

6

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

Nicolas PETIT¹

Chargé de cours à l'Université de Liège,
Co-directeur de l'Institut d'Études Juridiques Européennes

« 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 »²

1. En juin 1999, un collectif de 240 économistes adresse au Président Clinton une lettre au contenu alarmant³. Pilier de la célèbre croissance entrepreneuriale amé-

1. L'auteur tient à remercier E. Fegatilli, E. Provost et L. Rabeux pour leurs utiles commentaires.
2. Voy. MILLER (J.) et PAUTLER (P.), « Predation : The Changing View in Economics and the Law », *Journal of Law and Economics*, n° 28, 1985, pp. 495-502.
3. Voy. *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

ricaine, 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 solliciteraient illégalement 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.

2. 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, p. ex.) 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 industrielle⁴.

3. 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 »⁵.

4. Les droits de la concurrence américain et européen 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)⁶ – et son équivalent

are lost, and competition is thwarted, not enhanced. Instead of preventing prices from rising, anti-trust protectionism keeps prices from falling ». Disponible à www.independent.org/pdf/open_letters/antitrust.pdf.

4. 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, notée : $E(Gains\ Nets_i) = P_j \times Gains\ Nets_{ij}$, où j est l'indice l'état de la nature et i 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.

5. Voy. CARLTON (D.) et PERLOFF (J.), *Économie Industrielle*, 2^e éd. traduite, Paris-Bruxelles, De Boeck Université, 1998, pp. 427-248.

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

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 concurrence⁷. 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 demanderesse⁸.

5. Dans une perspective à la fois théorique et pratique, le désintéret 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 concurrence⁹. Récemment, l'économiste P. McAfee a 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) élever 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 dangereux¹⁰.

7. Voy. déc. de la Commission du 15 juin 2005, *AstraZeneca*, COMP/A.37.507, condamnant a firme pharmaceutique *AstraZeneca* à une amende de 60 millions €. La Commission européenne jugea qu'*AstraZeneca* avait 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.

8. Pour ne parler que du droit communautaire, les plaignants doivent uniquement faire valoir un « intérêt légitime » à agir. Voy. Article 7, § 2, du règlement (CE) n° 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, *J.O.C.E.*, L 1 du 4 janvier 2003, p. 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. Voy. la communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, *J.O.U.E.*, C 101 du 27 avril 2004, pp. 65-77, §§ 33-40.

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

10. Voy. MCAFEE (P.) et VAKKUR (N.), « The Strategic Abuse of the Antitrust Laws », *Journal of Strategic Management Education*, vol. 1(3), 2004, p. 17.

6. 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 fautive), 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 accueillant les prétentions du demandeur ne revient-il pas à commettre une nouvelle forme d'erreur de type III, c'est-à-dire faire droit à une action juridique stratégique, celle du demandeur, qui porte atteinte à l'efficacité économique (comme dans l'erreur de type II) et interdire un comportement, celui du défendeur, qui contribue à l'efficacité économique (comme dans l'erreur de type I) ?

7. Pour toutes ces raisons, il y a matière à s'intéresser aux risques d'instrumentalisation stratégique du droit de la concurrence. À 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 P. McAfee 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 coordinations entre entreprises susceptibles de limiter la concurrence¹¹.

8. 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'intervention¹². Elles sont donc spécialement réceptives aux plaintes visant à faire constater l'existence d'une coordination illicite, et la question des mobiles sous-tendant la demande est le plus souvent méprisée. En deuxième lieu, l'intervention des 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

11. Voy. SALOP (S.) et SCHEFFMAN (D.), « Cost-Raising Strategies », *The Journal of Industrial Economics*, vol. 35, n° 1, 1987, pp. 19-34.

12. Voy. 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*, parlant du cartel comme « the ultimate evil of antitrust ». Voy. *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis Trinko, LLP*, 13 January 2004, 540 U.S.

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 – de 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 coordinations¹³.

9. 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. Par ailleurs, 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 coordination *a priori* moins nocives, mais toutefois problématiques : les accords de coopération horizontale (entreprises communes de production, p. ex.), les accords verticaux (accords de distribution exclusive, p. ex.), les accords de transferts de technologie, etc.¹⁴.

10. En apparence théorique, l'objet de cette étude est également pratique. Il est question d'aider les autorités de contrôle à identifier les contextes dans lesquels elles doivent être vigilantes aux risques d'instrumentalisation de l'article 81 TCE. Pour ce faire, nous tentons de répondre à une question manifestement 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

13. Empiriquement, ces observations ont déjà été corroborées il y a près de vingt ans aux États-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. Voy. KLEIN (C.), « The Economics of Sham Litigation, Theory, Cases and Policy », *Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission*, Avril 1989.

14. Notre acception de la notion de collusion repose sur la notion de comportement stratégique coopératif, définie par le professeur Dennis CARLTON. 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, p. ex.) dont le but est d'influencer l'environnement du marché (limiter la concurrence) afin d'augmenter les profits de toutes les entreprises participantes. Voy. CARLTON (D.) et PERLOFF (J.), *op. cit.*, pp. 428-429.

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

II. 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, de nous intéresser à ces questions, 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).

