



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MÉMOIRES

**Master de droit européen des affaires
Dirigé par Louis Vogel
2011**

***Quels sont la place et le rôle de la notion
de pratique concertée en droit de la
concurrence?***

Camille Bazin

Sous la direction de Louis Vogel

Sommaire

Résumé	p. 4
Introduction	p. 6
CHAPITRE 1 – LA PRATIQUE CONCERTÉE, UNE NOTION AUX CONTOURS IMPRÉCIS DESTINÉE À RÉPRIMER LES ENTENTES INFORMELLES	p. 8
I – Les éléments constitutifs de la pratique concertée	p. 8
1.1 Les auteurs de la pratique concertée: des entreprises indépendantes	p. 9
1.2 Le cœur de la pratique concertée: une concertation informelle	p. 10
1.3 Le comportement subséquent des entreprises sur le marché	p. 13
II – Les différentes formes de pratiques concertées	p. 14
2.1 La préparation en commun des conditions futures sur le marché	p. 14
2.2 La communication réciproque d'informations relatives à un comportement futur	p. 14
2.3 L'adoption par chacune des entreprises considérées d'un comportement qu'elle sait commun aux autres: le parallélisme de comportement	p. 15
CHAPITRE 2 – LE CARACTÈRE ANTICONCURRENTIEL DE LA PRATIQUE CONCERTÉE	p. 16
I – Une analyse du caractère anticoncurrentiel des pratiques concertées fondée sur l'autonomie des entreprises sur le marché	p. 16
II – L'objet anticoncurrentiel: l'apport de T-Mobile	p. 17
III – L'effet anticoncurrentiel de la pratique concertée: une condition facultative	p. 19
CHAPITRE 3 – UNE ADMINISTRATION FACILITÉE DE LA PREUVE DE LA PRATIQUE CONCERTÉE	p. 21
I – Un standard de preuve adapté aux spécificités des pratiques concertées: la méthode du faisceau d'indices	p. 21
II – La preuve de la concertation	p. 24
2.1 La présomption d'adhésion à la pratique concertée	p. 24
2.2 La durée de la concertation	p. 26
2.3 L'échange d'informations	p. 28

III – Le parallélisme de comportements, un indice de pratique concertée	p. 31
3.1 La distinction entre simple parallélisme de comportements et pratique concertée	p. 31
3.2 Le parallélisme de comportements, un indice prépondérant de pratique concertée	p. 32
IV - La présomption de causalité entre la concertation des entreprises et leur comportement subséquent sur le marché	p. 35
CHAPITRE 4 – LA PLACE DE LA PRATIQUE CONCERTÉE PARMIS LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES	p. 37
I – Un outil nécessaire à l'appréhension de toutes les circonstances anticoncurrentielles	p. 37
II - L'articulation de la notion de pratique concertée avec les autres formes d'ententes	p. 38
III – Accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées: des distinctions à relativiser	p. 41
Conclusion	p. 43
Bibliographie	p. 44

Résumé

La notion de pratique concertée est destinée à appréhender les ententes anticoncurrentielles qui ne se traduisent ni par un accord formel de volonté, ni par l'élaboration d'un plan commun d'action. Apparue dès 1957 dans le traité de Rome, sur le modèle américain, elle n'a jusqu'à présent été définie par aucun texte communautaire à portée législative. Cette absence de définition s'explique probablement par la volonté de ne pas fixer de bornes trop strictes au concept mais au contraire de lui permettre de s'adapter aux techniques évolutives des entreprises désireuses de s'entendre. Quoi qu'il en soit, c'est donc aux juridictions communautaires qu'a échu la tâche de cerner la notion, ce qu'elles ont fait tout en prenant garde de lui conserver une grande souplesse.

Selon la définition consacrée par la jurisprudence, une pratique concertée est « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence¹* ». Les pratiques concertées se distinguent effectivement des autres formes d'ententes telles que les accords entre entreprises ou les décisions d'associations d'entreprises par le caractère informel de la concertation. Elles ne reposent pas sur un plan commun d'action précautionneusement mis au point ni sur un contrat mais découlent d'une collusion plus subtile et discrète, qui ne correspond pas à une forme juridique déterminée. Plus que par la concertation, les pratiques concertées se révèlent donc par l'adoption par les entreprises participantes d'un comportement différent de celui qu'elles suivraient en présence d'une concurrence effective, par exemple d'un parallélisme de leurs politiques économiques ou d'une coordination laissant suspecter une répartition des marchés ou de la clientèle. Mais si « *la notion même de pratique concertée présuppose un comportement des entreprises participantes sur le marché, elle n'implique pas nécessairement que ce comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence²* ». Comme l'ensemble des ententes sanctionnées par le droit de la concurrence, une pratique concertée n'est illicite qu'à condition d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. Dès lors que la pratique concertée porte sur les prix ou la répartition de marché et de clientèle, elle sera considérée comme étant anticoncurrentielle par son objet et il ne sera alors pas nécessaire de prouver qu'elle restreint effectivement la concurrence. Mais même en l'absence d'objet anticoncurrentiel caractérisé, les autorités et les juges de la concurrence peuvent s'abstenir de toute analyse des conséquences concrètes de la pratique sur le marché. Il est en effet suffisant de démontrer qu'une pratique concertée comporte un risque pour la concurrence pour qu'elle soit déclarée illicite, sans qu'aucun effet économique concret ne se soit encore manifesté.

1 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd (ICI), point 64 ; CJCE, 14 juillet 1972, aff. 54/69, SA française des matières colorantes (Matières colorantes)

2 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92P, Commission c. Anic Partecipazioni, point 124

Cette volonté de faciliter l'application de la notion de pratique concertée se retrouve dans le régime probatoire, simplifié. Selon la Cour de justice dans l'arrêt *Anic Partecipazioni*, « *comme cela résulte des termes mêmes de l'article 85.1 du traité [article 101.1 TFUE³], la notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments⁴* ». En principe, il faudrait donc apporter la preuve de ces trois éléments pour établir l'existence d'une pratique concertée. Mais pour que la notion de pratique concertée soit efficace, les autorités et les juges de la concurrence n'ont pas hésité à aménager le mode d'administration de la preuve. Ainsi, en l'absence de preuves matérielles directes, l'existence d'une pratique concertée peut être déduite d'un simple faisceau d'indices précis et concordants, dont chacun pris séparément n'est pas nécessairement probant. La Cour de justice se montre cependant vigilante quant à l'imputation des pratiques, la preuve devant permettre d'identifier la responsabilité de chaque entreprise dans la mise en œuvre de la pratique concertée. La jurisprudence communautaire a également instauré une présomption réfragable: dès lors que l'entreprise a participé à la concertation et qu'elle est par la suite restée active sur le marché, elle est présumée avoir adhéré à l'entente et c'est à elle qu'incombe la charge de la preuve contraire. Elle doit alors établir qu'elle s'est distanciée clairement et publiquement de la ligne commune dès le début de la collusion. La concertation étant souvent trop informelle pour être détectée, la constatation d'un comportement anticoncurrentiel peut même suffire dans certains cas à démontrer l'existence d'une pratique concertée. Mais pour pallier tout risque de confusion entre une pratique concertée et un simple parallélisme de comportements induit par les caractéristiques du marché, un parallélisme de comportements ne sera probant que si la concertation en constitue la seule explication plausible ou s'il est conforté par d'autres indices.

Ainsi, la définition et le régime probatoire des pratiques concertées ont été créés sur mesure par les autorités et les juges de la concurrence pour détecter et réprimer les infractions au droit de la concurrence les plus discrètes. Malgré ces particularités, la notion de pratique concertée est un instrument pour « traquer » les ententes qui portent atteinte à la concurrence. Comme les accords entre entreprises ou les décisions d'associations d'entreprises, son application nécessite une collusion entre des entités économiques autonomes aboutissant à un comportement particulier sur un marché. Bien qu'elle apparaisse aujourd'hui plus que jamais comme un instrument nécessaire dans la lutte redoublée contre les ententes et notamment contre les cartels, sa spécificité semble d'ailleurs s'estomper avec le recours de plus en plus fréquent au concept d'infraction unique, complexe et continue.

3 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

4 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, *Anic Partecipazioni*, point 118 ; CJCE, C-199/92P, *Hüls AG*, point 161

Introduction

Aux Etats-Unis, la première section du Sherman Act prohibe à la fois les accords et les actions concertées. Influencés par le droit américain, les rédacteurs du traité de Rome ont choisi de reprendre cette double interdiction. L'article 85 du traité de Rome du 25 mars 1957, aujourd'hui article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), dispose que « *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 Etats 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* ». En France, l'article L. 420-1 du Code de commerce⁵ interdit quant à lui les « actions » concertées: « *Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions (...)* ». Mais si la notion de pratique concertée fait partie du droit de la concurrence en vigueur en France depuis plus de cinquante ans, elle reste aujourd'hui encore largement ignorée, fondue dans l'appellation générale d'entente. Sa définition même suscite des interrogations puisque l'article 101.1 du TFUE se contente d'édicter une simple prohibition, sans aucune précision quant à son contenu.

