - Que les restrictions en résultant soient indispensables pour atteindre ces gains;
  - Que ces gains soient répercutés sur les consommateurs;
  - L'absence d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

### III . Les gains d'efficacité des échanges d'informations

---

- Le premier de ces gains d'efficacité est **l'amélioration de l'efficacité interne des entreprises**.
  - Un échange d'informations peut en effet permettre à une entreprise de comparer ses résultats à ceux des autres entreprises du secteur.
  - Une fois qu'elle connaît ses points forts et ses points faibles une entreprise peut élaborer des mécanismes d'incitation internes.
  - L'évaluation des performances de l'entreprise ne nécessite en général que des **données agrégées** et non des données permettant d'identifier les performances individuelles de ses concurrents.

### III . Les gains d'efficacité des échanges d'informations

---

- Un deuxième gain d'efficacité potentiel d'un échange d'informations est de permettre **d'ajuster l'offre à la demande**.
  - Un échange d'informations peut permettre **d'orienter la production des entreprises vers des marchés où la demande est importante par rapport à l'offre**.
    - La probabilité que des gains d'efficacité se produisent dans ce cas dépend des caractéristiques du marché (nature des incertitudes, variable stratégique de la concurrence).
  - Dans ce contexte, un échange d'informations peut permettre une **réduction des coûts inutiles**.
    - Par exemple, dans le cas de produits périssables, l'échange d'informations peut permettre d'acheminer plus rapidement les produits vers les zones où la demande est plus forte ou de vendre à un prix permettant un déstockage rapide.

### III . Les gains d'efficacité des échanges d'informations

---

- Un troisième gain d'efficacité d'un échange d'informations est susceptible de se réaliser sur les marchés caractérisés par une **asymétrie d'information**.
  - Les secteurs bancaire et de l'assurance sont particulièrement concernés par de tels gains d'efficacité.
  - La transmission d'informations relatives aux comportements antérieurs des clients en termes de défaillance de remboursement d'un crédit ou d'accident de la route (i) incite les consommateurs à limiter leur exposition au risque et (ii) permet de diminuer le prix proposé aux consommateurs présentant un faible risque.
  - Par exemple, les compagnies d'assurance automobile s'échangent les informations relatives aux précédents sinistres de leurs assurés.
  - En matière bancaire, la CJCE a envisagé les aspects positifs d'un échange d'informations qui permettait de prévenir les situations de surendettement pour les consommateurs de crédit et d'entraîner une disponibilité plus grande du crédit (CJCE, 23 novembre 2006, Aff. C-238/05, *Asnef- Equifax*).

### III . Les gains d'efficacité des échanges d'informations

---

- Un quatrième gain d'efficacité, lié à **l'amélioration de l'information** des consommateurs, peut résulter d'un échange d'informations.
  - D'une part, un échange d'informations sur les parts de marché passées et présentes peut permettre de mettre en avant la qualité d'un produit (par exemple, les meilleures ventes d'un livre ou d'un CD) afin d'aider les consommateurs à faire un choix.
  - D'autre part, un échange d'informations publiques peut également permettre aux consommateurs de faire un choix plus éclairé.
    - La CJCE a par exemple 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* » (CJCE, 31 mars 1993, §.126)

### III . Les gains d'efficacité des échanges d'informations

---

- **Conclusion sur les gains d'efficacité générés par les échanges d'informations**

- En reconnaissant que les échanges d'informations peuvent parfois produire des gains d'efficacité, les autorités de concurrence laissent la possibilité aux entreprises d'obtenir une exemption de ces échanges.
- Cependant, la démonstration de ces gains d'efficacité n'est pas chose aisée comme en témoigne la rareté des exemples jurisprudentiels.
- En outre, il est pour le moins difficile de déterminer *a priori* si les conditions de l'exemption seront réunies: les entreprises sont à nouveau confrontées ici à un manque de prévisibilité juridique.

## **IV . Quelle attitude préventive pour les entreprises ?**

---

## IV . Quelle attitude préventive pour les entreprises ?

---

- Eu égard aux sanctions encourues, il est fondamental que les entreprises aient une **attitude proactive** dans la détection, l'analyse et la mise en œuvre des échanges d'informations auxquels elles sont susceptibles de participer.
  - Dans l'affaire de la téléphonie mobile, la Cour d'appel de Paris a récemment confirmé la sanction pécuniaire d'un montant de 41 millions d'euros prononcée à l'encontre de la société Orange (Cour d'appel de Paris, 30 juin 2011).
- A. *La détection et l'évaluation des risques encourus par l'entreprise en matière d'échange d'informations*
  - En premier lieu, les entreprises se doivent d'être particulièrement vigilantes en **identifiant l'ensemble des situations dans lesquelles elles sont susceptibles d'échanger des informations avec des concurrents**.
    - Il convient de rappeler ici qu'un échange d'informations est susceptible d'être mis en œuvre dans des hypothèses diverses: cadre d'une organisation professionnelle, réunion, forums, etc.
    - L'identification de telles situations doit également permettre d'identifier les personnels de l'entreprise qui sont les plus susceptibles de participer à des échanges d'informations.