I. Survol du droit communautaire des coordinations entre entreprises

A. La norme prévue à l'article 81, § 1, TCE

12. L'article 81, § 1, du Traité de Rome déclare incompatibles 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 »¹⁵. Dans la pratique, cette disposition recouvre un

15. L'art. 81, § 1, TCE définit également les grands 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 États-Unis, la section 1 du

ensemble disparate 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,¹⁶ d'autre part, les accords de coopération horizontale (les accords d'entreprises communes), 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

13. Au plan *institutionnel*, deux types d'institutions ont à connaître de pratiques de coordination¹⁷ : d'une part, des autorités administratives spécialisées, à savoir la Commission ainsi que les autorités nationales de concurrence (ci-après, les « ANC ») (1), et, d'autre part, les juridictions ordinaires (2)¹⁸.

I. Brève description des autorités de concurrence

14. Si l'on s'en tient, pour maintenir la clarté du propos, à l'exemple de la Commission¹⁹, les causes de déclenchement de ses interventions sont diverses : l'autorité se saisit sur plainte de personnes physiques et morales²⁰, à la demande d'une autre autorité²¹ ou *ex officio* à partir d'éléments factuels

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.

16. Les cartels et ententes restrictives de concurrence sont prohibés *per se*, car on considère qu'ils exercent nécessairement des effets restrictifs et n'ont aucune justification économique. Voy. COMBE (E.), *Économie et droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 127-128.

17. Voy. art. 4, 5 et 6 du Règlement 1/2003, précité.

18. 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. Voy. CJCE, 30 janvier 1974, *BRT c/ SABAM (I)*, aff. 127/73, *Rec.*, 1974, p. 51, § 16 : « Les interdictions des articles 81 [...], paragraphe 1, et 82 [...] du Traité CEE se prêtent 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, p. ex.) et des juridictions arbitrales. Pour maintenir nos propos dans des proportions raisonnables, nous limiterons nos développements aux autorités de concurrence et juridictions ordinaires.

19. Les développements qui suivent empruntent à KERSE (C.) et KHAN (N.), *EC Antitrust Procedure*, Sweet et Maxwell, §§ 1-38, pp. 37 et s. Les procédures appliquées par les ANC répondent à des principes proches.

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

21. 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, notamment), d'autorités de régulation, questions soulevées par le Parlement européen et autres institutions.

glanés au titre de ses missions de surveillance quotidienne des marchés²². 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 »²³ – encourage les entreprises parties à des ententes secrètes à dénoncer leurs coordinations auprès des services de la Commission²⁴.

15. 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 (p. ex., parce que la pratique bénéficie d'une exemption sur le fondement de l'art. 81, § 3, TCE)²⁵. 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 parties²⁶.

22. 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. Voy. WILHELM (P.) et VEVEER (F.), « Échanges d'informations sur un marché oligopolistique : réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », n° 5, *Juris-classeur Contrats, Concurrence, Consommation*, 2006.

23. La clémence est une technique qui trouve son origine en droit *antitrust* américain, où elle existe depuis 1978. Voy. COMBE (E.), *Économie et droit de la concurrence*, op. cit., p. 133. Elle repose non seulement sur des principes de droit procédural criminel (et notamment sur la technique dite du « guilty plea »), mais aussi sur la théorie économique (en particulier, la théorie des jeux et le dilemme du prisonnier). Voy. EBER (N.), *Le dilemme du prisonnier*, coll. Repères, Paris, La Découverte, 2006, p. 122.

24. Voy. Communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *J.O.C.E.*, C 207 du 18 juillet 1996, pp. 4-6. Cette communication sera révisée en 2002 puis 2006. Voy. Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *J.O.U.E.*, C 298 du 8 décembre 2006, pp. 17-22.

25. Pour un aperçu des décisions que la Commission peut adopter, voy. GÉRARDIN (D.) et PETIT (N.), « Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère post-modernisation », *R.T.D.E.*, n° 4, octobre-décembre 2005. Pour les décisions constatant une infraction, voy. art. 7 du Règlement 1/2003 ; pour les décisions d'inapplicabilité, voy. art. 10 du Règlement 1/2003.

26. Voy. art. 23, § 2, du Règlement 1/2003. Par souci d'exhaustivité, il faut encore ajouter que les autorités de concurrence peuvent ordonner des mesures correctives.

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

16. La saisine des juridictions ordinaires repose sur des « demandes » introduites par des personnes physiques ou morales²⁷. 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 et²⁸, dans certains cas, prononcer des sanctions personnelles (p. ex., des peines de réclusion, des peines incapacitantes, etc.) contre les dirigeants des entreprises concernées²⁹.

3. Répartition du contentieux

17. 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 spécialisées³⁰. 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.

II. Éclairage de la notion d'instrumentalisation dans le domaine de l'article 81, § 1, TCE

18. 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 » censées prévaloir sur le marché libre. Les législations relatives à la collusion poursuivent

27. 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 d'une plainte.

28. Voy. notamment la communication de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du Traité CE, *J.O.U.E.*, C 101 du 27 avril 2004, pp. 65-77, § 16. Voy. 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*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 94-95.

29. Parmi les États membres ayant adopté de tels dispositifs, on dénombre l'Estonie, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, la République tchèque, la Roumanie et le Royaume-Uni.

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

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 coordination³¹. 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, un objectif unique de dissuasion : assurer dans la durée que les firmes maintiennent cet état de rivalité concurrentielle.

19. 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, qui coopèrent lors de la procédure, qui se sont distancées de la coordination, etc.). Au risque de « dérégler » le marché³², 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 de mise en œuvre du droit de la concurrence. 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, entrants potentiels qui se sont tenus hors de la coordination³³, producteurs de biens complémentaires, etc.³⁴. En vérité, tout agent rationnel,

31. 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 ». Voy. CJCE, 30 juin 1966, *Société Technique Minière c/ Maschinenbau Ulm*, aff. 56/65, *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 ». Voy. égal. lignes directrices sur l'article 81(3) TCE, *op. cit.*, § 18.

