

# Accords d'échange d'informations et fédérations d'entreprises – Grands principes d'analyse en droit de la concurrence

Nicolas PETIT

Chargé de cours à l'Université de Liège (ULg)  
Conseil juridique, Howrey LLP (Nicolas.petit@ulg.ac.be)

## INTRODUCTION

**Malentendu** – Les accords d'échange d'informations sont un sujet notoire de malentendu entre opérateurs économiques et autorités de concurrence<sup>1</sup>. Pour la plupart des entreprises, les accords d'échange d'informations sont des pratiques légitimes. Après tout, les entreprises qui échangent des informations restent libres d'agir comme bon leur semble sur le marché. Elles ne s'engagent en effet pas à coordonner leurs

<sup>1</sup> Une brève anecdote permet de s'en convaincre. Le dimanche 18 novembre 2001, à Paris, monsieur X, fonctionnaire de l'autorité française de concurrence, regarde son émission hebdomadaire favorite – un magazine économique – sur une grande chaîne de télévision. Le journaliste s'intéresse au *business* modèle des grands hôtels parisiens. Le reportage révèle que les directeurs des grands hôtels échangent chaque semaine par téléphone des informations sur le taux d'occupation et la recette moyenne de leurs chambres. Quatre ans plus tard, l'autorité de concurrence, qui s'est entre-temps saisie de ces pratiques, leur infligera une amende de 709.000 €. Voy. P. WILHELM et F. VEVEY, « Échanges d'informations sur un marché oligopolistique: réflexions sur la grille d'analyse des autorités de concurrence », *Contrats – Concurrence – Consommation*, mai 2006, n° 5, p. 5.

pratiques commerciales comme elles le feraient dans le cadre d'une entente horizontale. Et puis, si l'on suit la théorie de la concurrence pure et parfaite, n'est-ce pas en bénéficiant d'une information parfaite que les entreprises agissent dans le sens de l'optimum concurrentiel?<sup>2</sup>.

Pour les autorités de concurrence, en revanche, les choses sont moins évidentes. Les accords d'échange d'informations organisés par les fédérations d'entreprises («les fédérations») sont des «décisions d'associations d'entreprises» au sens des articles 81 du Traité instituant la Communauté européenne («TCE») et/ou 2 de la loi sur la protection de la concurrence économique («LPCE») <sup>3</sup>, qui peuvent le cas échéant être interdits s'ils ont pour effet de restreindre la concurrence.

**Importance pour les fédérations d'entreprises** – En la matière, les fédérations doivent être vigilantes. D'abord parce que, au titre de leurs missions habituelles, les fédérations récoltent, analysent et diffusent auprès de leurs membres de nombreuses informations sensibles. Ensuite, parce qu'à l'échelle du royaume de Belgique, les autorités de concurrence s'intéressent de près aux échanges d'informations organisés par les fédérations. Que l'on songe, un court instant, à la décision du Conseil de la concurrence rendue le 3 janvier 2008 condamnant la fédération flamande des boulangers («VEBIC») pour avoir diffusé

<sup>2</sup> Voy. M. GLAIS et P. LAURENT, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Paris, P.U.F., 1983, p. 107: «Aucun marché ne peut convenablement fonctionner si ceux qui y évoluent (entreprises et consommateurs) ne disposent pas d'une masse suffisante d'informations pour prendre des décisions motivées et cohérentes». La perfection de l'information est, rappelons-le, un postulat du modèle de la concurrence pure et parfaite.

<sup>3</sup> Voy. art. 81 TCE, *J.O.C.E.*, C 325 du 24 décembre 2002, pp. 64-65, § 1: «Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes 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 [...]». Voy. art. 2 de l'A.R. du 15 septembre 2006 portant coordination de la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique et de la loi du 10 juin 2006 instituant un Conseil de la concurrence, *M.B.*, 29 septembre 2006, § 1: «Sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci [...]».

après de ses membres un «index du prix du pain» qui, sans valeur obligatoire, limitait les incitations à la concurrence<sup>4</sup>. Que l'on pense, encore, à la Fédération des auto-écoles professionnelles de Belgique («FAEPB») déclarée coupable d'infraction au droit de la concurrence le 7 juillet 2008 pour avoir distribué des études de coûts à ses affiliés, facilitant, ce faisant, une harmonisation des prix du permis B<sup>5</sup>.

**Objet de l'étude** – À l'heure de l'alourdissement des risques générés par le non-respect du droit de la concurrence<sup>6</sup>, il est donc crucial que les fédérations (i) sachent distinguer l'échange d'informations licite de l'échange illicite; et (ii) puissent remédier, en temps utile, c'est-à-dire avant l'ouverture d'une procédure administrative ou judiciaire, à tout risque de violation du droit.

Pour les y aider, la présente étude tente de définir une méthode – une «*check-list*» – permettant de trier «bons» et «mauvais» accords d'échange d'informations (II) puis formule quelques recommandations pratiques (III). Avant toutefois d'évoquer ces questions, il n'est pas inutile d'expliquer pourquoi, selon les autorités de contrôle belge (le Conseil de la concurrence) et communautaire (la Commission européenne), les accords d'échange d'informations sont susceptibles de restreindre la concurrence (I).