## IV . Quelle attitude préventive pour les entreprises ?

---

- En deuxième lieu, les entreprises doivent mener un **audit approfondi** des échanges d'informations au regard de la grille d'analyse des autorités de concurrence, ce qui suppose:
  - D'avoir une connaissance étendue des caractéristiques du marché sur lequel elles interviennent et de leur position sur ce marché.
  - D'identifier précisément la nature et le caractère des informations échangées.
  - D'analyser le fonctionnement de l'échange d'informations.
- En troisième et dernier lieu, l'entreprise devra tirer les conséquences de cet audit approfondi:
  - Elle devra (i) renoncer à l'échange d'informations envisagé lorsqu'il comporte un risque anticoncurrentiel trop élevé ou (ii) en modifier les caractéristiques essentielles de manière à le rendre conforme à la pratique décisionnelle des autorités de concurrence.
  - Elle pourra également rédiger un guide de bonnes pratiques adapté à sa situation.

## IV . Quelle attitude préventive pour les entreprises ?

---

### *B. La mise en place d'actions préventives*

- Une fois les risques liés aux échanges d'informations identifiés, l'entreprise peut mettre en œuvre des actions de nature préventive, s'inscrivant par exemple dans le cadre d'un **programme de conformité**, qui peuvent être de plusieurs ordres.
- En premier lieu, l'entreprise peut mettre en œuvre des **programmes de formation** de son personnel.
  - Ces actions de formation devront viser en priorité les salariés les plus susceptibles de participer à un échange d'informations:
    - Les dirigeants,
    - Les équipes marketing et de veille du marché,
    - Les équipes en contact régulier avec des tiers à l'entreprise: concurrents, organismes professionnels, etc.

## IV . Quelle attitude préventive pour les entreprises ?

---

- Les actions de formation doivent nécessairement reposer sur l'identification des risques liés aux échanges d'informations précédemment identifiés par l'entreprise.
- De telles actions de formation peuvent cependant être difficiles à assimiler pour les salariés non juristes au regard de la multiplicité et de la complexité des critères utilisés par les autorités de concurrence.
- Il convient également de souligner que selon l'Autorité de la concurrence, « *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* » (Rapport annuel 2009, p.142 citant Cons. conc., décision n°07-D-48, 18 décembre 2007).
- Les programmes de formation du personnel peuvent, le cas échéant, s'accompagner de mesures d'incitation ou de sanction à destination des salariés.

## IV . Quelle attitude préventive pour les entreprises ?

---

- En second lieu, l'entreprise peut mettre en place **des mesures d'alerte** destinées à mettre fin au plus vite à un échange d'informations susceptible d'être anticoncurrentiel.
  - Un système de type *whistleblowing* permet à un salarié de signaler, de manière anonyme, tout échange d'informations qui lui paraîtrait contraire au droit de la concurrence.
  - La nomination d'une personne ou d'un service spécialement chargé(e) de contrôler le respect effectif de la politique de conformité définie par l'entreprise en matière d'échange d'informations. Ses missions pourraient notamment consister à :
    - Répondre aux interrogations des opérationnels ayant un doute quelconque sur un échange d'informations.
    - Participer de manière inopinée à des réunions ou des forums où des échanges d'informations sont susceptibles de se produire.
    - Avoir un accès aux informations effectivement échangées par l'entreprise avec ses concurrents, une organisation professionnelle, etc.

