



The Global Competition Law Centre Working Papers Series

GCLC Working Paper 01/09

**Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une
approche scénarisée**

Nicolas PETIT

Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée

Nicolas PETIT*

*“Another sort of mischief, of course, is the government itself – or, rather, firms’ efforts to use the coercive powers of government for their own advantage against their rivals”.*¹

I. Introduction

En juin 1999, un collectif de 240 économistes adresse au Président CLINTON une lettre au contenu alarmant.² Pilier de la célèbre croissance entrepreneuriale américaine, la concurrence libre serait menacée par le risque croissant d’invocation stratégique du droit *antitrust*. Sujettes à une concurrence toujours plus vigoureuse, nombre de firmes américaines auraient renoncé à se battre sur le terrain commercial ou industriel, en améliorant leurs produits ou en diminuant leurs prix. Pour répondre aux agressions concurrentielles de leurs rivales, elles sollicitent illégitimement la protection des autorités *antitrust* américaines. Et ces dernières, négligeant de s’intéresser aux motifs *stratégiques* de ces demandes, avantageraient des firmes inefficaces, et désavantageraient leurs rivales efficaces. Le droit *antitrust* serait donc instrumentalisé, détourné de sa finalité.

Les raisons d’une telle évolution sont en vérité évidentes. Comme toute autre décision industrielle ou commerciale, la décision juridique (celle d’introduire une plainte contre une entreprise concurrente, par exemple), est guidée par la théorie élémentaire de l’utilité espérée : toute entreprise rationnelle cherche à maximiser son profit. Dès lors, dans chaque prise de décision, l’optimisation et la maximisation du profit est la règle à suivre. Et, à ce compte, il est tout à fait envisageable que le profit tiré d’une décision juridique dépasse le profit atteint par une décision commerciale ou industrielle.³

* Chargé de cours, Faculté de droit, Université de Liège, co-directeur de l’Institut d’Etudes Juridiques Européennes (www.ieje.net), collaborateur, Howrey LLP. L’auteur tient à remercier E. FEGATILLI, E. PROVOST et L. RABEUX pour leurs utiles commentaires.

¹ Voir MILLER (J.), PAUTLER (P.), “Predation: The Changing View in Economics and the Law”, *Journal of Law and Economics*, n°28, 1985, pp. 495-502.

² Voir *Open Letter to President Clinton from 240 Economists on Antitrust Protectionism*, 2 June 1999: “High technology markets are among the most dynamic and competitive in the world, and it is a tribute to open markets and entrepreneurial genius that American firms lead in so many of these industries. But, these same developments place heavy pressures on rival businesses, which must keep pace or lose their competitive races. Rivals can legitimately respond by improving their own products or by lowering prices. Increasingly, however, some firms have sought to handicap their rivals’ races by turning to government for protection. Where antitrust authorities respond to these protectionist demands, the workings of markets are short-circuited. Antitrust protectionism means that market decisions about how to compete for consumers’ favor are displaced by bureaucratic and political decisions. More of the energies of firms are directed to politics, less to production and innovation. Successful innovators are penalized, scale economies are lost, and competition is thwarted, not enhanced. Instead of preventing prices from rising, antitrust protectionism keeps prices from falling”. Disponible à www.independent.org/pdf/open_letters/antitrust.pdf

³ Lorsqu’une entreprise décide d’employer une stratégie juridique, elle doit économiquement analyser les bénéfices et les coûts de cette stratégie. Du point de vue de l’économiste, cela consiste à évaluer les gains nets. Mathématiquement, ce raisonnement peut être formalisé ainsi : $Gains_Nets_i = Bénéfice_i - perte_i$, où i indice la décision. Pour l’entreprise, l’utilité retirée d’une stratégie particulière s’analyse à l’aide de l’espérance mathématique des gains,

Dans de nombreux cas, la décision juridique est entièrement légitime. Que l'on songe, un instant, aux actions en justice introduites par un nouvel entrant dont les produits auraient été systématiquement dénigrés – c'est-à-dire salis dans la presse – par l'opérateur en place. Mais, la décision juridique peut aussi prendre une dimension "stratégique". De quoi s'agit-il ? Comme l'expliquent bien les Professeurs D. CARLTON et J. PERLOFF, les entreprises en oligopole adoptent parfois des comportements dits "stratégiques" qui "cherchent à réduire la concurrence exercée par [leurs] rivales actuelles ou potentielles" pour, *in fine*, "nuire à [leurs] concurrents" et "augmenter ainsi [leurs] profits".⁴

Les droits de la concurrence américains et européens se sont, dans l'ensemble, désintéressés de cette problématique. Certes, il y a la fameuse doctrine américaine dite de la "*sham action*" (procès sans fondement)⁵ – et son équivalent innomé en Europe – qui prévoit, en deux mots, que l'utilisation des voies juridictionnelles et administratives afin d'atteindre des objectifs anticoncurrentiels constitue, sous certaines conditions, une violation du droit de la concurrence.⁶ Malgré cela, la question des motifs attenants à l'introduction d'une action administrative ou juridictionnelle est le plus souvent survolée. Elle se heurte, il est vrai, aux principes fondamentaux du droit au juge protégé par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'homme ou du droit d'accès au gouvernement protégé par le premier amendement de la Constitution américaine. En conséquence, face à une requête, demande, plainte, ni les autorités de contrôle, ni le juge ne s'intéressent généralement aux motifs animant les firmes demanderesse.⁷ A la réflexion, la dérive entrevue par les 240 économistes paraît donc plausible, *nonobstant* l'application, *ex post*, d'expédients correctifs sur le fondement de la doctrine de la *sham action*.

Dans une perspective à la fois théorique et pratique, le désintérêt du droit de la concurrence pour la question des comportements juridiques stratégiques des firmes ne laisse pas de surprendre. Il contraste, en premier ordre, avec les travaux des économistes qui, depuis 20 ans, se sont émus des coûts associés à l'utilisation stratégique du droit de la concurrence.⁸

notée : $E(Gains_Nets_i) = P_j \times Gains_Nets_{ij}$, où j indice l'état de la nature et i est la décision particulière. "E(Gains nets)" est donc l'espérance mathématique des gains (bénéfice – coût) et P_j est la probabilité qu'un tel résultat se produise lorsqu'une stratégie i a été adoptée.

⁴ Voir CARLTON (D.), PERLOFF (J.), *Economie Industrielle*, De Boeck Université, Paris, Bruxelles, 2^e édition traduite, 1998, pp. 427-248. Ils s'intéressent en particulier à leurs "interactions stratégiques".

⁵ Voir, sur cette doctrine, *Walker Process Equipment v. Food Machinery and Chemical Corp.* (1965) 382 U.S. 172.

⁶ La firme pharmaceutique *AstraZeneca*, condamnée en 2004 à une amende de 60 millions d'€, le sait bien. La Commission européenne, jugera qu'elle a utilisé abusivement les procédures appliquées par les agences nationales des médicaments qui délivrent les autorisations de mise sur le marché des médicaments en faisant annuler l'enregistrement des autorisations de commercialisation relatives aux gélules de Losec au Danemark, en Norvège et en Suède, dans le but de prévenir ou de retarder l'arrivée des sociétés génériques et des importateurs parallèles.

⁷ Pour ne parler que du droit communautaire, les plaignants doivent uniquement faire valoir un "intérêt légitime" à agir. Voir Article 7(2) du Règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, JOCE L 1 du 4 janvier 2003, pp.1 (ci-après "Règlement 1/2003"). Si cette notion fait l'objet de quelques exclusions, le droit communautaire ne dit mot des incitations stratégiques de certains plaignants. Voir Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, JOCE C 101 du 27 avril 2004, pp.65-77, §§33-40.

⁸ Voir BORK (R.), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, The Free Press, New York, 1993, p.479. .

Récemment, l'économiste Preston Mc AFEE a ainsi identifié sept cas de figure d'utilisation stratégique du droit de la concurrence :

1. Extorquer des fonds à une concurrente prospère;
2. Changer les termes d'un contrat lorsque certaines clauses ne sont pas favorables à l'une des parties;
3. Punir un comportement non-coopératif ;
4. Répondre à un procès existant ;
5. Empêcher une OPA hostile en poursuivant une entreprise ;
6. Elever des barrières à l'entrée d'un marché afin de prévenir l'arrivée de nouveaux entrants ;
7. Empêcher une entreprise rivale de devenir un concurrent plus dangereux.⁹

En deuxième ordre, il est en décalage avec les intentions décisionnelles des autorités de concurrence. Soucieuses – et cela est bienvenu – d'améliorer la qualité de leur jurisprudence, les autorités de contrôle se sont engagées dans une véritable traque aux "erreurs de type I", c'est-à-dire, l'interdiction de pratiques/structures de marché qui contribuent à l'efficacité économique (ou faux-positifs) et aux "erreurs de type II", c'est-à-dire l'autorisation de pratiques/structures de marché qui portent atteinte à l'efficacité économique. Or, succomber aux supercheries stratégiques en faisant droit aux prétentions du demandeur, ne revient-il pas commettre une nouvelle forme d'erreur de type III, c'est-à-dire laisser passer, sans contrôle (comme dans l'erreur de type II), une action juridique stratégique qui porte atteinte à l'efficacité économique (comme dans l'erreur de type I) ?

Pour toutes ces raisons, il y a matière à s'intéresser aux risques d'instrumentalisation stratégique du droit de la concurrence. A cet égard, nous croyons que le droit des coordinations anticoncurrentielles entre entreprises, qui forme le premier pilier de l'ensemble des législations de concurrence, constitue un objet d'étude particulièrement indiqué. Jusqu'à présent, la théorie des comportements stratégiques s'est en général intéressée aux risques d'instrumentalisation dans le domaine du droit de la domination (ou de la monopolisation). La typologie de Preston Mc AFEE le démontre bien puisqu'elle concerne essentiellement des situations dans lesquelles une entreprise allègue qu'un autre opérateur se livre à un comportement unilatéral anticoncurrentiel. En revanche, la doctrine s'est désintéressée de l'invocation stratégique de pratiques collusoires, c'est-à-dire de coordination entre entreprises susceptibles de limiter la concurrence.¹⁰

Il y a pourtant de bonnes raisons de soumettre le droit des coordinations entre entreprises au banc d'essai d'une instrumentalisation stratégique. En premier lieu, les autorités de concurrence du monde entier ont érigé la lutte contre la collusion en domaine prioritaire d'intervention.¹¹ Elles sont donc spécialement réceptives aux plaintes et autres demandes visant à faire constater l'existence d'une coordination illicite et, la question des mobiles sous tendant l'action est le plus souvent méprisée. En deuxième lieu, l'intervention des

⁹ Voir McAFEE (P.), VAKKUR (N.), "The Strategic Abuse of the Antitrust Laws", *Journal of Strategic Management Education*, vol. 1(3), 2004, p.17.

¹⁰ Voir SALOP (S.), SCHEFFMAN (D.), "Cost-Raising Strategies", *The Journal of Industrial Economics*, vol. 35, n°1, 1987, pp.19-34.

¹¹ Voir M. MONTI qui, par une métaphore bien connue, a décrit les cartels comme "*the cancers of the open-market economy*", in JAMES (B.), "Monti Rises to High-Profile Challenges: EU's Antitrust Cop Targets 'Oligopolies'", *The International Herald Tribune*, 10 October 2000. On pense aussi aux célèbres propos du juge A. SCALIA dans l'affaire *Trinko*, évoquant "*the ultimate evil of antitrust*". Voir *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis Trinko, LLP*, 13 January 2004, 540 U.S.

autorités de concurrence et juridictions à l'encontre de pratiques collusoires se solde fréquemment par l'infliction d'amendes administratives (ou de dommages et intérêts) élevées, qui sont, comme nous le verrons, susceptibles d'infliger un lourd désavantage concurrentiel aux entreprises coupables. Enfin, là où dans le passé, le droit des coordinations était un droit à "démarrage administratif" – un droit actionné *ex officio* par des autorités de contrôle procédant à des mesures d'enquête – de nouveaux mécanismes institutionnels – comme les programmes de clémence, la transaction ou l'action privée – l'ont transformé en droit à "allumage privé", les autorités intervenant sinon exclusivement, du moins principalement, sur saisine d'entreprises (dénonciation, plaintes, demandes, etc.). Dans le même ordre d'idées, le développement – encouragé par les autorités – des programmes de mise en conformité, a pour effet pervers d'éveiller le personnel des entreprises aux avantages commerciaux que peut procurer une invocation stratégique du droit des coordinations.¹²

Pour maintenir le propos dans des proportions raisonnables, nous avons privilégié une approche principalement communautaire des questions examinées. Aussi renvoyons-nous au droit européen des coordinations en général, sans, exclure toutefois, à titre illustratif, d'autres grands régimes de droit de la concurrence comme le droit *antitrust* américain. Qui plus est, il est entendu que la discussion porte non seulement sur la collusion au sens strict, c'est-à-dire les accords de cartels ou ententes, mais également sur d'autres formes de collusion *a priori* moins nocives, mais toutefois problématiques: les accords de coopérations horizontales (entreprises communes de production, par exemple), les accords verticaux (accords de distribution exclusive), les accords de transferts de technologie, etc.¹³

L'ambition de cette étude est résolument pratique. Il est question d'aider les autorités de contrôle à identifier les contextes dans lesquels être vigilantes aux risques d'instrumentalisation de l'article 81 TCE. Pour ce faire, nous avons tenté de répondre à une question en apparence simple : dans quelle optique stratégique, c'est-à-dire étrangère au rétablissement du jeu normal de la concurrence, une firme peut-elle être tentée d'instrumentaliser le droit des coordinations entre entreprises ? Sitôt formulée, la question des motifs stratégiques conduisant une firme à saisir une autorité/juridiction d'une pratique collusoire s'avère d'une grande complexité. Comme dans d'autres domaines, ces motifs, inavoués, constituent des informations privatives que les entreprises se gardent bien de révéler publiquement. Méthodologiquement, le problème ne peut donc être abordé qu'en spéculant sur des *scénarii* d'instrumentalisation de l'article 81(1) TCE. Pour établir ces *scénarii*, nous nous sommes inspirés (i) de décisions et arrêts rendus par la Commission européenne ("la Commission"), le Tribunal de première instance ("TPICE") et la Cour de justice des Communautés européennes ("CJCE"), dont nous proposons une lecture

¹² Empiriquement, ces observations ont déjà été corroborées il y a près de vingt ans aux Etats-Unis. Un rapport remis à la *Federal Trade Commission* américaine indiquait ainsi en 1989 qu'un tiers des cas d'invocation stratégiques du droit de la concurrence était le fait de co-conspirateurs engagés, d'une façon ou d'une autre, dans une coordination. Voir KLEIN (C.), "The Economics of Sham Litigation, Theory, Cases and Policy", *Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission*, April 1989.