**Remarques méthodologiques** – La présente étude s'intéresse uniquement aux accords d'échanges d'informations horizontaux (c'est-

<sup>4</sup> Voy. besl. nr. 2008-I/O-04 van 25 januari 2008 – *Zaak MEDE-I/O-04/0045: Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerders*. Sur cette affaire, H. PIFFAUT and S. DEWULF, «The Belgian Competition Council fines € 29,000 a professional association for the publication of a price index (VEBIC)», *e-Competitions*, 25 January 2008, n° 16736, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com); N. PETIT and R. VERBEKE, «The Belgian Competition Council bans a price-coordination mechanism in the retail bakery markets (VEBIC)», *e-Competitions*, 25 January 2008, n° 21559, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

<sup>5</sup> Voy. déc. n° 2008-P/K-43 du 7 juillet 2008 dans les aff. CONC-I/O-98/0031, *ISC c/ FAB et ses membres*, et CONC-P/K-05/0023, *Test-Achats c/ auto-écoles de Belgique*. A. DEFOSSEZ and N. VAN AKEN, «The Belgian Competition Council condemns the Belgian professional Association of driving schools for price fixing on the sole basis of Belgian law (*Test-Achats contre auto-écoles de Belgique*)», *e-Competitions*, 7 July 2008, n° 22389, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

<sup>6</sup> On pense aux colossales amendes administratives infligées par les autorités de concurrence et aux actions subséquentes en dommages et intérêts devant les juridictions ordinaires.

à-dire entre entreprises concurrentes). Elle ne porte donc pas sur les échanges d'informations verticaux (c'est-à-dire entre un producteur et ses distributeurs)<sup>7</sup>. Pas plus ne s'intéresse-t-elle aux échanges d'informations intervenant dans le cadre d'ententes horizontales de fixation en commun des prix, de répartition des marchés, de limitation la production, etc.<sup>8</sup>. Enfin, elle concerne uniquement les pratiques par lesquelles des entreprises concurrentes agissent conjointement au moyen d'un « accord » ou dans le cadre d'une « association d'entreprises » (comme par exemple une fédération collectant, traitant et diffusant des informations sensibles) au sens des articles 81 TCE et 2 de la LPCE. En effet, lorsque les membres d'une fédération échangent des informations par le biais de pratiques unilatérales – en procédant à des annonces dans la presse ou en demandant à leurs distributeurs de faire « remonter » des informations sur les pratiques des fournisseurs concurrents – ils ne sont pas exposés au droit de la concurrence<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Par exemple, lorsqu'un fournisseur exige de ses distributeurs qu'ils lui communiquent certaines données relatives aux ventes, aux prix, etc. Ces échanges peuvent toutefois être illicites, s'ils empêchent le commerce parallèle ou s'ils permettent de soutenir une collusion horizontale, tacite ou explicite, entre des fournisseurs (par exemple, si des fournisseurs concurrents échangent des informations par l'intermédiaire d'un distributeur commun).

<sup>8</sup> Voir déc. de la Commission n° IV/C/33.833 du 13 juillet 1994, *Carton*, J.O.C.E., L 243 du 19 septembre 1994, p. 1; T.P.I.C.E., 8 juillet 2008, *BPB plc c/ Commission*, aff. T-53/03, non publié; voy. aussi déc. de la Commission COMP/39.188, *Bananes*, 15 octobre 2008, non publiée. Le communiqué de presse est disponible sur le site de la DG Concurrence: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1509&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>.

<sup>9</sup> Un bon exemple de stratégie unilatérale est apporté par un grand distributeur français, qui avait lancé unilatéralement un site internet baptisé « [www.quiestlemoinscher.com](http://www.quiestlemoinscher.com) », dont l'objet était de comparer à intervalles réguliers les prix des concurrents. Voy. S. LAUER, « Quand Leclerc compare les prix, tout n'apparaît pas », *Le Monde*, 31 mai 2006. Voy. aussi J. HALLIDAY and P. SEABRIGHT, « Networks Good, Cartels Bad: But How Could Anyone Tell the Difference? », in *Fighting Cartels – why and how?*, Stockholm, 2000, pp. 78 et s., spec. p. 85, note 4.

## I. POURQUOI LE DROIT DE LA CONCURRENCE S'INTÉRESSE-T-IL AUX ACCORDS D'ÉCHANGE D'INFORMATIONS ?

**Réduction de l'incertitude** – L'élément clef expliquant l'intérêt du droit de la concurrence pour les accords d'échange d'informations repose sur un raisonnement relativement intuitif. Les accords d'échange d'informations réduiraient le degré d'*incertitude* régnant sur le marché. Or, au sein du jeu concurrentiel, l'incertitude est essentielle. Plaçons-nous dans la perspective d'une entreprise au tempérament commercial passif<sup>10</sup>. C'est l'incertitude entourant « l'endroit exact, la force et la nature des attaques que peuvent porter les concurrents » qui, par anticipation, incite cette entreprise à agir plus fermement et rapidement qu'elle ne le ferait si, à l'avance, elle connaissait les actions de ses concurrentes (en octroyant d'avantageuses remises à ses clients, p. ex.)<sup>11</sup>. En sens inverse, si l'on se place dans la perspective d'une entreprise au tempérament commercial actif<sup>12</sup>, il est important qu'une certaine « concurrence cachée »<sup>13</sup>, tenant à l'« effet de surprise » d'une agression commerciale (et au « temps de réaction » des concurrentes) puisse s'exercer, à défaut de quoi cette entreprise sera découragée d'agir de manière combative.