# WILHELM & ASSOCIÉS

70, Bd de Courcelles  
75017 PARIS

**Téléphone** : (33) (0) 1.53.93.92.30  
**Fax** : (33) (0) 1.53.93.92.31  
**E-mail** : cabwilhelm@wilhelmassociés.com

# Les échanges d'information

Philippe Choné <sup>1</sup>

<sup>1</sup>ENSAE-CREST

Séminaire Philippe Nasse, 7 juillet 2011

# Présentation

- 1 Analyse économique
  - Equilibres multiples et coordination
  - Communication et jeux répétés
  - Quelques effets proconcurrentiels
- 2 Politique de la concurrence
  - Approche par objet
  - Présomptions
- 3 Conclusion
- 4 Bananes

# Un continuum de pratiques

## Cartel hard-core

- Objectifs définis en commun
- Organisation sophistiquée
- Diffusion de barèmes de prix, allocation de clients, tours de rôle
- Monitoring, reporting
- “Code pénaux” et codes interprétatifs (chocs non anticipés, éviter les malentendus)

## à distinguer des pratiques concertées d'échanges d'informations

- même sur des intentions ou des prix futurs
- Utilisation du terme “cartel” aux échanges d'informations

# Analyse économique

- Coordination et équilibres multiples
- Echanges d'information privée et interactions répétées
- Effets proconcurrentiels

# Equilibres multiples, coordination et cheap talk

## Ce qui est visé

Intentions de prix futurs sans engagement vis-à-vis des consos

## La communication permet d'éviter un tâtonnement coûteux

- Si pas de point focal naturel, chercher le prix d'équilibre est coûteux :
  - $\uparrow$  de prix unilatérale  $\Rightarrow$   $\downarrow$  part de marché lors de l'ajustement
  - $\downarrow$  prix risque d'être comprise comme une déviation et de déclencher une guerre des prix
- Avec communication : pas besoin d'expérimenter
- L'absence d'engagement/consos (cheap talk) est vue négativement

# Equilibres multiples, coordination et cheap talk

## Validation expérimentale, Van Huyck et al. (AER, 1990)

- Expérience dans un jeu avec plusieurs équilibres Pareto ordonnés
- Le “meilleur” équilibre est risqué
- Si malentendu : paiement du joueur très mauvais
- Forme réduite de collusion
- Résultat : en l’absence de communication, les joueurs se coordonnent sur un équilibre sous-optimal pour eux
- L’incertitude stratégique est ici pro-concurrentielle
- Cheap talk permet de se rapprocher du meilleur équilibre
- Mais il s’agit de 107 étudiants de Texas A&M University

# Equilibres multiples, coordination et cheap talk

## Un cas d'école : Airline Tariff Publishers (ATP)

- Annonce une hausse dans le futur (first ticketing date)
- Façon de se coordonner et d'éviter les guerres de prix
- La retire (sans aucun coût) si les concurrents n'ont pas suivi
- Transaction avec DOJ avec arrêt de la first ticketing date
- Pas toujours aussi net !

## Influence sur la doctrine des autorités

- Exemple 1, §105, des lignes directrices horizontales de 2011
- Kühn (Econ. Policy, 2001) : Il faut interdire tout échange privé d'information soft sans engagement vis-à-vis des consos
- C'est ce que fait la Commission

# Communication dans les jeux répétés

## Fournir de l'information publique

Chacun observe quelque chose que les autres n'observent pas

- Chacun observe un signal privé sur la demande
- Une firme observe ses coûts mais pas les coûts des autres
- Actions (passées) des autres imparfaitement observées (rabais secrets) et signal privé sur les actions (quantités)

Que se passe-t-il ?

- Si communication
- Si pas de communication
  - "Collusion tacite" si firmes assez patientes
  - Contrefactuel : pas forcément la guerre des prix !

# Echanges d'information privée sur la demande

## Demande incertaine

- Rotemberg et Saloner (AER, 1986) : chocs de demande i.i.d. publics
- Quand la demande est haute, l'incitation à tricher est plus grande
- Réduire le prix pour diminuer l'incitation à dévier  $\Rightarrow$  markups contracycliques

## Les entreprises reçoivent des signaux privés sur la demande

- Gerlach (IJIO, 2009)
- Demande haute ou basse : les firmes apprennent la demande ou n'apprennent rien
- Les firmes ne sont pas d'accord sur le prix à pratiquer  $\Rightarrow$  pb de coordination

# Echanges d'information privée sur la demande

Jeu répété. A chaque date, les firmes

- 1 communiquent ou non sur leur signal privé sur la demande  
[peuvent mentir ! pre-pricing]
- 2 décident leur prix
- 3 observent le prix des autres et la demande

Communiquer sur la demande ou sur des intentions de prix ?