Dans le langage courant, le terme « concerter » signifie, d'après le dictionnaire Larousse, « *préparer avec une ou plusieurs personnes* » ou « *s'accorder, se consulter pour agir de concert* ». La qualification de pratique concertée implique donc une entente préalable entre des entités économiques, tout comme les accords entre entreprises ou les décisions d'associations d'entreprises. Mais en quoi une pratique concertée se distingue-t-elle de ces autres formes d'ententes mentionnées à l'article 101 du TFUE et quels sont ses éléments constitutifs? En l'absence de définition dans les textes, c'est la jurisprudence de la Cour de justice et dans une moindre mesure du Tribunal de première instance de l'Union européenne (TPI) qui a donné sa physionomie à la notion de pratique concertée en la définissant comme « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence, coopération aboutissant à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché*⁶ ». La notion de pratique concertée s'applique donc aux ententes entre entreprises qui résultent d'un concours de volonté informel et qui s'extériorisent par un comportement subséquent coordonné des entreprises sur le marché. Cette définition a été reprise par l'Autorité française de la concurrence (ADLC) et par les juridictions françaises pour les pratiques qualifiées d'actions concertées, de concertations ou de collusions. Mais cet encadrement prétorien respecte-t-il l'esprit qui a présidé à l'introduction de la notion de pratique concertée

5 Ancien article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 complété par l'article 52 de la loi du 15 mai 2001

6 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 26

dans le droit communautaire, c'est-à-dire « empêcher que les entreprises ne tournent les règles de concurrence en s'entendant sur des modalités anticoncurrentielles et non assimilables à un accord définitif, en s'informant, par exemple, mutuellement à l'avance de l'attitude qu'elles entendent adopter, de manière que chacune puisse régler son comportement commercial en sachant que ses concurrents agiront de la même manière⁷ »? La notion de pratique concertée est-elle devenue l'outil nécessaire pour appréhender les pratiques anticoncurrentielles les plus discrètes que prévoyaient les rédacteurs du traité de Rome? Le juge communautaire a en tout cas essayé d'en faire un instrument efficace dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles informelles. Pour cela, il lui a offert des contours suffisamment malléables pour qu'elle puisse s'appliquer à des formes de concertations variées mais toujours discrètes. Le mode de d'administration de la preuve a également dû être aménagé car l'absence d'accords ou de plans d'action précis rendait malaisée l'obtention d'indices de la concertation. Les pratiques concertées s'extériorisant davantage par l'attitude subséquente des entreprises sur le marché, la jurisprudence a notamment accepté que la preuve découle uniquement de l'observation d'une coordination des politiques commerciales qui serait anormale en situation de concurrence. Toutefois, l'abaissement du standard de preuve comporte des risques pour la sécurité juridique, notamment de confusion entre des pratiques concertées illicites et des parallélismes de comportements induits par les caractéristiques du marché.

Pour déterminer quels sont le rôle et la place de la notion de pratique concertée en droit communautaire, il conviendra donc d'en définir les éléments constitutifs et de les comparer avec ceux des autres formes d'entente (Chapitre I), de déterminer quelles sont les pratiques concertées à caractère anticoncurrentiel (Chapitre II), d'étudier l'administration de la preuve de la pratique concertée (Chapitre III) et enfin de s'interroger sur la place de la pratique concertée aujourd'hui et sur son avenir, au regard notamment de la généralisation du concept d'infraction unique, complexe et continue (Chapitre IV). Ces points seront abordés en se référant principalement au droit européen de la concurrence. Les dispositions du droit interne et la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence et des juridictions nationales seront utilisées soit pour illustrer l'application du droit communautaire, soit au contraire en cas de dissensions entre ces deux sources du droit de la concurrence en vigueur en France.

7 Commission, 13 juillet 1994, décision 94/601/CE, Carton, point 126

CHAPITRE 1 – LA PRATIQUE CONCERTÉE, UNE NOTION AUX CONTOURS IMPRÉCIS, DESTINÉE À RÉPRIMER LES ENTENTES INFORMELLES

Inspirée du droit américain, la notion de pratique concertée est apparue dès 1957 dans le traité de Rome, aux côtés des accords et des décisions d'associations d'entreprises. Mais le traité ne la définissant pas, c'est la Cour de justice qui en a déterminé les contours (I). La notion de pratique concertée regroupe des restrictions au droit de la concurrence variées (II), qui ont pour point commun de ne pas découler d'un accord formel.

I – Les éléments constitutifs de la pratique concertée

Aux termes de l'article 101.1 TFUE, « *sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats 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 intérieur (...)* ». L'article L.420-1 du Code de commerce dispose quant à lui que « *sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions (...)* ».

En l'absence de définition dans les traités et dans le Code de commerce, la notion de pratique concertée a été explicitée par la jurisprudence de la CJUE dans toute une série d'arrêts: ICI et Matières colorantes⁸, Suiker Unie⁹, Ahlström Osakeyhtiö¹⁰, Anic Partecipazioni¹¹ et Ciment¹². La pratique concertée y est définie comme « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence¹³* », cette coopération aboutissant à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché. Dans l'arrêt Suiker Unie, la CJUE a ajouté que la coopération devait être considérée « *compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises ainsi que du volume et du caractère dudit marché¹⁴* ».

8 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI et CJCE, 14 juillet 1972, aff. 54/69, Matières colorantes

9 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie

10 CJCE, 31 mars 1993, aff. C-89/85 et s., Ahlström Osakeyhtiö

11 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni

12 TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s., Cimenteries

13 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, point 64

14 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Suiker Unie, point 26

En droit communautaire comme en droit français, la pratique concertée ou action concertée émane d'entreprises qui se concertent et établissent une coopération entre elles.

1-1 Les auteurs de la pratique concertée: les entreprises

Comme pour les autres types d'ententes prohibées par le droit communautaire, les pratiques concertées ne tombent dans le champ d'application de l'article 101 du TFUE que si elles sont le fait d'entreprises autonomes. Selon l'arrêt Mannesman¹⁵, une entreprise « *est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, rattachés à un sujet de droit autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé* ». Est considérée comme telle toute entité qui offre des biens ou des services sur un marché¹⁶, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement¹⁷.

La qualification de pratique concertée et plus largement d'entente suppose l'existence d'un concours de volontés entre entreprises juridiquement et économiquement autonomes. Par conséquent, les dispositions de droit de la concurrence ne s'appliquent pas aux accords ou pratiques concertés entre entreprises appartenant à un même groupe et qui forment une unité économique. Le contrôle des filiales à 100% par une société mère entraîne donc une présomption de défaut d'autonomie commerciale¹⁸. L'article 101 du TFUE ne s'applique pas non plus aux relations entre une société et son agent commercial ou son intermédiaire lorsque l'agent ou l'intermédiaire intervient pour le compte de l'entreprise, dans le cadre du mandat qui lui a été confié. En effet, « *si un (...) intermédiaire exerce une activité au profit de son commettant, il peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique*¹⁹ ». Deux éléments principaux doivent être pris en compte pour déterminer l'autonomie de l'agent ou de l'intermédiaire dans le cas de ces relations verticales: d'une part la prise en charge ou non par l'agent ou l'intermédiaire d'un risque économique et d'autre part, le caractère exclusif ou non des services fournis²⁰. Enfin, sont exonérés les comportements anticoncurrentiels qui ont été imposés aux entreprises par les autorités publiques.

15 CJCE, 13 juillet 1962, aff. 19/61, Mannesman, Recueil de jurisprudence, page 705

16 TPICE, 4 mars 2003, aff. T-319/99, FENIN, point 18

17 CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, Höfner & Elser, point 21

18 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, point 134 ; TPICE, 10 mars 1992, aff. T-68/89, T-77/89 et T-78/89, SIV, point 357; CJCE, 24 octobre 1996, aff. C-73/95P, Viho Europe BV c. Commission, point 6

19 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, Suiker Unie, point 480

20 TPICE, 11 décembre 2003, aff. T-66/99, Minoan Lines, point 126

1-2 Le coeur de la pratique concertée: une concertation informelle

La notion de pratique concertée se définit négativement, par opposition aux deux autres formes d'ententes mentionnées à l'article 101.1 du TFUE qui sont les accords et les décisions d'associations d'entreprises et par rapport aux formes d'ententes mentionnées à l'article L.420-1 du Code de commerce, c'est-à-dire les conventions et les ententes expresses ou tacites ou coalitions anticoncurrentielles. Si aucun de ces termes n'a été précisément circonscrit, il semble que celui de pratique concertée soit le plus indéfinissable. En effet, la notion de pratique concertée est un instrument destiné à appréhender les collusions qui ne répondent pas aux critères de rattachement des autres catégories d'ententes.

La CJUE a affirmé en 1972 dans son premier arrêt de principe sur les pratiques concertées que *« si l'article 85 [101 TFUE] distingue la notion de « pratiques concertées » de celle d' « accords entre entreprises » ou de « décisions d'associations d'entreprises », c'est dans le dessein d'appréhender, sous les interdictions de cet article, une forme de coordination entre entreprises qui sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence; que, par sa nature même, la pratique concertée ne réunit donc pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants²¹ »*. La pratique concertée est ainsi une notion qui permet d'appréhender les ententes qui *« ne sont pas juridiquement structurées²² »*. Comme les autres infractions mentionnées à l'article 101.1 du TFUE, elle résulte d'un concours de volonté entre au moins deux entreprises autonomes. Mais l'emploi des termes de « pratique » en droit européen et d' « action » en droit interne démontre bien que ne sont pas visés les décisions ou les accords, mais plutôt les situations informelles qui découlent de collusions invisibles. Aussi, *« pour qu'il y ait accord au sens de l'article 85.1 du traité [article 101.1 du TFUE], il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché²³ »*. La notion de pratique concertée trouve donc à s'appliquer en l'absence de contrat écrit qui se concrétiserait par un plan soigneusement élaboré par les parties. Elle peut simplement procéder d'un consentement tacite à la réalisation d'une action anticoncurrentielle, la plupart du temps à un échange d'informations. Dès lors, *« par sa nature même, la pratique concertée ne réunit pas tous les éléments d'un accord, mais peut notamment résulter d'une coordination qui s'extériorise par le comportement des participants²⁴ »*.

Le recours à la notion de pratique concertée est possible dès que les entreprises ont favorisé la coordination

21 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, points 64 et 65

22 Lamy Droit économique: Concurrence, Distribution, Consommation, page 373

23 CJCE, 15 juillet 1970, aff. 41/69, ACF Chemiefarma, point 112 ; CJCE, 29 octobre 1980, 209/78 à 215/78 et 218/78, Van Landewyck, point 86 ; TPICE, 24 octobre 1991, T-2/89, Petrofina SA, point 211 ; CJCE, 8 juillet 1999, C-49/92, Anic Partecipazioni, point 130

24 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, point 65

de leurs politiques commerciales. Par conséquent, peu importe la forme juridique de l'accord qui est à la source de la pratique concertée: une pratique concertée peut naître d'un contrat, mais aussi de tous types d'engagements à condition que ceux-ci traduisent la volonté de deux entreprises ou plus de se lier. En effet, « pour être constitutive d'un accord au sens de l'article 85 du traité [article 101 TFUE], il suffit qu'une stipulation soit l'expression de la volonté des parties sans qu'il soit nécessaire qu'elle constitue un contrat obligatoire et valide selon le droit national²⁵ ». La notion de pratique concertée s'accommode donc aussi bien de contrats verbaux que de conversations, d'accords tacites résultant d'un défaut d'opposition que d'échanges de courriers ou de télex, de participations à des réunions que de négociations. Dans l'affaire des banques autrichiennes « club Lombard », la Commission s'est prononcée sur une concertation par système de tables rondes, assortie de nombreux contacts entre les représentants des entreprises. Elle a jugé que « d'un point de vue juridique, il ressort que tous les aspects des comportements en cause qui ont constitué des étapes sur la voie d'un consensus et qui ne peuvent donc pas être qualifiés en soi d'accords au sens de l'article 81.1 du traité CE [article 101.1 TFUE], peuvent en tout état de cause être considérés comme des pratiques concertées²⁶ ». Car comme le souligne l'Autorité de la concurrence dans son rapport pour 2009, « pour faciliter la coordination entre les opérateurs, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un engagement ferme sur la conduite envisagée: au contraire, le cheap talk permet à une entreprise qui envisage de modifier son comportement sur le marché de tester la réaction des concurrents et, le cas échéant, de réviser sans coût sa stratégie²⁷ ».