32. 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. Ce faisant, un sérieux problème économique apparaît. Les paramètres de la concurrence sont fixés par l'État et non par le marché. Or, la décision publique collective qui octroie avantages (et désavantages) concurrentiels n'est nullement fondée économiquement sur le fait que les entreprises favorisées sont les plus efficaces.

33. Voy., p. ex., déc. de la Commission du 21 octobre 1998 dans l'affaire des *conduites précalorifugées*, J.O.C.E., 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 représentations systématiques de la part des autres producteurs.

34. Voy. COMBE (E.), « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *RIDE*, 2006, pp. 11-46.

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 définitivité 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

20. 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 »

21. 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. Toute demande d'immunité repose sur un calcul individuel coûts-bénéfice, qui oppose la renonciation aux profits collusifs (coûts) et l'économie d'amende en cas de dénonciation (bénéfice).

22. 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).

23. Illustrons brièvement notre propos. Membre d'une entente injustifiable, une entreprise souhaitant infliger à ses rivales un désavantage durable dans la concu-

35. Selon les économistes, l'*analyse coûts/bénéfices* régit les prises de décision d'opérateurs rationnels. Elle consiste à calculer les dépenses initiales en cours (les coûts) et le rendement escompté (les bénéfices) d'une action donnée. 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).

rence invoque le mécanisme de clémence et dénonce, auprès d'une autorité de concurrence, ses partenaires au sein de la collusion. Elle fournit à l'autorité des éléments de preuve accablants. Au terme de la procédure, toutes les entreprises 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 »

24. 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 marché³⁶.

25. Sous l'effet d'une double évolution juridique, un environnement propice au risque de dénonciation stratégique est apparu. Soupçonnant la survivance d'activités cartellistiques de grande ampleur sur le territoire communautaire, la Commission acte au milieu des années 1990, par la voix du Commissaire Van Miert, l'échec de sa politique de détection des ententes injustifiables³⁷. 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, 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, TCE³⁸. La clémence de la Commission s'étend aussi aux

36. Au mieux, le dénonciateur aurait-il bénéficié d'une certaine mansuétude de la Commission, sans toutefois échapper à une lourde sanction administrative.

37. Voy., 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 ». Voy. 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. Voy. BRYANT (P.) et ECKARD (E.), « Price-fixing : the probability of getting caught », *The Review of Economics and Statistics*, pp. 531-536.

38. Voy. la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *op. cit.*, § 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 ; 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.

entreprises qui n'ont pas été les premières à dénoncer l'accord illicite. Des réductions d'amendes peuvent être octroyées 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 »³⁹.

26. 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 %⁴⁰, pour atteindre une somme de 3.333.802.700 € en 2007⁴¹. 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 Saint-Gobain, récidiviste, écopa à elle seule d'une amende de 896.000.000 €.

27. 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 global⁴². Il n'en demeure pas moins que la référence au chiffre d'affaires *global*⁴³ ainsi que le jeu de mécanismes juridiques permettant d'attirer les entreprises liées (sociétés mères, holdings, etc.) 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 infligées⁴⁵.

39. *Ibid.*, § 24.

40. L'élévation du montant des amendes devrait se poursuivre, comme l'indiquait N. KROES lors d'une conférence en mars 2007. Voy. 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.

41. L'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. Voy., sur ce point, WILS (W.), *op. cit.*, p. 37.

42. Voy. COMBE (E.), « Quelles sanctions contre les cartels ? Une perspective économique », *op. cit.*, pp. 13-15.

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

44. Voy. 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. Voy., sur ce point, WILS (W.), *op. cit.*, p. 41.

3. Effectivité de la stratégie de clémence « agression »

28. 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 actuel⁴⁶. Or, poussée à un 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 *e.a.* démontrait déjà que si l'amende était fixée à un niveau optimal, 42 % des firmes sanctionnées aux États-Unis se seraient trouvées en état de cessation de paiements⁴⁷.

29. 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 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 cause⁴⁸. La réduction des

46. Voy. COMBE (E.) et MONNIER (C.), « Le calcul de l'amende en matière de cartel : une approche économique », *Concurrences*, n° 3, 2007, pp. 39-45. Cette étude 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 manière générale, la littérature économique et juridique démontre que les montants actuels des amendes ne sont pas suffisants pour dissuader l'activité cartellistique. Voy. WILS (W.), *op. cit.*, p. 32 ; VELJANOVSKI (C.), « Cartel Fines in Europe – Law, Practice and Deterrence », *World Competition*, vol. 29, 2007.

47. Voy. C. CRAYCRAFT, J. CRAYCRAFT and J. GALLO, « Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay », *Review of Industrial Organization*, 12, 171-183, 1997.

48. Voy. MOTTA (M.) et 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) 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 a un effet positif moyen de 2,3 % sur l'évaluation boursière de l'entreprise. Cette étude montre donc que les entreprises subsistent en plus du coût direct de l'amende une perte de capitalisation de leur titre en bourse, renforçant ainsi l'effet dissuasif « de base » identifié 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 concurrents directement (par l'amende) et indirectement (par la perte de valeur boursière). Voy., *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 et PETT Eds, Bruxelles, Bruylant, 2009.

prix attendue de l'interdiction d'une collusion (ensemble avec l'infliction d'une lourde amende) grève le rendement des firmes membres de la collusion et, partant, affecte leur valeur boursière⁴⁹. Les investisseurs, anticipant des dividendes moins importants, tentent de se débarrasser de leurs actions, amplifiant ainsi l'effet dissuasif de l'amende⁵⁰. 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 %⁵¹.

