

Compte-rendu du séminaire DGTPE-Concurrence du 4 décembre 2008

« L'évaluation des dommages à l'économie »

Présidente : ANNE PERROT, vice-présidente du Conseil de la concurrence

Intervenants : ANTOINE WINCKLER, avocat, associé chez *Cleary Gottlieb Steen & Hamilton* à Bruxelles et à Paris

DAVID SPECTOR, professeur associé à l'Ecole d'économie de Paris et fondateur du cabinet de conseil MAPP, qui est intervenu à ce titre dans beaucoup d'affaires devant le Conseil de la concurrence et devant la Commission

1. Introduction

ANNE PERROT

Ce séminaire est consacré à l'évaluation des dommages à l'économie dans le cadre des procédures devant les autorités de concurrence. Les sanctions des pratiques anticoncurrentielles doivent s'appuyer sur un certain nombre de critères, dont l'évaluation du dommage à l'économie par les pratiques en cause. Cette évaluation des dommages n'est pas toujours facile.

En théorie, cette évaluation du dommage à l'économie devrait reposer sur la comparaison entre la situation présente, celle qui est consécutive à la pratique anticoncurrentielle, et une situation théorique, celle qui aurait prévalu si les entreprises n'avaient pas mis en œuvre cette pratique. Il n'est toutefois pas simple de délimiter les contours de cette situation théorique.

En 2007, un cas s'est présenté, celui d'une entente dans le secteur de la location et de l'entretien du linge. Il s'agissait d'entreprises qui, pour les hôtels et les restaurants, collectent le linge, le lavent, le repassent et le rendent. Ces entreprises se font concurrence pour la clientèle des hôtels, des hôpitaux, des restaurants... Dans ce secteur, il existe deux catégories de clients : les grands comptes (comme l'assistance publique des hôpitaux de Paris) et les petits comptes ; il s'agit alors d'un marché beaucoup plus fragmenté. Dans cette affaire, l'entente entre les parties portait sur la clientèle des grands comptes que les entreprises s'étaient réparties et sur lesquels elles s'étaient entendues. Aucune pratique du même type n'était observée sur le segment de marché des petits comptes. Les parties mises en cause avaient proposé de retenir comme *benchmark* concurrentiel la situation prévalant sur le segment des petits comptes. Toutefois, les mécanismes de formation des prix sur le segment des grands comptes et sur le segment des petits comptes étaient totalement différents et ce point de comparaison n'a pas été accepté par le Conseil de la concurrence.

Une autre méthode d'évaluation des dommages à l'économie consiste à prendre comme point de référence les périodes qui encadrent celle où ont eu lieu les pratiques. Il n'est pas simple de procéder de cette manière car il est difficile de déterminer à quel moment une pratique anticoncurrentielle commence et à quel moment elle se termine. Par ailleurs, beaucoup d'événements autres que les pratiques anticoncurrentielles peuvent affecter l'évolution des prix et des parts de marché. Certaines techniques permettent de s'affranchir de cette difficulté et de repérer ce qui, dans les évolutions de prix et de quantités, est imputable à la mise en place de pratiques anticoncurrentielles ou est imputable à des événements autres. Il s'agit des modèles à double différence qui permettent de s'affranchir des événements exogènes.

Enfin, des modèles économétriques structurels consistent à partir de la situation observée et à la modéliser comme le résultat d'un mécanisme de comportement anticoncurrentiel pour en déduire la situation qui aurait théoriquement prévalu en équilibre concurrentiel.

Toutes ces méthodes demeurent cependant très fragiles car les hypothèses sont souvent discutables. De plus, le dommage réel engendré par une pratique anticoncurrentielle sur l'économie peut être nul, par exemple car l'autorité de concurrence intervient avant que le dommage ne se manifeste : c'est le cas lorsqu'une autorité de concurrence intervient dans une pratique de prédation avant que l'entreprise prédatrice ait pu rentrer dans la phase de recouvrement des pertes.

Ces pratiques doivent toutefois être sanctionnées dans un objectif de dissuasion : il convient de sanctionner des pratiques anticoncurrentielles quand bien même elles n'ont pas engendré de dommage perceptible sur l'économie. Toutes ces questions sont souvent techniques et sophistiquées. Pour aborder ce sujet, deux intervenants, qui ont souvent été impliqués à des titres divers dans les discussions devant les autorités de concurrence, ont été retenus :

- David Spector, professeur associé à l'École d'économie de Paris et fondateur du cabinet de conseil MAPP, qui est intervenu à ce titre dans beaucoup d'affaires devant le Conseil de la concurrence et devant la Commission
- Antoine Winckler, avocat associé chez *Cleary Gottlieb Steen & Hamilton* à Bruxelles et à Paris.

2. Une comparaison entre la pratique communautaire et la pratique française

ANTOINE WINCKLER

De façon générale, les politiques de concurrence en Europe ont plutôt tendance à s'harmoniser, à aller vers des standards communs d'appréciation, vers un modèle très inspiré des enseignements de l'économie, vers un modèle qui s'attache surtout aux effets économiques. Il existe un domaine où cette convergence ne se produit pas et où le Conseil de la concurrence français est très en avance dans sa pratique. C'est le domaine de l'évaluation des dommages à l'économie pour la fixation des amendes.

Pour simplifier, la logique sous-jacente aux amendes comprend deux volets :

- Le volet « répression ». L'amende vise à imposer un coût en l'absence même de dommage pour prévenir l'apparition de pratiques infractionnelles. L'amende est ainsi un message pédagogique adressé à l'ensemble des acteurs du marché pour les dissuader de mettre en place des pratiques anticoncurrentielles.
- Le volet « réparation ». L'amende vise à réparer le dommage, non seulement le dommage pour les victimes mais également le dommage à l'économie dans son ensemble.

a) L'évolution de la pratique communautaire : les lignes directrices de la Commission de 1998 et de 2006

La pratique communautaire a évolué ces dernières années. En 1998, la Commission a défini des lignes directrices pour la fixation des amendes. Un changement a ensuite eu lieu en 2006.

Les lignes directrices de 1998 font apparaître une grande nouveauté : l'intervention d'un niveau forfaitaire d'amende. Le montant de base de l'amende est alors fonction de la gravité de la pratique infractionnelle. Si l'infraction est considérée comme très grave, le montant de

base doit être supérieur à 20 M€. L'idée d'un montant forfaitaire traduit une forme de parti pris. Ce parti pris consiste à dire que, lorsqu'il y a une infraction très grave, il faut qu'un montant forfaitaire minimum soit appliqué et ce indépendamment de l'effet concret de l'infraction. La définition de la gravité dans ces lignes directrices de 1998 est déjà une définition très formaliste. En particulier, est automatiquement considérée comme très grave une pratique d'entente qui porte sur les prix, les quantités ou les allocations de clientèle.