La concertation a pu être qualifiée de « prise de contact acceptée²⁸ », les entreprises parties devant avoir consenti à la concertation. Mais les autorités et les juges de la concurrence établissent une différenciation entre le fait de savoir et le fait d'adhérer. La participation à la concertation ne constitue une infraction que s'il est établi que l'entreprise a eu connaissance de la finalité poursuivie. Les institutions communautaires exigent en effet l'existence d'une « coopération pratique » entre les entreprises, coopération qui « suppose l'existence de contacts caractérisés par la réciprocité. Cette condition est satisfaite lorsque la divulgation, par un concurrent à un autre, de ses intentions ou de son comportement futurs sur le marché a été sollicitée ou, à tout le moins acceptée par le second²⁹ ». Cette condition de réciprocité est considérée comme remplie dès lors qu'une entreprise ne s'oppose pas au comportement anticoncurrentiel de l'autre. Des transmissions d'informations unilatérales peuvent donc être qualifiées de pratiques concertées.

La préservation de la concurrence sur un marché donné s'oppose donc « à toute prise de contact directe ou

25 CJCE, 11 janvier 1990, aff. C-277/87, Sandoz, sommaire: point 2 ; TPICE, 24 octobre 1991, aff. T-2/89, Petrofina, sommaire: point 4

26 Commission, 11 juin 2002, décision 2004/138/CE, Banques autrichiennes « club Lombard », point 422

27 Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2009, page 110

28 L. Vogel, Code européen de la concurrence, page 119

29 TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s., Cimenteries, point 1849

indirecte entre de tels opérateurs de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché, lorsque ces contacts ont pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume du marché³⁰ ». En effet, « les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable « plan », doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle³¹ ». Ainsi, toute révélation d'un comportement même s'il n'est que projeté, tout rapprochement qui est susceptible d'influer sur la politique d'exportations ou de livraisons d'un concurrent constitue une pratique concertée. Il « suffit que, à travers sa déclaration d'intention, l'opérateur économique ait éliminé ou, à tout le moins, substantiellement réduit l'incertitude quant au comportement à attendre de sa part sur le marché³² » pour qu'une simple divulgation d'informations par une entreprise soit considérée comme une concertation, et cela quand bien même l'entreprise réceptrice demeure passive³³. La pratique concertée réside alors dans le fait que chacun des concurrents peut s'attendre à ce que les autres adoptent sur le marché une attitude précise. Est donc interdit tout échange qui a pour objectif « soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel soit de dévoiler à un tel concurrent la ligne de conduite qu'elles ont décidé ou qu'elles envisagent de tenir elles-mêmes sur le marché³⁴ ». Pour autant, « cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents³⁵ ». La CJUE tient compte du contexte économique et juridique dans lequel s'inscrit la pratique³⁶.

De même, une mesure prise unilatéralement par une entreprise ou imposée par celle-ci peut être considérée comme une concertation constitutive d'une pratique concertée si d'autres entreprises modulent tacitement leur comportement en raison de cette décision, par exemple des distributeurs qui se conforment aux recommandations du fabricant de faire obstacle aux importations parallèles³⁷. Dans ce cas, « il est

30 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 174 ; CJCE, 14 juillet 1981, aff. 172/80, Züchner, point 14 ; CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, point 87

31 CJCE, 14 juillet 1981, aff. 172/80, Züchner, points 13 et 14 ; CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 173

32 TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s., Cimenteries, point 1852

33 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 460

34 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, points 173 et 174

35 CJCE, 14 juillet 1981, aff. 172/80, Züchner, points 13 et 14 ; CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 173

36 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands, point 27

37 CJCE, 19 septembre 1985, aff. 25 et 26/84, Ford AG ; CJCE, 6 janvier 2004, aff. C-2/01 et C-3/01, Bayer

nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie, qu'elle soit expresse ou implicite, à la réalisation commune d'un tel but, et ce d'autant plus qu'un tel accord n'est pas (...) à première vue, dans l'intérêt de l'autre partie, à savoir les grossistes³⁸ ». Ainsi, est assimilé à une pratique concertée et non pas à un comportement unilatéral « l'envoi systématique par un fournisseur à ses clients de factures comportant la mention « exportation interdite », lorsque celui-ci s'insère dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli découlant de l'agrément donné par le fournisseur à l'établissement de relations commerciales avec chaque client, préalablement à toute livraison, et de l'acceptation tacite par les clients de la ligne de conduite adoptée par le fournisseur à leur égard, acceptation attestée par des commandes renouvelées passées sans protestation à des conditions identiques³⁹ ». En revanche, « le seul fait qu'une mesure adoptée par un fabricant, qui a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, s'inscrit dans le cadre de relations commerciales continues entre ce dernier et ses grossistes ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un (...) accord⁴⁰ ». En effet, l'acquiescement, qu'il soit exprès ou tacite, à l'attitude proposée par le fabricant, doit être certain afin d'éviter qu'un comportement fondé sur une décision unilatérale d'une entreprise et qui peut être exécuté sans l'aide d'autrui ne soit qualifié de pratique concertée⁴¹.

Par ailleurs, il n'est pas non plus nécessaire pour établir l'existence d'une pratique concertée que la concertation soit considérée par les entreprises comme contraignante car « dans une entente secrète, lorsque les parties mesurent pleinement le caractère illégal de leur comportement, elles n'entendent évidemment pas que les arrangements collusoires aient une force contractuelle⁴² ».

1-3 Le comportement subséquent des entreprises sur le marché

En principe, la préparation de conditions propices à la concertation ne suffit pas à caractériser une pratique concertée, il faut également qu'un comportement consécutif à la concertation sur le marché soit mis en œuvre par les entreprises, même en l'absence d'effet anticoncurrentiel concret⁴³. La pratique exercée par l'entreprise ne doit pas nécessairement être conforme à ce qui avait été convenu lors de la concertation⁴⁴: ainsi, l'existence d'une pratique concertée peut être établie alors même que l'entreprise incriminée n'a pas adopté un comportement en adéquation totale avec les renseignements obtenus. Par ailleurs, le

38 CJCE, 6 janvier 2004, aff. C-2/01 et C-3/01, Bayer, point 102

39 CJCE, 11 janvier 1990, aff. C-277/87, Sandoz, sommaire: point 1

40 CJCE, 6 janvier 2004, aff. C-2/01 P et C-3/01, Bayer, point 141

41 CJCE, 6 janvier 2004, aff. C-2/01 P et C-3/01, Bayer, point 101

42 Commission, 21 décembre 1988, décision 89/190/CEE, point 30

43 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 124

44 TPICE, 29 novembre 2005, aff. T-62/02, Union Pigments, point 130

comportement peut être négatif et résulter d'une abstention anormale. Il peut également être différent selon les participants à la concertation: chaque entreprise participe à l'entente en adoptant un comportement qui lui est propre. L'exigence d'un comportement des entreprises découlant de leur concertation n'implique pas que ce comportement ait un effet anticoncurrentiel sur le marché. Selon les termes de la Cour de justice, « *si la notion même de pratique concertée présuppose un comportement des entreprises participantes sur le marché, elle n'implique pas nécessairement que ce comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence*⁴⁵ ».

II – Les différentes formes de pratiques concertées

L'Autorité de la concurrence identifie trois formes principales de pratiques concertées: la préparation en commun des conditions futures sur le marché, la communication réciproque d'informations sur un comportement futur et le parallélisme de comportement.

2-1 La préparation en commun des conditions futures sur le marché

Peuvent être qualifiées de pratiques concertées, les réunions entre entreprises concurrentes qui visent à fixer des objectifs, des prix et des volumes de vente. La seule participation, même non active, à ces réunions suffit à caractériser l'adhésion à une pratique concertée, même si l'entreprise en cause ne respecte pas les décisions prises à l'issue de la concertation⁴⁶.

2-2 La communication réciproque d'informations relatives à un comportement futur

La transmission d'informations stratégiques à des concurrents constitue également une pratique concertée car elle traduit un concours de volonté, et cela même si cette transmission est unilatérale⁴⁷. Par exemple, il a été jugé que des échanges d'informations sur les prix étaient contraires à l'article 101 du TFUE même si les informations relevaient du domaine public ou portaient sur des prix historiques et purement statistiques, dès lors qu'ils constituaient le support d'un autre mécanisme concurrentiel, en espèce d'un accord de répartition des marchés⁴⁸. De même, les échanges d'informations sur les seuils de rentabilité, sur les limitations des volumes de vente, sur les chiffres de vente ou sur l'identité des clients constituent des

45 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 123

46 TPICE, 6 avril 1995, aff. T-145/89, Baustahlgewebe GmbH

47 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands

48 CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-204/00 et s., Aalborg Portland, point 281

pratiques concertées anticoncurrentielles car elles restreignent l'incertitude sur le comportement futur des membres de l'entente⁴⁹. Afin de simplifier l'administration de la preuve, les autorités de concurrence présument que les entreprises participant à un échange d'informations et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte de ces informations, sauf preuve contraire⁵⁰.