**Collusion tacite** – C'est du côté de la doctrine qu'il faut rechercher les fondements théoriques de l'intérêt des autorités de contrôle pour les accords d'échange d'informations<sup>14</sup>. S'appuyant sur les enseignements de la théorie économique de la collusion, la doctrine indique que, sur les marchés oligopolistiques, les accords d'échange d'informations faciliteraient l'apparition d'équilibres de marché comparables, dans

<sup>10</sup> Un économiste parlerait d'une entreprise connaissant un fort degré d'aversion au risque commercial.

<sup>11</sup> Voy. déc. de la Commission n° IV/31.370 et 31.446 du 17 février 1992, *UK Agricultural Registration Exchange*, J.O.C.E., L 68 du 13 mars 1992, p. 19, § 43.

<sup>12</sup> Un économiste parlerait d'une entreprise connaissant un degré limité d'aversion au risque commercial.

<sup>13</sup> Voy. T.P.I.C.E., 27 octobre 1994, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. T-35/92, *Rec. C.J.C.E.* 1994, p. II-957, §§ 47-49.

<sup>14</sup> Voy. F. ROSATI, « Échanges d'informations et autres comportements coordonnés: Pour une théorie de l'entente », *Concurrences*, n° 4-2008, pp. 27-30; N. PETIT, *Oligopolés, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2007, au chapitre IV.

leurs effets, à ceux résultant de véritables ententes formelles (comme, par exemple, les cartels). Sans coordonner directement leurs comportements sur le marché, les oligopoleurs pourraient tacitement aligner leurs politiques commerciales et restreindre la concurrence sous réserve de pouvoir *surveiller* leurs décisions respectives, et de *punir* toute agression concurrentielle. C'est ici qu'interviennent les accords d'échange d'informations. En renforçant la transparence sur le marché – et, le cas échéant, les possibilités de surveillance sur le marché – les accords d'échange d'informations comportent le risque de faciliter le parallélisme de comportements en oligopole<sup>15</sup>.

**Quelle incertitude?** – Si, pour l'heure, les autorités de contrôle n'ont que timidement épousé l'idée selon laquelle les accords d'échange d'informations facilitent la collusion tacite,<sup>16</sup> dans les deux scénarii d'atteinte à la concurrence qui viennent d'être présentés, la réduction de l'incertitude est le nœud du problème. Soit, mais voilà : *toute* réduction de l'incertitude résultant d'un échange d'informations n'est pas nécessairement problématique. Un échange d'informations réduisant l'incertitude relative au *fonctionnement du marché* dans son ensemble s'accompagne souvent d'effets pro-concurrentiels. Ainsi, un échange d'informations futures sur les prévisions globales de la demande peut ainsi permettre aux membres d'une fédération de mieux planifier les cadences de leur appareil productif, d'assurer une utilisation optimale des capacités existantes, de réduire leurs stocks, etc. De la même façon, dans le secteur bancaire, un échange d'informations sur les emprunteurs insolvable permet d'éradiquer certains risques systémiques, dont l'actualité économique nous rappelle quotidiennement l'importance...<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Voy. T.P.I.C.E., 11 mars 1999, *Thyssen Stahl*, aff. T-141/94, *Rec. C.J.C.E.*, 1999, p. II-347, pts 403 et s.

<sup>16</sup> On sent poindre, toutefois, dans de récents textes, les fondements de la théorie de la collusion tacite. Voy., notamment, « Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux services de transport maritime », *J.O.C.E.* C 245 du 26 septembre 2008, pp. 2-14, §§ 35-59. Voy. aussi C.J.C.E., 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c/ Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, aff. C-238/05, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. I-11125, § 58, parlant explicitement de « collusion ».

<sup>17</sup> Voy. aff. *Asnef-Equifax*, préc., § 67, évoquant la prévention des « situations de surendettement pour les consommateurs de crédit ».

re  
fé  
le  
re

co  
co  
–  
cit  
d'ü  
co

l'é  
art  
la  
filt  
pre  
ex:  
de  
cor  
car  
pet  
règ

A.

à la

18  
Com

LARC

Dans la pratique, c'est donc surtout la réduction de l'incertitude relative au *comportement commercial et industriel* des membres d'une fédération – leurs politique de prix, les quantités mises sur le marché, les projets d'investissements, etc. – qui intéresse le droit de la concurrence.

## II. COMMENT DISTINGUER L'ACCORD D'ÉCHANGE D'INFORMATIONS LICITE DE L'ACCORD ILLICITE ?

**Observation liminaire** – Pour d'évidentes raisons tenant au bilan concurrentiel contrasté des échanges d'informations, les autorités de concurrence communautaire et belge ont pris soin – et cela est heureux – de ne pas définir de listes d'accords d'échange d'informations illicites. La matière est donc dominée par la casuistique<sup>18</sup>. L'évaluation d'un accord d'échange d'informations doit se faire à la lumière de son contexte factuel, juridique et économique.