Dans ces lignes directrices, une phrase a fait couler beaucoup d'encre et a été à la base de beaucoup de contentieux. Dans la définition de la gravité, une phrase stipulait qu'il serait tenu compte de l'étendue géographique du marché affecté et de l'impact concret sur le marché, lorsque cet impact est mesurable. Beaucoup de contentieux sur les ententes a gravité autour de cette dernière notion. Peut-on mesurer l'impact concret d'une pratique infractionnelle ? La pratique de la Commission s'est avérée extrêmement restrictive, c'est-à-dire que, dans pratiquement tous les cas, les études d'impact économique n'ont pas été prises en compte. La Commission a considéré que le travail demandé par la mesure de l'impact concret est trop important et qu'on ne peut pas demander à un régulateur d'appliquer un critère aussi difficile à quantifier. Enfin, dans ces lignes directrices de 1998, ont été formellement introduites pour la première fois les notions de circonstances aggravantes et de circonstances atténuantes. C'est à ce niveau que l'analyse d'impact économique a été réintroduite. La Commission a en effet quelquefois accepté que l'absence de dommage à l'économie puisse constituer une circonstance atténuante.

Les lignes directrices de 2006 font apparaître des changements assez importants. Ces changements ne viennent pas d'une évolution théorique mais simplement d'une constatation pratique : la Commission voulait éviter le contentieux relatif à la mesure de l'impact concret des pratiques anticoncurrentielles sur l'économie. D'une part, le montant forfaitaire de 20 M€ disparaît. Le montant des amendes est désormais fonction du chiffre des ventes affectées par les pratiques anticoncurrentielles. La Commission a fait très attention aux formulations utilisées. Elle ne parle pas d' « *impact sur le marché pertinent* » et utilise une périphrase de manière à ne pas s'enfermer dans une obligation de détermination stricte du marché, en s'appuyant sur la notion de « *ventes affectées par les pratiques* ». Elle garde donc une certaine marge d'appréciation dans la définition du périmètre du dommage à l'économie. Le grand changement de 2006, qui donne plus d'acuité à cette conférence, est donc le fait que le niveau des amendes est potentiellement gigantesque. Les amendes atteignent depuis deux ans des niveaux très élevés (860 M€ d'amende pour Saint-Gobain – les chiffres qui circulaient avant la fixation de cette amende était encore supérieurs, atteignant 3 Md€). La gravité dépend essentiellement de la nature formelle de l'infraction. Les cartels de prix et de quantités sont les premiers visés.

b) La pratique française

En droit français, les critères essentiels du niveau des amendes, en dehors du seuil ultime de 10 % du chiffre d'affaires annuel du groupe d'entreprises, sont fixés par la loi. En particulier, trois critères sont pris en compte : la gravité des faits, l'importance du dommage causé à l'économie, la capacité à payer de l'entreprise.

Dans le secteur des gaz médicaux, il existe un cas communautaire et un cas français portant sur des comportements assez proches. Il s'agit d'un cas hollandais dans le cas communautaire, il s'agit d'un cas qui touche les hôpitaux dans le cas français. Les approches communautaire et française ont été significativement différentes.

Le cas communautaire concerne le marché du gaz liquide. C'est un cas de collusion entre concurrents, plus précisément un cas de collusion entre les plus gros acteurs du marché. Les

membres du cartel discutaient d'augmentations de prix mais ne discutaient pas de manière approfondie sur la mise en pratique des hausses de prix décidées par le cartel. Les discussions relevaient principalement de prix minimal, de tendance d'augmentation et de conditions tarifaires telles que les rabais. La Commission s'est penchée sur le critère du dommage à l'économie et a considéré qu'il était difficile de quantifier ce dommage (il était en particulier difficile de quantifier la différence entre le niveau des prix après la formation du cartel et le niveau des prix qui aurait prévalu en l'absence de cartel) et qu'il n'était pas nécessaire de le faire. La Commission part du présupposé consistant à dire que le cartel a eu un effet concret. Du côté communautaire, il y a donc un dommage quasi présumé, une approche très formaliste, une absence dans la plupart des cas d'une analyse du dommage à l'économie. L'analyse économique est réinjectée à un stade ultérieur de l'analyse, par exemple lorsque la Commission regarde les facteurs aggravants ou au contraire les facteurs atténuants.

La pratique française est différente. Le cas français des gaz médicaux le montre. Le Conseil de concurrence a mis en exergue une politique conjointe de prix, une répartition de clientèle suivant les zones de développement géographique et des mécanismes de surveillance. Le Conseil de la concurrence ne s'est toutefois pas arrêté à ce travail d'investigation. Les parties arguaient que la répartition des entreprises étaient « naturelle », que toutes ces entreprises n'étaient pas présentes de façon uniforme à travers le territoire, de telle sorte que les clients avaient un choix limité de fournisseurs. Ceci aurait, selon les membres du cartel, expliqué la répartition de clientèle. Par ailleurs, les parties avançaient que les décisions de prix au sein du cartel n'ont pas été mises en application. Le Conseil de la concurrence a constaté que le marché était caractérisé par une demande rigide, que l'élasticité prix était faible (point important car le dommage à l'économie est potentiellement plus important), qu'il y a eu des augmentations de prix et de marges très significatives consécutives aux discussions du cartel. Il souligne qu'il est très difficile d'avoir une approche totalement quantitative, faute d'avoir l'ensemble des données. Toutefois, l'évaluation qualitative va loin et s'intéresse à la taille du marché, aux parts de marché des entreprises et au niveau de captivité des hôpitaux.

La pratique française va plutôt du côté de la pédagogie car elle cherche à crédibiliser les amendes, en expliquant pourquoi l'amende est nécessaire et en justifiant le dommage à l'économie. La pratique de la Commission a pris le parti inverse, celui de la répression, quitte à provoquer l'incompréhension. Le Conseil de la concurrence distingue le dommage à l'économie et le dommage à la victime, sa démarche est plus détaillée et elle permet à ceux qui veulent se plaindre devant un tribunal civil d'avoir à la fois une méthodologie et un certain nombre de critères qui servent au juge *a posteriori*. Dans le parti du tout répressif communautaire, il manque cette dimension.

3. La définition économique du dommage à l'économie, l'importance de son évaluation dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence et les techniques d'évaluation.

DAVID SPECTOR

J'aborderai trois thèmes principaux :

1. Je donnerai la définition économique du dommage à l'économie, définition qui ne va pas de soi et qui est différente de l'acception rencontrée dans les décisions des autorités de concurrence.