- Proche car le prix d'équilibre est lié au signal
- En pratique, pas facile à distinguer (*Bananes*)

# Echanges d'information privée sur la demande

## En l'absence de communication

- Les firmes qui savent que la demande est haute pourraient choisir le prix des firmes non informées (impossible de détecter ce mensonge)
- $\Rightarrow$  Guerre de prix et distorsion vers le bas le prix non informés

# Echanges d'information privée sur la demande

## Si communication

- Si les entreprises disent la vérité, elles savent toutes la même chose, les déviations deviennent détectables
- Encore faut-il qu'elles disent la vérité : Contraintes d'incitation
- Effet de la communication :
  - Effet de coordination : + pour les firmes, - pour les consos
  - Suppression des guerres de prix : + pour les firmes, - pour les consos
  - Effets d'ajustement (colle mieux à la demande) : + pour les firmes, + pour les consos

Avec demande inélastique, la communication peut bénéficier aux consos, sachant collusion tacite

# Communication de l'information sur les coûts

Athey et Bagwell (Rand, 2001)

Jeu répété : à chaque date, les firmes

- 1 apprennent leur coût (i.i.d. dans le temps), information **privée**
- 2 envoient un signal L, H,  $\emptyset$  ; [**peuvent mentir !, pre-pricing**]
- 3 les firmes choisissent leur prix

Intuition

- Cartel légal, il est efficace que la plus productive produise. Transferts vers les moins efficaces pour qu'elles révèlent leur type
- Cartel illégal, les paiements futurs remplacent les transferts ("market-share favors").

# Communication de l'information sur les coûts

Athey et Bagwell (Rand, 2001)

## Interdire la communication

- peut réduire l'efficacité productive (effet "pervers" de la politique de la conc)
- augmente en l'occurrence le surplus des consos si firmes sont suffisamment impatientes et interdire la communication peut rendre la collusion insoutenable

# Baisse des prix secrètes : la hantise des cartels

## Prix inobservables par les concurrents à cause des rabais secrets

- Les firmes n'observent que leurs ventes
- Ventes = signal **imparfait** sur le comportement des autres à cause de chocs aléatoires, **info privée**
- Problème d'inférence : Confusion entre rabais secret ou baisse de demande
- Les firmes ont des ventes différentes, ne partagent pas les mêmes croyances
- Difficile de punir les déviants
- Stigler (JPE, 1964) : les cartels ne peuvent pas résister
- Green et Porter (Eca, 1984) : Collusion soutenable mais épisodes de guerre des prix à l'équilibre

# Repeated game with imperfect monitoring and privately observed signals

Compte (Eca, 1998) Kandori et Matsushima (Eca, 1998)

## Timing : Jeu répété à chaque date

- 1 prend une action
- 2 observe un signal **privé**, qui dépend des actions de tous (quantités vendues)
- 3 sont libres de communiquer avec les autres (**post-pricing communication, Palaces**, peuvent mentir)

## Résultats

- Equilibres avec révélation (volontaire) de l'information privée
- L'information est utilisée pour soutenir la collusion
- Fonde l'idée que la communication aide à soutenir la collusion

# Repeated game with imperfect monitoring and privately observed signals

Compte (Eca, 1998) Kandori et Matsushima (Eca, 1998)

## Conséquence pour la politique de la concurrence

- Ne montrent pas la nécessité de la communication pour la collusion
- Ne savent pas à quoi ressemble l'espace des équilibres sans communication
- Pas une théorie des pratiques facilitatrices, car on ne sait pas ce qui est possible sans communication
- "If we could show that full collusion is impossible without communication, we would be able to provide a clear-cut theoretical basis for the antitrust law."

# Repeated game with imperfect monitoring and privately observed signals

Compte (Eca, 1998) Kandori et Matsushima (Eca, 1998)

## Conséquence pour la politique de la concurrence

- Kuhn (Econ. Policy, 2001) : “The exchange of information about past demand information **can** provide the necessary public information to establish substantial collusion (see Compte, 1998 and Kandori and Matsushima, 1998). We can therefore conclude that information exchange **can** have significant collusive potential”
- Echange sur les prix et les quantités révèle les actions passées
- Données désagrégées plus efficaces pour colluder (*UK Tractors*)
  - améliorent et accélèrent la détection des baisses de prix,
  - Permettent de cibler la punition sur les déviants (+ efficace, -coûteux)
  - moins justifiées par des gains d'efficacité

# Effets proconcurrentiels

- Réallocations efficaces de la production vers les entreprises efficaces, les marchés et les moments où la demande est élevée (cf. supra)
  - RBB Brief 31 (2009) : Les pêcheurs d'un petit village vendent leur poison sur un marché national où les prix fluctuent. Ne pas pêcher les jours où les prix sont inférieurs aux coûts.
- Adaptation de la taille des réseaux à la demande
- Prévoir les fluctuations de demande, éviter des stocks qui peuvent être coûteux, réduire les coûts logistiques, les pénuries, les surproductions, les surcapacités
- Benchmarking et incitations au sein de l'entreprise (données agrégées)
- Réduire les asymétries d'information sur les consommateurs

# Que doivent démontrer les autorités de concurrence ?

A quel stade ?