¹³ Notre acception de la notion de collusion repose sur la notion de comportement stratégique, définie par l'économiste de renommée mondiale et Professeur à l'Université de Chicago, Dennis CARLTON. Ce dernier emploie le terme de comportement stratégique coopératif pour qualifier la conduite des membres d'une entente industrielle. Selon lui, il s'agit de comportements fondés sur un ensemble de décisions prises collectivement (il y a donc coordination des actions) par les entreprises (membres d'un cartel) dont le but est d'influencer l'environnement du marché (limiter la concurrence) afin d'augmenter les profits de toutes les entreprises participantes. Voir CARLTON (D.), PERLOFF (J.), *op. cit.*, 1998, pp.428-429.

nouvelle ; (ii) de théories économiques bien connues, comme la théorie du passager clandestin, la théorie des contrats incomplets, etc.

Ce qui ressort de cet exercice de juridique fiction, c'est que quatre grands *scénarii* stratégiques peuvent pousser une firme à saisir une autorité/juridiction d'allégations de coordination illicite : l'infliction d'un désavantage dans la concurrence (III), la captation d'un avantage concurrentiel détenu par un tiers (IV), la stabilisation d'une coordination anticoncurrentielle (V) et enfin des objectifs contractuels ou politiques (VI). Avant, toutefois, d'entrer dans ces propos, nous esquissons les lignes de force du dispositif de contrôle des coordinations illicites en droit communautaire de la concurrence (I) et revenons, un court instant, sur la notion d'instrumentalisation de l'article 81 TCE (II).

II. Survol du droit communautaire des coordinations entre entreprises

A. La norme prévue à l'article 81(1) TCE

L'article 81(1) du Traité de Rome déclare incompatible les accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui "*sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun*".¹⁴ Dans la pratique, cette disposition recouvre un ensemble disparates de pratiques de coordination, que l'on peut diviser en deux sous-ensembles : d'une part, les ententes secrètes de prix, soumises à un strict régime d'interdiction *per se* et,¹⁵ d'autre part, les accords de coopération horizontale (les accords d'entreprises commune), les accords verticaux (les accords de distribution) et les accords de transfert de technologie, dont l'interdiction n'est pas automatique.

B. Les organes chargés de l'application de l'article 81(1) TCE

Au plan *institutionnel*, deux types d'institutions ont à connaître de pratiques de coordination:¹⁶ d'une part, des autorités administratives spécialisées, à savoir la

¹⁴ L'article 81(1) TCE précise également les types d'accords interdits: "a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction; b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements; c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement; d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence; e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats". L'article 81(2) TCE prévoit que les accords ou décisions interdits en vertu de l'article 81(1) TCE sont nuls de plein droit. L'article 81(3) TCE prévoit un dispositif d'exemption pour les accords qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Aux Etats-Unis, la section 1 du *Sherman Act* répute illicite tout contrat, toute association ou toute conspiration restreignant le fonctionnement normal du commerce (*restraint of trade*) entre les États de l'Union ou avec les pays étrangers.

¹⁵ Les cartels et ententes restrictives de concurrence sont prohibés *per se*, car on considère qu'ils n'ont aucune justification économique. Voir COMBE (E.), *Economie et droit de la concurrence*, Dalloz, 2005, pp.127-128.

¹⁶ Voir articles 4, 5 et 6 du Règlement 1/2003, préc.

Commission ainsi que les Autorités Nationales de Concurrence (ci-après, les “ANC”) (1) et, d’autre part, les juridictions ordinaires (2).¹⁷

1. Brève description des autorités de concurrence

Si l’on s’en tient, pour maintenir la clarté du propos, à l’exemple de la Commission,¹⁸ les causes de déclenchement de ses interventions sont diverses: l’autorité se saisit sur plainte de personnes physiques et morales,¹⁹ à la demande d’une autre autorité,²⁰ ou *ex officio* à partir d’éléments factuels glanés au titre de ses missions de surveillance quotidienne des marchés.²¹ En 1996, une Communication de la Commission est venue ajouter un nouveau cas d’ouverture de la procédure : un régime d’immunité de sanctions administratives – on parle de “clémence” –²² encourage les entreprises parties à des ententes secrètes à dénoncer leurs coordinations auprès des services de la Commission.²³

Au terme de la procédure, la Commission adopte une décision finale. Il peut s’agir d’une décision constatant une infraction (le cas échéant assortie d’une amende ou de mesures correctives), mais aussi d’une décision déclarant l’inapplicabilité de l’article 81 (par exemple, parce que la pratique bénéficie d’une exemption sur le fondement de l’article

¹⁷ L’applicabilité des règles de concurrence par les juridictions nationales provient en réalité de l’“effet direct” dont jouissent les articles 81 et 82 TCE. Voir CJCE, 127/73, *BRT/SABAM (I)*, 30 janvier 1974, *Rec.* 1974, p.51, §16: “*Les interdictions des articles 81 [...], paragraphe 1, et 82 [...] du Traité CEE se prêtant par leur nature même à produire des effets directs dans les relations entre particuliers, ces articles engendrent directement des droits dans le chef des justiciables que les juridictions nationales doivent sauvegarder*”. En sus de l’intervention des juridictions nationales, il faut encore ajouter l’intervention ponctuelle des autorités réglementaires nationales (dans des secteurs comme les télécommunications ou l’énergie, par exemple) et des juridictions arbitrales. Pour maintenir nos propos dans des proportions raisonnables, nous limiterons nos développements aux autorités de concurrence et juridiction ordinaires.

¹⁸ Les développements qui suivent empruntent à KERSE (C.), KHAN (N.), *EC Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, §§1-038, pp.37 et svtes. Les procédures appliquées par les ANC répondent à des principes proches.

¹⁹ Toute personne physique ou morale qui fait état d’un intérêt légitime peut introduire une plainte, formelle ou informelle.

²⁰ Par exemple, informations reçues d’autorités de concurrence nationales (dans le cadre du réseau européen de la concurrence), étrangères (dans le cadre des procédures dites de courtoisie, par exemple), d’autorités de régulation, questions soulevées par le Parlement européen et autres institutions.

²¹ Il n’y a aucune limite aux sources d’informations employées. Sources informelles diverses, comme des articles académiques, rapports économiques, communications téléphoniques, électroniques ou postales, informations révélées par la presse spécialisée, la radio, ou télévision, etc. On connaît l’exemple du Conseil de la concurrence français qui a pu s’autosaisir pour examiner les accords d’échange d’informations concernant 6 palaces parisiens, suite à la diffusion d’une émission sur une chaîne de télévision à grande audience. Voir WHILHELM (P.), VEVER (F.), “Echanges d’informations sur un marché oligopolistique: réflexions sur la grille d’analyse des autorités de concurrence”, n° 5, *JurisClasseur Contrats, Concurrence, Consommation*, 2006.

²² La clémence est une technique qui trouve son origine en droit *antitrust* américain, où elle existe depuis 1978. E. COMBE, *op.cit.*, 2005, pp.133. Elle repose non seulement sur des principes de droit procédural criminel (et notamment sur la technique dite du “*guilty plea*”) mais aussi sur des théories économiques (en particulier, sur la théorie des jeux et le dilemme du prisonnier). EBER (N.), *Le dilemme du prisonnier*, La Découverte, Repères, 2006, p.122.

²³ Voir Communication de la Commission concernant la non-imposition d’amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE C 207, du 18 juillet 1996, pp.4- 6. Cette Communication révisée en 2002 puis 2006. Voir Communication de la Commission sur l’immunité d’amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes JOCE C 298 du 8 décembre 2006, pp.17-22.

81(3) TCE).²⁴ Toute pratique enfreignant l'article 81(1) TCE est automatiquement frappée de la nullité prescrite à l'article 81(2) TCE. Le cas échéant, la Commission enjoint aux entreprises concernées de mettre un terme au comportement infractionnel et assortit éventuellement sa décision d'une amende, dont le montant ne doit pas excéder 10% du chiffre d'affaires global de chacune des parties.²⁵

2. Brève description de l'intervention des juridictions ordinaires en droit de la concurrence

La saisine des juridictions ordinaires repose sur des "demandes" introduites par des personnes physiques ou morales.²⁶ La charge de la preuve d'une violation de l'article 81 TCE repose sur le demandeur. *In fine*, si cette preuve est établie, la juridiction prend – comme une autorité de concurrence – une décision de constatation d'infraction. Elle peut en outre constater la nullité d'une convention, octroyer des dommages et intérêts pour le préjudice infligé par l'infraction, accorder les frais et dépens à la partie ayant obtenu gain de cause et,²⁷ dans certains cas, prononcer des sanctions personnelles (par exemple, des peines de réclusion, des peines incapacitantes, etc.) contre les dirigeants des entreprises concernées.²⁸

3. Répartition du contentieux

On sent poindre, dans la pratique, une forme de spécialisation fonctionnelle : les cartels et autres ententes injustifiables sont le plus souvent mises à jour et sanctionnées par les autorités administratives spécialisées.²⁹ Les juridictions ordinaires, de leur côté, sont plus fréquemment sollicitées au sujet d'accords de coopération entre entreprises, dans le cadre d'actions en exécution/nullité.

²⁴ Pour un aperçu des décisions que la Commission peut adopter, voir GERADIN (D.) and PETIT (N.), "Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n° 4, Octobre-Décembre 2005. Pour les décisions constatant une infraction, voir article 7 du Règlement 1/2003, préc.; pour les décisions d'inapplicabilité, voir article 10 du Règlement 1/2003, préc.

²⁵ Voir Article 23(2) du Règlement 1/2003, préc. Par souci d'exhaustivité, il faut encore ajouter que les autorités de concurrence peuvent ordonner des mesures correctives.

²⁶ C'est pourquoi l'on parle usuellement d'actions privées ("*private actions*"). Il convient aussi de noter que les juridictions peuvent être dessaisies par les demandeurs, en cas de retrait de la requête, tandis qu'une autorité de concurrence peut parfaitement poursuivre, *proprio motu*, une pratique de coordination, malgré le retrait des plaintes par les personnes l'ayant initialement saisie.

²⁷ Voir notamment, Communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du Traité CE, Journal officiel de l'Union européenne C 101 du 27 avril 2004, pp.65-77, §16. Voir aussi SCHURMANS (C.), "*Le rôle du juge dans la mise en œuvre du droit européen de la concurrence*" in *La décentralisation dans l'application du droit de la concurrence*, Bruylant, 2004, pp.94-95.

²⁸ Parmi les Etats membres ayant adopté de tels dispositifs, on dénombre l'Estonie, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, la République Tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni.

²⁹ Les juridictions ordinaires devraient, à l'avenir, être d'avantage sollicitées dans le domaine des cartels, avec le développement de l'action privée.

II. Eclairage de la notion d'instrumentalisation dans le domaine de l'article 81(1) TCE

Si l'on s'intéresse, dans une perspective téléologique, à la *finalité* de l'article 81(1) TCE, il est question pour l'autorité d'éliminer une coordination afin de rétablir les conditions de "concurrence non faussée" sensées prévaloir sur le marché libre, en son absence. Les législations relatives à la collusion poursuivent une finalité *corrective*, celle de réhabiliter l'état de concurrence – le *statu quo ante* concurrentiel – existant entre les firmes sur le marché à défaut de coordination. C'est la clause de style selon laquelle "un accord produit un effet restrictif de concurrence [et doit donc être déclaré incompatible] s'il réduit la concurrence réelle ou potentielle qui existerait en son absence".³⁰ La décision collective publique, en éliminant la coordination et les inefficacités allocatives, distributives, productives et dynamiques qui y sont associées, rétablit le processus de rivalité concurrentielle sur le marché. La sanction, parfois lourde qui l'accompagne poursuit, de son côté, l'objectif unique de dissuasion : assurer dans la durée que les firmes maintiennent cet état de rivalité concurrentielle.

En revanche, la finalité de l'article 81 TCE échappe à toute logique de justice *distributive*. Il n'est nullement question d'handicaper concurrentiellement les firmes coupables de violation de l'article 81(1) TCE et de favoriser concurrentiellement les plus respectueuses du droit (c'est-à-dire, celles qui dénoncent ces comportements, celles qui coopèrent lors de la procédure, celles qui se sont distancées de la coordination, etc.). Au risque de "dérégler" le marché,³¹ les autorités et juridictions doivent donc se garder de dépasser le simple objectif d'élimination de l'entente en distribuant avantages et désavantages concurrentiels à l'occasion de procédures.³² Or, c'est ici que vient se loger le risque d'instrumentalisation de l'article 81(1) TCE. L'entreprise stratège cherche à se voir attribuer, par l'autorité, un avantage concurrentiel illégitime (ou à infliger un désavantage concurrentiel illégitime à d'autres entreprises). Et, à la réflexion, les stratèges potentiels sont nombreux. Il peut s'agir des entreprises membres de la collusion (les *insiders*) mais aussi d'agents économiques extérieurs à la collusion (les *outsiders*) : fournisseurs, clients,

³⁰ Voir CJCE, 56/65, *Société Technique Minière contre Maschinenbau Ulm*, 30 juin 1966, *Rec.* 1966, p.337, §39 où la Cour soulignait que "le jeu de la concurrence doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord". Voir également Lignes directrices sur l'article 81(3) TCE, préc., §18. Voir LUGARD (P.), HANCHER (L.), "Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commission's Notice on Article 81(3) of the EC Treaty", *European Competition Law Review*, n°7, 2004, p.413. C'est ce qui conduit certains spécialistes à parler de "bilan concurrentiel". Voir LUCAS DE LEYSSAC (C.), PARLEANI (G.), *Droit du Marché*, PUF, collection Thémis, 2002, p.819.