2-3 Le parallélisme de comportement

Le parallélisme de comportement se rencontre fréquemment en matière de pratique concertée. Il s'agit du fait pour chacune des entreprises parties d'adopter le même comportement que les autres. Par exemple, est un parallélisme de comportement le fait pour plusieurs entreprises de refuser d'approvisionner un distributeur afin de le sanctionner s'il se livre à un commerce parallèle ou de le dissuader de fournir un client déterminé que les entreprises considérées entendent livrer directement⁵¹. Des situations plus particulières méritent également d'être relevées, comme par exemple « *lorsqu'un opérateur économique fait siennes les plaintes que lui adresse un autre opérateur au sujet de la concurrence que font à ce dernier les produits écoulés par le premier opérateur*⁵² ». Le parallélisme de comportement est licite tant qu'il est spontané et qu'il ne résulte pas d'une concertation mais dans les faits, il découle souvent d'un échange d'informations et constitue à ce titre un indice révélateur de pratiques concertées⁵³.

La concertation et le comportement ultérieur de l'entreprise sur le marché sont ainsi à la base de la qualification de pratique concertée. Mais la Cour de justice prend également en compte les effets de la pratique: seules sont interdites les pratiques concertées qui sont susceptibles de modifier les conditions de concurrence sur le marché concerné.

49 TPICE, 24 octobre 1991, aff. T-2/89, Petrofina, point 214

50 Voir chapitre 3

51 Conseil de la concurrence, 6 mars 2001, décision 2001-D-02, Marché des enrobés

52 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 283

53 Voir chapitre 3

CHAPITRE 2 – LE CARACTÈRE ANTICONCURRENTIEL DE LA PRATIQUE CONCERTÉE

D'après la définition donnée par la Cour de justice dans l'arrêt Suiker Unie, une coopération entre entreprises est une pratique concertée lorsqu'elle aboutit « *à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises ainsi que du volume et du caractère dudit marché*⁵⁴ ». L'article 101.1 du TFUE quant à lui ne sanctionne que les pratiques qui ont un objet ou un effet anticoncurrentiel. Pour être interdite, la pratique concertée doit donc empêcher les participants à la concertation d'agir avec une totale indépendance.

La Cour de justice a affirmé à plusieurs reprises que pour mesurer le caractère anticoncurrentiel d'une pratique concertée, il est nécessaire de s'intéresser à ses finalités et au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère. Il est aussi possible de prendre en compte l'intention des parties⁵⁵. En fait, l'approche des autorités et des juges de la concurrence se fonde essentiellement sur une évaluation du degré d'autonomie de chaque entreprise dans la définition de sa politique commerciale (I). Traditionnellement, la Cour procède d'abord à un examen de l'objet de la pratique (II) avant de s'intéresser, le cas échéant, à ses effets, que ceux-ci soient potentiels ou avérés (III).

I - Une analyse du caractère anticoncurrentiel des pratiques concertées fondée sur l'autonomie des entreprises sur le marché

Selon une jurisprudence constante, l'article 101.1 du TFUE repose sur une évaluation économique des répercussions de l'accord, les éléments de la pratique concertée devant être « *compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun*⁵⁶ ». La CJUE a précisé dans l'arrêt Suiker Unie que cette exigence d'autonomie s'oppose à toute prise de contact « *ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché*⁵⁷ ». Ainsi, l'objet ou l'effet anticoncurrentiel d'une pratique concertée est jugé à l'aune de son impact sur l'autonomie des entreprises. Dans l'arrêt Pâtes de

54 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 26

55 CJCE, 8 novembre 1983, aff. 96/82 et s., IAZ International Belgium, point 25 ; CJCE, 20 novembre 2008, aff. C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, points 16 et 21

56 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 173 ; CJCE, 14 juillet 1981, aff. 172/80, Züchner, points 13 et 14

57 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 174

bois, la Cour a estimé que des annonces trimestrielles de prix, par la presse, ne constituent pas une pratique concertée anticoncurrentielle dès lors qu'elles ne réduisent pas l'incertitude de chaque entreprise sur la stratégie adoptée par ses concurrents, car « *au moment où chaque entreprise y procède, elle n'a, en effet, aucune assurance quant au comportement qui sera suivi par les autres*⁵⁸ ».

La perte d'autonomie des opérateurs porte d'autant plus atteinte à la concurrence si elle se produit sur des marchés oligopolistiques. A contrario, sur des marchés atomisés, le niveau d'incertitude vis-à-vis des concurrents n'est pas fondamentalement modifié. Cette différenciation en fonction de la structure du marché est particulièrement importante dans le cas de pratiques concertées fondées sur des échanges d'informations⁵⁹.

II - L'objet anticoncurrentiel: l'apport de T-Mobile⁶⁰

La Cour de justice de l'Union européenne a aligné le régime anticoncurrentiel des pratiques concertées sur celui des autres catégories d'ententes: en effet, « *comme dans le cas d'accords entre entreprises et de décisions d'associations d'entreprises, les pratiques concertées sont interdites, indépendamment de tout effet, lorsqu'elles ont un objet anticoncurrentiel*⁶¹ ». Dans ce cas, les autorités de la concurrence et les juridictions n'ont pas besoin de rechercher les effets potentiels ou avérés de la pratique concertée incriminée. Mais la distinction entre objet et effet n'est pas aisée à définir et la jurisprudence communautaire a eu tendance à adopter une conception extensive de la notion d'objet anticoncurrentiel, s'affranchissant ainsi de l'examen des effets de la pratique. Il s'agit d'éviter que des entreprises qui concluent un accord ayant pour but de restreindre la concurrence n'échappent à l'application de l'article 101.1 du TFUE en prétendant que cet accord n'a pas d'incidence sur la concurrence⁶². Des pratiques concertées fondées sur des réunions au cours desquelles sont échangées des informations relatives aux prix, aux seuils de rentabilité et à l'identité des clients ou aux chiffres de vente ou qui mettent en œuvre une limitation des volumes de vente, ont un objet anticoncurrentiel dans la mesure où elles éliminent par avance toute incertitude sur le comportement futur des entreprises participantes⁶³.

La Cour de justice a précisé son approche lors d'une question préjudicielle sur des pratiques concertées

58 CJCE, 31 mars 1993, aff. C-89/85 et s., Ahlström Osakeyhtiö, point 64

59 Voir chapitre 3

60 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands

61 CJCE, 21 septembre 2006, aff. C-105/04, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied, points 137 et 138 ; TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 400

62 TPICE, 8 juillet 2004, aff. T-44/00, Mannesmannröhren-Werke, points 130 et 196 ; TPICE, 27 juillet 2005, aff. T-49/02 à T-51/02, Brasserie nationales, point 140 ; TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 281

63 TPICE, 24 octobre 1991, aff. T-2/89, Petrofina, point 214 ; TPICE, 10 mars 1992, aff. T-14/89, Montedipe, point 245

dans le secteur des communications électroniques posée par le Collège van Beroep voor het bedrijfsleven. Des opérateurs de télécommunication mobiles actifs sur le marché néerlandais s'étaient réunis en 2001 et avaient discuté de la réduction des rémunérations standards accordées aux revendeurs pour la vente d'abonnements. Cet échange d'informations avait-il en lui-même un objet anticoncurrentiel? La CJUE a relevé tout d'abord qu'un échange d'informations est répréhensible lorsqu'il a pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales de marché en cause, « *compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché*⁶⁴ ». Par principe, un échange d'informations portant sur les prix dans le cadre d'un marché oligopolistique est anticoncurrentiel par son objet car « *de nature à permettre aux entreprises de connaître les positions sur le marché ainsi que la stratégie commerciale de leurs concurrents*⁶⁵ ». Mais en l'espèce, les informations transmises concernaient non pas les prix, mais des commissions accordées aux revendeurs et n'étaient donc pas anticoncurrentielles par objet. La CJUE a cependant précisé que « *un paramètre isolé ayant un impact indirect sur les consommateurs, comme les rémunérations dans le cas d'espèce, peut être suffisant pour considérer qu'une pratique présente un objet anticoncurrentiel (...) dans la mesure où les rémunérations des revendeurs sont des éléments déterminants des prix payés par les consommateurs*⁶⁶ ».

Le juge français a adopté une approche différente de la qualification de pratique concertée par objet, comme le prouve l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007⁶⁷. La chambre commerciale a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris au motif que celle-ci s'était abstenue de « *rechercher de façon concrète (...) si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché (...) avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées (...) qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes prépayées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné* ». La Cour de cassation a donc rejeté l'argumentation de la Cour d'appel en ce qu'elle était seulement fondée sur la suppression de l'incertitude quant au comportement futur des autres entreprises.

64 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands, point 33 ; CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 174 ; CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, point 87

65 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands, point 34 ; CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, point 88

66 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands, point 41 et Conclusions de l'avocat général Kokott, points 61 à 71

67 Cassation, com, 29 juin 2007, n°07-10.303, 07-10.354 et 07-10.397, Bull. Civ. IV, n°181

III - L'effet anticoncurrentiel de la pratique concertée: une condition facultative

Selon une jurisprudence constante, « *la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès lors qu'il apparaît que celui-ci a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun*⁶⁸ ». En effet, « *c'est seulement s'il n'existe pas assez de preuves d'un objet anticoncurrentiel qu'un accord pourrait être incriminé au titre de ses effets*⁶⁹ ». D'ailleurs, l'absence de toute analyse des effets d'un accord ne constitue pas un vice pouvant entraîner son annulation⁷⁰, car la qualification de pratique concertée anticoncurrentielle ne dépend pas de l'existence ou non de conséquences concrètes: « *si la notion même de pratique concertée présuppose un comportement sur le marché, elle n'implique pas nécessairement que ce comportement produise l'effet concret de restreindre, d'empêcher ou de fausser la concurrence*⁷¹ ». Il suffit que la pratique soit susceptible de produire des effets restrictifs de concurrence, c'est-à-dire de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur marché intérieur⁷². L'effet réel ne sera utile qu'au stade de la sanction, pour évaluer les préjudices et déterminer le montant des amendes et éventuellement des dommages et intérêts. Il n'est donc pas indispensable que des échanges d'informations aient abouti à un résultat spécifique ou à une mise à exécution sur le marché concerné⁷³ pour caractériser une pratique concertée.