Qualification 101(1) / Exemption 101(3) / Sanction

Administration de la preuve et présomptions

Notamment liens de causalité entre

- Echange d'information et comportement sur le marché
- Comportement sur le marché et effet sur les prix ou sur les consos

# Approche par objet

Lignes directrices sur l'Article 101, Chapitre 2 sur les échanges d'information

*72. Any information exchange with the objective of restricting competition on the market will be considered as a restriction of competition by object. In assessing whether an information exchange constitutes a restriction of competition by object, the Commission will pay particular attention to **the legal and economic context** in which the information exchange takes place.*

## Restriction par objet

- La dangerosité d'un "couteau de cuisine" dépend des circonstances (RBB Brief 31, 2009)
- Analyser économique le contexte (*Bananes*) ?

# Intentions sur le futur : Coordination (ATP)

Lignes directrices sur l'Article 101, Chapitre 2 sur les échanges d'information

*73. Exchanging information on companies' individualised intentions concerning future conduct regarding prices or quantities is particularly likely to lead to a collusive outcome. Informing each other about such intentions may allow competitors to arrive at a common higher price level without incurring the risk of losing market share or triggering a price war during the period of adjustment to new prices (see Example 1, paragraph 105 [ATP]). Moreover, it is less likely that information exchanges concerning future intentions are made for pro-competitive reasons than exchanges of actual data.*

- Pas toujours aussi net qu'ATP (*Bananes*) !
- Pas facile de faire la différence avec échange sur la demande, qui peuvent profiter aux consommateurs
- Sacralisation de l'incertitude stratégique dans la jurisprudence

# Echanges sur intentions futures : interdit par objet

Lignes directrices sur l'Article 101, Chapitre 2 sur les échanges d'information

74. *Information exchanges between competitors of individualised data regarding intended future prices or quantities **should therefore be considered a restriction of competition by object**. In addition, private exchanges between competitors of their individualised intentions regarding future prices or quantities would normally be considered and fined as **cartels** because they generally have the object of fixing prices or quantities. Information exchanges that constitute cartels not only infringe Article 101(1), but, in addition, are very unlikely to fulfil the conditions of Article 101(3).*

## “Object Box”

Attention à ne pas la faire trop grossir !

# Qu'est-ce qu'une restriction par objet ? Place de l'analyse économique ?

Lignes directrices sur l'Article 81(3), 2004

*Restrictions of competition by object are those that by their very nature have the potential of restricting competition. These are restrictions which in light of the objectives pursued by the Community competition rules **have such a high potential of negative effects on competition that it is unnecessary for the purposes of applying Article 81(1) to demonstrate any actual effects on the market.***

## “Catch 22” (RBB Brief 31 (2009))

- Règle contradictoire, circulaire (Roman de Joseph Heller)
- Dans la plupart des cas de “cartel”, c'est vrai que c'est évident
- Démontrer un potentiel évident de restreindre la concurrence ? !

# Qu'est-ce qu'une restriction par objet ? Place de l'analyse économique ?

Lignes directrices sur l'article 101, Chapitre 2 sur les échanges d'information

T-mobile (un arrêt critiqué) tente de sortir du catch

.. exchange of information between competitors is liable to be incompatible with the competition rules if it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question, with the result that competition between undertakings is restricted

Rôle de l'analyse économique ? !

# Présomption sur les liens de causalité

## Entre échanges d'information et comportement sur le marché

- Jurisprudence : Participants cannot have failed to take account of the information received from competitors when determining their conduct on the market
- Uniquement pour échanges sur prix futurs ?
- Faut-il le démontrer pour échanges sur le présent/passé ?

## Entre comportement et effet sur la concurrence

- Au niveau de la sanction - c'est la question de l'effet

# Echange sur des données passées

Arrêt de la cour de cassation du 29 juin 2007, sur la téléphonie mobile

*Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, **avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, 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, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;*

# Echange sur des données passées

Arrêt de la cour de cassation du 29 juin 2007, sur la téléphonie mobile

## Commentaire

- Demande plus de travail de preuve pour les autorités : démontrer l'utilisation concrète des données pour la politique commerciale
- Pas d'incohérence puisque ces pratiques ne sont pas anticoncurrentielles par objet

## Conclusion : Qualification versus sanction

### Qualification 101(1) : Attitude stricte. Décision 0/1.

- Message clair aux entreprises : On ne discute pas de prix, ni de près ni de loin
- Au moins pour les prix futurs, **ne demande pas aux autorités de produire un scénario antoiconcurrentiel**
- Suffit que potentialité **plausible** d'effet pour qualifier en 101(1)
- *Bananes* : Entente sur les volumes non plausible car volumes fixés par quotas

### Sanction : Marge d'appréciation plus continue

- Attitude plus accommodante (cf. *Bananes*)
- On regarde le contexte économique, le type d'information possible, degré d'agrégation, précision, leur caractère stratégique, si et comment elles ont été utilisées, contre-pouvoir acheteurs, etc.