30. 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 inférieurs (les profits collusifs disparaissent) et doit acquitter une amende élevée.

31. Enfin, en sus de ces conséquences purement financières, la dénonciation est paradoxalement susceptible d'améliorer la réputation du délateur⁵². 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 culpabilité⁵³. Qui plus est, en exprimant publiquement son désintérêt pour tout comportement collusif, l'entreprise dénonciatrice semble prendre aux yeux de clients et fournisseurs potentiels un engagement de ne pas agir à leur détriment en liaison avec ses concurrents.

4. Variantes de la stratégie

32. Nous avons jusqu'à présent envisagé le scénario de clémence « agression » dans une logique non frauduleuse : un *insider* se tourne vers une autorité de contrôle et lui dévoile des informations *fiabiles* sur une coordination anticoncurrentielle.

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

50. Voy. LANGUS (G.) et MOTTA (M.), *op. cit.*, p. 30.

51. S.N., « Bruxelles inflige une amende record à Saint-Gobain », *Le Figaro*, le 12 novembre 2008.

52. S.N., « Amende record contre un cartel du verre », *Le Soir*, 12 novembre 2008.

53. Une hypothèse envisagée par F. JENNY, cité par ROQUILLY (C.), *op. cit.*, note 29. Si, jusqu'à présent, les violations du droit de la concurrence ne portent qu'un préjudice d'image limité aux entreprises dans leurs activités de marché, ce risque pourrait pourtant s'apprécier. Voy. 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.

53. Voy. KLEIN (J.), *op. cit.*, p. 12.

33. 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 cocontractants⁵⁴. L'aléa moral se définit comme un risque de comportement non anticipé de la part de l'un des contractants⁵⁵. Plus précisément, une situation d'aléa moral apparaît en cours d'exécution d'un contrat en cas de modification du comportement d'un cocontractant dans un sens contraire aux intérêts des autres parties au contrat⁵⁶.

34. 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'alourdir la sanction de ses concurrentes. Il lui suffit d'exploiter l'asymétrie d'informations existant avant la signature du contrat, c'est-à-dire l'ignorance, par l'autorité, des informations que détient la dénonciatrice⁵⁷.

35. Dans le prolongement de cette idée, il est permis de croire que la procédure de transaction, sur laquelle nous reviendrons, ouvre une avenue supplémentaire de surenchère stratégique à l'information. En effet, dans la procédure de transaction, ont uniquement lieu des discussions *bilatérales* Commission/partie transigeante⁵⁸. 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

I. Présentation du scénario – La plainte/demande « stratégique »

36. 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

54. L'autorité de concurrence ne dispose pas d'une information parfaite, puisqu'elle ne connaît que ce qu'elle découvre et/ou ce dont on l'informe.

55. Voy. ECHAUDÉMAISON (C.-D.) *e.a.*, *op. cit.*, pp. 14-15.

56. On pense, p. ex., à la situation de l'employé dont la motivation chute 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...

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

58. Là où dans la clémence, des auditions publiques où tous les cartellistes participants sont organisées.

des entreprises concurrentes. À 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 S. Salop et D. Scheffman dans les années 1980⁵⁹. 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 concurrents⁶⁰. La théorie indique 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 publics⁶¹.

37. 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. 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, p. ex.) ou verticaux (accords de distribution, p. ex.) proconcurrentiels auxquels elles participent⁶².

38. À l'aune de la théorie de l'« augmentation des coûts des rivaux », il est possible de proposer une lecture stratégique de plusieurs affaires méconnues du droit communautaire de la concurrence⁶³. Ainsi, dans une affaire *TF1 c/ 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 coopé-

59. Voy. SALOP (S.) et SCHEFFMAN (D.), « Raising rivals' costs », *American Economic Review*, n° 73, 1983, pp. 267-271 ; SALOP (S.) et SCHEFFMAN (D.), « Cost-raising strategies », *Journal of Industrial Economics*, n° 1, pp. 19-34.

60. Et, par ricochet, augmenter ses propres profits.

61. À 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. Voy. KLEIN (S.), « Redrawing the criminal-civil boundary », *Buffalo criminal law review*, vol. 2, 1999, p. 679.

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

63. Il est ici essentiellement question du secteur audiovisuel. 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. Voy. TPICE, aff. T-300/04, *EasyJet c/ Commission*, radiation du 6 septembre 2007. Voy. aussi, sur la plainte introduite par Sun Air contre l'accord de coopération SAS et MAERSK, TPICE, 18 juillet 2005, *Scandinavian Airlines System AB c/ Commission*, aff. T-241/01, *Rec.*, 2005, p. II-2917.

ration entre les deux chaînes publiques sur le marché⁶⁴. 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, 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 concurrente évincée, avait ultérieurement critiqué, devant la Commission, les accords de fourniture de programme conclus pour une durée de 7 ans entre BskyB et BDB⁶⁵.

2. Les instruments de la plainte/demande stratégique

39. 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'observations⁶⁶ ou intervention en cours de procédure.