³¹ Si, en favorisant certaines entreprises du marché (et en défavorisant les autres) dans la concurrence par exemple, par l'infliction d'une amende, l'autorité excède sa mission de rétablissement du *statu quo ante* concurrentiel, un sérieux potentiel d'erreur économique se concrétise. Les paramètres de la concurrence sont fixés par l'Etat et non par le marché. Or, la décision publique collective qui octroie avantages (et désavantages) concurrentiels n'est pas nécessairement fondée économiquement sur le fait que les entreprises favorisées sont les plus efficaces. par ailleurs, on peut se demander, même si l'on admettait la notion de justice, s'il est bien juste de rémunérer une firme ayant dénoncé les autres (ou ayant coopéré à cet effet avec l'autorité) alors qu'elle a aussi participé au cartel.

³² Cet argument provient de la théorie économique des défaillances de marché qui énonce que dans certaines situations, le marché échoue à allouer de façon optimale les ressources économiques, biens et services. Cet argument sert à justifier les interventions politiques qui visent à réguler, à corriger, voire à supprimer, le marché. Voir BATOR (F.), "The Anatomy of Market Failure", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 72, 1958, p.351.

entrants potentiels qui se sont tenus hors de la coordination,³³ producteurs de biens complémentaires, etc.³⁴ En vérité, tout agent rationnel, c'est-à-dire qui procède à un raisonnement d'optimisation, est susceptible de chercher à instrumentaliser le droit. C'est à ces stratégies d'instrumentalisation de l'article 81(1) TCE – qui se caractérisent par une définalisation de la règle de droit – que sont consacrées les sections suivantes.

III. L'instrumentalisation de l'article 81(1) TCE aux fins d'infliction d'un désavantage dans la concurrence

On peut recenser deux scénarii d'instrumentalisation de l'article 81(1) TCE aux fins d'infliction d'un désavantage concurrentiel : l'infliction d'un préjudice entre partenaires au sein d'une coordination (A) et la désorganisation d'entreprises tierces agissant en coordination (B). Ces stratégies appellent, selon nous, un traitement différencié car elles reposent sur des techniques juridiques distinctes.

A. L'infliction d'un préjudice entre partenaires au sein d'une coordination

1. Présentation du scénario – la clémence «agression»

Pour comprendre le scénario dont il est ici question, il faut partir de l'économie et, spécialement, de l'*analyse coûts/bénéfices des risques*.³⁵ Dans leur majorité, les économistes perçoivent le programme de clémence dans une optique purement défensive. Les firmes connaissent un important degré d'aversion au risque. Elles forment donc des demandes d'immunité afin d'obtenir une «*protection*» contre une sanction administrative future. Le déclencheur de la demande d'immunité procède d'un calcul individuel coût-bénéfice, qui oppose la renonciation aux profits collusifs (coûts) et l'économie d'amende en cas de dénonciation (bénéfice).

Dans notre scénario, une équation modifiée est en cause. La procédure de clémence n'est plus mobilisée dans une finalité défensive. Elle est invoquée comme un instrument d'«*agression*» envers les opérateurs concurrents. La renonciation aux profits collusifs (coûts) est désormais mise en balance avec non seulement l'économie d'amende (bénéfice 1) *mais aussi* avec l'ensemble du préjudice concurrentiel infligé aux entreprises concurrentes (bénéfice 2).

³³ Voir, par exemple, Décision de la Commission du 21 octobre 1998 dans l'affaire des *conduites précalorifugées*, JOUE L 24 du 30 janvier 1999, p.1. La Commission y infligea des amendes d'un montant total supérieur à 92 millions d'euros à dix entreprises qui avaient participé à une entente clandestine (partage des marchés, soumissions concertées et fixation des prix) sur le marché européen des conduites précalorifugées pour chauffage urbain. Les enquêtes de la Commission avaient débuté en juin 1995 à la suite de la plainte déposée par Powerpipe of Sweden, le seul producteur à ne pas avoir participé à cette entente illicite et qui avait, pour cette raison, fait l'objet de représailles systématiques de la part des autres producteurs.

³⁴ Voir COMBE (E.), «Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique», *Revue internationale de droit économique*, 2006, pp.11-46.

³⁵ Selon les économistes, cette technique régit les prises de décision d'opérateurs rationnels. Elle implique le calcul des dépenses initiales et en cours (les coûts) par rapport au rendement escompté (les bénéfices). L'analyse coûts-bénéfices des risques est une variante qui consiste simplement à peser le total des coûts attendus face au total des bénéfices escomptés d'une ou plusieurs actions, afin de choisir quelle action est la meilleure (c'est-à-dire la moins risquée).

Illustrons brièvement notre propos. Membre d'une entente injustifiable, une entreprise animée par le souhait d'infliger à ses rivales un désavantage durable dans la concurrence, invoque le mécanisme de clémence et dénonce, auprès d'une autorité de concurrence, ses partenaires au sein de la collusion. Elle lui fournit des éléments de preuve accablants. Au terme de la procédure, toutes sont reconnues coupables d'une infraction à l'article 81(1) TCE. Tandis que ses partenaires sont condamnées à une lourde amende administrative, l'entreprise dénonciatrice bénéficie d'une immunité totale – ou partielle – d'amende.

2. L'instrument de la stratégie de clémence "agression"

Il y a encore quinze ans, il aurait paru inconcevable qu'une partie à une entente injustifiable prenne le risque de dénoncer ses co-conspirateurs afin de leur infliger un préjudice concurrentiel et, le cas échéant, de prévaloir sur le marché. Au mieux, le dénonciateur aurait-il bénéficié d'une certaine mansuétude de la Commission, sans toutefois échapper à une lourde sanction administrative.

Sous l'effet d'une double évolution juridique, un environnement propice au risque de clémence "agression" est apparu. Elevée, au beau milieu des années 1990, priorité d'action de la Commission, la politique de lutte anticartel communautaire s'enrichit d'abord d'un nouvel instrument nommé programme de clémence, dont nous avons déjà parlé. Soupçonnant la survivance d'activités cartellistiques de grande ampleur sur le territoire communautaire, la Commission acte, par la voix du Commissaire VAN MIERT, l'échec de sa politique de détection des ententes injustifiables.³⁶ Une solution incitant les entreprises à dénoncer les ententes injustifiables en contrepartie d'une immunité d'amende, déjà expérimentée en droit *antitrust* américain, est alors introduite en 1996 en droit communautaire, puis améliorée en 2002 et en 2006. En deux mots, la Commission s'engage à accorder une immunité complète d'amende à l'entreprise qui, la première, lui fournit des éléments de preuve lui permettant d'établir une infraction à l'article 81(1) TCE.³⁷ La clémence de la Commission s'étend aussi aux entreprises qui n'ont pas été les premières à dénoncer l'accord illicite. Des réductions d'amendes peuvent être octroyées aux entreprises

³⁶ Voir, sur ce point, WILS (W.), "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, vol. 29, n°2, 2006, p.38. Le Commissaire VAN MIERT déclare ainsi, en 1994, avec surprise et préoccupation que "after more than ten years of active pursuit of secret cartels, and heavy fines, the Commission is still discovering classic market sharings and price fixing cartels in major industries". Voir VAN MIERT (K.), "The Role of Competition Policy Today", *Competition Policy Newsletter*, n°1 Autumn/Winter 1994, p.2. En 1991, selon BRYANT et ECKARD, seuls 13 et 17% des cartels sont découverts par les autorités de concurrence. Voir BRYANT (P.), ECKARD (E.), "Price-fixing: the probability of getting caught", *The Review of Economics and Statistics*, pp.531-536.

³⁷ Voir Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, préc., §8 : "La Commission exemptera une entreprise qui révèle sa participation à une entente [...] si elle est la première à fournir des renseignements et des éléments de preuve qui, de l'avis de la Commission, lui permettront: (a) d'effectuer une inspection ciblée en rapport avec l'entente présumée [3]; ou (b) de constater une infraction à l'article 81 CE en rapport avec l'entente présumée ". La Communication exige en outre que trois conditions supplémentaires soient remplies pour qu'une immunité complète soit garantie : (i) l'entreprise apporte une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure administrative; (ii) elle doit avoir mis fin à sa participation à l'entente présumée sans délai après le dépôt de sa demande, sauf pour ce qui est, de l'avis de la Commission, raisonnablement nécessaire à la préservation de l'intégrité des inspections; et (iii) lorsqu'elle envisage d'adresser une demande à la Commission, l'entreprise ne doit pas avoir détruit, falsifié ou dissimulé des preuves de l'entente présumée ni avoir divulgué son intention de présenter une demande ni la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence.

qui lui fourniraient “des éléments de preuve [...] qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission”.³⁸

Parallèlement, la Commission s’engage dans une politique spectaculaire d’élévation du montant des amendes infligées aux entreprises coupables de violation de l’article 81(1) TCE. Pour ne prendre qu’un exemple, entre 2006 et 2007, le montant total des amendes infligées connaît une augmentation vertigineuse de 44.62%,³⁹ pour atteindre une somme de 3.333.802.700€ en 2007.⁴⁰ Cette évolution est au demeurant loin d’être finie. N’apprenait-on pas récemment, que la Commission avait décidé d’infliger des amendes pour un montant total de 1.383.896.000 € aux entreprises Asahi, Pilkington, Saint-Gobain et Soliver pour avoir conclu des accords illicites de partage de marchés et échangé des informations commercialement sensibles concernant des livraisons de verre automobile dans l’EEE ? L’entreprise St Gobain, récidiviste, écopa à elle seule d’une amende de 896.000.000€.⁴¹

Pour faire bonne mesure, on serait tenté d’indiquer que la spirale ascendante de la politique punitive de la Commission n’est pas sans limite. L’article 23(2) plafonne le montant de l’amende infligée à chaque entreprise à hauteur de 10% de son chiffre d’affaires global.⁴² Il n’en demeure pas moins que la référence au chiffre d’affaire *global*,⁴³ ainsi que le jeu de mécanismes juridiques permettant d’attirer, aux fins de calcul de l’amende, les entreprises liées au sein de la procédure (le fameux principe de la “présomption capitalistique”),⁴⁴ laissent à la Commission une grande latitude pour élever le montant des sanctions infligées aux entreprises concernées.⁴⁵

3. Effectivité de la stratégie de clémence “agression”

La clémence “agression” pourrait être un instrument effectif d’infliction d’un désavantage dans la concurrence. Si l’on en croit plusieurs études économiques récentes, le montant optimal de l’amende serait entre 6 et 18 fois supérieur au montant actuel.⁴⁶ Or, poussée à un

³⁸ *Idem.*, §24. La Commission exige aussi que l’entreprise qui demande une réduction mette fin au cartel au plus tard au moment où elle fournit ces éléments de preuve. Le système de clémence européen est plus ou moins identique à celui qui prévaut aux Etats-Unis.

³⁹ La fuite en amont du montant des amendes devrait se poursuivre, comme l’indiquait N. KROES lors d’une conférence en mars 2007. Voir KROES (N.), “Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe”, *Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy Brussels*, 8th March 2007.

⁴⁰ Cette élévation des amendes est un phénomène contemporain. Dans son treizième rapport annuel de 1983, §63, la Commission constatait ainsi que les amendes appliquées étaient relativement légères et qu’elles étaient inappropriées pour assurer une dissuasion effective. Voir, sur ce point, WILS (W.), *op.cit.*, p.37.

⁴¹ Les précédents records concernaient l’affaire des ascenseurs et escalators (992.312.200€) ; amende la plus élevée jamais infligée à une seule entreprise pour une seule entente illégale dans l’affaire des appareillages de commutation à isolation gazeuse (396.562.500€).

⁴² Voir COMBE (E.), *op.cit.*, pp.13-15 ;

⁴³ Et pas uniquement au chiffre d’affaires réalisé sur le marché ou s’est exercée la coordination.

⁴⁴ Voir DEBROUX (M.), “Sanction des cartels en droit de la concurrence : définition et conséquences d’une “responsabilité de groupe”, *Concurrences*, n° 1, 2008, pp.1-3.

⁴⁵ Voir, sur ce point, WILS (W.), *op.cit.*, p.41.

⁴⁶ Voir COMBE (E.), MONNIER (C.), “Le calcul de l’amende en matière de cartel: une approche économique”, *Concurrences*, n°3, 2007, pp.39-45. Cette étude sur le calcul de l’amende en matière de cartel démontre que les amendes infligées par les autorités, en particulier la Commission, sont inférieures à ce que devrait être une amende confiscatoire et/ou dissuasive optimale. L’amende confiscatoire revient à reprendre uniquement le gain illicite sans prendre en compte la probabilité de détection alors que l’amende dissuasive intègre une probabilité de détection (de 15% dans leurs analyses). De façon générale,

tel extrême, l'infliction d'une amende pour collusion illégale serait de nature à acculer de nombreuses entreprises à la faillite. Dans les années 1980, une étude de CRAYCRAFT *et al.* démontrait déjà que si l'amende était fixée à un niveau optimal, 42% des firmes sanctionnées aux Etats-Unis se seraient trouvées en état de cessation de paiement.

Quelques études plus récentes confirment au demeurant que les ordres de grandeur atteints par les amendes ont une influence sur la santé financière des firmes. Une étude de MOTTA et LANGUS,⁴⁷ analyse ainsi l'impact des interventions de la Commission (décision d'ouverture d'une procédure, infliction d'une amende, etc.) sur les cours de bourse des firmes en cause. La réduction des prix attendues de l'interdiction d'une collusion, ensemble avec l'infliction d'une lourde amende grèvent le rendement des firmes membres de la collusion et, partant, affectent leur valeur boursière.⁴⁸ Les investisseurs, anticipant des dividendes moins importants, tendent à se débarrasser de leurs actions, accroissant ainsi l'affaiblissement économique des concurrentes.⁴⁹ C'est ainsi que, suite à l'annonce de l'amende record de 1,38 milliard d'euros infligée par la Commission dans l'affaire du "cartel du verre", les investisseurs ont lourdement sanctionné l'action de Saint-Gobain, dont le cours perdra plus de 3%.⁵⁰

Qui plus est, le risque systémique d'une sanction pour infraction à l'article 81(1) TCE se propage également sur les autres sources de financement des entreprises sanctionnées. On peut douter que les établissements de crédit soient disposés à prêter de l'argent à une entreprise qui, du fait de l'anéantissement de la coordination, réalise des bénéfices

la littérature économique et juridique démontre que les montants actuels des amendes ne sont pas suffisants pour dissuader la tentation cartellistique. Voir WILS (W.), "Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice", *World Competition*, vol. 29, n°2, 2006, p.32; VELJANOVSKI (C.), "Cartel Fines in Europe - Law, Practice and Deterrence", *World Competition*, vol. 29, 2007.