2. A la lumière de ce que vient de dire Antoine Winckler sur le degré différent de prise en compte du dommage à l'économie au niveau communautaire et au niveau national, j'examinerai quelle devrait être le rôle de son évaluation dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence et dans la détermination du niveau des amendes.

3. Je conclurai qu'il serait souhaitable de prendre en compte le dommage à l'économie dans la fixation des amendes et je ferai un tour d'horizon des techniques mobilisées pour mesurer ce dommage à l'économie.

a) La définition économique du dommage à l'économie

Pour les économistes, la politique de la concurrence est justifiée dans son principe par l'idée que les pratiques anticoncurrentielles infligent un coût à l'économie dans son ensemble. Quand les économistes pensent à la notion de coût infligé à l'économie, c'est en général au travers de la notion de surplus social ou de surplus global, qui est défini comme la somme du surplus de tous les agents économiques : les victimes des pratiques anticoncurrentielles, les entreprises coupables de ces principes, les consommateurs, l'Etat... Ces notions sont définies de manière monétaire pour les agents directement économiques (l'Etat, les entreprises). Pour les consommateurs, l'analyse économique utilise une notion d'utilité que l'on peut traduire en équivalent monétaire à travers la notion de disponibilité à payer. Lorsque le prix d'un produit augmente, le dommage au consommateur est dû au fait qu'il y aura un transfert monétaire des consommateurs vers les entreprises. Certaines quantités qui auraient pu être consommées ne le sont pas. Dans le cas d'un abus d'exclusion qui empêche l'entrée d'une entreprise sur le marché et l'apparition de nouveaux produits, le dommage pour les consommateurs résulte du fait de ne pas disposer de ces nouveaux produits. Ce dommage se mesure par la somme que les consommateurs auraient été prêts à payer pour avoir ce produit qui, à cause de la pratique en cause, n'existe pas.

D'un point de vue théorique, il existe donc un moyen de traduire ce dommage en termes monétaires. En pratique, c'est souvent difficile à mettre en œuvre. D'une part, il est difficile de définir des liens de cause à effet et de définir une situation contrefactuelle. D'autre part, le dommage s'exerce parfois à court terme, parfois à long terme, notamment dans le cas d'abus d'exclusion. Il faut alors mettre en œuvre le concept théorique de valeur actualisée des effets.

Il y a une divergence importante entre le droit de la concurrence et une approche économique naïve qui voudrait réduire le droit de la concurrence, l'identifier à un examen de chaque pratique sur le surplus global. Lorsqu'on invoque le dommage à l'économie dans les décisions des autorités de la concurrence, il s'agit généralement du dommage infligé au consommateur et non le dommage infligé à l'ensemble de l'économie. L'impact d'une pratique sous le prisme du dommage au consommateur ou l'impact sous le prisme du dommage à l'économie dans son ensemble peuvent être différents. Par exemple, les autorités de concurrence considèrent que le dommage à l'économie est d'autant plus grave que la demande sur le marché est peu élastique. En effet, sur les marchés où la demande est peu élastique, les entreprises ont une incitation à fortement augmenter les prix car elles savent que la demande ne va pas diminuer. Le dommage subi par les consommateurs est donc important. Si l'on se place sous l'angle du surplus social, ce qui est la tentation spontanée de beaucoup d'économistes, la conclusion est différente. Lorsque la demande d'un bien est peu élastique, une hausse des prix aboutit à un transfert du consommateur vers les entreprises mais il n'y a aucun impact sur les quantités consommées. Il s'agit donc d'un simple effet de transfert et l'impact, en termes de surplus global de l'économie, est presque neutre. Les deux critères sont donc différents.

Lorsqu'il est invoqué dans la pratique décisionnelle, le dommage à l'économie correspond souvent au dommage subi par le consommateur, ce qui est cohérent avec un objectif de protection des consommateurs. Pourquoi les autorités de la concurrence ne retiennent pas comme critère celui du surplus global ? Ce choix se justifie tout d'abord par des considérations distributives : les consommateurs seraient plus « pauvres », plus vulnérables que les entreprises. Les autorités de la concurrence tiendraient compte de cette inégalité. Cette

justification est toutefois peu convaincante. Tout d'abord, elle n'est pas toujours vraie, il suffit par exemple de penser à l'affaire du cartel des palaces parisiens. D'autre part, et à titre principal, d'autres outils de redistribution sont plus appropriés que la politique de la concurrence pour combattre ces inégalités. Une autre justification de la prise en compte prioritaire du dommage des consommateurs a été avancée dans un article récent par le chef économiste de la DG Concurrence : les consommateurs sont souvent moins représentés, plus atomisés, et font donc moins valoir leurs points de vue et leurs droits. Il convient par conséquent de corriger ce biais en définissant un standard pour la politique de la concurrence qui favorise les consommateurs. Enfin, il est très difficile de mesurer le dommage à l'économie dans son ensemble. Il est impossible pour une autorité centrale de disposer de toute l'information sur les coûts des entreprises, de toute l'information sur les produits qui pourraient être fabriqués, de toute l'information sur les préférences des consommateurs pour des produits qui n'existent pas encore. Une autorité de la concurrence ne peut pas connaître tous les paramètres nécessaires au calcul de l'impact d'une pratique anticoncurrentielle.

Ces difficultés d'évaluation n'ont pas la même ampleur pour toutes les pratiques. Elles sont plus importantes pour les abus d'exclusion que pour les ententes. Les abus d'exclusion se traduisent en effet par une multitude d'effets à court terme et à long terme. Ces effets touchent par ailleurs une multitude d'agents. L'effet pour les consommateurs peut être différent à court terme et à long terme. Dans le cas des affaires de prédation : la baisse de prix bénéficie tout d'abord au consommateur puis, si l'opération de prédation réussit, intervient alors une hausse de prix : le dommage pour le consommateur est donc un effet à long terme que l'on n'observe pas en général. De plus, il est difficile d'évaluer l'effet sur les entreprises exclues. Les entreprises directement victimes de la prédation (c'est-à-dire les entreprises existantes évincées du marché) peuvent estimer le dommage subi. Mais beaucoup d'abus d'exclusion n'ont pas seulement pour effet d'évincer des entreprises existantes, elles ont aussi pour effet de dissuader des concurrents potentiels d'entrer sur le marché. C'est le cas des pratiques de renforcement des barrières à l'entrée (augmentation du coût de sortie des clients pour empêcher tout nouvel entrant de prendre pied sur le marché, instauration de clauses d'exclusivité...). Dans ces cas, des concurrents qui auraient voulu entrer sur le marché subissent un dommage. Ce dommage est égal au profit qu'ils auraient réalisé s'ils étaient entrés sur le marché. Il est très difficilement chiffrable. Pour une entente, les effets sont plus facilement observables car ils sont généralement antérieurs à la procédure.