40. 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

64. Voy. déc. de la Commission du 3 février 1999, *TF1 c/ France 2 et France 3*, IV/C-2/34.711, XXIX^e Rapport annuel sur la politique de concurrence, 1999, p. 187. La plainte sera rejetée sur le fondement de la doctrine de l'unité économique à France 2 et France 3. Selon cette doctrine, l'article 81, § 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 France 2 et France 3 formaient une unité économique : l'objet 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 France 2 et France 3 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 été sélectionnée. Voy. XXVIII^e Rapport sur la politique de concurrence, 1998, p. 165.

66. Voy. consid. 32 du Règlement 1/2003 : « 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 ». Voy. aussi article 27, § 4, du Règlement 1/2003 : « 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 observations dans un délai qui est fixé par la Commission dans sa publication et qui ne peut pas être inférieur à un mois ».

67. Voy. art. 7 du Règlement 1/2003.

notion fait l'objet d'une acception résolument libérale. La Commission déclare ainsi, dans sa communication relative au traitement des plaintes, que :

« [I]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.

41. Selon nous, cette interprétation pose problème. Pour en mesurer les dangers, il faut s'intéresser au droit *antitrust* américain. Dans une étude fondatrice, E. Snyder et T. Kauper ont démontré que de nombreuses actions judiciaires contre de prétendues collusions horizontales illicites sont introduites 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 collusions⁶⁹. Les auteurs démontrent, après avoir examiné une série d'affaires⁷⁰, que la plupart des demandes sont en réalité dénuées de fondement en droit. Et ceux-ci⁷¹ de conclure que l'utilisation stratégique des voies de droit afin de réduire la concurrence est un phénomène relativement étendu⁷².

42. Ces recherches appellent les autorités de contrôle et juridictions à la vigilance⁷³. À cet égard, tandis que les plaintes, observations et demandes d'intervention des clients et fournisseurs – victimes naturelles d'une entente – doivent

68. Voy. la Communication de la Commission relative au traitement des plaintes, *J.O.U.E.*, C 325 du 22 décembre 2005, p. 14, § 36.

69. Voy. SNYDER (E.) et KAUPER (T.), « 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 conclusions sont partagées par l'École de Chicago. Ainsi que l'ont dénoncé plusieurs auteurs 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.) et ORDOVER (J.), cités par SNYDER (E.) et KAUPER (T.E.), *op. cit.*, p. 551.

72. Voy., dans le même sens, BAUMOL (W.) et BLINDER (A.), *Economics : Principles and Policy*, 8th ed., 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 ». Voy. aussi BAUMOL (W.) et ORDOVER (J.), « Use of Antitrust to Subvert Competition », 28 *Journal of Law and 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. Voy., notamment, PAGE (W.) et BLAIR (R.), « Controlling the Competitor Plaintiff in Antitrust Litigation », *Michigan Law Review*, vol. 91, n° 1, octobre 1992, pp. 111-123.

sans doute être présumées remplir la condition d'intérêt légitime⁷⁴, celles introduites par les concurrents d'une coordination devraient être soumises à un examen approfondi. En la matière, le droit communautaire trouverait source d'inspiration utile en droit *antitrust* américain. Aux États-Unis, il est assez bien admis que les concurrents d'une coordination ne peuvent, en cette seule qualité, revendiquer accès au prétoire⁷⁵.

3. L'effectivité de la plainte/demande stratégique

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

44. En outre, l'invocation de l'article 81, § 1, TCE permet au stratège d'infliger 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 des mesures d'inspection, etc.) et à des obligations procédurales susceptibles d'entraver son bon fonctionnement quotidien⁷⁶. L'ouverture d'une procédure s'accompagne ensuite d'un risque de fermeture partielle de l'accès au marché des capitaux⁷⁷. Ignorant l'étendue de la responsabilité encourue pour violation du droit de la concurrence (amende administrative, actions en responsabilité, etc.), les prêteurs ont les plus grandes difficultés à évaluer le risque de crédit. Il ne peut donc être exclu qu'au lendemain de l'ouverture d'une procédure, les firmes dénoncées voient le coût de leur financement s'élever⁷⁸. Enfin, dans les ordres juridiques appliquant des sanctions personnelles (réclusion, incapacités de gestion, etc.), dénoncer une entente peut être le moyen d'éliminer un chef d'entreprise performant⁷⁹.

74. Les premiers doivent acquitter un prix de collusion supraconcurrentiel, tandis que les seconds voient leurs livraisons diminuer.

75. À 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. Voy. *Brunswick Corp vs. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429, U.S. 477, 1977, p. 489. Cette règle est néanmoins critiquée par SNYDER (E.) et KAUPER (T.E.), *op. cit.*, p. 551.

76. Le management de l'entreprise se trouve parfois contraint de participer, pendant de longues périodes, aux auditions. Voy. KLAWITER (D.) et 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. Ultimement, 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. Voy. SCHINKEL (M.), « *Effective Cartel Enforcement in Europe* », *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 30, 2007, pp. 539-572.

79. Ou, plus généralement, son personnel dirigeant. Voy. ROQUILLY (C.), *op. cit.* Voy. CARLTON (D.) et PERLOFF (J.), *op. cit.*

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

45. Dans nos exemples d'invocation stratégique de l'article 81, § 1, TCE, nous sommes concentrés sur le cas d'un « *outsider* » souhaitant entrer sur le marché. 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-tiers parties à une coordination⁸⁰. Une illustration pénétrante de ce type de comportement est apparue dans l'affaire *CanalSatellite contre TPS*⁸¹. En l'espèce, CanalSatellite avait introduit une plainte contre TPS, une plate-forme de télédiffusion numérique, et ses fondatrices (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 rejeta 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

A. Présentation du scénario

46. La trame 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 R. Posner sur les stratégies de « *rent-seeking* »⁸², ceux-ci s'emploient donc à faire dissoudre ou à capter une partie de cette rente⁸³.