Cette possibilité de ne pas vérifier l'existence des effets réels d'une pratique sur le marché a des répercussion sur le calcul des amendes, l'évaluation de son impact nécessitant alors le recours à de simples hypothèses⁷⁴. Le Tribunal de première instance a ainsi déclaré qu'« *il ne saurait être reproché à la Commission de s'être appuyée sur plusieurs indices pour conclure à l'existence d'un effet réel de l'entente sur le marché*⁷⁵ », plutôt que sur une preuve directe. Ce recours à des suppositions a donc incité la Cour de justice à relativiser l'importance de l'effet de la pratique dans l'appréciation du montant de l'amende: « *des éléments relevant de l'aspect intentionnel peuvent avoir plus d'importance que ceux relatifs auxdits effets, surtout lorsqu'il s'agit d'infractions intrinsèquement graves telles que la fixation des prix et la répartition des marchés*⁷⁶ ».

Grâce à la notion de pratique concertée, les ententes, même les plus informelles, sont sanctionnées dès lors

68 CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-204/00 et s., Aalborg Portland, point 261 ; TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 399

69 CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere, point 75 ; TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 280

70 CJCE, 11 janvier 1990, aff. C-277/87, Sandoz, sommaire: point 3

71 TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s, Cimenteries, points 3921 et suivants

72 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands, point 29

73 TPICE, 10 mars 1992, aff. T-14/89, Montedipe, point 131

74 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 583

75 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 584

76 CJCE, 2 octobre 2003, C-194/99, Thyssen Stahl, point 118 ; TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, points 599 et 600

qu'elles sont susceptibles de limiter l'autonomie des opérateurs sur un marché, quelque soit leur forme ou leurs effets réels. Mais en dépit de la souplesse de la notion qui permet d'appréhender sous une même définition les ententes les plus diverses et de l'exonération de la recherche des effets concrets, la preuve de l'existence des pratiques concertées est difficile à apporter, ce qui a incité les autorités et juges de la concurrence à poser des présomptions la facilitant.

CHAPITRE 3 – UNE ADMINISTRATION FACILITÉE DE LA PREUVE DE LA PRATIQUE CONCERTÉE

Destinées à appréhender les situations d'ententes qui ne se traduisent pas par un accord formel, les pratiques concertées s'expriment souvent non pas par le concours de volonté mais par l'attitude subséquente des entreprises sur le marché. La notion de pratique concertée ne pouvait donc s'accommoder d'un standard de preuve trop élevé. Le régime probatoire a été adapté à ces situations de concertations discrètes (I) et les autorités et juges de la concurrence adoptent une approche pragmatique et souple des preuves à la fois de la concertation (II), du comportement subséquent de l'entreprise (III) et du lien de causalité (IV).

I – Un standard de preuve adapté aux spécificités des pratiques concertées: la méthode du faisceau d'indices

L'introduction dans le traité de Rome de la notion de pratique concertée avait pour rôle de prendre en compte les restrictions de concurrence informelles ne reposant pas sur un accord clairement établi. C'est pourquoi la notion de pratique concertée est définie en des termes aussi génériques: sont concernées toutes les entreprises qui « *substituent sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence*⁷⁷ ». Ce concept malléable ne pouvant être concilié avec un standard de preuve élevé, la Cour de justice a admis un mode de preuve indirect des pratiques concertées, fondé sur des déductions.

En l'absence de preuves matérielles directes telles que des échanges de lettres ou des télex ou des notes internes, l'existence d'une pratique concertée peut être déduite d'un faisceau d'indices. Ces indices doivent cependant être précis et concordants. Ainsi, la Cour de justice a annulé une décision au motif que « *la Commission n'a pas réuni des éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour fonder la conviction que le comportement parallèle de deux entreprises a été le résultat d'une concertation entre elles*⁷⁸ ». Selon une jurisprudence constante tant en droit communautaire qu'en droit interne, il est indifférent que « *chacune de ces pièces prises isolément n'ait pas de caractère suffisamment probant*⁷⁹ », ces indices seront considérés comme satisfaisants dès lors que la concertation constitue la seule explication plausible du comportement des entreprises⁸⁰. S'il « *est nécessaire que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise*⁸¹ », « *il importe de souligner*

77 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, point 64

78 CJCE, 28 mars 1984, 29/83 et 30/83, Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH, point 20

79 Conseil de la concurrence, 25 avril 2001, décision 01-D-17

80 CJCE, 7 janvier 2004, C-204/00 et s., Aalborg Portland, point 57

81 TPICE, 25 octobre 2005, aff. T-38/02, Groupe Danone, point 217 ; TPICE, 6 juillet 2000, aff. T-62/98, Volkswagen, points 43 et 72

que chacune des preuves apportées par la Commission ne doit pas nécessairement répondre à ces critères par rapport à chaque élément de l'infraction. Il suffit que le faisceau d'indices invoqué par l'institution, apprécié globalement, réponde à cette exigence⁸² ». Comme le rappelle la Cour dans l'arrêt Metal Industries, « il est usuel que les activités que des pratiques et accords anticoncurrentiels comportent se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement, et que la documentation y afférente soit réduite au minimum. Il s'ensuit que, même si la Commission découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions. Dès lors, dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence⁸³ ». Par ailleurs, la possibilité d'apporter des preuves indirectes implique que l'entreprise incriminée dispose de la possibilité de renverser les présomptions: elle peut toujours apporter la preuve de son absence d'implication dans l'entente.

L'existence d'une pratique concertée peut être démontrée par tout moyen, la forme de la preuve est libre: les autorités et juges de la concurrence européens et nationaux admettent tous les documents écrits, même non signés, à condition que ces documents citent « précisément et sans ambiguïté⁸⁴ » les entreprises concernées, par exemple des télex, des compte-rendus de réunions, des études de marché, des notes internes ou des déclarations allant à l'encontre des intérêts du déclarant. L'autorité française de la concurrence accepte même des enregistrements téléphoniques effectués à l'insu des interlocuteurs⁸⁵.

Si elle fait preuve de tolérance dans l'administration de la preuve, la CJUE se montre cependant vigilante quant à l'imputation des pratiques. En effet, les pratiques concertées « résultent nécessairement du concours de plusieurs entreprises, qui sont toutes coauteurs de l'infraction, mais dont la participation peut revêtir des formes différentes, en fonction notamment des caractéristiques du marché concerné et de la position de chaque entreprise sur ce marché, des buts poursuivis et des modalités d'exécution choisies ou envisagées⁸⁶ ». La preuve doit donc permettre d'identifier la responsabilité de chaque entreprise dans la mise en œuvre de la pratique concertée. La Cour de justice a ainsi contredit la Commission qui avait dégagé une responsabilité collective des entreprises dans l'affaire Anic Partecipazioni: « lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas en l'espèce, d'accords et de pratiques concertées ayant un objet anticoncurrentiel, la Commission se

82 TPICE, 25 octobre 2005, aff. T-38/02, Groupe Danone, point 218

83 CJCE, 25 janvier 2007, C-403/04 et C-405/04, Sumitomo Metal Industries Ltd, point 51. Voir également CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-204/00 et s., Aalborg Portland, points 55 à 57

84 CA Paris, 1e ch, 26 juin 2007, n°2006/07821

85 Conseil de la concurrence, 5 décembre 2005, décision 05-D-66, Philips France

86 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 79

doit notamment de prouver que l'entreprise a entendu contribuer par son comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants⁸⁷ ». Le Tribunal a lui aussi affirmé qu'il faut « établir que chacune d'elles, soit a consenti à l'adoption d'un plan global recouvrant les éléments constitutifs de l'entente, soit a participé directement, pendant cette période, à tous ces éléments⁸⁸ ». Toutefois, le fait que les formes de participation à la pratique concertée aient varié selon les entreprises ne conduit pas pour autant à exclure leur responsabilité pour l'ensemble de l'entente, « y compris pour les comportements qui sont matériellement mis en œuvre par d'autres entreprises participantes, mais qui partagent le même objet ou le même effet anticoncurrentiel⁸⁹ ». Ainsi, « une entreprise peut également être tenue pour responsable d'une entente globale, même s'il est établi qu'elle n'a participé directement qu'à un ou plusieurs des éléments constitutifs de cette entente, dès lors qu'elle savait ou devait nécessairement savoir, d'une part, que la collusion à laquelle elle participait s'inscrivait dans un plan global et, d'autre part, que ce plan global recouvrait l'ensemble des éléments constitutifs de l'entente⁹⁰ ». Dès lors que ses comportements avaient pour but de « contribuer à la réalisation de l'infraction dans son ensemble », l'entreprise « était également responsable pour toute la période de sa participation à ladite infraction, des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction. Tel est, en effet, le cas lorsqu'il est établi que l'entreprise en question connaissait les comportements infractionnels des autres participants, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque⁹¹ ». Cette imputation extensive des pratiques ayant le même objet ou le même effet anticoncurrentiel a été jugée non contraire au principe de responsabilité personnelle.

En théorie, trois éléments doivent être apportés pour prouver l'existence d'une pratique concertée: une concertation entre les entreprises, un comportement subséquent sur le marché et un lien entre ces deux éléments. En effet, « comme cela résulte des termes mêmes de l'article 81.1 CE, la notion de pratique concertée implique, outre la concertation entre les entreprises, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments⁹² ». Mais en pratique, les autorités et les juges de la concurrence ont mis en place des présomptions réfragables qui permettent de simplifier encore l'administration de la preuve de la pratique concertée.

87 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 87

88 TPICE, 14 mai 1998, aff. T-304/94, Europa Carton, point 76

89 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 80

90 TPICE, 14 mai 1998, aff. T-304/94, Europa Carton, point 76

91 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 83

92 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 118

II – La preuve de la concertation

Il incombe à la Commission de rapporter la preuve de la collusion entre les entreprises. Ainsi, la Cour de justice a affirmé dans l'affaire *Anic Partecipazioni* qu' « *en cas de litige sur l'existence d'une infraction aux règles de concurrence, il appartient à la Commission de rapporter la preuve des infractions qu'elle constate et d'établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction*⁹³ » et a précisé que « *la Commission se doit notamment de prouver que l'entreprise a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque*⁹⁴ ». Le droit communautaire de la concurrence n'échappe pas, en effet, à l'obligation de respect des droits de la défense, la Cour considérant qu' « *eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité des sanctions qui s'y rattachent, le principe de la présomption d'innocence s'applique notamment aux procédures relatives à des violations des règles de concurrence applicables aux entreprises susceptibles d'aboutir à la prononciation d'amendes ou d'astreintes*⁹⁵ ». Par conséquent, un simple « *doute dans l'esprit du juge* » est censé profiter à l'entreprise incriminée en vertu du principe de la présomption d'innocence inscrite à l'article 6.2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pour démontrer l'existence d'une concertation, les autorités et juges de la concurrence fondent leur argumentation sur la participation des entreprises à des réunions ou sur l'établissement de contacts avec d'autres entreprises par échange de courriers, de fax ou par des conversations téléphoniques. Les modalités de participation aux réunions sont causes de dissensions entre l'Autorité de la concurrence et les institutions communautaires, l'Autorité de la concurrence se montrant plus exigeante sur la preuve de l'adhésion de l'entreprise à l'entente.