b) L'importance de la prise en compte du dommage à l'économie dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence

En amont des questions techniques, on peut se demander si l'amende doit tenir compte du dommage à l'économie, c'est-à-dire se demander quelle approche est la plus justifiée, l'approche communautaire ou l'approche française. *A priori*, la réponse n'est pas si évidente. Après tout, toutes les ententes horizontales sont interdites. Elles sont illégales même si elles n'ont pas d'effet. Personne ne conteste sérieusement cela. Si l'objectif est de dissuader les ententes, la meilleure manière est d'infliger des amendes forfaitaires très élevées, forfaitaires au sens d'une indépendance vis-à-vis de l'impact réel des pratiques incriminées. L'amende presque infinie serait nécessaire pour compenser la faible probabilité de détection des ententes. En effet, pour qu'une amende soit dissuasive, il faut que le coût de se livrer à une entente (c'est-à-dire l'amende infligée) soit supérieur au bénéfice en tenant compte du fait que les ententes ne sont pas toujours détectées. Un article récent d'Emmanuel Combe et de Constance Monnier paru dans *Concurrences*¹ rappelle les ordres de grandeur auxquels a

¹ http://www.concurrences.com/article_revue_web.php3?id_article=13812

abouti la littérature économique sur ce sujet. En moyenne, les ententes augmentent les prix d'environ 30 % et la probabilité de détection d'une entente est de 15 %. Pour qu'une amende soit dissuasive, il faut donc qu'elle soit deux fois supérieure au chiffre d'affaires concerné par la pratique incriminée. Il faudrait même aller plus loin, de manière à dissuader les ententes qui augmentent les prix de plus de 30 %. Avec ce raisonnement, on en vient donc à préconiser des amendes aussi élevées que possible.

Cette approche a toutefois des limites. Tout d'abord, de telles amendes ont un coût pour l'économie, en particulier dans les périodes de restriction du crédit. De telles amendes affaiblissent l'entreprise condamnée, augmente le coût du capital pour cette entreprise, et diminue donc son incitation à investir. Un problème juridique se pose également, celui du principe de proportionnalité. Des amendes forfaitaires, indépendantes de l'effet réel de la pratique incriminée, posent donc problème.

De plus, la littérature économique et l'analyse des nombreux cartels qui ont existé dans le passé montrent que l'impact des cartels sur les prix est extrêmement variable. Au-delà du chiffre moyen de 30 %, on trouve des cartels qui n'ont aucun impact sur les prix. Antoine Winckler évoquait l'argument selon lequel, si les entreprises se réunissent, c'est pour gagner de l'argent. Ce n'est pas toujours le cas, certains cartels ne fonctionnent pas. Inversement, certaines ententes fonctionnent très bien et augmentent les prix de 100 %, voire au-delà. Il apparaît donc nécessaire d'évaluer l'impact pour tenir compte de cette variété. On peut le faire au moyen d'analyses économétriques mais aussi parfois au moyen d'analyses plus qualitatives.

Enfin, l'existence des poursuites civiles, qui se fondent sur le dommage subi par les victimes, ne justifie pas à mon sens le fait que les autorités de concurrence ne tiennent pas compte du dommage. Une jurisprudence récente a validé, pour une entreprise accusée d'entente, la défense consistant à dire que le plaignant n'a pas subi de dommage car il a pu transmettre la hausse de prix à ses clients (« *passing on defence* »). Par ailleurs, le projet de *class actions* à la française n'a pas abouti. Pour l'instant, il n'y a pas d'actions de groupe. L'absence de recours collectif et la validation de la « *passing on defence* » conduisent à la faible prise en compte du dommage à l'économie dans les procédures civiles. Dès lors, il est très difficile pour le client intermédiaire de faire valoir son dommage à cause de la « *passing on defence* » et très difficile également pour les consommateurs finaux, qui sont très atomisés, de faire valoir leurs dommages à cause de l'absence de *class actions*. Cela signifie que, s'il y a un niveau où il faut prendre en compte le dommage à l'économie, c'est au niveau des autorités de concurrence.

c) Les techniques d'évaluation du dommage à l'économie.

Il convient tout d'abord d'expliquer pourquoi l'impact des ententes est variable. Pourquoi ont-elles parfois un impact très faible ? Il y a un cas où l'entente a peu de chances de fonctionner, c'est lorsqu'il y a un phénomène de vases communicants, dû au fait que les entreprises qui s'entendent vendent plusieurs produits de manière liée et ne s'entendent que sur le prix d'un produit. C'est notamment le cas dans une affaire récente qui est en cours devant la Commission. Il s'agit d'un cas d'entente entre compagnies aériennes. Cette entente porte sur des suppléments payés par les clients sur les billets d'avion. Ce supplément vise à tenir compte de l'évolution des coûts du carburant et s'ajoute au prix du billet. Dans ce cas, il va y avoir un phénomène de vases communicants entre le produit soumis à l'entente (le supplément) et le produit lié (le billet d'avion) qui n'est pas soumis à l'entente. Une telle entente a donc de fortes chances d'être annulée par une concurrence accrue sur le produit de base. Naturellement, il y a un certain nombre de conditions nécessaires pour que cela soit le cas. Il faut avant tout que cette flexibilité à la baisse du prix du produit de base soit possible

de manière à compenser l'entente portant sur le prix du produit lié. Ceci requiert que plusieurs hypothèses soient vérifiées : pour que la flexibilité à la baisse existe, il faut que ces prix ne soit pas définis à l'avance dans des contrats de long terme ; il ne faut pas non plus qu'il y ait de prix de plancher ; il faut également qu'il n'y ait pas d'entente sur le produit de base lui-même.

Ce phénomène de vases communicants peut également jouer un rôle pour des produits qui ont des tarifications complexes (c'est le cas du secteur de la téléphonie : prix du forfait, prix des communications hors-forfait, prix des SMS...). Une entente sur une partie du prix (prix du SMS par exemple) pourrait avoir tendance à être annulée sur d'autres parties du prix qui ne font pas l'objet d'une entente. Un autre cas dans lequel les ententes ont un impact imparfait est le cas des marchés bifaces : un impact sur un côté du marché peut être annulé en tout ou partie sur l'autre côté du marché.