80. Ou leur expansion, dans le cas de concurrents actuels.

81. Voy. déc. de la Commission du 7 avril 1999, *CanalSatellite c/ TPS*, IV/C-2/36.605, XXIX^e 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.

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

83. Voy. KLEIN (C.), *op. cit.*, p. 21.

47. Approfondissons quelque peu l'analyse de ce scénario. À 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'attribution⁸⁴. À quelques nuances près, l'affaire *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission* en fournit une intéressante illustration⁸⁵. 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'Eurocontrol⁸⁶. Dans le cadre de ces activités, Eurocontrol fait développer par des tiers des prototypes d'équipements (p. ex. des systèmes de contrôle radar) afin notamment de définir de nouvelles normes techniques. À cet effet, elle conclut des contrats de marchés publics avec des entreprises. En l'espèce, il apparaissait 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 »⁸⁷.

48. 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 partie⁸⁸. Quelques exemples, tirés ici encore du secteur

84. Il peut s'agir d'une procédure publique, ou privée, d'attribution. Voy. KLEIN (C.), *op. cit.*, p. 21.
85. Voy. TPICE, 12 décembre 2006, *SELEX Sistemi Integrati SpA c/ Commission*, aff. T-155/04, *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).
86. *Ibid.*, § 46.
87. *Ibid.*, § 10.
88. Voy. CORNES (R.) et 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.

audiovisuel, illustrent bien cette problématique⁸⁹. Dans l'affaire *Telefónica/Sogecable/AVS II*⁹⁰, la collaboration – dans le cadre d'une entreprise commune – de deux organismes de télédiffusion à péage, Telefónica 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 octroyée les parties sur l'exploitation de leurs portefeuilles respectifs de droits de retransmission de rencontres de matches de football⁹¹. Au terme de la procédure, les parties ont accepté d'ouvrir accès à ces droits aux opérateurs concurrents en signant des contrats de sous-licence⁹².

49. Une même lecture stratégique peut être appliquée à l'affaire *M6 c/ Commission*⁹³. 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 d'événements sportifs avec les fédérations sportives ou les organisateurs de compétitions. À 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 firent l'objet d'une décision d'exemption de la Commission. Pour entrer dans le club des membres de l'UER, M6 décida de saisir le TPICE d'un recours en annulation contre la décision de la Commission. Le TPICE annula la décision en critiquant les critères d'adhésion à l'organisation, jugés trop imprécis, subjectifs et susceptibles d'application discriminatoire.

89. L'affaire *Cupido Tickets c/ 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. Voy. déc. de la Commission du 13 décembre 2002, COMP/D-3/37.932, XXXII^e Rapport sur la politique de concurrence, 2002, p. 220.
90. Voy. aff. COMP/C2/37.652, XXX^e Rapport sur la politique de concurrence, 2000, pp. 172-173.
91. *Ibid.* Elles faisaient état d'un risque « d'effets de verrouillage ».
92. *Ibid.* La Commission estima alors que l'accord permettait d'assurer l'entrée de « nouveaux venus sur le marché de la télévision numérique par câble et terrestre sur le marché espagnol ».
93. Voy. TPICE, 11 juillet 1996, *Métropole Télévision SA, Reti Televisive Italiane SpA, Gestevisión Telecinco SA, Antena 3 de Television c/ Commission*, aff. T-528/93, T-542/93, T-543/93 et 546/93, *Rec.*, 1996, p. II-649.

B. Les instruments de la stratégie

50. 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.

51. *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 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 marge⁹⁴.

L'effectivité de la stratégie

52. 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 exclusifs⁹⁵. Sur de tels marchés, plutôt que de 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 (p. ex., les marchés de travaux publics, l'acquisition de droits de retransmission d'événements sportifs, etc.)⁹⁶. Plus généralement, sur tout marché caractérisé par des commandes importantes et irrégulières, par des procédures d'appel d'offres 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.

53. La seule limite à l'effectivité d'une telle stratégie tient au calendrier d'intervention des autorités de concurrence (et des juridictions). 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, produire ses effets que dans le

94. Voy. nos propos *infra*, relatifs à la variante de la stratégie de captation d'une rente.

95. Voy. RICHER (L.), *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, t. 11, Paris, L.G.D.J., 2007.

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

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.

54. 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*⁹⁷. 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'accord⁹⁸. 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.

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

55. Dans le scénario ci-avant, des firmes stratégiques agissaient contre leurs 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.

56. On s'intéresse donc à une stratégie dite 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 par-

97. 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 États-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 à des informations confidentielles.

98. Voy. *Livre Blanc sur les dommages et intérêts – Observations du MEDEF*, juillet 2008, pp. 6-7. Voy. 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.

ties 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 est bel et bien instrumentalisé, puisqu'il est détourné de sa finalité d'amélioration du bien-être du consommateur⁹⁹.