**Grille d'analyse** – Il est possible de distinguer trois étapes dans l'évaluation d'un accord d'échange d'informations au regard des articles 81 TCE et 2 LPCE. La première étape, qui consiste à examiner la structure du marché, est sensée agir comme un mécanisme de filtrage («*screening*») des accords d'échange d'informations non problématiques (A). La deuxième étape commande la réalisation d'un examen approfondi du type d'informations échangées (B). Elle permet de tirer une conclusion solide sur le risque de violation du droit de la concurrence. Enfin, la troisième étape repose sur l'analyse de certaines caractéristiques subsidiaires du système d'échange d'informations qui peuvent conduire à confirmer, ou infirmer, le risque d'infraction aux règles de concurrence (C).

### A. LE FILTRAGE DES ACCORDS D'ÉCHANGE D'INFORMATIONS – EXAMEN DE LA STRUCTURE DU MARCHÉ

**Principe** – La première étape de l'analyse consiste à s'intéresser à la structure du marché. Le risque d'effets anticoncurrentiels résulte

<sup>18</sup> Voy. A. CAPOBIANCO, «Information Exchange under EC Competition Law», *Common Market Law Review*, Vol. 41, n° 5, pp. 1247-1276, et spéc. pp. 1256-1270.



tant d'un échange d'informations augmente avec le degré de concentration du marché. Plus le nombre d'opérateurs présents sur le marché est faible, plus le risque de violation du droit de la concurrence s'élève. En effet, sur les marchés concentrés, souvent qualifiés d'oligopoles, une certaine transparence prévaut de manière structurelle (les opérateurs se connaissent bien et se surveillent sans difficulté). Il est donc primordial de sauvegarder, sur ces marchés, ce qu'il reste d'incertitude commerciale et, le cas échéant, d'interdire les accords éliminant cette « concurrence résiduelle », par exemple en facilitant l'accès à certaines données<sup>19</sup>.

**Pratique** – Nonobstant les propos qui précèdent, les autorités de concurrence s'intéressent souvent – de manière discutable – aux accords d'échange d'informations sur des marchés ne répondant pas *sensu stricto* à la qualification d'oligopole. Elles ont ainsi pu sanctionner des accords d'échange d'informations entre 4, 8, voire même 20 entreprises<sup>20</sup>.

En réalité, les autorités de concurrence estiment que tout accord d'échange d'informations est susceptible de soulever des problèmes de concurrence dès que le marché ne présente pas un caractère « atomisé », autrement dit, dans la plupart des cas<sup>21</sup>. Ce qu'il faut simplement retenir, c'est que, en vertu d'une règle d'*échelle mobile*, le risque d'illégalité est proportionnel au degré de concentration du marché.

<sup>19</sup> Voy. déc. de la Commission n° IV/29.176 du 23 décembre 1977, *Parchemin végétal*, J.O.C.E., L 70 du 13 mars 1978. Si la transparence est déjà grande sur un marché oligopolistique, on pourrait toutefois considérer qu'un accord d'échange d'informations n'y change que peu.

<sup>20</sup> Voy. déc. de la Commission n° IV/36.069 du 26 novembre 1997, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, J.O.C.E., CA L 1 du 3 janvier 1998, pp. 10-21, § 39.

<sup>21</sup> Voy. T.P.I.C.E., 27 octobre 1994, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. T-35/92, préc.; C.J.C.E., 28 mai 1998, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. C-7/95, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-3111. Selon la Cour, « [L]e seul principe général retenu en matière de structure de marché [est] que l'offre ne doit pas avoir un caractère atomisé. »



## B. L'EXAMEN INDIVIDUEL APPROFONDI DES ACCORDS D'ÉCHANGE D'INFORMATIONS – ANALYSE DU TYPE D'INFORMATIONS ÉCHANGÉES

**Observations liminaires** – La deuxième étape de l'examen consiste à s'intéresser au type d'informations échangées. Et, puisque comme nous l'avons vu, l'examen de la structure du marché n'a qu'un intérêt limité aux yeux des autorités, le risque concurrentiel résultant d'un échange d'informations dépend sinon exclusivement, du moins principalement, de cette deuxième étape.

En pratique, tout accord d'échange d'informations réunissant les quatre caractéristiques suivantes présente un risque sérieux de violation du droit de la concurrence. En revanche, si l'une de ces caractéristiques est absente, le risque d'infraction au droit de la concurrence diminue de manière significative.

### 1. Informations privatives

Seul l'échange d'informations *privatives* est susceptible de soulever des problèmes de droit de la concurrence. En revanche, l'échange d'informations disponibles publiquement – on pense à des informations divulguées par un ministère, une autorité de régulation, un organisme de sondage sur le marché<sup>22</sup>, un quotidien financier, etc. – n'enfreint normalement pas les règles de concurrence. En France, par exemple, les échanges téléphoniques d'informations sur les prix à la pompe entre les compagnies pétrolières Esso, Total, BP et Shell furent jugés non problématiques, puisque ces prix à la pompe faisaient l'objet de mesures de publicité obligatoire sur les autoroutes françaises.<sup>23</sup> Par analogie, une fédération d'entreprises peut donc parfaitement diffuser auprès de ses membres des informations publiques<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Voy. A. CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 1261.