Enfin, si les ententes ont un impact incertain, c'est qu'il peut souvent exister des incitations unilatérales à ne pas respecter l'entente. Lorsque les paramètres sont peu transparents (prix, parts de marché, répartition de clientèle), il peut y avoir une incitation de chaque entreprise à ne pas respecter l'entente pour augmenter son profit à court terme. Ceci est fréquemment observé dans la pratique : dans beaucoup de dossiers, certaines pièces démontrent que les prix fixés par les membres du cartel ne sont pas ceux prévus, et, dès lors, les entreprises s'accusent mutuellement de ne pas agir conformément aux règles établies par le cartel. Ces dossiers sont souvent ceux qui donnent la plus grande production de pièces à charge. Les cartels « heureux » ne donnent pas forcément lieu à beaucoup de récriminations. Il peut donc y avoir un risque de répression inversement proportionnelle à la gravité des faits si l'ampleur des contacts entre les membres du cartel constitue le principal critère pour les autorités de concurrence.

Il est donc pertinent de mesurer l'impact des ententes. C'est un domaine dans lequel l'analyse économique a beaucoup progressé. Un article récent de Joseph Harrington intitulé *Detecting cartels*² fournit un panorama de la littérature empirique sur cette question. Il résume les conclusions de nombreux articles. Il s'agit d'une branche très vivante de l'économétrie. Il existe deux grandes catégories de techniques. Certaines aboutissent à une caractérisation binaire : y a-t-il eu, oui ou non, collusion effective ? La collusion a-t-elle eu un impact ? D'autres techniques permettent une quantification précise de l'impact sur les prix. Parmi les techniques binaires, on peut distinguer :

- Les techniques qui détectent les anomalies dans les réponses aux appels d'offre. Ces techniques permettent de déceler les appels d'offre truqués.
- Les techniques qui analysent les discontinuités dans les séries de prix, de manière à déceler des dynamiques de prix propres aux cartels.
- Les techniques qui analysent les relations entre les coûts et les prix.
- Les techniques qui analysent la dispersion des prix.

Parmi les techniques de quantification, la méthode la plus rigoureuse est celle des doubles différences.

Les techniques binaires sont donc les suivantes :

- Détection d'anomalie dans les appels d'offre. Les entreprises peuvent s'entendre pour se partager les appels d'offre. Elles définissent à l'avance un gagnant, les autres entreprises soumettant alors des faux appels d'offre pour donner l'apparence de la concurrence. Dans un

² <http://ideas.repec.org/p/jhu/papers/526.html>

appel d'offre normal, on s'attend à ce que le prix proposé par un offreur dépende du coût de la prestation, à la fois pour le gagnant et pour ceux qui ne gagnent pas. Dans un appel d'offre truqué, ce lien entre coût et prestation existe pour le gagnant (même si c'est un prix de monopole), mais il n'existe pas pour les entreprises qui soumettent des faux appels d'offre. Cela peut se vérifier empiriquement. Il y a toutefois un bémol et cette technique a ses limites. Dès lors que les entreprises savent que les autorités de concurrence ont recours à ces techniques, elles peuvent adopter un comportement sophistiqué et se mettre à truquer plus intelligemment leurs appels d'offres de façon à ne pas être détectées. Ce sont donc des techniques qui ont une durée de validité limitée, dès lors qu'elles sont connues.

- Présence de discontinuité dans les prix. La théorie économique prédit, pour les cartels, une alternance entre deux régimes : des périodes stables avec des prix élevés suivies par des périodes de prix bas. Ce sont des périodes au cours desquelles une entreprise, pour s'adapter à une demande plus basse ou pour s'adapter à un choc de coût, a baissé ses prix. Les autres entreprises ne savent pas si cette baisse de prix est due à une volonté de tricher ou à une perception d'une demande plus basse. Dans l'incertitude, il y a une période de guerre des prix. Cela donne des changements de régimes très caractéristiques. On peut essayer de les détecter, surtout dans les cas où ces discontinuités ne sont pas attribuées à des chocs exogènes affectant la demande ou les coûts.

- Lien entre les coûts et les prix. Dans un marché très concurrentiel, les prix sont déterminés par les coûts marginaux : lorsque les coûts marginaux varient, les prix suivent ces fluctuations de manière ample et rapide. Dans un marché collusoire, les prix dépendent des coûts mais aussi de la disponibilité à payer des clients et donc les chocs de coûts se répercutent plus vite et avec plus d'ampleur dans les marchés concurrentiels. Cela donne lieu à deux types d'analyses. La première analyse est une mesure de l'élasticité absolue des prix aux coûts. Si l'on observe sur un marché que les prix réagissent peu, c'est le signe d'une entente qui fonctionne bien. On peut raffiner en comparant l'élasticité des prix aux coûts entre une période marquée par une entente et une période sans entente ou en comparant l'élasticité des prix aux coûts pour des produits similaires, l'un étant caractérisé par une entente, l'autre non.

- Une analyse de la dispersion des prix. La théorie économique prédit que les prix sont plus dispersés dans un marché concurrentiel que dans un marché collusoire. Cette notion de dispersion concerne aussi bien la dispersion des prix entre les clients, la dispersion des prix entre les offreurs que la dispersion des prix dans le temps. L'homogénéité des prix des entreprises est mentionnée par les autorités de concurrence comme l'indice d'un dommage à l'économie. Pourquoi est-ce le cas ? Une forte dispersion rend difficile la surveillance des prix nécessaire au bon fonctionnement d'une entente (au moins dans le cas des ententes sur les prix, le cas est différent pour les ententes de parts de marché ou de partage de clientèle). En effet, si l'entente consiste à définir des grilles de prix, il y a une limite à la complexité de ce qui peut être défini en commun. Si l'on observe des prix qui diffèrent d'un client à l'autre et d'un produit à l'autre, c'est peu compatible avec l'idée qu'une grille de prix assez simple a été définie par un cartel. Il est possible de s'appuyer sur une étude de la dispersion absolue ou sur une étude de la dispersion relative selon les périodes, selon les produits ou selon les zones géographiques pour distinguer les marchés affectés par une entente des marchés concurrentiels. On peut raffiner cette analyse pour des ententes qui portent sur des prix plancher. Dans ce cas, la fixation d'un prix plancher se traduit généralement par la concentration des prix autour de ce prix minimum.

Ces techniques binaires sont utiles mais n'aboutissent pas à une évaluation quantitative de l'impact de la pratique litigieuse. La méthode des doubles différences permet une telle quantification.

L'examen du niveau absolu des marges est insuffisant. La concurrence peut donner lieu à des niveaux de marge très élevés pour des raisons qui n'ont rien à voir avec une entente : par exemple, lorsque les produits sont très différenciés, lorsqu'une entreprise a un avantage de coût sur ses concurrents ou lorsqu'il existe des coûts de migration très importants. Ces raisons peuvent donner du pouvoir de marché en l'absence d'entente.