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

A. Présentation du scénario – La menace de clémence « représailles »

57. 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 collusifs¹⁰⁰. Par le jeu de ces nouveaux instruments, l'effet dissuasif de l'amende diminuerait, chaque entre-

99. Finalité que lui assignent de nombreux textes. On pense notamment aux Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du Traité, *J.O.U.E.*, C 101 du 27 avril 2004, p. 97, §§ 83 et 84. L'effectivité d'une telle stratégie est redoutable. Accusées de restriction de concurrence au sens de l'art. 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 moyens de défense, les parties pourraient par anticipation revenir à la table des négociations et, le cas échéant, donner satisfaction aux clients stratèges.

100. Voy. SPAGNOLO (G.), *Optimal deterrence mechanisms against cartels (and organized crime)*, Manuscript, University of Mannheim ; CHEN (J.) et 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.) et WESLEY (W.), *What doesn't kill us makes us stronger : an Analysis of Corporate Leniency Policy*, Manuscript, University of Oregon ; MOTTA (M.) et POLO (M.), « Leniency programs and cartel prosecution », *International Journal of Industrial Organization*, n° 21, 2003, pp. 347-379. Si le mécanisme de clémence est trop généreux, alors la dissuasion des cartels ne sera pas effective. Voy. WILS (W.), *op. cit.*, p. 58. Voy. aussi OSBORNE (D.), « Cartel Problems », *American Economic Review*, n° 66, 1976, pp. 835-844. Ainsi s'explique que la Commission accepte uniquement d'octroyer une immunité complète au premier dénonciateur. Voy. WILS (W.), *op. cit.*, p. 56. 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. Voy. MOTCHENKOVA (E.), « Effects of Leniency Programs on Cartel Stability », *CentER Discussion Paper*, n° 98, 2004, pp. 3-4.

prise anticipant la possibilité de négocier avec l'autorité une réduction de sa sanction. En conséquence, les entreprises ne seraient plus dissuadées de former une entente¹⁰¹.

58. 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 collusion¹⁰². 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 disposer de mécanismes dits de punition (on parle aussi de représailles), permettant de garantir que chacun adhère à l'équilibre collusif¹⁰³.

59. Si, en règle générale, le mécanisme de punition peut prendre des formes diverses (p. ex., 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 juridiques¹⁰⁴. 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 amende¹⁰⁵. 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'amende¹⁰⁶.

101. Pire encore, elles pourraient y être encouragées.

102. Voy. MOTTA (M.), *Competition Policy – Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 139. Ainsi, en cas d'augmentation subite de la demande totale sur le marché, l'incitation des oligopoléurs à « dévier » de la collusion augmente parfois de façon irrésistible.

103. L'existence d'un mécanisme de représailles est une condition impérative de l'existence d'un équilibre collusif stable, p. 139. Voy. STIGLER (G.), « A Theory of Oligopoly », *Journal of Political Economy*, vol. 72, 1964, pp. 41-61.

104. Le Professeur MOTTA explique que tout comportement de marché agressif peut constituer des représailles. Voy. MOTTA (M.), *Competition Policy – Theory and Practice*, *op. cit.*, pp. 139-140.

105. Voy. KLEIN (C.), *op. cit.*, p. 24.

106. L'avènement de communications instantanées, par le biais de messages électroniques, accroît ce risque. Voy. JAMES (C.), « La messagerie instantanée : un danger pour les entreprises », *Vnu-net.com*, 25 mars 2008.

B. Les instruments de la stratégie

60. Comme pour la « clémence agression » évoquée précédemment, l'introduction d'une demande d'immunité auprès d'une autorité administrative constitue un instrument de facilitation de la coordination anticoncurrentielle, puisqu'elle fournit aux membres de l'entente un instrument de police de la collusion.

61. Toutefois, dans le présent scénario, le programme de clémence est mobilisé de manière radicalement différente. Dans la « clémence agression », une firme dénonçait une entente afin d'élever individuellement ses profits et, surtout, d'infliger un préjudice à ses concurrentes. Ici il est plutôt question d'un scénario reposant 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'autorité¹⁰⁷.

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

C. L'effectivité de la stratégie

63. Révolutionnaire dans sa formulation, le scénario de « clémence représailles » doit encore être confronté au « métal froid » de la théorie économique¹⁰⁸. À 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, les représailles doivent être suffisamment *sévères*¹⁰⁹, c'est-à-dire que

107. À 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. Voy. Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, *op. cit.*, §§ 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 %.

108. Nous reprenons ici l'expression de SCHUMPETER (J.), *Capitalisme, socialisme et démocratie*, 1^{re} et 2^e parties, traduction française, 1942, pp. 34-35 (version numérique de J.-M. TREMBLAY).

109. Voy. VAN DEN BERGH (R.J.) et 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.

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 Commission¹¹⁰. 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.

64. 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 représailles¹¹¹. 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.

65. Enfin, pour être effective, une stratégie de punition doit être *rapide*¹¹². 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.

66. 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. Pour autant, la menace de demande d'immunité n'est pas un scénario purement hypothétique. 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.

110. Voy. Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, § 2a, du règlement 1/2003, *J.O.U.E.*, C 210 du 1^{er} septembre 2006, p. 4, § 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.

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

112. 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.

D. Variantes de la stratégie

67. D'autres stratégies juridiques de stabilisation d'une coordination anti-concurrentielle 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 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.

68. 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.

69. 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, p. ex., 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 repréailles » sur une menace de dénonciation¹¹³.

VI. Autres hypothèses d'instrumentalisation stratégique de l'article 81, § 1, TCE

70. 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). À la différence des stratégies précédemment examinées, il n'est plus question de comportements visant à occasionner des avantages et désavantages concurrentiels.