⁴⁷ Voir MOTTA (M.), LANGUS (G.), "The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on a Firm's Valuation", *CEPR Discussion Paper*, n° DP6176, 2007, p.30. Leur recherche porte sur la question de savoir comment évolue le cours boursier des actions d'une entreprise lorsque la Commission les "met en accusation". Concrètement, ils analysent les conséquences boursières (sur une entreprise donnée) d'annonces publiques des trois événements majeurs intervenant dans les procédures d'investigation : (i) inspection sur place ("dawn raid") ; (ii) décision finale de la Commission ; (iii) arrêt de la Cour. Les résultats indiquent que les informations concernant les inspections ont un effet négatif sur les rendements de l'action en bourse (-2%). Une décision finale de la Commission non favorable à une entreprise entraîne une baisse de l'action de 3,3% en moyenne. Enfin, un jugement annulant (ou réduisant considérablement) l'amende à un effet positif moyen de 2,3% sur l'évaluation boursière de l'entreprise. Cette étude montre donc que les entreprises subissent en plus du coût direct de l'amende une perte de capitalisation de leur titre en bourse, renforcent ainsi l'effet dissuasion "de base" élaboré par la théorie économique. Les entreprises cotées en bourse participant à un cartel peuvent avoir intérêt, dans une optique de stratégie juridique, à profiter de l'immunité (ou de la réduction) d'amende grâce au programme de clémence en dénonçant ses compères puisqu'elles pourraient, d'une pierre deux coups, affaiblir leurs concurrentes directement (par l'amende) et indirectement (par perte de valeur boursière). Voir, *contra*, JERSON (A.), LE ROY (F.) et SENTIS (P.), "L'impact boursier des annonces des pratiques anticoncurrentielles", cité par ROQUILLY (C.), "Competition Law as a Strategic Issue for the Firm", in *Alternative Enforcement Techniques – Settlements, Commitments and other Novel Instruments*, (GHEUR and PETIT, Eds.), Bruylant, 2009, at note 24.

⁴⁸ Théoriquement (c'est-à-dire sans irrationalité), la valeur boursière d'une entreprise cotée s'évalue en fonction du rendement atténué (dividende) des investisseurs. Voir SPECTOR (D.), N'SEMI (N.), "The impact of competition policy on firms' valuation", *Concurrences*, n°4, 2008. Voir, toutefois, ROQUILLY (C.), *op. cit.*

⁴⁹ Voir LANGUS (G.), MOTTA (M.), *op.cit.*, 2007, p.30.

⁵⁰ S.N., "Bruxelles inflige une amende record à Saint-Gobain", *Le Figaro*, le 12 novembre 2008. S.N., "Amende record contre un cartel du verre", *Le Soir*, le 12 novembre 2008.

inférieures (les profits collusifs disparaissent), et doit acquitter une amende pour le moins élevée.

Enfin, en sus de ces conséquences purement financières, la dénonciation est paradoxalement susceptible d'améliorer la réputation du délateur.⁵¹ Tout comportement véhicule un signal. Or, par l'introduction d'une demande de clémence, l'entreprise dénonciatrice démontre qu'elle expie son "crime", et, le cas échéant, stigmatise ses anciens partenaires en leur faisant endosser l'ensemble de la culpabilité.⁵² Qui plus est, en exprimant publiquement son désintéret pour tout comportement collusoire à l'avenir, l'entreprise dénonciatrice prend en outre, auprès de clients et fournisseurs potentiels, un engagement futur de ne pas agir à leur détriment en liaison avec ses concurrentes (ces dernières, en revanche, ne prennent pas un même engagement).

4. Variantes de la stratégie

Nous avons jusqu'à présent envisagé le scénario de clémence "agression" dans une logique non frauduleuse. Un *insider* âpre au gain se tourne vers une autorité de contrôle et lui divulgue des informations *fiabiles* sur une coordination anticoncurrentielle.

Il n'est toutefois pas inconcevable qu'une entreprise cherche à infliger à ses rivales un désavantage dans la concurrence en fournissant aux autorités des informations *erronées*. La théorie économique de l'*aléa moral* accrédite ce scénario. On parle généralement d'aléa moral dans le cadre de relations contractuelles avec asymétrie d'informations entre cocontractants.⁵³ L'aléa moral se définit comme un risque de comportement non anticipé de la part de l'un des contractants.⁵⁴ Plus prosaïquement, une situation d'aléa moral apparaît en cas de modification du comportement d'un cocontractant contraire aux intérêts des autres parties au contrat, par rapport à la situation qui prévalait avant la conclusion du contrat.⁵⁵

Dans le programme de clémence, lorsque l'entreprise dénonciatrice collabore avec une autorité et s'engage à lui fournir des éléments de preuve concernant une entente, un problème d'aléa moral peut survenir: une fois le "contrat" d'immunité signé, l'entreprise dénonciatrice peut parfaitement mentir, en apportant de nouvelles preuves fictives afin d'accroître le montant des sanctions à l'égard de ses concurrentes et ainsi leur infliger un désavantage concurrentiel. Il lui suffit d'exploiter à cette fin l'asymétrie d'information

⁵¹ Une hypothèse envisagée par F. JENNY, cité par ROQUILLY, *op.cit.*, note 29. Si, jusqu'à présent, les violations du droit de la concurrence portent, pour l'instant, un préjudice d'image limité aux entreprises dans leurs activités de marché, ce risque pourrait pourtant s'apprécier. Voir la perception des cartels auprès de l'opinion publique: STEPHAN (A.), "Survey of Public Attitudes to Price-Fixing and Cartel Enforcement in Britain", *CCP Working Paper*, n° 07-12, 2007.

⁵² Voir KLEIN (J.), *op. cit.*, p.12. Ces autres effets néfastes rejaillissent sur l'entreprise concurrente qui saisit l'autorité de concurrence. Cette stratégie exerce donc nécessairement un effet auto pénalisant sur la firme à l'origine de la stratégie offensive. Elle reste toutefois une stratégie rationnelle si la firme qui l'introduit supporte de façon disproportionnellement moins grande les coûts de la dénonciation, ce qui est le cas en matière de clémence.

⁵³ L'autorité de concurrence ne connaît pas parfaitement les informations puisqu'elle ne connaît que ce qu'elle découvre et/ou ce dont on l'informe.

⁵⁴ Voir ECHAUDEMAISON (C-D.) et *al.*, *op. cit.*, pp.14-15.

⁵⁵ Que l'on songe à la situation de l'employé qui n'est plus aussi motivé après la fin de la période d'essai ou à celle de l'époux qui cesse de faire tout effort une fois qu'il est marié...

existant avant la signature du contrat, c'est-à-dire l'ignorance, par l'autorité, des informations que détient la dénonciatrice.⁵⁶

Dans le prolongement de cette idée, il est permis de croire que le mécanisme de transaction, sur lequel nous reviendrons, ouvre une avenue supplémentaire de surenchère stratégique à l'information. En effet, dans la procédure de transaction, ont uniquement lieu à des discussions *bilatérales* Commission/partie transigeante.⁵⁷ Ces dernières ont toute liberté pour accabler, dans le secret des bureaux de la Commission, leurs anciens partenaires dans la coordination.

B. La désorganisation d'entreprises tierces agissant en coordination

1. **Présentation du scénario – la plainte/demande “stratégique”**

Le droit de la collusion offre à une entreprise qui s'est tenue à l'écart d'une coordination, un instrument relativement efficace de désorganisation des entreprises concurrentes. A la différence du précédent scénario, nous nous intéressons ici à la stratégie d'un “outsider” à une prétendue entente. Pour en cerner les contours, revenons un court instant sur la théorie de l’*“augmentation des coûts des rivaux”*, conçue par SALOP et SCHEFFMAN dans les années 1980.⁵⁸ Cette théorie enseigne que dans les modèles d'oligopole, une entreprise jouissant d'un certain pouvoir de marché peut adopter avec profit un comportement visant à élever le coût de production de ses concurrents.⁵⁹ La théorie enseigne également qu'en l'absence de pouvoir de marché, une firme jouissant d'un certain pouvoir d'influence politique peut élever le coût de production de ses concurrents en sollicitant la protection des pouvoirs publics.⁶⁰

C'est de cette dernière hypothèse dont il est ici question. En prélude à son entrée/expansion sur le marché, une firme prétend, auprès d'une autorité ou juridiction, que ses concurrents se livrent à des pratiques collusoires.⁶¹ Le plaignant/demandeur cherche à désorganiser le processus de production d'entreprises installées en obtenant l'élimination des accords horizontaux (accords de production ou de commercialisation en commun) ou verticaux (accords organisant des réseaux de distribution) pro concurrentiels auxquels elles participent.⁶²

⁵⁶ Notre analyse peut également s'expliquer par la théorie de l'agence. Selon celle-ci, dans une optique de relation principal-agent, l'idée d'aléa moral est de supposer que le principal ne connaît pas le niveau d'effort que l'agent doit mobiliser pour remplir sa part du contrat. Voir MIRRLEES (J.), “The Theory of Moral Hazard and Unobservable Behaviour”, *Review of Economic Studies*, vol. 66, issue 1, 1999, pp.3-21.

⁵⁷ Là où dans la clémence, des auditions publiques où tous les cartellistes participant sont aussi organisées.

⁵⁸ Voir SALOP (S.), SCHEFFMAN (D.), “Raising rivals' costs”. *American Economic Review*, n° 73, 1983, pp. 267-271; SALOP (S.), SCHEFFMAN (D.), “Cost-raising strategies”, *Journal of Industrial Economics*, n° 1, pp. 19-34

⁵⁹ Et, par ricochet, augmenter ses propres profits.

⁶⁰ A la lumière de la littérature relative à la “prédation juridique”, il faut ajouter qu'une entreprise sans pouvoir de marché peut parfaitement convaincre une juridiction (ou autorité) du bien fondé de prétentions qui, en réalité, visent à nuire à un concurrent. Voir KLEIN (S.), “Redrawing the criminal-civil boundary”, *Buffalo criminal law review*, vol.2, 1999, p.679.

⁶¹ Dans sa version légitime, certes, le plaignant/demandeur est parfaitement fondé à vouloir se prémunir de pratiques de représailles coordonnées de la part des membres de la collusion.

⁶² Par l'interdiction de certains accords de distribution, c'est la stratégie marketing complète d'une entreprise qui peut se trouver anéantie. Voir ROQUILLY (C.), *op.cit.*.

A l'aune de la théorie de l'“*augmentation des coûts des rivaux*”, plusieurs affaires méconnues du droit communautaire de la concurrence regagnent un intérêt nouveau.⁶³ Ainsi, dans une affaire *TF1 contre France 2 et France 3*, le premier opérateur privé de télévision français semblait tenter, via l'introduction d'une plainte auprès de la Commission, de désorganiser la coopération entre les deux chaînes publiques sur le marché.⁶⁴ TF1 estimait que les coopérations entre France 2 et France 3 avaient un objet anticoncurrentiel, notamment sur le marché de la commercialisation d'espace publicitaire. Maladroitement, TF1 avait fait l'aveu du surcroît d'efficacité de ses concurrentes (et de sa propre inefficacité), en plaçant que la coopération de France 2 et France 3 rendait son activité “plus onéreuse”. Une autre affaire *British Digital Broadcasting (BDB)* illustre comment une firme peut tenter au moyen d'une plainte, de rompre les approvisionnements d'une firme concurrente qui a prévalu dans le jeu concurrentiel. En l'espèce, BDB, une entreprise commune exploitant une plate-forme destinée à la fourniture de services de télévision terrestre numérique, avait été sélectionnée au terme d'un appel d'offre public pour exploiter trois multiplex terrestres numériques pour télévision à péage. DTN, une entreprise commune concurrente évincée avait ultérieurement critiqué, devant la Commission, les accords de fourniture de programme conclus pour une durée de 7 ans entre BskyB et BDB.⁶⁵

2. Les instruments de la plainte/demande stratégique

Si l'on s'intéresse aux voies d'actions devant les autorités administratives, et spécialement la Commission, les instruments du scénario que nous venons d'évoquer sont divers : introduction d'une plainte, dépôt d'observations,⁶⁶ ou intervention en cours de procédure.

⁶³ Il est ici essentiellement question du secteur audiovisuel, qui offre quelques illustrations intéressantes. On pense aussi, à titre illustratif, au domaine du transport aérien, et spécialement aux plaintes introduites par des opérateurs alternatifs contre les accords de coopération liant des compagnies bien installées sur le marché. C'est à ce type de considérations que répond, peut-être, en 2004, l'introduction d'un recours en annulation par EasyJet, la célèbre compagnie *low costs*, contre la décision de la Commission autorisant un accord de coopération horizontale entre Air France et Alitalia. Voir TPICE, T-300/04, *EasyJet contre Commission*, radiation du 6 septembre 2007. Voir aussi, sur la plainte introduite par Sun Air contre l'accord de coopération SAS et MAERSK, TPICE, T-241/01, *Scandinavian Airlines System AB v Commission*, 18 juillet 2005, *Rec.* 2005, p. II-2917.

⁶⁴ Voir Décision de la Commission du 3 février 1999, *TF1 contre France2 et France3*, IV/C-2/34.711, *XXIXème Rapport annuel sur la politique de concurrence*, 1999, p.187 La décision de rejet de plainte motive le rejet en appliquant la doctrine de l'unité économique à France2 et France3. Selon cette doctrine, l'article 81, paragraphe 1, du traité CE ne s'applique pas à des accords ou pratiques concertés entre des sociétés appartenant à un même groupe si les entreprises en cause forment une unité économique. En l'espèce, la Commission a estimé que tel était le cas : l'objet même de la loi du 2 août 1989 était de constituer un groupe unique en instaurant une présidence commune. Qui plus est, la programmation des deux chaînes était harmonisée, complémentaire et coordonnée sous l'autorité du président commun. Enfin, les régies publicitaires de France2 et France3 avaient fusionné.