Les autorités de concurrence cherchent à isoler l'impact de l'entente sur les prix, à l'isoler de tous les autres facteurs pouvant expliquer les différences de prix. Des régressions linéaires permettent de déterminer l'impact de facteurs tels que les coûts ou encore la demande sur les prix. Ces analyses économétriques visent à intégrer le maximum de paramètres possibles pouvant affecter le niveau des prix pour isoler l'impact du facteur qui nous intéresse : l'existence d'une entente sur le marché.

Un raccourci donne un résultat plus satisfaisant qui permet de limiter les difficultés des analyses économétriques : il s'agit des différences de différences (ou doubles différences). Il faut par exemple comparer deux périodes, une période marquée par une entente, une autre marquée par une absence d'entente, et comparer deux produits, un produit marqué par une entente pendant la période en cause, un produit marqué par une absence d'entente. On compare ainsi l'évolution des prix entre deux périodes et entre deux produits (d'où le nom de double différence). L'idée sous-jacente est d'avoir deux produits dont on connaît l'évolution relative des prix en l'absence d'entente. On compare ensuite l'évolution des prix au cours de la période marquée par l'entente et au cours de la période marquée par l'absence d'entente, et on attribue alors à l'entente la partie de l'évolution relative des prix qui ne correspond pas à l'évolution normale. En somme, on définit donc un groupe de contrôle non concerné par l'entente et un groupe de traitement concerné par l'entente, et on affirme alors que l'impact de l'entente est la partie de la variation des prix qui ne correspond pas à l'évolution « normale ».

Ces études en double différence sont souvent soumises aux autorités de concurrence. Elles soulèvent deux types de difficulté. Le premier problème c'est la définition de la période de référence, ces techniques supposent qu'il existe une période d'entente et une période marquée par l'absence d'entente. Il faut être sûr qu'il n'y avait pas d'entente pendant la période de référence. « L'absence de preuves ne vaut pas preuve d'absence » : c'est le reproche souvent exprimé par les autorités de concurrence. Le deuxième problème est le choix du modèle économétrique. Les études économétriques visent à prendre en compte les facteurs pouvant avoir un impact sur les prix mais il y a beaucoup de manières de procéder (impact sur le niveau absolu, impact en pourcentage, impact différencié suivant les produits, impact uniforme sur tous les produits concernés, impact uniforme selon les clients...). Ces modèles économétriques différents donnent des estimations différentes de l'impact de l'entente.

La solution à ce dernier problème est le développement de règles de bonne conduite pour la présentation des études économétriques. Un projet est en cours au sein de l'équipe du chef économiste de la DG Concurrence pour faciliter l'appréhension des expertises soumises aux autorités de concurrence par les entreprises incriminées. Ce projet énonce des principes généraux tout à fait nécessaires. Le soupçon qui pèse sur les entreprises incriminées est qu'elles réalisent de nombreuses analyses différentes pour ensuite présenter aux autorités de concurrence celle qui les arrange le mieux. La manière d'atténuer ce problème est d'exiger une justification des hypothèses retenues, justification au regard de ce que l'on sait sur le fonctionnement général du secteur. Il convient également d'exiger un grand nombre de variantes du modèle pour tester la robustesse des résultats. L'analyse la plus convaincante est celle qui fournit de nombreuses variantes dont la plupart vont dans le même sens. Certains tests économétriques permettent de classer la pertinence des différents modèles, il faut mettre en œuvre ces différents tests pour expliquer aux autorités de concurrence pourquoi tel modèle est plus pertinent qu'un autre. Le projet de la DG Concurrence est important pour une prise en compte plus importante du dommage à l'économie au sein du Conseil de la concurrence.

4. Échanges avec la salle

FRANCIS AMAND, DGCCRF

Il est manifeste que toutes les autorités de concurrence augmentent, depuis des années, les montants des sanctions. A quoi est dû cet accroissement du montant des sanctions année après année ? Est-il dû à un renforcement du rôle punitif des amendes ? Est-il dû au fait que les dommages à l'économie des pratiques sanctionnées sont plus importants ? Est-il dû à une amélioration de l'évaluation du dommage à l'économie, nonobstant toutes les difficultés liées à cette évaluation ? Est-il dû à une augmentation du coefficient multiplicatif lié au taux de détection (autrement dit à une détection moins efficace des pratiques anticoncurrentielles) ? A quoi peut-on attribuer le *trend* croissant dans les sanctions ?

ANNE PERROT

Plusieurs raisons peuvent expliquer le *trend* croissant dans les sanctions. Il y a tout d'abord un phénomène d'apprentissage de la part des autorités de concurrence qui réfléchissent sur la nature dissuasive que doivent prendre les sanctions. L'idée de base est que les entreprises retirent des profits supra-concurrentiels lorsqu'elles mettent en œuvre des comportements d'entente. La sanction doit tenir compte du fait que ces cartels ne sont pas détectés avec une probabilité de 100%. Par conséquent, dans l'élaboration de la sanction, pour qu'elle soit incitative, elle doit tenir compte à la fois du différentiel entre le profit non concurrentiel et le profit concurrentiel et de la probabilité de détection. Il convient donc de diviser ce différentiel par la probabilité de détection pour obtenir le montant de l'amende. Certaines études montrent que la probabilité de détection d'un cartel tourne autour de 15%. Nous n'avons pas ce chiffre en tête il y a quinze ans. Ceci peut fournir une première explication au *trend* croissant des sanctions.

La deuxième explication provient de la littérature dans le domaine « *law and economics* ». Cette littérature explique qu'il y a un échange d'informations grâce à la répétition des interactions entre les autorités de concurrence et les entreprises. Autrement dit, les autorités de concurrence apprennent peu à peu à identifier à qui elles ont affaire (c'est-à-dire à des entreprises dont la nature est de se comporter de manière illicite ou non). Cette littérature met l'accent sur le fait qu'il n'est pas optimal, dans des situations où la nature des acteurs n'est pas parfaitement connue et observable par les autorités de concurrence, d'infliger d'emblée des sanctions fortes. Les sanctions doivent au contraire tenir compte de la répétition des pratiques. Ces modélisations donnent donc un fondement microéconomique à l'augmentation des sanctions au fur et à mesure de la répétition des pratiques.

DAVID SPECTOR

Pour expliquer l'augmentation progressive du niveau des sanctions, il faut également prendre en compte une évolution institutionnelle et idéologique de long terme. La montée en puissance de la politique de la concurrence et une plus grande acceptabilité sociale et politique rendent aujourd'hui possible d'infliger de fortes amendes.