<sup>23</sup> Voy. CA Paris, 9 décembre 2003, *Esso, Total, BP et Shell c/ Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, BOCCRF, n° 2 du 12 mars 2004.

<sup>24</sup> Sous réserve, notamment, de ne pas procéder à un traitement analytique de ces informations et de les transformer en données susceptibles de restreindre la concurrence (par exemple, en transformant des données agrégées en données individualisées, voir nos propos *infra*).

## 2. Données sensibles

Le droit de la concurrence s'intéresse aux accords d'échange d'informations lorsqu'ils portent sur des données *sensibles*, c'est-à-dire des données susceptibles de réduire l'incertitude sur le *comportement des concurrents*. De toute évidence, constituent des données sensibles celles relatives aux éléments essentiels d'une politique commerciale: prix, listes de prix, remises, taux et dates des modifications tarifaires, dérogations particulières, facilités de caisse, crédit, conditions de livraison, service après-vente, etc.<sup>25</sup>. À cela, viennent s'ajouter les informations sur les volumes des ventes et les parts de marché, qui fournissent, *indirectement*, des indications sur la politique commerciale des concurrents. Une élévation des parts de marché ou des ventes d'un concurrent trouve souvent sa source dans une politique commerciale agressive<sup>26</sup>. Enfin, on estime que les données *industrielles* relatives aux volumes de production, aux coûts ou encore aux décisions en matière d'investissement (productifs, publicitaires, etc.) sont sensibles car leur échange restreint «la liberté de décision en matière économique»<sup>27</sup>.

## 3. Données individualisées

**Principe** – Le droit de la concurrence s'intéresse aux échanges d'informations réduisant l'incertitude sur le comportement commercial et industriel des concurrents sur le marché. En conséquence, seul l'échange de données *individualisées* (ou individualisables), c'est-à-dire de données imputées (ou imputables) aux divers opérateurs du marché, est en principe problématique. En revanche, l'échange de données statistiques agrégées à l'échelle d'une branche, par exemple sur le volume

<sup>25</sup> La Commission estime que l'article 81(1) TCE interdit d'échanger des informations telles que «éléments essentiels de sa politique de prix tels que ses listes de prix, les remises et conditions commerciales qu'il applique, les taux et date des modifications qu'il y apporte et les dérogations particulières qu'il consent à certains clients précisés». Déc. de la Commission n° IV/400 du 15 mai 1974, *Accords entre fabricants de verre d'emballage*, J.O.C.E., L 160 du 17 juin 1974, p. 1, § 43. Voy. déc. de la Commission, *Parchemin végétal*, préc., p. 54, § 67.

<sup>26</sup> Par anticipation, l'entreprise contemplant une baisse de prix saurait que l'augmentation de ses ventes/parts de marché serait rapidement détectée, et le cas échéant, contrecarrée par ses concurrentes qui baisseraient immédiatement leur prix.

<sup>27</sup> Voy. déc. de la Commission, *Parchemin végétal*, préc., p. 54, § 68.

global des ventes, de la production ou des investissements, est généralement acceptable car il n'apporte aucune indication sur le comportement des opérateurs sur le marché.

**Pratique** – Les autorités veillent toutefois à ce qu'il soit impossible de désagréger des données globales, pour en déduire des données individuelles sur les entreprises affiliées. Ainsi s'explique par exemple qu'elles appliquent la règle dite du «+3». L'échange d'informations agrégées ne pose aucun problème, pour autant que trois entreprises (ou plus) y participent. En revanche, lorsque deux entreprises participent à un tel échange, il suffit que chacune d'elles déduise ses propres données (par exemple, ses ventes) de l'information agrégée (les ventes globales) pour obtenir des informations individualisées sur l'autre<sup>28</sup>.

**Implications** – Les fédérations doivent s'abstenir de récolter des données auprès de leurs membres, puis après les avoir traitées, de faire circuler des données individualisées. Qui plus est, la diffusion de données non individualisées n'élève pas, *ipso facto*, un rempart d'immunité contre l'application du droit de la concurrence. Le calcul et la publication, au sein d'une fédération, d'un indice de prix applicable à l'ensemble d'une branche peut avoir pour effet de décourager les membres de procéder individuellement au calcul du prix à pratiquer sur le marché. Par ce que l'on pourrait qualifier de comportement «moutonnier», les opérateurs risquent en effet de s'appuyer sur l'indice et, progressivement, de s'agglutiner autour d'un niveau de prix commun, au détriment de la concurrence<sup>29</sup>.

#### 4. Données récentes ou futures

**Principe** – Plus les informations échangées sont récentes (ou plus le rythme de leur échange est fréquent), plus le risque d'effet anticoncurrentiel est élevé<sup>30</sup>. Seules des informations récentes ont en effet une

<sup>28</sup> Dans la pratique, les autorités ont parfois tenté d'étendre le champ de cette règle. Sur des marchés où trois opérateurs sont actifs, et où l'un d'entre eux détient une part de marché marginale, les autorités estiment parfois qu'il reste possible de tirer des inférences à partir de données agrégées.