# Bananes - COMP 39188, 15 novembre 2008

## “Cartel”

- Pas du price fixing
- “Pratique concertée qui a trait à la fixation d’un prix”

## Produit et environnement

- Banane fraîche, vendue verte ou jaune à des mûrisseurs ou à des distributeurs, arrive par bateau chaque semaine
- Régulation : Common Market Organization
- Quotas annuels d’importation différents
  - ACP (3,5 millions de t. pour l’UE)
  - Amérique centrale et du S. (“dollar bananas”),
- Alloués sur une base historique, avec dépôt de garantie

# Bananes - COMP 39188, 15 novembre 2008

## Mis en cause

- Chiquita, Dole, Weichert (Del Monte)
- Chiquita : demande de clémence en 2002
- 45%-50% du marché ensemble

## Région d'importation

- L'échange d'info porte sur l'Europe du Nord (8 pays)
- Durée : 2000-2002
- 1,5 millions de tonnes par an dans cette région

# Bananes - COMP 39188, 15 novembre 2008

## Quotation prices (QP)

- Prix de référence, prix catalogue, prix “officiel”
- Pas de lien mécanique entre QP et prix réels (sauf pour quelques contrats). Pas de données
- Point de départ pour la négo. Signaux envoyés au marché

## Timing

- Décision d'expédier (endogène) - Bateau arrive
- Jeudi 9h00 : Les importateurs annoncent les QP aux clients, diffusés assez vite, non-binding
- Négociation entre les mûrisseurs et gros clients (dont le plus gros, Aldi) (jeudi 13h00),
- Importance croissante du prix Aldi (surtout à partir de 2003)

# Bananes - COMP 39188, 15 novembre 2008

## Echanges bilatéraux (D/C et D/W) hebdomadaires

- Mercredi am ou jeudi tôt ( initiateurs ? durée du coup de fil ? Presque toutes les semaines ?),
  - sur les conditions de la marché : demande, volumes d'arrivée, météo, stocks des murisseurs ou dans les ports
  - “On some occasions” : indication de “tendances” (up, down, the same, “1EUR up”)
- Monitoring entre 10h00 et 12h00 (l'accessoire du cartel - S'attendaient à ce que les indications soit “confirmées à ce moment

# Méthode de la Commission : Par objet

## Coordination sur les QP

- Their purpose was to reduce uncertainty as to the conduct of the parties with respect to the quotation prices to be set by them on Thursday morning.
- Les individus qui téléphonent ont des responsabilités dans la décision ultérieure de fixer le QP, leur avis est discuté, écouté avant de fixer le QP (§165).
- Présomption réfutable que les données ont été utilisées
- Pour renverser la présomption, il faut s'être publiquement distancié avec ce qui a été discuté

# Pas besoin de théorie du cas ?

## Volume prédéterminés ?

- Quotas entièrement utilisés (volume total prédéterminé par les quotas)
- Offre inélastique à court terme (shipping arrangement)

## Non, car importants mouvements, variables, dans les deux sens, entre EurN et le reste

- Quota porte sur l'UE.
- Mouvement + échanges informels de quota  $\Rightarrow$  Flexibilité pour l'Eur.N.
- Les quotas ne déterminent pas les pdm hebdo
- Mais pas de détermination de marché pertinent ("pas nécessaire en entente")

# Théorie et contre-théorie peu discutées

## Scénario anticoncurrentiel : discrimination tarifaire ?

- Prix élevé en Eur.N / Plus bas en Eur du Sud ?
- Présence des différents opérateurs dans les différents pays
- Est-ce plausible ?