⁶⁵ La Commission rejettera ultimement la plainte, constatant incidemment que BDB, s'était trouvée en concurrence pour l'obtention de la licence d'exploitation, et n'avait pas prévalu. Voir *XXVIIIème Rapport sur la politique de concurrence*, 1998, p.165.

⁶⁶ Voir considérant 32 du Préambule du Règlement 1/2003, préc.: “*Il convient de consacrer le droit des entreprises intéressées d'être entendues par la Commission, de donner aux tiers dont les intérêts peuvent être affectés par une décision l'occasion de faire valoir au préalable leurs observations*”. Voir aussi article 27(4) du Règlement 1/2003, préc.: “*Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision en application de l'article 9 ou 10, elle publie un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements ou de l'orientation proposée. Les tierces parties intéressées peuvent présenter leurs*

Il convient d'ailleurs de remarquer que ces instruments semblent assez faciles à mobiliser puisque le droit communautaire subordonne uniquement l'action de concurrents à la démonstration d'un "intérêt légitime".⁶⁷ Or, cette notion fait l'objet d'une acception résolument libérale. La Commission déclare ainsi, dans sa Communication relative au traitement des plaintes, que :

*"[L]es entreprises [...] peuvent faire valoir un intérêt légitime lorsqu'elles opèrent sur le marché en cause ou lorsque le comportement dénoncé est susceptible de léser directement leurs intérêts. Cela confirme la pratique constante de la Commission selon laquelle un intérêt légitime peut être invoqué, par exemple, par les parties à l'accord ou à la pratique dénoncée, par des concurrents dont les intérêts ont prétendument été lésés par le comportement dénoncé ou par des entreprises exclues d'un réseau de distribution".*⁶⁸

Selon nous, cette interprétation pose problème. Pour en mesurer les dangers, il faut s'intéresser au droit *antitrust* américain. Dans une étude fondatrice, SNYDER et KAUPER ont démontré qu'une proportion importante des actions judiciaires contre de prétendues collusions horizontales illicites était introduite par les concurrents des défendeurs, plutôt que par – comme cela devrait être logiquement le cas – les clients des défendeurs, qui sont les premières victimes des collusions.⁶⁹ Les auteurs démontraient, après avoir examiné une série d'affaires,⁷⁰ que la plupart des demandes étaient dénuées de fondement en droit. Et ceux-ci,⁷¹ de conclure que l'utilisation stratégique des voies de droit afin de réduire la concurrence était un phénomène relativement étendu.⁷²

Ces développements appellent les autorités de contrôle et juridictions à la vigilance.⁷³ A cet égard, tandis que les plaintes, observations et demandes d'intervention des clients et fournisseurs – victimes naturelles d'une entente – doivent sans doute être présumées remplir la condition d'intérêt légitime,⁷⁴ celles introduites par les concurrents d'une

observations dans un délai qui est fixé par la Commission dans sa publication et qui ne peut pas être inférieur à un mois".

⁶⁷ Voir Article 7 du Règlement 1/2003, préc. p.9.

⁶⁸ Voir Communication de la Commission relative au traitement des plaintes, JOUE C 325 du 22 décembre 2005, p.14, §36.

⁶⁹ Voir E. SNYDER, T. KAUPER, "Misuse of the Antitrust Laws: The Competitor's Plaintiff", n°3, *Michigan Law Review*, 1991, p.551.

⁷⁰ Il s'agissait d'un échantillon d'affaires soumises à cinq cours fédérales de district.

⁷¹ Leurs constatations seront rejointes par les auteurs de l'école de Chicago. Ainsi que l'ont dénoncé plusieurs illustres auteurs américains de l'école de Chicago, les concurrents des parties à un accord utiliseraient de façon croissante les voies de recours offertes par le droit antitrust américain pour éliminer la concurrence. Notamment POSNER (R.), EASTERBROOK (F.), BAUMOL (W.), ORDOVER (J.), cités par SNYDER (E.), KAUPER (T. E.), *op. cit.*, p.551.

⁷² Voir, dans le même sens, BAUMOL (W.), BLINDER (A.), "Economics: Principles and Policy", 8th édition, 2000, pp.425-426: "*One problem haunting most antitrust litigation [...] is that vigorous competition may look very similar to acts that undermine competition. The resulting danger is that the courts will prohibit . . . acts that appear to be anticompetitive but really are the opposite*". Voir aussi BAUMOL (W.), ORDOVER (J.), "Use of Antitrust to Subvert Competition", 28 *Journal of Law & Economics*, 1985, pp.248-252: "*Antitrust, whose objective is the preservation of competition, by its very nature lends itself to use as a means to undermine effective competition. This is not merely ironic. It is very dangerous for the workings of our economy.*"

⁷³ Voir notamment, PAGE (W.), BLAIR (R.), "Controlling the Competitor Plaintiff in Antitrust Litigation", *Michigan Law Review*, vol. 91, n° 1, octobre 1992, pp. 111-123.

⁷⁴ Les premiers doivent acquitter un prix de collusion supra concurrentiel, les seconds voient leurs livraisons diminuer.

coordination devraient être soumises à un examen approfondi. En la matière, le droit communautaire trouverait source d'inspiration utile en droit *antitrust* américain. Aux Etats-Unis, il est assez bien admis que les concurrents d'une coordination ne peuvent, en cette seule qualité, revendiquer accès au prétoire.⁷⁵

3. L'effectivité de la plainte/demande stratégique

Les conséquences de la plainte/demande stratégique sont radicales. En cas de succès, elle entraîne la nullité, pure et simple, de la collusion.

En outre, l'invocation de l'article 81(1) TCE permet au stratège d'infliger d'une myriade de dommages collatéraux aux tiers. Une fois exposée à une procédure d'application de l'article 81 TCE, une firme fait d'abord face à une explosion de ses coûts juridiques (réponse aux demandes de renseignements, soumission à mesures d'investigation, etc.) et à des obligations procédurales susceptibles d'entraver son bon fonctionnement quotidien.⁷⁶ L'ouverture d'une procédure s'accompagne ensuite d'un risque de fermeture partielle de l'accès au marché des capitaux.⁷⁷ Ignorant l'étendue de la responsabilité encourue pour violation du droit de la concurrence (amende administrative, actions en responsabilité subséquente, etc.), les prêteurs ont les plus grandes difficultés à évaluer le risque de crédit. Il est donc probable qu'au lendemain de l'ouverture d'une procédure suite à une dénonciation, les firmes dénoncées voient le coût de leur financement s'élever.⁷⁸ Enfin, dans les ordres juridiques appliquant des sanctions personnelles aux violations du droit de la concurrence (réclusion, incapacités de gestion, etc.), dénoncer une entente peut être le moyen d'éliminer un chef d'entreprise performant (ou plus généralement, son personnel dirigeant).⁷⁹

4. Variantes de la stratégie – La désorganisation de nouveaux entrants agissant en coordination

Dans nos exemples d'invocation stratégique de l'article 81(1) TCE, nous nous sommes concentrés sur le cas d'un “outsider” souhaitant entrer sur le marché.⁸⁰ Il est toutefois possible que l’“outsider” à l'origine de la stratégie juridique soit un opérateur installé sur le marché, dont l'objectif est de repousser l'entrée concurrentielle d'entreprises tierces parties

⁷⁵ A l'exception des hypothèses d'exclusion anticoncurrentielle coordonnée. Depuis l'affaire *Brunswick*, le droit *antitrust* américain impose à tout demandeur, de faire état d'une “*antitrust injury*”, c'est-à-dire d'un préjudice concurrentiel. Voir *Brunswick Corp vs. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429, U.S. 477, 1977, p.489. Cette règle est néanmoins critiquée par SNYDER et KAUPER, *op. cit.*, p.551.

⁷⁶ Le management de l'entreprise se trouve parfois contraint de participer, pendant de longues périodes, aux auditions. Voir KLAWITER (D.), EVERETT (J.), “The Legacy of *Stolt-Nielsen*: A New Approach to The Corporate Leniency Program?”, *The Antitrust Source*, December 2006, pp.7-9

⁷⁷ Nous extrapolons ici l'argument de TIROLE (J.), *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, §§9.7, pp.377-379. Les tolérances des établissements de crédit sont en effet moins grandes à l'égard des firmes passibles de lourdes sanctions juridiques.

⁷⁸ Le dénonciateur peut ainsi parvenir à tarir les sources de financement des membres de l'entente et, le cas échéant, entraver leur capacité à renouveler leur équipement, etc. Ultiment, il peut ainsi compromettre leur maintien sur le marché. Pour en amplifier l'effet, le dénonciateur peut combiner cette stratégie avec une guerre de prix violente. Voir SCHINKEL (M.), “Effective Cartel Enforcement in Europe”, *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 30, 2007, pp.539-572.

⁷⁹ ROQUILLY (C.). *op.cit.*, Voir CARLTON et PERLOFF, *op.cit.*, 1998.

⁸⁰ Ou s'étendre sur le marché.

à une coordination.⁸¹ Une illustration pénétrante de ce type de comportement est apparue dans l'affaire *CanalSatellite contre TPS*.⁸² En l'espèce, CanalSatellite avait introduit une plainte contre TPS, une plate-forme de télédiffusion numérique, et ses fondateurs (TF1, France Télévision, M6, France Télécom, Suez-Lyonnaise des Eaux). CanalSatellite contestait l'accord d'exclusivité liant les chaînes généralistes à la plate-forme numérique TPS. Lucide, la Commission rejettera en l'espèce la plainte, considérant que le groupe Canal+ détenait une position dominante sur le marché de la télévision payante et que TPS, en désavantage net dans la concurrence, avait besoin, pour assurer son lancement, d'un élément de différenciation par rapport à CanalSatellite.

IV. L'instrumentalisation de l'article 81(1) TCE pour dissoudre/capter l'avantage concurrentiel détenu par un tiers

1. Présentation du scénario

La trame de fond de ce nouveau scénario repose sur le postulat que certaines entreprises détiennent parfois un avantage concurrentiel légitime à raison d'un accord qu'elles ont conclu avec un tiers. Dans une perspective économique, l'avantage concurrentiel s'apparente à une rente qui suscite les convoitises de concurrents et/ou clients. Conformément aux observations fondatrices de POSNER sur les stratégies de "*rent-seeking*",⁸³ ceux-ci s'emploient donc à faire dissoudre ou à capter une partie de cette rente.⁸⁴

Approfondissons quelque peu l'analyse de ce scénario. A la réflexion, deux stratégies peuvent être envisagées. La première – la plus évidente – est la stratégie de *dissolution* d'une rente par invocation de l'article 81(1) TCE. Une firme évincée d'une procédure d'attribution d'un marché cherche *a posteriori* à faire annuler l'avantage dont jouit le concurrent en ayant obtenu l'attribution.⁸⁵ A quelques nuances près, l'affaire *SELEX Sistemi Integrati SpA contre Commission* en fournit une intéressante illustration.⁸⁶ En l'espèce, SELEX Sistemi Integrati SpA, une entreprise active dans la conception de systèmes de gestion du trafic aérien, avait introduit une plainte alléguant une violation des "*dispositions communautaires en matière de concurrence*", relative aux activités de recherche et développement d'Eurocontrol.⁸⁷ Dans le cadre de ces activités, Eurocontrol fait développer par des tiers des prototypes d'équipements (par exemple des systèmes de contrôle radar) afin notamment de définir de nouvelles normes techniques. A cet effet, elle conclut des contrats de marchés publics avec des entreprises. En l'espèce, il apparaissait

⁸¹ Ou leur expansion.

⁸² Voir Décision de la Commission du 7 avril 1999, *CanalSatellite contre TPS*, IV/C-2/36.605, *XXIXème Rapport annuel sur la politique de concurrence*, 1999, p.186. La lecture du Rapport annuel de la Commission suggère que la plainte avait été introduite sur le fondement des articles 81 et 82 TCE.

⁸³ Les travaux fondateurs de POSNER suggèrent que les activités d'acquisition de rentes font partie des comportements typiques des entreprises en monopole et, plus généralement, de petits cercles d'entreprises bien organisés et concentrés.

⁸⁴ Voir KLEIN, *op. cit.*, pp.21.

⁸⁵ Il peut s'agir d'une procédure publique, ou privée, d'attribution. Voir KLEIN, *op.cit.*, p.21.

⁸⁶ Voir TPICE, T-155/04, *SELEX Sistemi Integrati SpA contre Commission*, 12 décembre 2006, *Rec.* 2006, p. II-4797, §77 (relatif aux activités de normalisation d'Eurocontrol en ce qui concerne tant l'élaboration que l'adoption des normes, ainsi que l'acquisition de prototypes de systèmes ATM ("Air Traffic Management" ou gestion du trafic aérien) et la gestion des droits de propriété intellectuelle).