<sup>29</sup> Cette question était au cœur de l'aff. *VEBIC*, préc.

<sup>30</sup> Voy. déc. de la Commission n° IV/312-366 du 8 septembre 1977, *Cobelpa/VNP*, J.O.C.E., L 242 du 21 septembre 1977, p. 10, relatif à un échange mensuel d'informations.

*valeur de référence* susceptible de réduire l'incertitude sur le marché. Les données concernant des opérations passées perdent par contre toute valeur de référence après une certaine période puisque les coûts, les prix, les investissements, les capacités, etc. des entreprises varient dans le temps.

De plus, seul l'échange d'informations récentes est susceptible d'influencer le comportement des opérateurs en *temps utile*. Imaginons, un court instant, qu'un membre d'une fédération envisage de procéder à une baisse de prix et que le système en place dans le secteur lui impose de communiquer sa décision à la fédération, qui la transmettra immédiatement aux autres membres. Par anticipation, celui-ci pourrait renoncer à réduire ses prix, craignant un alignement immédiat des autres membres, voire une punition sous la forme d'une guerre de prix. Les choses seraient sans doute différentes si cet opérateur pouvait bénéficier d'une certaine invisibilité pendant quelques semaines.

**Pratique** – En matière d'informations passées, les autorités de concurrence semblent appliquer une valeur refuge de 12 mois<sup>31</sup>. Lorsque les données échangées ont plus d'un an, on considère usuellement que l'accord porte sur des informations *historiques*. L'accord ne peut donc pas fausser significativement la concurrence<sup>32</sup>. En revanche, un accord relatif à des données de moins d'un an porte sur des informations présumées *récentes*, susceptibles d'influencer le comportement des opérateurs sur le marché<sup>33</sup>.

En matière d'informations futures sur les politiques industrielles<sup>34</sup>, commerciales<sup>35</sup> ou stratégiques<sup>36</sup>, un régime particulièrement sévère

<sup>31</sup> Ce principe confine à l'arbitraire. Dans une perspective économique, ce qui compte est le rythme de réinitialisation du marché, c'est-à-dire la période au terme de laquelle des comportements commerciaux perdent toute valeur de référence sur le marché. Or, le rythme de réinitialisation du marché peut être inférieur à douze mois dans certains secteurs (marchés de transactions à court terme ou marchés « spots » dans le secteur de l'énergie, par exemple).

<sup>32</sup> Voir déc. de la Commission dans l'affaire *UK Agricultural Tractor Registration*, préc., § 50.

<sup>33</sup> Voy. déc. de la Commission n° IV/36.069 du 26 novembre 1997, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, J.O.C.E., L 1 du 3 janvier 1998, p. 10, § 17.

<sup>34</sup> Essentiellement taux d'utilisation des capacités, niveau de production, etc.

<sup>35</sup> Essentiellement prix, listes de prix, remises et autres conditions de vente.

<sup>36</sup> Essentiellement investissements productifs, politique d'innovation, etc.

prévaut en droit positif. De tels échanges sont généralement interdits, car ils sont sensés éliminer toute indépendance de décision (sous réserve de la satisfaction des autres conditions)<sup>37</sup>.

### C. CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES ET AGGRAVANTES – CARACTÉRISTIQUES DU SYSTÈME D'ÉCHANGE D'INFORMATIONS

Au terme de la seconde étape, il est possible de savoir si l'accord restreint ou non la concurrence. La troisième étape consiste alors à vérifier l'existence de circonstances atténuantes et aggravantes. Il s'agit tout simplement de vérifier si certaines caractéristiques de l'échange d'informations limitent ou renforcent le risque d'effets anticoncurrentiels.

#### 1. Nombre de participants à l'échange

**Principe** – Plus le nombre des entreprises d'un marché participant à l'échange d'informations est élevé, plus le risque de réduction de l'incertitude (et le cas échéant de restriction de concurrence) s'élève. L'échange d'informations gagne alors en représentativité. En revanche, un échange d'informations entre deux entreprises représentant uniquement 15% d'un marché ne sera normalement pas problématique<sup>38</sup>.

**Précision** – En matière d'échange d'informations techniques (comme, par exemple, les informations échangées dans le cadre de processus de normalisation/standardisation technologique)<sup>39</sup>, les autorités de concurrence ont parfois considéré qu'un accord entre *quelques* entreprises soulevait un problème concurrentiel. Cela est notamment le cas lorsque les résultats de l'échange ne sont pas accessibles à tous les participants, de sorte que certains concurrents sont exclus du marché.

<sup>37</sup> Voy. N. PETIT, *op. cit.* Cette conclusion est au demeurant discutable économiquement, ces informations n'ayant pas de « valeur d'engagement » (c'est-à-dire qu'elles ne sont pas fiables).

<sup>38</sup> Voy. l'exemple de l'affaire *EUDIM*, déc. de la Commission n°s IV/33.815 et IV/33.842, *Van Marcke – EUDIM*, J.O.C.E., C 111 du 17 avril 1996, p. 8. La Commission a estimé que l'accord d'échange d'informations confidentielles sur les prix ne violait pas l'article 81 TCE. Les parties à l'accord ne détenaient qu'entre 12 et 13% d'un marché par ailleurs extrêmement fragmenté.