2-1 La présomption d'adhésion à la pratique concertée

Pour faciliter la détection des pratiques concertées, la Cour a posé une présomption simple d'adhésion à l'entente dès lors que l'entreprise a participé à la concertation, et cela même en l'absence de comportement subséquent de l'entreprise. Ainsi, « *il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve*

93 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, *Anic Partecipazioni*, point 86

94 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, *Anic Partecipazioni*, point 87 ; TPICE, 16 juin 2011, aff. T-211/08, *Putters international*, point 33

95 TPICE, 25 octobre 2005, aff. T-38/02, *Groupe Danone*, point 216 ; CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-199/92, *Hüls*, points 149 et 150

contraire, qu'il appartient aux opérateurs intéressés de rapporter que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché. Il en sera d'autant plus ainsi lorsque la concertation a lieu sur une base régulière au cours d'une longue période⁹⁶ ». Il ne s'agit que d'une présomption simple et l'entreprise pourra toujours prouver qu'elle a rejeté toute adhésion à l'entente.

Cette preuve contraire est en pratique difficile à apporter. Le fait qu'aucun accord précis n'ait été arrêté lors d'une réunion n'exonère pas les entreprises participantes. De même, « le silence observé par un opérateur dans une réunion au cours de laquelle une concertation illicite a lieu sur une question précise touchant à la politique des prix ne peut être assimilé à l'expression d'une désapprobation ferme et claire. Au contraire, l'approbation tacite d'une initiative illicite, sans se distancier publiquement de son contenu ou la dénoncer aux entités administratives, a pour effet d'encourager la continuation de l'infraction et compromet sa découverte. Cette complicité constitue un mode passif de participation à l'infraction qui est donc de nature à engager la responsabilité de l'entreprise⁹⁷ ». De plus, « la circonstance qu'une entreprise ne donne pas suite aux résultats d'une réunion ayant un objet anticoncurrentiel n'est pas de nature à écarter sa responsabilité du fait de sa participation à une entente, à moins qu'elle ne se soit distancie publiquement de son contenu⁹⁸ ». En effet, « les participants à une entente demeurent des concurrents dont chacun peut être tenté, à chaque moment, de profiter de la discipline des autres en matière de prix faisant l'objet d'un cartel pour baisser ses propres prix dans le but d'augmenter sa part de marché, tout en maintenant un niveau général de prix relativement élevé⁹⁹ ». Témoignage de cette attitude inflexible de la Cour, la contrainte économique ne constitue pas non plus un échappatoire: « la circonstance (...) d'une participation à l'entente d'entreprises dominantes ou particulièrement puissantes, susceptibles de prendre des mesures de rétorsion envers d'autres participants, nettement moins puissants, au cas où ceux-ci se distancieraient publiquement du contenu des réunions dont l'objet est anticoncurrentiel n'a pas d'incidence sur l'existence de la responsabilité de ces dernières entreprises du fait de leur participation à la mesure anticoncurrentielle, mais peut, le cas échéant, avoir des conséquences quant à la détermination du niveau de la sanction¹⁰⁰ ». Parfois, les entreprises invoquent également les préjudices qu'elles ont subis du fait de la mise en œuvre de la pratique décidée en commun. Mais là encore, « le fait qu'une entreprise ayant participé à une collusion sur les prix avec ses concurrents ait agi contre ses propres intérêts économiques et qu'elle ait subi, en conséquence, les effets de cette collusion ne constitue pas nécessairement un élément devant être pris en compte en tant que circonstance atténuante, lors de la détermination du montant de

96 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 121

97 TPICE, 5 décembre 2006, aff. T-303/02, Westfallen Gassen Netherlands, point 124 ; CJCE, 7 janvier 2004, C-204/00 et s., Aalborg Portland, point 84 ; CJCE, 28 juin 2005, aff. C-189/02 et s., point 143

98 CJCE, 7 janvier 2004, C-204/00 et s., Aalborg Portland, point 85

99 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 336

100 CJCE, 28 juin 2005, aff. C-189/02 et s., point 150

l'amende à infliger. En effet, une entreprise qui continue de se concerter avec ses concurrents sur les prix, malgré le prétendu préjudice qu'elle subit, ne peut être considérée comme ayant commis une infraction moins grave que celle des autres entreprises également impliquées dans la collusion.¹⁰¹ ».

L'entreprise doit donc se distancier publiquement et résolument de la ligne commune. Mais la notion de distanciation publique est interprétée de manière restrictive par les juridictions communautaires¹⁰² qui exigent que l'entreprise ait fait preuve d'un rejet actif de la collusion et cela dès le début. Aussi, la Cour n'accueille que rarement le dédouanement d'une entreprise dont il est prouvé qu'elle a participé à une réunion. Il faut que celle-ci avance « *des indices de nature à prouver que sa participation auxdites réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel, en démontrant qu'elle avait indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur* ¹⁰³ », par exemple qu'elle ait envoyé un courrier de distanciation publique. Mais dès lors qu'une entreprise n'a pas détrompé les autres participants à l'entente et que ceux-ci restaient persuadés qu'elle se conformerait à la politique décidée en commun, l'entreprise est considérée comme étant partie à l'entente¹⁰⁴. Cette sévérité constitue une incitation à la dénonciation des pratiques anticoncurrentielles: depuis l'instauration de la procédure de clémence, la « délation » aux autorités de concurrence est devenue l'un des rares moyens institutionnalisés de s'exonérer de la responsabilité d'une pratique concertée. L'entreprise peut également se retrancher derrière la contrainte étatique mais les dispositions législatives ou réglementaires doivent alors l'avoir privée de toute autonomie quant à la détermination de son comportement sur le marché.

L'Autorité française de concurrence a adopté une approche comparable du standard de preuves des pratiques concertées. Mais les deux ordres juridiques divergent quant au nombre de réunions nécessaires pour établir la participation à l'entente.

2-2 La durée de la concertation

En droit communautaire, la présence à une seule réunion à objet anticoncurrentiel suffit à créer une présomption simple de participation à l'entente, en l'absence de tout autre élément. La Commission et les juridictions communautaires considèrent qu'en une seule rencontre, les entreprises ont tout loisir pour décider et mettre en œuvre une coopération se substituant à la concurrence. Sous réserve de preuve contraire, les entreprises qui demeurent actives sur le marché sont donc présumées tenir compte des informations échangées avec leurs concurrents, en particulier lorsque la concertation s'étend sur une

101 TPICE, 14 mai 1998, T-304/94, Europa Carton, point 141

102 TPICE, 5 décembre 2006, aff. T-303/02, Westfallen Gassen Netherlands c. Commission, point 103

103 TPICE, 5 décembre 2006, aff. T-303/02, Westfallen Gassen Netherlands c. Commission, point 76

104 TPICE, 6 avril 1995, aff. T-12/89, Solvay, point 98

longue durée, à l'aide de contacts réguliers¹⁰⁵.

Dans l'arrêt T-Mobile Netherlands, la CJUE a dû se prononcer sur l'application de la présomption de causalité entre la concertation et le comportement futur des entreprises¹⁰⁶ lorsque la concertation avait été brève. La Cour de justice a estimé que la durée de la concertation n'influe pas sur la mise en œuvre de la présomption de causalité, mais permettait de la consolider¹⁰⁷. En effet, ce qui est important n'est ni le nombre ni la fréquence des réunions mais le fait de savoir si le ou les contacts qui ont eu lieu ont donné l'opportunité aux entreprises d'utiliser des informations échangées avec leurs concurrents¹⁰⁸. Ce sont donc « *tant l'objet de la concertation que les circonstances propres au marché qui expliquent la fréquence, les intervalles et la manière dont les concurrents entrent en contact les uns avec les autres pour aboutir à une concertation de leur comportement sur le marché* ». En l'espèce, la concertation ayant pour finalité de parvenir à une « *harmonisation unique du comportement sur le marché concernant un paramètre isolé de la concurrence* », une seule prise de contact suffisait pour que la présomption de causalité joue¹⁰⁹.

La jurisprudence interne est plus exigeante sur la durée de la concertation que la jurisprudence communautaire. L'Autorité de la concurrence et les juridictions françaises requièrent que l'adhésion de l'entreprise à une action commune décidée lors d'une réunion ait été confirmée par la participation ultérieure à d'autres réunions ayant le même objet, ou par l'application concrète des dispositions arrêtées lors de cette réunion. Ainsi, une seule réunion ne peut suffire à prouver la concertation que s'il est avéré que l'entreprise a réellement donné son consentement au résultat de la concertation « *notamment par la diffusion des consignes adoptées ou encore par l'application des mesures décidées au cours de cette réunion* ¹¹⁰ ». En revanche, si la présence de l'entreprise à plusieurs réunions ayant le même objet anticoncurrentiel a été démontrée, le degré de participation de l'entreprise aux réunions, son implication, la mise en application des mesures décidées et même l'effet de la pratique sur le marché n'importent que pour évaluer la gravité de la sanction.

Par deux décisions du 18 décembre 2007¹¹¹ et du 21 mai 2008¹¹², l'Autorité de concurrence¹¹³ a distingué

105 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 121 ; TPICE, 24 octobre 1991, aff. T-1/89, Rhône-Poulenc, points 122 et 123

106 Sur la présomption d'un lien de causalité entre la concertation et le comportement subséquent des entreprises, voir Chapitre III, titre IV.

107 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands, point 58

108 CJUE, 4 juin 2009, C-8/08, T-Mobile Netherlands, point 61. Voir aussi CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 96

109 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands, point 60

110 Conseil de la concurrence, 9 mars 2006, décision 06-D-03 bis

111 Conseil de la concurrence, 18 décembre 2007, décision 07-D-48 confirmée par la Cour d'appel de Paris, 25 février 2009, n°2008/02003

112 Conseil de la concurrence, 21 mai 2008, décision 08-D-12

113 Voir aussi le rapport annuel du Conseil de la concurrence pour 2008

entre deux situations: (1) la concertation a lieu au cours de réunions tenues dans le cadre statutaire d'une organisation professionnelle ; (2) la concertation se déroule au cours de réunions informelles auxquelles participent volontairement les entreprises concurrentes.