⁸⁷ *Idem.*, §46.

que Thomson CSF avait obtenu un contrat de développement important suite à une procédure d'appel d'offres. SELEX Sistemi Integrati SpA, semblait, par sa plainte, vouloir remettre en cause une partie de ces contrats. Elle estimait, en effet, que dans le système critiqué, les entreprises sélectionnées *“se trouvaient dans une situation particulièrement avantageuse par rapport à leurs concurrents, dans le cadre des marchés publics organisés par les autorités nationales en vue de l'acquisition d'équipements ATM”*.⁸⁸

La deuxième stratégie, que nous qualifions de stratégie de *captation* d'une rente, consiste cette fois à invoquer l'article 81(1) TCE afin de profiter de tout ou partie de la rente dont jouit un tiers. Techniquement, il s'agit de critiquer devant l'autorité/le juge l'exclusivité d'une relation commerciale sur le fondement de l'article 81(1) TCE. Pour reprendre une expression bien connue de la théorie économique, le stratège est ici comparable à un *“passager clandestin”* cherchant à s'introduire dans une relation commerciale à laquelle il n'est pas partie.⁸⁹ Quelques exemples, tirés ici encore du secteur audiovisuel, illustrent bien cette problématique.⁹⁰ Dans l'affaire *Telefónica/Sogecable/AVS II*,⁹¹ la collaboration – dans le cadre d'une entreprise commune, de deux organismes de télédiffusion à péage, Telefonica et Sogecable, était critiquée sur le fondement de l'article 81(1) TCE par la quasi-totalité des organismes de télévision à péage espagnols concurrents. Les plaignants critiquaient l'exclusivité réciproque que s'étaient octroyées les parties sur l'exploitation de leurs portefeuilles respectifs de droit de retransmission de rencontres de matches de football.⁹² Au terme de la procédure, les parties ont accepté d'ouvrir accès à ces droits aux opérateurs concurrents en signant des contrats de sous-licence.⁹³

Une même lecture stratégique pourrait être proposée au sujet de l'affaire *M6 contre Commission*.⁹⁴ En l'espèce, M6 avait introduit une plainte contre l'Union Européenne de Radiodiffusion (“UER”), une association professionnelle de radiodiffuseurs nationaux. Parmi ses diverses tâches, l'UER négocie au nom de ses membres les droits de diffusion

⁸⁸ *Id.*, §10.

⁸⁹ Voir CORNES (R.), SANDLER (T.), “The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods”, New York, Cambridge University Press, 1986; LEMLEY (M.), “Property, Intellectual Property, and Free Riding”, *Texas Law Review*, vol. 83, 2005, p.1031; STIGLER (G.), “Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n°2, 1974, pp. 359-365.

⁹⁰ L'affaire *Cupido Tickets/UEFA* se prête également à une lecture stratégique. En l'espèce, la Commission avait examiné le système de vente de billets mis en place par l'UEFA pour le championnat d'Europe de football Euro 2000 puis envoyé une lettre administrative de compatibilité à l'UEFA le 7 juin 2000. Dans une plainte, Cupido (une société néerlandaise spécialisée dans la vente de billets pour des grandes manifestations sportives) dénonçait le système de vente de billets au motif qu'elle ne pouvait obtenir de billets pour ce tournoi à des fins de revente au public. Elle se plaignait du fait que l'UEFA obligeait ses membres, les fédérations nationales de football, à faire en sorte que les billets qu'elle leur allouait soient distribués à leurs propres supporters. S'il est clair que ce comportement a eu pour effet d'empêcher Cupido d'obtenir des billets pour l'Euro 2000, il n'était pas contraire au droit communautaire de la concurrence. Le 13 décembre, la Commission rejeta la plainte déposée par Cupido Tickets. Voir Décision de la Commission du 13 décembre 2002, COMP/D-3/37.932), *XXXIIème Rapport sur la politique de concurrence*, 2002, p.220,.

⁹¹ Voir affaire COMP/C2/37.652, *XXXème Rapport sur la politique de concurrence*, 2000, pp.172-173

⁹² *Idem*. Elles faisaient état d'un risque “d'effets de verrouillage”.

⁹³ *Id.* La Commission estime que l'accord permet d'assurer l'entrée de “nouveaux venus sur le marché de la télévision numérique par câble et terrestre sur le marché espagnol”.

⁹⁴ Voir TPICE, T-528/93, T-542/93, T-543/93 et 546/93, *Métropole Télévision SA, Reti Televisive Italiane SpA, Gestelevision Telecincio SA, Antena 3 de Television contre Commission*, 11 juillet 1996, *Rec.* 1996, p. II-649.

d'évènements sportifs avec les fédérations sportives ou les organisateurs de compétitions. A compter de 1987, et à six reprises, M6 avait introduit un dossier de candidature à l'UER. Chaque fois sa candidature fut écartée. En 1993, les règles d'affiliation à l'UER font l'objet d'une décision d'exemption de la Commission. Pour entrer dans le "club" des membres de l'UER, M6 saisira le TPICE d'un recours en annulation contre la décision de la Commission. Le TPICE annulera la décision en critiquant les critères d'adhésion à l'organisation, jugés trop imprécis, subjectifs, et susceptibles d'application discriminatoire.⁹⁵

2. Les instruments de la stratégie

Comme pour la désorganisation d'entreprises tierces agissant en coordination, les instruments mobilisés pour mettre en œuvre une stratégie de dissolution ou captation d'une rente sont la plainte devant une autorité administrative ou la demande auprès d'une juridiction.

Mutatis mutandis, nos propos relatifs à l'intérêt légitime des concurrents (l'approche excessivement libérale prévalant en droit positif) s'appliquent. En revanche, là où nous estimions que l'intérêt légitime des clients et fournisseurs pouvait être présumé, il faut ici apporter une réserve en ce qui concerne la stratégie de captation d'une rente par les clients (et fournisseurs). Les autorités doivent ici scrupuleusement vérifier que la plainte est motivée par un objectif concurrentiel, celui de réduire les prix qu'ils pratiquent auprès de leurs propres clients et non d'accroître leur marge.

3. L'effectivité de la stratégie

Le scénario de dissolution ou captation d'une rente n'est pas une hypothèse d'école. Il est spécialement appelé à se concrétiser dans les nombreux secteurs où le processus concurrentiel prend la forme d'une mise en concurrence périodique portant sur l'attribution de droits exclusifs.⁹⁶ Sur de tels marchés, plutôt que s'exercer de manière permanente *dans* le marché, la concurrence s'exerce *pour* le marché, c'est-à-dire en amont, par la sélection d'un opérateur à qui est attribuée une forme de concession exclusive (par exemple, les marchés de travaux publics, l'acquisition de droits de retransmission d'évènements sportifs, etc.).⁹⁷ Plus généralement, sur tout marché caractérisé par des commandes importantes et irrégulières, par des procédures d'appels d'offre ou encore par des dynamiques de "*prime du premier*" ("*winner takes all*"), des firmes stratégiques pourraient tenter de s'accaparer, par l'invocation de l'article 81(1) TCE, une partie de l'avantage dont bénéficie un de leurs concurrents.

La seule limite à l'effectivité d'une telle stratégie tient au calendrier d'intervention des autorités de concurrence et juridiction. Sauf l'octroi de mesures provisoires, une décision au fond intervient au mieux quelques dizaines de mois après l'introduction d'une plainte/demande. Les plaintes n'ayant pas d'effet suspensif, la stratégie ne peut, au mieux,

⁹⁵ Ce contexte expliquera une nouvelle plainte de M6 en 1999, que la Commission jugera infondée.

⁹⁶ Voir RICHER (L.), *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, LGDJ Tome 11, 2007.

⁹⁷ On pense aussi à l'acquisition de licences d'exploitation pour certains services (missions de service universel, par exemple), les contrats dans le domaine de l'armement, les contrats de collecte de déchets et autres services aux collectivités, les procédures de certification/qualification des fournisseurs dans certaines industries, etc.

produire ses effets que dans le moyen terme. Il est donc justifié de se demander s'il est bien plausible qu'un concurrent agisse de façon stratégique pour remettre en cause le résultat d'une opération passée.

Nonobstant cette limite, il y a au moins trois raisons pour lesquelles de telles stratégies sont susceptibles de prospérer. La première est de nature *prescriptive*. Quoique tardive, une fois adoptée, la décision au fond conditionne le déroulement d'opérations futures sur le marché. Le stratège se protège ainsi, à l'avenir, du risque d'être évincé de nouvelles opérations économiques. La deuxième est de nature *informationnelle*.⁹⁸ Si toutes les autorités et juridictions protègent la confidentialité des secrets d'affaires, l'ouverture d'une procédure entraîne la circulation d'informations industrielles et commerciales sensibles sur les entreprises parties à l'accord.⁹⁹ Le stratège peut avoir intérêt à acquérir de telles informations pour ensuite les utiliser sur le marché. Enfin, la troisième est de nature *punitive*. Par esprit de revanche, ou simplement pour apparaître diligent auprès de ses actionnaires, le stratège mobilise toutes les voies disponibles – y compris juridiques – pour combattre ses rivales.

4. Variante de la stratégie – La captation d'une rente par les clients d'une coordination

Dans le scénario ci-avant, des firmes stratèges agissaient contre leur concurrentes afin de capter tout ou partie de leur avantage concurrentiel. Une variante envisageable, encore inspirée par la volonté de captation de rente, s'inscrit dans un contexte de relations verticales (et non plus horizontales). Il est ici question, pour les *clients* de parties à un accord, d'obtenir une redistribution du revenu dont jouissent, grâce à leur coopération, des opérateurs situés en amont (ou en aval) des plaignants.

On s'intéresse donc à une stratégie de "partage du revenu" ("*revenue sharing*"). Si les exemples jurisprudentiels en la matière sont rares, il est possible de se livrer à un rapide exercice de juridique fiction: profitant de gains d'efficacité substantiels, les parties à un accord de coopération horizontale élèvent le revenu qu'elles tirent de leurs activités commerciales. Les clients des parties, des opérateurs intermédiaires souhaitant capter une partie de ces revenus, introduisent, sur le fondement de l'article 81(1) TCE, une plainte. Ils cherchent à obtenir des parties qu'elles revoient leurs conditions commerciales (tarifaires et non tarifaires). Les clients, qui jouissent en aval d'un certain degré de pouvoir de marché n'entendent pourtant pas transférer les économies réalisées vers le consommateur final. Ils cherchent uniquement à élever leur marge de profit. Si leur démarche est avalisée par l'autorité ou le juge, un problème stratégique apparaît. Le revenu est redistribué des parties vers les clients, sans effet positif sur le consommateur final. Ici, le droit de la concurrence

⁹⁸ Elle apparaît plus plausible dans les systèmes qui, comme le droit américain, connaissent une procédure de divulgation ou "*discovery*". La procédure de divulgation utilisée aux Etats-Unis permet à chaque partie de demander l'ensemble des documents et preuves se trouvant entre les mains des autres parties. La procédure de divulgation peut être détournée par des concurrents souhaitant obtenir accès des documents confidentiels.

⁹⁹ Voir *Livre Blanc sur les dommages et intérêts – Observations du MEDEF*, juillet 2008, pp.6-7. Voir aussi ROQUILLY (C.), *op. cit.*, qui évoque le fait qu'une entreprise demande directement au juge d'enjoindre que ses concurrentes lui fournissent accès à certaines informations technologiques.

est bel et bien instrumentalisé puisqu'il est détourné de sa finalité d'amélioration du bien-être du consommateur.¹⁰⁰

V. L'instrumentalisation de l'article 81(1) TCE pour stabiliser une coordination anticoncurrentielle

1. Présentation du scénario – la menace de clémence “représailles”

Au discours triomphaliste des autorités de concurrence qui ne tarissent plus d'éloges sur l'efficacité des instruments nouveaux de lutte anticartel, la littérature économique récente est venue infliger un sérieux camouflet. Les programmes de clémence (et la procédure de transaction) auraient pour effet pervers de stabiliser certains types d'arrangements collusifs.¹⁰¹ Par le jeu de ces nouveaux instruments, l'effet dissuasif de l'amende diminue, chaque entreprise anticipant la possibilité de négocier avec l'autorité une réduction de sa sanction. En conséquence, les entreprises ne sont plus dissuadées de former une entente.¹⁰²

C'est dans le prolongement de cette littérature que s'inscrit notre scénario stratégique de stabilisation d'une coordination anticoncurrentielle. Selon la théorie économique, toute situation de collusion comporte en son sein un risque dit de “déviation”, c'est-à-dire le risque qu'un participant à l'entente décide soudainement d'adopter une stratégie concurrentielle (on le qualifie alors de “tricheur”), précipitant l'anéantissement de la collusion.¹⁰³ Ainsi, en cas d'augmentation subite de la demande totale sur le marché, l'incitation des oligopoleurs à “dévier” de la collusion augmente parfois de façon irrésistible. Les économistes ont montré que pour se prémunir du risque de “déviation” (et assurer le cas échéant la stabilité de la coordination), les membres de l'entente doivent

¹⁰⁰ Finalité que lui assignent de nombreux textes. On pense notamment aux Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité, JOCE C 101/97 du 27 avril 2004, §§83 et 84. L'effectivité d'une telle stratégie est redoutable. Accusées de restriction de concurrence au sens de l'article 81(1) TCE, les parties à un tel accord ne peuvent revendiquer le bénéfice d'une exemption sur le fondement de l'article 81(3) TCE. Il leur faudrait, pour cela, prouver que les gains d'efficacité sont – au moins en partie – transférés vers les utilisateurs directs, à savoir les clients initiateurs de la stratégie, ce qui est par hypothèse exclu de notre scénario. Menacées d'actions devant les autorités et privées de moyen de défense, les parties pourraient par anticipation revenir à la table des négociations et, le cas échéant, donner satisfaction à des clients animés par la maximisation de leurs profits.

¹⁰¹ Voir SPAGNOLO (G.), “Optimal deterrence mechanisms against cartels (and organized crime)”, Manuscript, *University of Mannheim*; CHEN (J.), HARRINGTON (J.), “The impact of the corporate leniency program on cartel formation and the cartel price path”, *The Political Economy of Antitrust*, 2007; ELLIS (C.), WESLEY (W.), “What doesn't kill us makes us stronger: an Analysis of Corporate Leniency Policy”, Manuscript, *University of Oregon*. Voir M. MOTTA, M. POLO, “Leniency programs and cartel prosecution”, *International Journal of Industrial Organization*, n° 21, 2003, pp.347-379. Si le mécanisme de clémence immunise de manière excessivement généreuse et s'applique à un grand nombre de firmes, alors la dissuasion des cartels ne sera pas effective. Voir WILS (W.), *op. cit.*, p.58. Voir aussi OSBORNE (D.), “Cartel Problems”, *American Economic Review*, n°66, 1976, pp.835-484. Ainsi s'explique que la Commission, qui en est consciente, accepterait uniquement de donner une réelle immunité au premier dénonciateur. Voir WILS (W.), *op. cit.*, p.56. Enfin, d'aucuns ont soutenu que les programmes de clémence pouvaient faciliter la collusion lorsque la procédure n'est pas confidentielle et que les pénalités sont faibles. Voir MOTCHENKOVA (E.), “Effects of Leniency Programs on Cartel Stability”, *CentER Discussion Paper*, n°98, 2004, pp.3-4.