## Gains d'efficacité possible peu discutés

- Efficient clearing of the market pour un bien périssable (coûteux à stocker - doit être réfrigéré)
- Comm : "Cet argument suggère un lien entre QP et AP !"
- Très peu discuté : **Pas indispensable**. les consos n'en profitaient pas, etc.
- Par objet. Standard de preuve asymétrique

# Sanctions : Contexte économique pris en compte

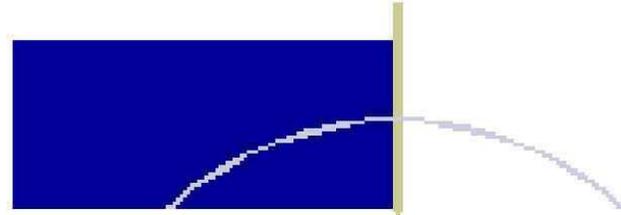
## Montant de base

Proportion des ventes 15% (+15% montant fixe)

## Circonstances atténuantes : 60% de réduction !

- Very specific regulatory regime
- La coordination porte sur les quotation prices

Chiquita : 0. Dole : 45M€ - Del Monte (Weichert) 15M€



## Séminaire Philippe Nasse

Les échanges d'informations

Etude de cas: l'affaire des palaces  
parisiens



# L'affaire des palaces parisiens

---

- **Origine de l'affaire:**

- En novembre 2001, l'émission « Capital » de la chaîne M6 diffuse un reportage sur le thème des palaces parisiens dans lequel il apparaît que les responsables commerciaux de ces établissements hôteliers se réunissaient régulièrement afin de s'échanger certaines données statistiques d'activité et s'entendaient sur certains tarifs.
- Le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de ces pratiques et a réalisé des opérations de visite et saisie dans six hôtels parisiens particulièrement réputés.

# L'affaire des palaces parisiens

---

- **Intérêt de cette affaire:**

- Le Conseil de la concurrence sanctionne un échange d'informations qui n'est pas l'accessoire d'une autre pratique anticoncurrentielle.
- A cette occasion, le Conseil de la concurrence a mené un examen détaillé des caractéristiques du marché en cause, de la nature des informations échangées et du fonctionnement de l'échange.
- Cette affaire constitue une **illustration concrète** des critères utilisés par les autorités de concurrence en matière d'échanges d'informations tels qu'ils ont été ultérieurement synthétisés dans les lignes directrices de la Commission européenne et l'étude thématique de l'Autorité de la concurrence.

# L'affaire des palaces parisiens

---

- **La délimitation du marché pertinent:**

- Le Conseil de la concurrence considère que **les six palaces parisiens concernés par les pratiques relèvent d'un marché distinct de celui des autres hôtels quatre étoiles** et ce, au regard:

- Des caractéristiques qualitatives des établissements (adresse prestigieuse, personnel nombreux et dédié, services annexes, restaurant de prestige, suites prestigieuses);
- De leur grille tarifaire traduisant leur niveau de prestations et leur prestige;
- Du prix moyen par chambre qui reflète leur capacité à vendre un grand nombre de nuitées à des prix très élevés;
- De la ville qui est le premier critère de choix des clients des hôtels.

# L'affaire des palaces parisiens

---

- **Le Conseil de la concurrence examine ensuite l'échange d'informations par le biais d'une analyse multicritères reprenant celle proposée par la CJCE dans l'affaire des *tracteurs anglais*.**
  - En premier lieu, le Conseil de la concurrence constate la **nature oligopolistique** du marché des palaces parisiens.
    - Les palaces ont allégué que leur nombre, 6, ne pouvait caractériser un oligopole.
    - Toutefois, le Conseil de la concurrence a relevé **que le nombre d'acteurs n'est pas un critère suffisant pour qualifier un oligopole**, en soulignant notamment que, dans l'affaire *des tracteurs anglais*, le nombre d'entreprises était de huit.

# L'affaire des palaces parisiens

---

- **Il a ainsi préféré tenir compte des conditions concrètes de fonctionnement du marché:**
  - la faible élasticité-prix,
  - la nécessité de soutenir une politique de prix élevée afin de se différencier du reste de l'hôtellerie de luxe,
  - les structures de coûts similaires,
  - les barrières élevées à l'entrée constituées par le coût d'achat et d'entretien d'un hôtel de prestige et le temps nécessaire à la constitution d'une image de marque,
  - la symétrie des positions des palaces.
- **Le Conseil de la concurrence en conclut que le marché des palaces parisiens est fortement concentré.**

# L'affaire des palaces parisiens

- En deuxième lieu, le Conseil de la concurrence examine le **caractère confidentiel** des informations échangées.
  - En l'espèce, les informations échangées étaient notamment relatives aux taux d'occupation, aux prix moyens par chambre et aux revenus par chambre disponible.
  - Selon les palaces, de telles informations étaient publiques car diffusées par des professionnels du secteur.
  - Le Conseil a cependant constaté que si des données sectorielles agrégées étaient effectivement diffusées, ce qui était déjà de nature à assurer une certaine transparence du marché, **seuls étaient en cause les échanges sur les performances et résultats individuels des palaces qui augmentent artificiellement la transparence sur le marché.**
  - Il en conclut que les palaces ont effectivement échangé **des informations nominatives et confidentielles qui ne sont accessibles ni aux clients ni au public en général.**
  - Cette décision illustre donc les distinctions que les autorités de concurrence sont amenées à faire pour déterminer si une donnée est ou non publique.