Dans la première situation, une seule réunion professionnelle ne permet pas à elle seule de prouver l'adhésion de l'entreprise à la pratique concertée. En effet, la réunion s'inscrivant dans le cadre de relations professionnelles usuelles, l'entreprise n'était pas nécessairement consciente de son objet anticoncurrentiel. L'Autorité de la concurrence exige alors des preuves supplémentaires, soit des réunions additionnelles, soit des indices matériels de la prise de contact tels que la diffusion des consignes convenues, soit un comportement subséquent anticoncurrentiel¹¹⁴.

Dans la seconde situation, le seul fait de participer à une réunion clandestine, même passivement, suffit à attester de l'adhésion de l'entreprise à la pratique concertée¹¹⁵. Une réunion est clandestine et donc suspecte dès que l'ordre du jour n'a pas été révélé publiquement, ce qui laisse supposer qu'il avait un objet anticoncurrentiel. L'Autorité de la concurrence s'aligne alors sur la jurisprudence communautaire selon laquelle la simple participation, même passive, à une réunion au cours de laquelle chacun savait que son concurrent allait dévoiler ses intentions futures caractérise une pratique concertée, chaque participant ayant nécessairement tenu compte des informations obtenues afin de déterminer sa politique sur le marché¹¹⁶. La seule solution pour l'entreprise qui souhaite se disculper est de refuser de participer à la réunion ou de s'en distancier clairement.

2-3 L' échange d'informations

Dans les pratiques concertées, la concertation emprunte souvent la forme particulière d'un échange d'informations. Plutôt que d'établir un plan commun pour l'avenir, les opérateurs préfèrent en effet se transmettre des informations qui les renseignent sur le comportement à adopter. Mais même « *lorsque les échanges d'informations permettent aux entreprises de coordonner leur politique commerciale sans aller jusqu'à la définition d'un plan ou d'une convention communs, ils constituent une pratique anticoncurrentielle spécifique, analysée sous l'angle des pratiques concertées*¹¹⁷ ». Le simple fait de « *communiquer des renseignements à ses concurrents en vue de préparer une entente suffit à prouver*

114 Conseil de la concurrence, 21 mai 2008, décision 08-D-12 ; Voir aussi Conseil de la concurrence, 14 juin 1988, décision 88-D-26 ; Conseil de la concurrence, 19 janvier 1988, décision 88-D-1

115 Conseil de la concurrence, 16 décembre 2008, décisions 08-D-32 et 08-D-33

116 TPICE, 12 juillet 2001, aff. T-202/98, Tate and Lyle British Sugar, point 67 ; TPICE, 24 octobre 1991, aff. T-1/89, Rhône-Poulenc, points 122-123

117 Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2009, page 106

l'existence d'une pratique concertée¹¹⁸ », que l'échange ait lieu lors de réunions directes entre les entreprises, lors de rencontres entre représentants ou par le biais de la presse professionnelle.

Dès lors que les informations portent sur des secrets d'affaires, leur transmission crée un risque de collusion: a priori, les entreprises peuvent se coordonner en se répartissant les parts de marché, en déterminant les prix ou en adoptant les mêmes politiques commerciales, au détriment des consommateurs et des entreprises non parties à l'entente. A posteriori, l'échange d'informations de données confidentielles peut servir au contrôle du comportement des concurrents et à la sanction des éventuelles déviations de la ligne d'action commune. La transparence du marché qui en résulte permet aux opérateurs de prendre connaissance dans un laps de temps très court des comportements de leurs concurrents et d'organiser efficacement leurs représailles contre l'entreprise qui a dévié de la ligne commune et qui a compromis l'équilibre anticoncurrentiel du marché. En outre, la diffusion de renseignements peut être instrumentalisée au profit mais aussi au détriment d'un concurrent.

Pourtant, l'échange d'information n'est pas une pratique sanctionnée per se. En effet, *« dans certains cas, une meilleure information peut améliorer l'efficacité économique, par exemple lorsqu'elle renseigne les opérateurs sur l'état de la demande ou qu'elle accroît l'efficacité de leur production¹¹⁹ »*. Comme le relève la CJUE, *« en principe, la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs¹²⁰ »*. Un échange d'informations entre concurrents n'est donc pas anticoncurrentiel tant qu'il n'a pas été établi qu'il amoindrit l'incertitude des opérateurs quant au comportement de chacun sur le marché¹²¹. Là encore, une présomption réfragable a été instaurée: les entreprises qui participent à la concertation et qui restent actives sur le marché sont présumées tenir compte des informations transmises pour définir leur comportement sur le marché, sous réserve de preuves contraires qu'il incombe aux entreprises incriminées de fournir¹²².

Dans l'arrêt John Deere, la Cour de justice a explicité son raisonnement, en insistant sur la structure du marché et notamment sur son éventuel caractère oligopolistique. Sur un marché concentré, en effet, l'échange d'informations est tout particulièrement de *« nature à permettre aux entreprises de connaître les positions sur le marché et la stratégie commerciale de leurs concurrents et ainsi altérer sensiblement la*

118 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 391 ; TPICE, 6 avril 1995, aff. T-148/89, Tréfilunion, point 82

119 Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2009, page 105

120 CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95 John Deere Ltd, point 88 ; CJCE, 23 novembre 2006, aff. C-238/05, Asnef-Equifax, point 62

121 CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95 John Deere Ltd, point 88 ; CJCE, 23 novembre 2006, aff. C-238/05, Asnef-Equifax, point 51

122 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 121 ; CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-199/92, Hüls, point 162

*concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques*¹²³ ». La CJUE a aussi mis l'accent sur la nature, la périodicité et la destination des informations concernées¹²⁴: l'infraction est davantage susceptible de réduire la concurrence si les informations échangées sont récentes, stratégiques et précises: « *lorsqu'un échange d'informations porte sur des secrets d'affaires, il s'agit d'une indication importante de la nature anticoncurrentielle dudit échange*¹²⁵ ». Sont des secrets d'affaires les données concernant les volumes de vente, les parts de marché et les prix. C'est donc en se basant sur la nature des informations et la régularité des échanges que la Cour a pu identifier une concertation. Cette analyse est similaire à celle de l'Autorité de la concurrence notamment dans ses décisions *Palaces parisiens*¹²⁶ et *Téléphonie mobile*¹²⁷.

Le caractère dual de l'échange d'informations, parfois propice à la concurrence, parfois préjudiciable, contraint les juges à adopter une approche casuistique. Ainsi, dans l'arrêt *Ahlström Osakeyhtiö*, aussi nommé *Pâte de bois*, la CJUE a affirmé que des annonces de prix au public ne constituaient pas un indice suffisamment probant d'entente car elles constituaient « *par elles-mêmes une action sur le marché qui n'est pas de nature à réduire les incertitudes de chaque entreprise sur les attitudes qu'adopteront ses concurrents. Au moment où chaque entreprise y procède, elle n'a, en effet, aucune assurance quant au comportement qui sera suivi par les autres*¹²⁸ ». Les acheteurs étaient eux-même demandeurs de ce système qui diminuaient leurs risques commerciaux et les gains d'efficience qui en découlaient ont incité la Cour à ne pas sanctionner ce système. En revanche, dans l'arrêt *Tate and Lyle British Sugar*, la Cour a déclaré que même si les informations sur les prix avaient été transmises aux clients avant d'être révélées aux entreprises concurrentes et qu'elles auraient donc pu être rassemblées directement sur le marché par ces dernières, « *le seul fait d'avoir reçu des informations concernant des concurrents, informations qu'un opérateur indépendant préserve comme secrets d'affaires, suffit à manifester l'existence d'un esprit anticoncurrentiel*¹²⁹ ». La Cour a donc sanctionné les entreprises.

Une fois prouvée la concertation, il appartient aux autorités nationales de concurrence et à la Commission d'apporter des éléments de fait établissant le comportement subséquent de l'entreprise suspectée. La concertation qui constitue le cœur de la pratique concertée étant souvent trop discrète et trop informelle pour être détectée, c'est alors la constatation d'un comportement qui serait anormal en situation de concurrence qui prouve l'existence de la pratique concertée.

123 CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95 *John Deere Ltd*, point 88

124 CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95 *John Deere Ltd*, points 88 et 89

125 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, *Lafarge*, point 246

126 Conseil de la concurrence, 25 novembre 2005, décision 05-D-64

127 Conseil de la concurrence, 30 novembre 2005, décision 05-D-65

128 CJCE, 31 mars 1993, aff. C-89/85 et s., *Ahlström Osakeyhtiö*, point 64

129 TPICE, 12 juillet 2001, aff. T-202/98, *Tate and Lyle British Sugar*, point 66

III – Le parallélisme de comportements, un indice de pratique concertée

Une concertation entre entreprises a en général pour objet d'aligner leurs comportements sur le marché. Si le parallélisme des comportements de plusieurs entreprises sur un marché ne résulte pas toujours d'une concertation (1), il peut constituer un indice de concertation, voire le seul indice (2). Mais il convient de rappeler qu'un comportement parallèle sur un marché ne constitue pas un élément constitutif nécessaire à la caractérisation d'une pratique concertée¹³⁰.

3-1 La distinction entre simple parallélisme de comportements et pratique concertée

La notion de pratique concertée est destinée à appréhender les situations de pratiques anticoncurrentielles qui ne sont pas formalisées. Pour ce faire, les juridictions communautaires ont accepté que la preuve soit fondée principalement sur le comportement des entreprises sur le marché et non sur la collusion elle-même, trop discrète pour être démontrée. Mais cette souplesse du régime probatoire engendre un risque de confusion entre les parallélismes de comportements qui découlent d'une réaction spontanée au marché et les parallélismes de comportements reposant sur une concertation sous-jacente. Le mode de preuve utilisé par les autorités et les juges de la concurrence a donc été pensé pour distinguer entre ces différentes situations.