¹⁰² Pire encore, elles pourraient y être encouragées.

¹⁰³ Voir MOTTA (M.), *Competition Policy - Theory and Practice*, *op. cit.*, p.139.

disposer de mécanismes dits de *punition* (on parle aussi de représailles), permettant de garantir que chacun “adhère” à l’équilibre collusif.¹⁰⁴

Si, en règle générale, le mécanisme de *punition* peut prendre des formes diverses (par exemple, la détention de capacités excédentaires de production inutilisées qui sont mises sur le marché pour déclencher une guerre de prix), il est parfaitement concevable que la politique de représailles se concrétise dans la mobilisation de mécanismes juridiques.¹⁰⁵ C’est ici qu’intervient la clémence (et la transaction). Au stade de la formation de l’entente, les parties définissent conjointement un mécanisme de *punition* : en cas de déviation, les entreprises demeurant intéressées par la collusion dénoncent immédiatement le cartel auprès des autorités de concurrence, de façon à ce que le tricheur écope d’une lourde amende.¹⁰⁶ Il s’agit par anticipation, de décourager toute velléité de déviation. Le tricheur ne maximisera pas son profit, puisqu’il encourra le paiement d’une amende administrative. Si les autres participantes peuvent être également affectées, il semble toutefois possible, puisqu’elles communiquent régulièrement, que les firmes non déviantes coordonnent ensemble leur stratégie de dénonciation, de manière à bénéficier de réductions d’amende.¹⁰⁷

2. Les instruments de la stratégie

Comme pour la “clémence agressive” évoquée précédemment, l’introduction d’une demande d’immunité auprès d’une autorité administrative constitue un instrument de facilitation de la coordination anticoncurrentielle, puisqu’il fournit aux membres de l’entente un instrument de police de la collusion.

Toutefois, dans le présent scénario, le programme de clémence est mobilisé de manière radicalement différente. Dans la “clémence agressive”, une firme dénonçait une entente afin d’élever individuellement ses profits et, surtout, d’infliger un préjudice à ses concurrentes. On parle ici d’un scénario reposant avant tout sur la *menace* de dénonciation, et non sur une dénonciation effective qui – par retour de manivelle – pourrait porter atteinte à certaines dénonciatrices se trouvant punies malgré leur coopération avec l’autorité.¹⁰⁸

¹⁰⁴ L’existence d’un mécanisme de représailles est une condition impérative de l’existence d’un équilibre collusif stable, p.139. Voir STIGLER (G.), “A Theory of Oligopoly”, *Journal of Political Economy*, vol. 72, 1964, pp.41-61: “no conspiracy can neglect the problem of enforcement”.

¹⁰⁵ Le Professeur MOTTA explique que toute forme de comportement de marché agressif peut constituer des représailles. Voir MOTTA (M.), *Competition Policy - Theory and Practice*, op. cit., pp.139-140.

¹⁰⁶ Voir KLEIN (C.), op. cit., p.24.

¹⁰⁷ L’avènement de communications instantanées, par le biais de messages électroniques, accroît ce risque. Voir JAMES (C.), “La messagerie instantanée : un danger pour les entreprises”, *Vnunet.com*, 25 mars 2008.

¹⁰⁸ A l’échelon communautaire, rien ne garantit, en effet, que tous les demandeurs d’immunité obtiennent gain de cause. L’immunité totale est en principe octroyée au membre de l’entente qui le premier dénonce la collusion. Plus que la dénonciation dans le cadre du programme de clémence en tant que telle, c’est donc la *menace* d’introduction d’une demande d’immunité qui est l’instrument de la stratégie juridique. Voir Communication de la Commission sur l’immunité d’amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, préc., §§5 et 24 en particulier. La Commission s’engage également à octroyer des réductions d’amendes aux entreprises qui lui fourniraient “des éléments de preuve [...] qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission”. En principe, la première entreprise à fournir une valeur ajoutée significative obtient une réduction comprise entre 30 et 50%, la deuxième entre 20 et 30%, et les autres une réduction maximale de 20%.

Qui plus est, dans ce nouveau scénario, la menace de clémence poursuit un objectif collectif et non individuel :¹⁰⁹ assurer le maintien de la coordination dans le temps, afin d'extraire conjointement des profits supra concurrentiels. Il s'agit donc, comme le disent les économistes, d'un comportement stratégique "coopératif" par opposition au comportement stratégique "non coopératifs».

3. L'effectivité de la stratégie

Révolutionnaire dans sa formulation, le scénario de "clémence représailles" doit encore être confronté au "*métal froid*" de la théorie économique pour atteindre des conclusions réalistes sur sa faisabilité.¹¹⁰ A notre estime, trois bonnes raisons donnent à penser que la "clémence représailles" ne peut, à elle-seule, constituer un instrument de punition des déviations au sein d'une entente. La première tient au fait que, pour dissuader toute déviation,¹¹¹ les représailles doivent être suffisamment *sévères*, c'est-à-dire que les coûts infligés par la punition doivent dépasser les profits que le tricheur peut escompter d'une déviation. Or, on sait bien que les entreprises ayant dévié d'une coordination en cours d'exécution se voient souvent reconnaître le bénéfice de "circonstances atténuantes" lors du calcul de l'amende par la Commission.¹¹² Si le tricheur démontre à l'autorité qu'il est la cible d'une coordination –son comportement commercial de déviation en atteste d'ailleurs – les coûts infligés par la stratégie de représailles seront limités.

La seconde concerne la *valeur d'engagement*, relativement limitée, que constitue la menace de dénonciation par les membres de l'entente. La théorie économique enseigne en effet qu'une punition est uniquement crédible si les membres de l'entente sont *prêts à mettre en œuvre* les représailles.¹¹³ Or, le risque que certains demandeurs d'immunité se voient refuser le bénéfice d'une réduction de l'amende limite la valeur d'engagement des menaces formulées lors de la conception de l'entente.

¹⁰⁹ A la différence de la "clémence agression".

¹¹⁰ Nous reprenons ici l'expression de J. SCHUMPETER, "*Capitalisme, socialisme et démocratie*" : 1^{ère} et 2^{ème} parties, Traduction française, 1942, pp.34-35 (version numérique de Jean-Marie TREMBLAY).

¹¹¹ Voir VAN DEN BERGH (R. J.), CAMESASCA (P. D.), *European Competition Law and Economics: a comparative perspective, op. cit.*, p.180. Ce sera généralement le cas lorsque l'opérateur déviant fait l'objet d'une campagne de prix prédateurs ou d'une guerre de prix intense et durable. Les économistes sont par contre divisés sur la question de savoir si le simple retour à la concurrence est ou non une punition suffisamment sévère. Voir Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, §2a, du règlement 1/2003, JOUE C 210 du 1er septembre 2006, p.4, §29. Lorsque l'entreprise concernée apporte la preuve que sa participation à l'infraction est substantiellement réduite et démontre par conséquent que, pendant la période au cours de laquelle elle a adhéré aux accords infractionnels, elle s'est effectivement soustraite à leur application en adoptant un comportement concurrentiel sur le marché; le seul fait qu'une entreprise a participé à une infraction pour une durée plus courte que les autres ne sera pas considéré comme une circonstance atténuante, puisque cette circonstance est déjà reflétée dans le montant de base.

¹¹² Voir Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, §2a, du règlement 1/2003, préc., §29. Des circonstances atténuantes sont par exemple retenues lorsque l'entreprise concernée apporte la preuve que sa participation à l'infraction est substantiellement réduite. Elle peut ainsi démontrer que, pendant la période au cours de laquelle elle a adhéré aux accords infractionnels, elle s'est effectivement soustraite à leur application en adoptant un comportement concurrentiel sur le marché.

¹¹³ Toute punition implique en effet des pertes pour ses initiateurs. Voir MOTTA (M.), *Competition Policy – Theory and Practice, op. cit.*, note 7, p.139; VAN DEN BERGH (R. J.), CAMESASCA (P. D.), *European Competition Law and Economics: a comparative perspective, op. cit.*, p.181. L'intensité et la durée de la punition nécessaire pour discipliner le tricheur sont des paramètres que les oligopoleurs mesureront avant d'initier une politique de représailles.

Enfin, pour être effective, une stratégie de punition doit être *rapide*.¹¹⁴ Si cela n'est pas le cas, le tricheur engrange d'importants bénéfices en adoptant une stratégie concurrentielle de déviation car le mécanisme de punition n'est pas mobilisé assez rapidement. Dans la mesure où une décision sur la sanction n'intervient que quelques années après la saisine de la Commission, il est permis de croire que, même sanctionné, le tricheur a la possibilité de réaliser d'importants profits sur le marché.

Ce qu'il faut bien comprendre, à la lumière de nos propos, c'est que la "clémence représailles" ne saurait, à elle seule, constituer une stratégie effective de stabilisation d'une coordination. De là toutefois à conclure que la menace de demande d'immunité est un scénario hypothétique, il n'y a qu'un pas qu'il serait bien imprudent de franchir. Ajoutée à d'autres instruments de représailles plus conventionnels (on pense à des représailles commerciales), elle pourrait contribuer, de façon significative, à ce que les parties adhèrent, à long terme, à une coordination anticoncurrentielle.

4. Variantes de la stratégie

D'autres stratégies juridiques de stabilisation d'une coordination anticoncurrentielle sont encore envisageables. On pourrait envisager, d'abord, un scénario de "clémence illusion". Profitant de l'asymétrie d'informations existant à leur profit, les membres de l'entente dénoncent stratégiquement auprès d'une autorité de concurrence une *partie* de leurs activités collusives. Cherchant à leurrer l'autorité de concurrence, les parties coopèrent sans réserve et lui fournissent quantité d'informations sur la pratique collusive dénoncée. Obnubilée par l'examen de ces données, l'autorité succombe à une situation que l'on qualifierait de myopie informationnelle. Elle se désintéresse d'autres collusions en place sur des segments de marché voisins.

Si les cartels sont en principe des organisations sophistiquées, capables d'ajuster leur structure de fonctionnement à de nouveaux environnements juridiques et, en particulier, aux programmes de clémence, il n'en demeure pas moins qu'une telle stratégie est particulièrement risquée. Une fois la procédure ouverte, des tiers – les clients et consommateurs sur les autres segments de marché – sont susceptibles d'intervenir auprès de l'autorité, pour dénoncer les collusions parallèles.

On pense ensuite à une stratégie d'extension de l'entente. Un nouvel entrant informé de l'existence d'une entente sur le marché prendrait contact avec ses membres et les menacerait de plainte auprès d'une autorité. Il s'agirait de les inciter à l'accueillir au sein de la coordination et, en particulier, à renoncer à des mesures de rétorsion en cas d'entrée (comme par exemple, une guerre de prix, un boycott défensif, etc.). Ce scénario, s'il ne repose pas sur le programme de clémence, s'appuie comme dans notre scénario de "clémence représailles", sur une menace de dénonciation.¹¹⁵

¹¹⁴ La question de la *détection* a été analysée pour la première fois par STIGLER (G.), "A Theory of Oligopoly", *op. cit.* Celui-ci y voit l'une des conditions fondamentales d'existence et de stabilité d'un équilibre collusif.

¹¹⁵ Plus crédible, une telle stratégie n'est possible que si les profits tirés d'une collusion étendue au nouvel entrant dépassent les pertes – en l'espèce les amendes – que pourraient subir les membres de l'entente en cas de dénonciation par l'*outsider*.

VI. Autres hypothèses d'instrumentalisation stratégique de l'article 81(1) TCE

Notre étude ne serait pas exhaustive si nous n'évoquions pas deux dernières stratégies d'instrumentalisation de l'article 81(1) TCE, à savoir les stratégies à visée contractuelle (A) et les stratégies à visée réglementaire (B). A la différence des stratégies précédemment examinées, il n'est plus question de comportements visant à occasionner des avantages et désavantages concurrentiels.

A. Les stratégies contractuelles

Dans son appareil *descriptif* – par opposition à son appareil *normatif* – la théorie économique des *contrats incomplets* observe que les agents économiques concluent des accords imparfaits, ne prévoyant qu'une partie des éventualités qui affecteront leur relation contractuelle. Les principales sources d'incomplétude des contrats sont les coûts de transaction encourus lors de la conception du contrat, l'incertitude et la complexité de l'environnement auquel sont confrontés les cocontractants.¹¹⁶

L'incomplétude des contrats est à l'origine d'un nouveau type de comportements stratégiques intéressant directement le droit de la concurrence. En l'absence de dispositions contractuelles à cet effet, l'article 81(1) TCE peut être invoqué devant une autorité administrative et/ou le juge afin soit de *modifier*, soit de *neutraliser* des relations juridiques librement établies entre opérateurs économiques. Si l'on peut parler ici de "stratégie" ou d'instrumentalisation, c'est que les mobiles sous-tendant l'invocation de l'article 81(1) TCE sont totalement étrangers à la protection de la concurrence. Synthétiquement, deux *scénarii* d'instrumentalisation contractuelle de l'article 81(1) TCE sont envisageables.

1. Les stratégies de *modification* du contenu d'une convention/d'un usage commercial

Dans leur typologie fondatrice des comportements stratégiques, Preston Mc AFEE et N. VAKKUR réservaient une place de choix à la "révision de conditions contractuelles".¹¹⁷ En effet, l'introduction d'une procédure administrative ou juridictionnelle est un instrument *offensif* de pression commerciale entre des opérateurs aux volontés discordantes : l'un souhaitant modifier, l'autre souhaitant maintenir les termes d'un contrat préalablement établi (ou d'un usage commercial). Il s'agit ici d'inciter la partie récalcitrante – le plus souvent, la plus forte – à renégocier les termes d'une opération économique. Le demandeur brandit la menace que, par l'intervention du juge, les dispositions litigieuses de la convention (ou de l'usage) soit déclarés illicites et le cas échéant nulles,¹¹⁸ ce à quoi le défendeur n'a pas nécessairement intérêt.¹¹⁹

¹¹⁶ Voir FARES (M.), SAUSSIÉ (S.), "Contrats Incomplets et Coûts de Transaction", *Revue Française d'Economie*, vol. 2/3, 2002, pp.193-230.