<sup>39</sup> Que les autorités de concurrence jugent généralement bénéfiques.

## 2. Cadre institutionnel de l'échange

L'environnement institutionnel d'un échange d'informations est important. Certaines pratiques d'échange d'informations en apparence bénignes peuvent devenir illégales lorsque, suite à l'organisation de réunions par exemple, les participants à un échange d'informations portant sur des données agrégées parviennent à deviner leurs stratégies individuelles respectives.

## 3. Échange d'informations profitant aux clients et consommateurs

Il est possible que les données échangées dans un cadre fédératif soient destinées aux clients. Il peut s'agir d'aider les clients à comparer les prix et conditions commerciales des entreprises membres. De toute évidence, les autorités de concurrence ne sont pas hostiles à de tels échanges qui limitent les coûts de recherche d'informations subis par les clients<sup>40</sup>. En revanche, il est important que les données transmises par chacun des membres à la fédération ne soient pas accessibles aux autres. À cette fin, il n'est pas inutile d'instaurer des mécanismes dits de « cloisons pare-feux » (qui garantissent le cloisonnement des informations, par la désignation d'un tiers récipiendaire) ou d'encryptage informatique.

## 4. Réalisation de gains d'efficacité

Si l'on en croit les opérateurs économiques, les accords d'échange d'informations sont parés de nombreuses vertus, et non des moindres. Ils permettraient ainsi d'améliorer l'utilisation des capacités existantes, d'éviter des situations de surcapacités/contraintes de capacités futures, d'assurer une planification optimale des investissements, de surveiller les distributeurs, etc.<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Voy. A. CAPOBIANCO, *op. cit.*, p. 1257.

<sup>41</sup> Voy. déc. de la Commission, *UK Agricultural Registration Exchange*, préc. p. 19, § 60. Dans l'affaire *UK Tractor Registration Exchange*, les parties soutenaient que l'échange d'informations en question permettait d'accélérer la mise au point de leurs produits, d'améliorer la planification de la production et la surveillance des concessionnaires. La Commission estima cependant que ledit échange n'était pas indispensable pour obtenir les avantages allégués, et que ceux-ci ne compensaient pas les restrictions de la concurrence qui en résultaient. Voy. aussi déc. de la Commission n° IV/31.128

Si, en principe, les effets pro-concurrentiels des accords d'échange d'informations sont susceptibles d'ouvrir droit à une exemption en vertu des articles 81(3) TCE et 2(3) de la LPCE<sup>42</sup>, dans la pratique, ces arguments sont le plus souvent accueillis avec réserve par les autorités de concurrence. La charge probatoire pesant sur les parties souhaitant bénéficier d'une exemption est en effet si lourde qu'un accord d'échange d'informations restrictif de concurrence échappera rarement au dispositif d'interdiction<sup>43</sup>.

du 2 décembre 1986, *Fatty Acids, J.O.C.E.*, L 3 du 6 janvier 1987, p. 17. La Commission a exclu la possibilité d'exempter un tel échange au titre de l'article 81(3) TCE, puisqu'elle ne pouvait pas concevoir comment « un tel système restrictif d'échange d'informations limité aux trois principaux producteurs d'un produit spécial, dans le but de stabiliser le marché dans leur propre intérêt, pourrait contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou promouvoir le progrès technique ou économique et, en particulier, quels avantages seraient réservés aux consommateurs ».

<sup>42</sup> Voy. aff. *Asnef-Equifax*, préc., §§ 64-71. L'article 81(3) TCE dispose que: « 3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables: à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises, et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées 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, et sans: a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs; b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ». L'article 2(3) LPCE dispose que: « Toutefois, les dispositions du § 1<sup>er</sup> ne s'appliquent pas: 1° à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, 2° à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises, et 3° à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution ou à promouvoir le progrès technique ou économique ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises d'affermir leur position concurrentielle sur le marché concerné ou sur le marché international, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans toutefois: a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs; b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

<sup>43</sup> À moins peut-être de concerner une entreprise commune.



### III. BONNES PRATIQUES EN MATIÈRE D'ACCORDS D'ÉCHANGE D'INFORMATIONS – «*DOS AND DON'TS*»

«*Don'ts*» – À ce stade, quelques recommandations à caractère pratique deviennent possibles. Du côté des «*don'ts*», c'est à dire les comportements à proscrire, les choses sont assez simples. Les fédérations doivent éviter tout échange d'informations futures et récentes, individualisées, et portant sur les prix, les ventes, la production, les coûts et les investissements. Par ailleurs, suite à l'échange d'informations, il est préférable d'éviter toute discussion/réunion portant sur les aspects commerciaux et industriels stratégiques récents et futurs (prix, production, investissements). La présence d'un avocat peut être utile afin d'interrompre les débats en cas de risque de violation du droit de la concurrence.