FRANCIS AMAND, DGCCRF

Si l'on fait l'hypothèse que le perfectionnement de l'analyse économique permet de bien évaluer le dommage à l'économie, il est possible de taxer correctement ce dommage. Quel est alors le sens de réparer par ailleurs le dommage subi par certains des clients ? En effet, si l'économie dans son ensemble a été réparée et si, par ailleurs, on répare ensuite des personnes

particulières, ces personnes ne sont-elles pas réparées deux fois, une fois par la voie de l'amende infligée à l'entreprise incriminée, une deuxième fois par la voie civile ?

DAVID SPECTOR

Effectivement, on punit deux fois. Mais, un certain nombre de personnes considèrent qu'il faudrait même punir plus de deux fois. Par exemple, aux Etats-Unis, existe au civil le principe des dommages triples. Ceci se justifie pour des raisons d'efficacité de la dissuasion. En effet, la probabilité de détection n'étant pas égale à 1, si l'on ne fait que récupérer le profit indu, il reste pour les entreprises une incitation très forte à s'entendre. De ce point de vue, la redondance entre civil et pénal est plutôt justifiée.

FRANCIS AMAND, DGCCRF

Dans le cadre d'une évaluation du dommage à l'économie par comparaison, on dispose d'une situation dont on estime qu'elle est concurrentielle et on la compare à une situation supposée anticoncurrentielle. Mais ne faut-il pas tenir compte des coûts d'organisation de la concurrence ? La concurrence a en effet un coût, notamment le fait qu'il faut s'assurer contre les prises de position commerciales des concurrents. Par ailleurs, ne faudrait-il pas regarder dans un plus long terme ce que les entreprises font des rentes qu'ils ont prélevées ? Si les rentes sont réinvesties dans d'autres domaines, faut-il véritablement punir la pratique anticoncurrentielle ?

DAVID SPECTOR

La concurrence a comme avantage d'augmenter les quantités par la baisse des prix, de donner plus d'incitation à l'innovation et, de manière plus générale, d'empêcher les entreprises de « dormir sur leur lauriers ». Toutefois, la concurrence a des coûts bien connus, en particulier la duplication des coûts fixes. Par ailleurs, la concurrence donne parfois lieu à des guerres de prix qui réduisent les profits et même les salaires. Ces arguments étaient avancés avant la deuxième guerre mondiale pour justifier des restrictions de concurrence. Ce fut le cas aux Etats-Unis sous Roosevelt au début du *New Deal*. Entre 1933 et 1935, pour éviter la dépression, le *National Industrial Recovery Act* (NIRA) visait à limiter la concurrence dans l'industrie, en autorisant les ententes. Les protestations très vives ont conduit à l'annulation du *National Industrial Recovery Act* par la Cour Suprême. Ce fut également le cas dans beaucoup de pays d'Europe et notamment en France : en 1935, un projet de loi visant à autoriser les ententes dans certains cas n'a pas été voté par le Sénat. De manière générale, l'expérience a plutôt montré que, en moyenne, les dommages liés à l'absence de concurrence sont supérieurs aux bénéfices qui existent parfois et qui conduisent à ne pas préconiser de politiques limitant les ententes. Mais ce qui est vrai dans certains cas n'est pas vrai en moyenne. On pourrait dire qu'il faudrait tenir compte des cas dans lesquels cet argument est vrai par une approche plus fine. C'est un argument qui a sa pertinence et qui va dans le sens d'une limitation des amendes forfaitaires gigantesques.

PASCAL DECHAMPS, CONSULTANTE CRA INTERNATIONAL

Est-ce que la quantification du dommage est vraiment le point sur lequel les autorités de concurrence doivent se focaliser dans le cas particulier des cartels pour lesquels l'infraction est avérée ? Est-ce une bonne utilisation des ressources des autorités de concurrence que de

tenter d'évaluer les dommages à l'économie, plutôt que d'essayer de détecter plus d'infractions par exemple ? Cette utilisation des ressources est-elle optimale ?

ANNE PERROT

Comment les autorités de concurrence doivent prioriser leurs actions ? C'est évidemment une chose à laquelle le Conseil de la concurrence réfléchit. Il est fondamental de mettre des ordres de priorité sur l'ensemble des actions que les autorités de la concurrence doivent mener. Mais les autorités de la concurrence n'ont pas toujours les moyens de faire ça car elles sont obligées de tout traiter. Par ailleurs, des sanctions non dissuasives ont tendance à décrédibiliser tout ce qui peut être fait par ailleurs. Il est donc tout de même important de procéder à une évaluation des dommages de manière à infliger des amendes dissuasives et crédibles. Cette utilisation des ressources reste très importante.

5. Étude de deux cas.

- a) Premier cas : un cas d'entente entre des entreprises de nettoyage répondant à des appels d'offre émis par l'office des HLM de Mayenne.

ANNE PERROT

Le premier cas est un cas d'entente entre des entreprises de nettoyage qui répondent à des appels d'offre émis par l'office des HLM de Mayenne. A l'issue d'un appel d'offre, l'office des HLM de Mayenne a découvert que les prix proposés par les soumissionnaires étaient en moyenne de 22 % supérieurs à l'estimation administrative du prix du marché. Il a par ailleurs découvert que les prix des trois lots qui avaient changé de titulaire à l'issue de cet appel d'offre étaient de 58 % supérieurs aux prix de l'appel d'offre précédent. L'instruction a mis en évidence l'existence de pratiques d'offres de couverture et a montré que les prix des offres de l'un des prestataires se déduisaient, pour chacun des lots, des prix d'une autre entreprise suivant la même formule linéaire. Au moment de l'évaluation du dommage, les entreprises incriminées se sont défendues en évoquant notamment une amélioration de la qualité de prestation à l'origine de la hausse des prix, ce que l'estimation administrative n'aurait pas pris en compte. Un grand nombre d'arguments ont par ailleurs été discutés : le fait que la demande est inélastique, le fait que la clientèle est dépendante et enfin le fait que la hausse des prix initialement payée par l'office des HLM de Mayenne a été répercutée sur les locataires (ce qui renvoie encore à la notion de *passing on defence*).

ANTOINE WINCKLER

Tout d'abord, il s'agit là encore d'une analyse très fouillée et très en contraste avec ce qui peut se faire actuellement au niveau communautaire. Une partie de la discussion sur le dommage ou l'existence du dommage semble limitée du fait que l'instruction a démontré des applications effectives, répétées et nombreuses des augmentations de prix, ce qui enlève les doutes sur l'existence d'impact réel. Il convient par ailleurs de remarquer que cette décision du Conseil de la Concurrence fait explicitement référence à la jurisprudence du Tribunal de première instance dans le cadre d'un cas communautaire (l'affaire des lysines). On peut se demander en l'occurrence si ce renvoi est justifié compte tenu de la différence de standard entre la loi française et les lignes directrices de la Commission.