¹¹⁷ Voir McAFEE (P.), VAKKUR (N.), *op. cit.*, p.3.

¹¹⁸ Qui plus est, en cas de décision au fond, soit le juge prend une décision définitive, insusceptible d'amendement négocié.

¹¹⁹ A cet égard, il convient d'observer que cette instrumentalisation négociatrice de l'article 81(1) TCE est crédible dans le cadre de l'action juridictionnelle, mais dangereuse dans le cadre de l'action administrative. Une fois la renégociation acquise, le demandeur à une action juridictionnelle peut dessaisir le juge en retirant sa requête. En revanche, le retrait d'une plainte n'a pas pour effet de dessaisir l'autorité. Comme l'ont justement souligné certains éléments de la doctrine, la plupart des affaires portées

C'est ainsi qu'en droit *antitrust* américain, dans l'affaire *Catalano*, un groupe de débiteurs de bière mécontent de devoir procéder à des paiements en espèces sonnantes et trébuchantes auprès des grossistes,¹²⁰ introduisit une action sur le fondement de la Section 1 du *Sherman Act*, alléguant que les grossistes s'étaient concertés afin d'éliminer toute possibilité de crédit à court terme (et pour uniquement accepter des paiements en espèce). La stratégie des débiteurs visant à modifier les conditions contractuelles de règlement s'avéra pour ainsi dire payante : la Cour suprême des Etats-Unis jugea que les actions des grossistes étaient constitutives d'une violation de la section 1 du *Sherman Act*.

2. Les stratégies de *neutralisation* d'une convention librement établie

Le scénario envisagé par Mc AFEE et VAKKUR doit être complété par une autre hypothèse d'instrumentalisation de l'article 81(1) TCE. La jurisprudence démontre en effet que, lorsque des parties souhaitent se soustraire à leurs obligations contractuelles, l'article 81(1) TCE est un instrument redoutable de neutralisation d'une convention. Les parties peuvent d'abord tenter de se soustraire à leurs obligations *d'exécution* d'une convention. La célèbre affaire *Javico* en apporte une illustration pénétrante.¹²¹ En l'espèce, Yves St Laurent Parfums ("YSLP") avait conclu avec les entreprises Javico des accords de distribution de parfums pour la Russie, l'Ukraine et la Slovaquie. L'accord ne concernait donc pas le territoire communautaire. Toutefois, les contrats prévoyaient (i) que les produits seraient uniquement vendus en Russie, Ukraine et Slovaquie, et (ii) que les produits contractuels ne seraient pas vendus en dehors de ces territoires. Constatant au Royaume-Uni, en Belgique et aux Pays-Bas la présence de produits vendus à Javico et qui devaient être distribués en Russie, en Ukraine et en Slovaquie, YSLP introduisit une action en dommages et intérêts. Devant la juridiction nationale d'appel, Javico répliqua – après avoir été condamnée au paiement de dommages et intérêts – en prétendant à l'incompatibilité et à la nullité de l'accord au sens des articles 81(1) et (2) TCE. La Cour de justice, saisie au fond de la validité de telles obligations, estima que l'article 81 TCE était applicable.

Mais cela n'est pas tout. En l'absence de clause de résiliation ou, plus probablement, face à des clauses contractuelles de résiliation particulièrement étroites, une partie peut être incitée à invoquer le bénéfice de l'article 81(1) TCE afin d'obtenir, unilatéralement, *résiliation* d'une convention. Dans une affaire *Stork Amsterdam BV contre Commission et Serac*, l'entreprise Stork avait conclu avec Serac SA un accord de coopération pour la commercialisation de machines destinées à la fabrication de bouteilles en plastique et à leur remplissage aseptique avec des produits alimentaires liquides.¹²² Les deux entreprises

devant les juridictions concerne en réalité des différends contractuels. Voir WAELBROECK (D.), "National Courts: What is Expected from Them?", *op. cit.*, p.189.

¹²⁰ Voir *Catalano, Inc. v. Target Sales, INC.*, 446 U.S. 643, 1980.

¹²¹ Voir CJCE, C-306/96, *Javico c. Yves Saint Laurent Parfums*, 28 avril 1998, *Rec.*1998, p. I-1983. Voir aussi CJCE, 1-71, *Société anonyme Cadillon contre Firma Höss, Maschinenbau KG.*, 6 mai 1971, *Rec.*1971, p.351. En l'espèce, la société Cadillon avait assigné devant le Tribunal de commerce de Lyon la société Hoess au paiement de 533.000 francs de dommages-intérêts à la suite de la rupture unilatérale de deux contrats de concession de vente exclusive. S'opposant à cette demande, la société Hoess invoqua, entre autres, la nullité de l'un de ces contrats, estimant que l'ancien article 85 TCE (l'article 81 TCE) prohibait de tels contrats d'exclusivité. Sur le principe, la Cour validera la possibilité d'une telle invocation de l'article 81 TCE.

¹²² Voir TPICE, T-241/97, *Stork Amsterdam BV contre Commission et Serac*, 17 février 2000, *Rec.* 2000, p. II-309.

s'engageaient à s'acheter les machines qu'elles produisaient et à les vendre en lignes complètes sous le nom de «Stork-Serac» ou de «Serac-Stork». L'accord prévoyait aussi une obligation de non-concurrence, par laquelle les parties s'abstenaient de développer, produire et vendre des produits concurrents. En 1989, Stork essaya d'obtenir le consentement de Serac pour mettre fin à l'accord de coopération. Elle menaça Serac de déposer une plainte auprès de la Commission pour violation de l'article 81 TCE, ce qu'elle fit ultimement avec succès, la Commission estimant que certaines clauses de l'accord étaient susceptibles de restreindre la concurrence.

3. Remarques

La validation, aveugle, de stratégies contractuelles par les autorités et juridictions pose de sérieux problèmes.¹²³ En accréditant la possibilité d'annulation à tout moment d'une convention librement établie, l'instrumentalisation contractuelle de l'article 81(1) TCE fausse les incitations économiques des firmes. Par anticipation, le risque d'instrumentalisation *ex post* de l'article 81(1) TCE pourrait influencer *ex ante* les décisions commerciales et industrielles des firmes. La théorie économique de l'agence enseigne en effet que confrontées à une situation d'aléa moral juridique (un risque de comportement stratégique de la part de leurs cocontractants *après* la conclusion du contrat), les firmes pourraient privilégier des logiques "hiérarchiques" d'intégration verticale ou horizontale, exemptes des risques de la contractualisation.

B. Les stratégies réglementaires

Par le jeu de définitions prétoriennes généreuses, le juge communautaire a, peut-être, involontairement, ouvert une nouvelle voie d'invocation stratégique de l'article 81(1) TCE. Les notions d'"entreprise" et d'"activité économique" qui délimitent le champ d'application de l'article 81(1) TCE recouvrent en effet des relations inter-firmes qui intéressent de manière imperceptible la concurrence sur les marchés et, qui au contraire, concernent souvent des problématiques non-économiques. Et, à ce compte là, le risque de plaintes stratégiques ne doit pas être mésestimé. Une affaire *Meca-Medina* en fournit un exemple frappant. En l'espèce, le Comité International Olympique ("CIO") avait suspendu deux nageurs des compétitions internationales pour dopage. Ces derniers avaient introduit une plainte auprès de la Commission, estimant que les réglementations anti-dopage édictées par le CIO enfreignaient notamment l'article 81 TCE (mais aussi l'article 49 TCE). Saisie d'un pourvoi, la CJCE a paru accréditer cette invocation acrobatique de l'article 81 TCE. Selon la Cour, le caractère purement sportif de la réglementation en cause ne faisait pas obstacle à ce que l'activité visée par cette réglementation, ou l'organe l'ayant énoncé, relève du champ d'application de l'article 81 TCE.¹²⁴

¹²³ Le droit communautaire semble en être conscient. Dans l'affaire *Courage et Crehan*, notamment, la CJCE indique que lorsque le juge national statue sur l'octroi des dommages et intérêts pour violation de l'article 81(1) TCE, il lui faut prendre en considération "le contexte économique et juridique dans lequel les parties se trouvent ainsi que [...] le pouvoir de négociation et le comportement respectifs des deux parties au contrat". Cette exigence, communément interprétée comme l'idée qu'il faut uniquement accorder réparation à la partie la plus faible au contrat, pourrait indiquer qu'il faut également tenir compte du contexte stratégique. Voir CJCE, C-453/99, *Courage et Crehan*, 20 septembre 2001, *Rec.* 2001, p. I-6297, §32.

¹²⁴ Voir CJCE, C-519/04 P, *David Meca-Medina et Igor Majcen contre Commission*, 18 juillet 2006, *Rec.* 2006, p. I-6991, §27.

De surcroît, les notions d’“entreprise” et d’“activité économique” recouvrent aussi des pratiques se situant aux confins de choix quasi-réglementaires voire de politique publique. Quelques exemples ne sont pas superflus. Dans une affaire *TAMBUE*, une plainte avait été introduite contre le règlement de l’Ordre professionnel des avocats de Belgique (“ONAB”) relatif au stage et à la formation professionnelle, en vertu duquel les stagiaires étaient tenus de réussir un examen avant la fin de la deuxième année de stage pour obtenir le CAPA (certificat d’aptitude à la profession d’avocat).¹²⁵ Dans le même ordre d’idées, dans un récent arrêt *Cipolla*, la Cour était interrogée sur la compatibilité avec l’article 81 TCE (mais aussi avec l’article 49 TCE) de l’interdiction italienne absolue de déroger aux honoraires minimaux des avocats sur le fondement de l’article 81 TCE.¹²⁶

Si, en la matière, quelques garde-fous jurisprudentiels existent,¹²⁷ il n’est pas exclu que des firmes inspirées de motifs stratégiques tentent d’enfoncer les contours mouvants de la notion d’activité économique afin d’obtenir la modification de décisions relevant plus de la sphère de la politique publique que de celle du marché.

VII. Conclusions

Arrivés au terme de notre étude, il ressort que tout comme le droit des pratiques unilatérales, le droit des coordinations entre entreprises n’est pas à l’abri de supercheries stratégiques.

Et, comme nous l’avons vu, il y a sans doute beaucoup à dire sur les effets néfastes de telles actions stratégiques : infliction illégitime de désavantages concurrentiels, détournement injustifié d’avantages concurrentiels, stabilisation de coordinations anticoncurrentielles, intrusion de l’autorité/de la juridiction dans les sphères de liberté contractuelle, altération de choix de politique publique, etc.

En sus de ces considérations, nous souhaiterions évoquer deux problèmes, de nature matérielle et institutionnelle, liés à l’instrumentalisation de l’article 81(1) TCE. Tout d’abord, l’instrumentalisation stratégique de l’article 81(1) TCE n’est pas sans conséquence sur le contenu *matériel* du droit de la concurrence. Pour des raisons diverses, les entreprises semblent aujourd’hui prêtes à dénoncer – dans le cadre de la clémence – des pseudos cartels qui, en vérité, sont trop lâches pour constituer une “*entente injustifiable*” au sens du droit de la concurrence. On pense à des pratiques concertées particulièrement précaires, comme par

¹²⁵ La Commission a considéré que la plainte ne présentait pas un intérêt communautaire suffisant. Les mesures contestées ainsi que les restrictions imposées par les règlements des ordres locaux quant au nombre de stagiaires par responsable de stage et aux conditions pour devenir responsable de stage ne concernaient essentiellement qu’un seul Etat membre. En outre, le plaignant n’avait pas épuisé toutes les possibilités de recours auprès des autorités nationales de concurrence ou devant les tribunaux nationaux.

¹²⁶ Voir CJCE, C-94/04, *Federico Cipolla et autres contre Roberto Melloni*, 5 décembre 2006, *Rec.* 2006, p. I-11421.

¹²⁷ On pense notamment à la doctrine des incidences étatiques qui neutralise l’application du droit de la concurrence aux entreprises, sous réserve de la démonstration d’une influence décisive de l’Etat. Dans l’affaire *Cipolla*, réaffirmant sa jurisprudence classique sur la doctrine des incidences étatiques, la Cour jugea que l’Etat italien (et non l’ordre professionnel des avocats) exerçait le pouvoir de prendre des décisions relatives au tarif minimal pour les honoraires. Il était dès lors impossible d’agir directement contre l’association d’entreprises que constituait l’ordre des avocats. Toutefois, selon la Cour, l’interdiction de déroger par convention aux honoraires minimaux entravait l’accès des avocats établis hors d’Italie au marché italien des prestations de services juridiques, ces derniers étant privés de livrer concurrence aux avocats établis.

exemple des comportements unilatéraux de signalement tarifaire, des accords d'échange d'informations non sensibles voire, peut-être, des situations de pure collusion tacite oligopolistique. Toutes acquises à une application *a maxima* du droit des coordinations entre entreprises, les autorités de contrôle doivent à nos yeux résister à la tentation d'accueillir de telles demandes (et, le cas échéant, de sanctionner ces pratiques), au risque d'avaliser un affaissement *contra legem* du seuil d'application de l'article 81(1) TCE.

Ensuite, sous l'angle *institutionnel*, si les autorités et juridictions paraissent capables de trier, lors de l'*examen au fond*, ce qui relève de comportements stratégiques et d'actions légitimes, le désintérêt qu'elles manifestent pour les mobiles stratégiques des plaintes/demandes lors de leur *introduction* est une source sérieuse d'inefficacité administrative. Au stade de l'appréciation, au fond, des prétentions des parties, les autorités et juridictions ont déjà engagé d'importantes ressources administratives (examen détaillé des allégations des parties, mesures procédurales diverses). C'est pourquoi des principes de filtrage stratégique des plaintes/demandes d'instrumentalisation seraient sans doute les bienvenus dans un domaine où, les autorités, comme les juridictions, agissent sous contraintes de capacité administrative.¹²⁸ Séparant le bon grain de l'ivraie, les organes de mise en œuvre du droit de la concurrence redéploieraient utilement leurs ressources administratives limitées vers leur cœur de métier, la lutte contre les violations caractérisées du droit de la concurrence, au service ultime du consommateur, et non plus, comme dans l'action stratégique, des concurrents.

*

* *

¹²⁸ Ils pourraient être inspirés de l'"*antitrust injury*" du droit américain. Voir *supra*.