«*Dos*» – Du côté des «*Dos*», c'est-à-dire des bonnes pratiques à encourager, la marge de manœuvre des fédérations est plus grande. Les fédérations doivent concevoir des mécanismes de sauvegarde permettant de maintenir l'échange, tout en respectant le droit de la concurrence. À cet égard, on voudra bien noter qu'il suffit souvent de modifier l'une des caractéristiques de l'échange d'informations pour supprimer tout risque d'illégalité. Voici, pêle-mêle, quelques pistes de recommandation :

- **Anonymisation** – Il est toujours recommandable, en matière d'échange d'informations individualisées (ou individualisables), de publier des données non nominatives. Imaginons, un instant, qu'une fédération se livre à un exercice de «*benchmarking*»<sup>44</sup>, c'est-à-dire que dans une optique d'amélioration organisationnelle, elle se livre à une comparaison des pratiques de gestion de ses membres<sup>45</sup>. Ces exercices débouchent souvent sur la publication d'une étude. Il faut donc veiller à une scrupuleuse anonymisation des données relatives

<sup>44</sup> Voy. B. HENRY, «*Benchmarking and Antitrust*», (1993-94) 62 *Antitrust Law Journal*, 483.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 485. Voy. aussi J. CARLE and M. JOHNSON, «*Benchmarking and EC Competition Law*», (1999) 2 *European Competition Law Review*, 74; D. TEECE, «*Information Sharing, Innovation and Antitrust*», in H. ALBACH, J. Y. YIN and C. SCHENK (Eds), *Collusion Through Information Sharing? New Trends in Competition Policy*, Berlin, Edition Sigma, 1996, pp. 51-68.

46  
ny  
47  
tik  
let

LA

aux entreprises composées au sein de l'étude (si elles sont par ailleurs concurrentes sur le marché). De la même manière, lorsqu'une fédération fait appel à un tiers consultant pour réaliser une étude et lui transmet à cette fin des informations, elle doit lui imposer de strictes obligations de confidentialité<sup>46</sup>. Enfin, lorsqu'une fédération procède à la réalisation de pronostics généraux (sur la production future, par exemple) et qu'elle recueille, à cette fin, les pronostics individuels de ses membres, il est de première importance qu'elle ne communique pas ces pronostics à ses membres, au risque de réduire l'incertitude sur le comportement individuel futur de chacun<sup>47</sup>.

- **Brouillage** – Il est possible d'altérer la significativité de données sensibles pour échapper au risque de violation du droit de la concurrence. En matière d'informations sur les coûts, par exemple, il est préférable d'échanger des informations sur certains grands postes de coûts, comme par exemple les coûts communs aux membres de la fédération (énergie, charges sociales, etc.). En revanche, tout poste de coûts sur lequel une entreprise peut individuellement développer un avantage concurrentiel doit être écarté du champ de l'échange d'informations.
- *Mutatis mutandis*, des principes proches s'appliquent en matière d'échange d'informations sur les prix. Il est ainsi préférable d'échanger des informations sur les prix officiels publiquement disponibles plutôt que les prix effectifs de transaction (après remise).
- Enfin, en matière d'échange d'informations sur les volumes/valeurs des ventes ou sur les parts de marché, il est toujours préférable d'échanger des données approximatives, comme des fourchettes de parts de marché (d'une amplitude de 10%, par exemple).
- **Délai suffisant** – Si l'on pense au caractère récent ou historique des informations, il est toujours avisé de laisser s'écouler un délai suffisant avant la communication des informations. Plus l'information est sensible et individualisée, plus le délai doit être important, par exemple d'un an. Dans la pratique, les échanges d'informations

<sup>46</sup> Lui interdisant de transmettre ces documents aux membres ou de trahir l'anonymat des entreprises étudiées.

<sup>47</sup> Précisions qu'en cas d'échange de données agrégées, en principe non problématiques, il faut s'assurer qu'il soit impossible d'individualiser les données (en encryptant les sources, par exemple).

prenant la forme d'index de prix sont uniquement tolérés quelques mois après leur mise en application.

- **Sélection des sources** – À titre de principe général, les fédérations devraient, autant que faire se peut, exercer leurs activités de récolte et de traitement d'informations en s'appuyant sur des données qui sont publiquement dévoilées.

### CONCLUSION

Au terme de ce (trop bref) parcours des grands principes applicables aux accords d'échange d'informations, il ressort que les fédérations d'entreprises doivent faire preuve de la plus grande prudence lorsqu'elles réunissent, analysent et diffusent des informations auprès de leurs membres.

Qui plus est, le risque d'infraction s'étend à d'autres activités, en apparence légitimes, des fédérations d'entreprises. Ainsi, lorsqu'une fédération coordonne et représente les intérêts de ses membres au sein d'une procédure juridictionnelle, il est parfaitement concevable qu'elle puisse se trouver dans une situation délicate au regard des règles de concurrence. La collecte et la production, en cours d'instance, de documents commerciaux à caractère confidentiel (on pense par exemple aux contrats entre les membres d'une fédération et leurs fournisseurs/clients) sont susceptibles de constituer des échanges d'informations illicites.

Au vu des amendes colossales aujourd'hui infligées par les autorités de contrôle, le respect de bonnes pratiques, l'adoption de programmes de mise en conformité («*compliance programmes*») et une veille juridique permanente semblent donc être les seules voies permettant d'assurer une gestion diligente du risque juridique lié à l'application du droit de la concurrence.