113. 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*.

A. Les stratégies contractuelles

71. 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 cocontractants¹¹⁴.

72. 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 stipulations 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.

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

73. Dans leur typologie fondatrice des comportements stratégiques, P. Mc Afee et N. Vakkur réservaient une place de choix à la « révision de conditions contractuelles »¹¹⁵. 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) soient déclarées illicites et le cas échéant nulles, ce à quoi le défendeur n'a pas nécessairement intérêt¹¹⁶.

114. Voy. FARES (M.) et SAUSSIER (S.), « Contrats Incomplets et Coûts de Transaction », *Rev. fr. d'économie*, vol. 2/3, 2002, pp. 193-230.

115. Voy. MC-AFEE (P.) et VAKKUR (N.), *op. cit.*, p. 3.

116. À 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.

74. C'est ainsi qu'en droit *antitrust* américain, dans l'affaire *Catalano*, un groupe de débiteurs de bière mécontents de devoir procéder à des paiements en espèces sonnantes et trébuchantes auprès des grossistes,¹¹⁷ introduisit une action sur le fondement de la Section 1 du *Sherman Act*, alléguant que les grossistes s'étaient concertés afin d'exiger des paiements en espèces, éliminant ce faisant toute possibilité de crédit à court terme. La stratégie des débiteurs visant à modifier les conditions contractuelles de règlement s'avéra pour ainsi dire payante : la Cour suprême des États-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

75. Le scénario envisagé par P. Mc Afee et N. Vakkur peut 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 pénétrante¹¹⁸. 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 contractuels 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, 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 de l'article 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.

76. En l'absence de clause de résiliation ou, plus probablement, face à des clauses contractuelles de résiliation particulièrement étroites, une partie peut aussi

117. *Voy. Catalano, Inc. v. Target Sales, INC.*, 446 U.S. 643, 1980.

118. *Voy. CJCE*, 28 avril 1998, *Javico c/ Yves Saint Laurent Parfums*, aff. C-306/96, *Rec.*, 1998, p. I-1983. *Voy. aussi CJCE*, 6 mai 1971, *Société anonyme Cadillon c/ Firma Höss, Maschinenbau KG.*, aff. 1-71, *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.

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 c/ 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 liquides¹¹⁹. Les deux entreprises s'engageaient à s'acheter leurs machines respectives et à les vendre 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 menaçait 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

77. La validation, aveugle, de stratégies contractuelles par les autorités et juridictions pose de sérieux problèmes¹²⁰. 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

78. Par le jeu de définitions prétoriques 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 recou-

119. *Voy. TPICE*, 17 février 2000, *Stork Amsterdam BV c/ Commission et Serac*, aff. T-241/97, *Rec.*, 2000, p. II-309.

120. 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. *Voy. CJCE*, 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99, *Rec.*, 2001, p. I-6297, § 32.

vrent en effet des relations inter-firmes qui intéressent de manière imperceptible la concurrence sur les marchés et qui, au contraire, concernent souvent de véritables problématiques non économiques. Ces jurisprudences abritent, ici encore, un risque de plaintes stratégiques, c'est-à-dire de plaintes dont les motifs sont totalement étrangers à la protection de la concurrence (p. ex., remise en cause de choix réglementaires). 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 antidopage édictées par le CIO enfreignaient notamment l'article 81 TCE. Saisie d'un pourvoi, la Cour de justice a paru accrédi-ter 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 TCE¹²¹.

79. De surcroît, l'exception jurisprudentielle des notions d'« entreprise » et d'« activité économique » recouvre 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)¹²². 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'art. 49 TCE) de l'interdiction italienne absolue de déroger aux honoraires minimaux des avocats sur le fondement de l'article 81 TCE¹²³.

80. Si, en la matière, quelques garde-fous jurisprudentiels existent¹²⁴, il n'est pas exclu que des firmes inspirées de motifs stratégiques tentent de s'appuyer

121. Voy. CJCE, 18 juillet 2006, *David Meca-Medina et Igor Majcen c/ Commission*, aff. C-519/04 P, *Rec.*, 2006, p. I-6991, § 27.

122. 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 État 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.

123. Voy. CJCE, 5 décembre 2006, *Federico Cipolla et autres c/ Roberto Melloni*, aff. C-94/04, *Rec.*, 2006, p. I-11421.

124. 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'État. Dans l'affaire *Cipolla*, réaffirmant la doctrine des incidences étatiques, la Cour jugea que l'État 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.

sur les contours mouvants de la notion d'activité économique afin d'obtenir la modification de décisions relevant plus de choix de politique publique que de la sphère du marché.

VII. Conclusions

81. 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 supercherries stratégiques.

82. Or, il y a sans doute beaucoup à dire sur les effets néfastes de telles actions stratégiques : infraction 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.

83. 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, ne constituent pas des « ententes injustifiables » au sens du droit de la concurrence. On pense à des pratiques concertées particulièrement précaires, comme, par 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.

84. 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 (demandes de renseignements, mesures d'inspection, interrogatoires, etc.). C'est pourquoi des principes de filtrage des plaintes/demandes stratégiques seraient sans doute utiles dans un domaine où autorités et juridictions agissent sous contraintes de capacité administrative¹²⁵. Séparant le bon grain de l'ivraie, les organes de mise en œuvre du droit

125. Ils pourraient être inspirés de l'« *antitrust injury* » du droit américain. Voy. *supra*.

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.