# L'affaire des palaces parisiens

---

- En troisième lieu, le Conseil de la concurrence examine le **caractère stratégique** des informations échangées.
  - Selon les palaces, les taux d'occupation, les prix moyens par chambre et les revenus par chambre disponible sont des moyennes qui ne permettent pas de surveiller les actions des concurrents en raison de la complexité des grilles tarifaires.
  - Cet argument est rejeté par le Conseil de la concurrence qui considère que les indicateurs hebdomadaires ou mensuels échangés permettraient justement de contourner la difficulté que constituerait un échange de données nombreuses nécessitant un travail d'interprétation important.

# L'affaire des palaces parisiens

---

- Surtout, le croisement de l'évolution du taux d'occupation avec les changements du prix moyens permettaient aux palaces de **décrypter aisément l'hypothèse où un palace est confronté à une baisse de la demande:**
  - Si, dans le même temps, il observe, par le biais des informations échangées, une baisse de la demande agrégée, il peut en déduire que la baisse est globale et n'est pas liée au niveau de ses prix.
  - Cependant, si la demande agrégée reste inchangée, cela signifie que les autres palaces ont baissé leurs prix ou se sont engagées dans d'autres stratégies d'augmentation de leur demande.

# L'affaire des palaces parisiens

---

- Plus encore, les évolutions du taux d'occupation et du prix moyen par chambre permettent **de suivre la stratégie mise en place par chaque palace** :
  - Si un palace connaît une baisse de son revenu moyen alors que son taux de remplissage est stable, cela signifie qu'il remplit mal ses suites ou pratique des rabais.
  - A l'inverse, si un palace maintient son revenu moyen mais connaît une baisse de son taux d'occupation, cela signifie qu'il refuse malgré tout de consentir des remises.
- En échangeant ces informations, **chaque palace était amené à dévoiler aux autres ses propres performances**: la transparence artificielle ainsi créée leur permettait de vérifier si l'appréciation de leurs comportements respectifs était juste et si l'un d'entre eux avait consenti une baisse des prix.
- L'échange d'informations en cause conduisait ainsi à une **surveillance des comportements** de chaque palace et à une **détection des comportement déviants**.
- Le Conseil de la concurrence en déduit, par conséquent, que **les informations échangées ont un caractère stratégique**.

# L'affaire des palaces parisiens

---

- En quatrième lieu, le Conseil de la concurrence a constaté que la mise en commun des informations en cause a entraîné une transparence artificielle du marché caractérisée par un équilibre collusif comme en témoigne la **convergence des évolutions du prix moyen des établissements**.
  
- **Au regard de ces éléments, le Conseil de la concurrence a conclu que l'échange de ces informations confidentielles et stratégiques était de nature à altérer l'autonomie commerciale de chaque palace, caractérisant de fait une pratique concertée contraire à l'article L.420-1 du Code de commerce.**

# L'affaire des palaces parisiens

---

- **Les sanctions prononcées dans cette affaire ont été relativement modestes**, environ 0,2% du chiffre d'affaires des entreprises en cause, pour deux raisons :
  - D'une part, l'échange d'informations en cause revêtait une gravité moindre que celle des ententes expresses sur les prix ou sur une répartition de marchés ou que celle d'un échange d'informations entre soumissionnaires à un marché public.
  - D'autre part, le dommage à l'économie ne pouvait être qualifié d'important dans la mesure où les clients des palaces consentent à payer des sommes très élevées pour les prestations offertes.
- Dans un arrêt du 26 septembre 2006, la **Cour d'appel de Paris** a confirmé l'analyse menée par le Conseil de la Concurrence dans cette affaire des palaces parisiens. Ce faisant, elle a montré son adhésion aux critères d'analyses retenus en matière d'échanges d'informations.

# WILHELM & ASSOCIÉS

70, Bd de Courcelles  
75017 PARIS

**Téléphone** : (33) (0) 1.53.93.92.30  
**Fax** : (33) (0) 1.53.93.92.31  
**E-mail** : cabwilhelm@wilhelmassociés.com