DAVID SPECTOR

Ce qui est assez frappant dans cette décision, c'est le soin qu'a pris le Conseil de la concurrence pour contester les hypothèses retenues par les parties pour arguer de l'absence d'impact de l'entente. Il est en effet arrivé dans certaines décisions passées que cette réfutation soit plus lapidaire. Elle est ici très argumentée. En particulier, une grande partie de la discussion porte sur la définition du contrefactuel, du point de référence non collusoire permettant de mesurer l'éventuel impact de l'entente. Ainsi, une des entreprises incriminées a comparé, pour certains lots, le prix pratiqué sur le marché litigieux avec le prix pratiqué à une autre période. Le Conseil de la concurrence a souligné que la comparaison n'était pas pertinente à cause d'un changement de périmètre entre les différents marchés. Un autre point de comparaison a été proposé par les parties : il s'agissait de comparer le marché litigieux avec un marché géographiquement distinct. Le Conseil de la concurrence a cette fois estimé que chaque marché était autonome et que la comparaison n'était donc pas pertinente. Dans ce cas, on aurait peut-être aimé plus de justifications de la part du Conseil. En effet, on peut se demander jusqu'où la partie en cause devait aller pour justifier de retenir des marchés géographiquement différents et de les considérer comme comparables. A l'inverse, jusqu'où devait aller le Conseil pour justifier le fait que cette comparaison n'était pas pertinente ?

Anne Perrot a rappelé que la victime directe, l'office des HLM de Mayenne, avait répercuté le surcoût sur les locataires. Dans la décision, ceci est présenté comme une circonstance aggravante. Il faudrait donc parler de « *passing on offence* » plutôt que de « *passing on defence* ».

Enfin, l'exemplarité de la pratique est présentée comme une circonstance aggravante. Il est dit que l'importance du dommage dépasse le seul marché pertinent en raison de l'exemplarité de la pratique mise en œuvre par l'opérateur dominant. L'argument me semble difficile à comprendre. Une entente est normalement secrète à la différence d'une prédation par réputation. S'agit-il d'une exemplarité au sens d'une facilitation d'une entente sur d'autres marchés ? Ceci aurait un sens dans la mesure où la littérature montre qu'il est plus facile de s'entendre simultanément sur plusieurs marchés, les compensations d'un marché à l'autre étant en effet facilitées ainsi que les représailles.

ANNE PERROT

Dans les ententes pour les marchés publics, il est très souvent question d'exemplarité, mais dans un sens un peu différent. Les marchés publics sont des exemples qui sont observés par beaucoup d'acteurs. Ce qui s'y passe sert de référence pour la mise en œuvre de procédures d'enchères, de mise en concurrence des entreprises...

b) Deuxième cas : cas d'une entente entre des déménageurs.

ANNE PERROT

Ce deuxième cas est une entente assez classique entre des déménageurs. Dans cette affaire, les déménageurs incriminés s'entendaient, faisaient des devis de complaisance et des offres de couverture, se répartissaient les clients, s'échangeaient du papier à en-tête, faisaient des devis pour les autres... L'entente a duré 3 ans : entre 2003 et 2005. Le cartel faisait intervenir 60 % des acteurs du marché. Quand l'entente portait sur les prix, elle portait sur une partie des prestations seulement : les déménageurs s'entendaient sur des prestations annexes telles que la prestation de garde-meuble ou les assurances. Il ne s'agit donc pas d'une entente sur le prix de l'ensemble des prestations (en particulier les entreprises ne s'entendaient pas sur le prix du déménagement lui-même). Dans une affaire d'entente entre compagnies aériennes, les

compagnies s'étaient entendues pour répercuter les hausses du prix du carburant de manière concertée (l'entente portait simplement sur le supplément au billet correspondant à la répercussion des hausses du prix du carburant). Dans ce cas, il convenait de se demander si, par un effet de vases communicants, l'entente n'était pas compensée par un comportement antagoniste sur le prix des billets. Ce type d'analyse s'applique-t-il à ce cas ? En outre, il est mentionné dans la décision que certaines des entreprises du cartel ont fait valoir que les hausses auxquelles elles ont individuellement procédé étaient plus faibles que ce qui avait été convenu. Elles avançaient alors l'argument selon lequel l'individualisation des sanctions impliquerait que leur amende soit moindre.

ANTOINE WINCKLER

La question de la faute collective constitue un vrai problème de droit qui a été mis de côté au niveau européen par le tribunal de première instance. Mais c'est une question qui sera soulevée de façon régulière. Cela pose en effet un problème juridique. Dans quelle mesure, si on croit au principe général d'individualité des sanctions, peut-on faire porter à une entreprise une amende dont le montant dépend d'un comportement qui lui est étranger ? La réponse à cette question n'est pas facile.

ANNE PERROT

Dans cette affaire, les entreprises ne sont pas étrangères à l'entente, elles ont participé aux discussions mais leur argument consiste à dire qu'elles ont moins augmenté les prix que ce qui était prévu par l'entente. Que doit-on faire de cet argument ? Si l'on considère que la participation à une entente fait subir en soi un dommage à l'économie, alors l'autorité de concurrence ne devrait pas tenir compte de tels arguments.

DAVID SPECTOR

On est dans une situation intermédiaire où on observe un suivi partiel des prix convenus. La situation n'est pas confortable. Au paragraphe 265, la décision cite un arrêt du tribunal de première instance. Dans cet arrêt, pour répondre à une entreprise qui affirme que ses prix n'ont pas beaucoup augmenté, le tribunal explique que « *le comportement effectif que prétend avoir adopté une entreprise est sans pertinence aux fins de l'évaluation de l'impact d'une entente sur le marché, seuls doivent être pris en compte les effets résultant de l'infraction dans son ensemble* »³.

L'une des questions principales posées de cette affaire est le phénomène de vases communicants. Il faut se poser les questions suivantes. Les prestations de déménagement et de garde-meuble sont-elles séparables ? Le prestataire de service du garde meuble est-il forcément le même que le prestataire de service du déménagement ? Existe-t-il des cas dans lesquels la prestation de garde-meuble est vendue indépendamment de la prestation de déménagement ? Aucun élément dans la décision ne permet d'avoir une idée très claire sur ces questions. Mais, effectivement, en fonction des réponses à ces questions, le problème du phénomène de vases communicants peut se poser.

³ Arrêt du Tribunal du 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission, T-224/00, Rec. p. II-2597, point 167

ANNE PERROT

L'argument n'a pas été mis en avant pas les parties. C'est pour cette raison qu'il n'a pas été discuté.