Dès 1986, la Commission a établi que des entreprises commettent une infraction aux règles de concurrence lorsque leurs comportements parallèles ne découlent pas d'une « *adaptation intelligente* » aux conditions du marché mais d'une prise de contact entre eux ayant pour objet ou pour effet d'influencer le comportement d'un concurrent ou de lui dévoiler un comportement envisagé¹³¹. La probabilité de rencontrer un alignement des comportements n'entrant pas dans le champ d'application de l'article 101 du TFUE dépend des caractéristiques du marché concerné. Le parallélisme de comportements spontané se rencontre fréquemment sur des marchés oligopolistiques où les conditions de transparence sont maximales¹³². Prouver l'existence d'une concertation à partir d'un seul parallélisme des prix devient alors dangereux car les entreprises ont tendance à adapter leurs prix à ceux pratiqués par leurs concurrents, sans pour autant s'entendre avec eux. Une entreprise peut ainsi être « price taker »: elle suit la stratégie de ses concurrents, stratégie apparente du fait du nombre restreint d'acteurs sur le marché. Cette tentation de s'aligner spontanément sur les prix des concurrents est particulièrement forte pour des entreprises possédant des structures de coûts proches et proposant des produits homogènes, sur des marchés arrivés à

130 Commission, 13 juillet 1994, décision 94/601/CE, Carton, point 127

131 Commission, 23 avril 1986, décision 86/398/CEE, Polypropylène

132 CJCE, 31 mars 1993, aff. C-89/85 et s., Ahlström Osakeyhtiö, point 71

maturité et comportant des barrières à l'entrée élevées. Dans certaines circonstances, le parallélisme ne résulte donc que de la recherche de leur intérêt individuel par les entreprises et non d'une collusion.

Trois éléments peuvent expliquer que des entreprises coordonnent leurs comportements en l'absence de concertation¹³³. (1) En premier lieu, chaque membre de l'oligopole a connaissance du comportement des autres en raison du degré élevé de transparence du marché. L'attitude de l'entreprise est alors déterminée par les comportements de ses concurrents dès lors que leur répétition les rend prévisibles et vérifiables. (2) En deuxième lieu, des mécanismes crédibles de représailles ont été mis en place afin d'inciter les membres de l'oligopole à ne pas s'écarter de la règle de conduite commune. Ces représailles peuvent avoir lieu sur le marché concerné par l'entente mais aussi sur des marchés connexes sur lesquelles ces entreprises sont plus vulnérables. (3) En troisième lieu, ni le pouvoir de marché des demandeurs, ni l'offre des francs-tireurs n'est en état de faire dévier la coordination. Afin de déterminer si ces éléments sont présents, il est nécessaire de procéder à une analyse concrète du fonctionnement du marché considéré: s'il existe une autre explication plausible du parallélisme de comportements que la concertation, l'existence de la pratique concertée devra être établie factuellement¹³⁴.

3-2 Le parallélisme de comportements, un indice prépondérant de pratique concertée

S'il ne découle pas toujours d'une concertation, le parallélisme de comportement en est parfois le révélateur. En effet, les autorités de concurrence cherchent à sanctionner non seulement les pratiques concertées qui peuvent être décelées par un faisceau d'indices concordants, mais également les pratiques concertées les plus secrètes qui ne se traduisent que par un alignement des politiques commerciales des entreprises sur le marché. Ce sont alors des situations de « *parallélisme conscient*¹³⁵ » qui entrent dans le champ d'application de l'article 101 du TFUE. Toutefois, si le parallélisme de comportements représente un indice sérieux¹³⁶ d'une pratique concertée, la seule constatation d'un alignement des attitudes ne suffit pas à établir l'existence d'une entente¹³⁷. Une même approche a été adoptée en droit interne: d'après l'Autorité de la concurrence, « *la constatation d'un parallélisme de comportement n'est pas en elle-même suffisante pour établir ou même présumer l'existence d'une pratique prohibée*¹³⁸ ». En effet, afin d'éviter toute erreur judiciaire, il est nécessaire de vérifier au préalable que l'alignement des attitudes ne s'explique ni par les

133 Conseil de la concurrence, 5 juillet 2005, décision 05-D-38, point 130 ; TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99, Airtours First Choice

134 CJCE, 28 mars 1984, aff. 29/83 et s., Cie royale asturienne des mines, point 16 ; CJCE, 31 mars 1993, aff. C-89/85 et s., Ahlström Osakeyhtiö, point 71

135 Lamy Droit économique page 374

136 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI (sommaire, point 8)

137 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie ; Conseil de la concurrence, 30 juin 1992, décision 92-D-43

138 Rapport du Conseil de la concurrence pour 1990, page 28

tendances oligopolistiques du marché, ni par les circonstances particulières à certaines périodes, mais par un même souhait de restreindre la concurrence.

La similitude des comportements s'apprécie en ayant recours à une analyse économique du marché. En droit communautaire comme en droit interne, un parallélisme de comportements révélera une entente si aucun calcul rationnel ne peut l'expliquer, c'est-à-dire s'il ne se justifie ni par les caractéristiques du marché ni par la recherche par les opérateurs économiques de leur intérêt individuel, compte tenu « *de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises, et du volume dudit marché*¹³⁹ ». La preuve de la pratique concertée est alors obtenue en se référant à une situation de libre concurrence. Ainsi, dans l'arrêt Züchner, la Cour de justice a précisé à propos d'un éventuel comportement parallèle entre des banques, qu'*« il importe d'examiner (...) si eu égard aux conditions du marché en cause, le taux de la Commission uniformément appliqué n'est pas différent de celui qui aurait résulté du libre jeu de la concurrence*¹⁴⁰ ». Dans l'affaire Imperial Chemical Industrie, la Cour de justice s'est fondée sur le nombre des producteurs en présence, leur puissance, le compartimentage du marché intérieur en marchés nationaux et l'absence de transparence pour rejeter le caractère fortuit de l'alignement des prix des producteurs de matières colorantes¹⁴¹. L'évaluation a donc lieu au cas par cas, ce qui investit les juges d'un pouvoir non négligeable.

L'Autorité de la concurrence et les juridictions françaises ont adopté une démarche similaire à celle de la Commission et des juridictions communautaires. Ainsi, l'ADLC estime que l'adhésion à une entente peut se déduire, en l'absence de preuve matérielle de la participation d'une entreprise à une concertation, de son application de tarifs décrétés en commun¹⁴². De même, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris au motif que cet arrêt avait « *constaté que le parallélisme de comportements, qui a amené les sociétés pétrolières, pour les stations qu'elles exploitaient par mandataires, à pratiquer systématiquement des prix de détail identiques à ceux des autres distributeurs, ne se justifiait ni par les caractéristiques du marché, conduisant au contraire à une dispersion des prix de revient, ni par les coûts d'exploitation nécessairement spécifiques à la gestion par mandataires; qu'il a retenu que ce comportement traduisait le renoncement des sociétés pétrolières à suivre une politique commerciale autonome et s'expliquait par leur choix délibéré de coopérer, en fait, aux ententes formées par les autres distributeurs auxquelles elles ont tacitement mais volontairement adhéré*¹⁴³ ». Mais pour que des pratiques d'alignement soient sanctionnées, encore faut-il qu'elles soient suffisamment rapprochées dans le temps et comparables entre elles¹⁴⁴.

139 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI (sommaire, point 8)

140 CJCE, 14 juillet 1981, aff. 172/80, Züchner, point 21

141 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, point 105

142 Conseil de la concurrence, 19 janvier 1988, décision 88-D-01

143 Cour de cassation, com, 8 octobre 1991, n° 89-20869, 89-21295, 89-21473

144 Rapport du Conseil de la concurrence pour 1989, page 26 ; Conseil de la concurrence, 23 octobre 2001, avis 01-A-

En règle générale, le parallélisme de comportements ne prouvera l'existence d'une pratique concertée que si (1) la concertation est la seule explication plausible ou (2) s'il s'accompagne d'indices concordants.

Le parallélisme de comportements, lorsqu'il ne peut s'expliquer que par une coopération réelle, constitue à lui seul un indice suffisant qui permet aux autorités de concurrence de s'affranchir de la démonstration d'une concertation. Mais il ne saurait être considéré comme apportant la preuve d'une pratique concertée que si la concertation en constitue la seule explication plausible¹⁴⁵. Dans ce cas, le parallélisme de comportements, bien que seul indice d'une entente, fonde une présomption simple de l'existence d'une pratique concertée: il appartient aux entreprises incriminées d'apporter la preuve que leurs comportements parallèles peuvent s'expliquer par d'autres raisons que par une collusion¹⁴⁶. La Cour de justice a par exemple donné tort à la Commission dans l'affaire Ahlström relative à de potentielles collusions entre fabricants de pâte de bois et a accueilli la défense des entreprises sanctionnées car le système d'annonces de prix pouvait être considéré comme « *une réponse rationnelle au fait que le marché de la pâte constituait un marché à long terme et au besoin qu'éprouveraient à la fois les acheteurs et les vendeurs de réduire les risques commerciaux*¹⁴⁷ ». La simultanéité d'annonces sur les prix pouvait également découler de la forte transparence du marché¹⁴⁸. De même, dans l'affaire du marché des laminés de zinc¹⁴⁹ relative à la rupture par deux entreprises de leurs relations commerciales avec une même cliente se livrant au commerce parallèle, la Cour de justice a censuré la Commission car d'autres explications tenant à des factures impayées étaient envisageables. En France, l'Autorité de la concurrence adopte une approche similaire. Elle a par exemple rejeté une saisine concernant une éventuelle pratique concertée entre vendeurs de carburant, au motif que le parallélisme pouvait résulter de conditions d'approvisionnement et d'exploitation quasiment identiques¹⁵⁰. Le recours à ce système de présomptions peut pourtant porter à critique¹⁵¹. Le fait qu'un parallélisme des comportements de plusieurs entreprises ne puisse s'expliquer aux yeux des juges que par une concertation ne signifie pas que la concertation soit l'explication réelle.

Ces affaires dans lesquelles le parallélisme de comportement constitue la preuve unique donnent lieu à de nombreuses discussions fondées sur la structure du marché et confèrent un large pouvoir d'appréciation au juge. Mais la plupart du temps, le parallélisme de comportements n'est qu'un indice parmi d'autres¹⁵². En effet, « *un parallélisme de comportements ne peut suffire, en règle générale, à lui seul, à démontrer*

145 CJCE, 31 mars 1993, aff. C-89/85 et s., Ahlström Osakeyhtiö, point 71

146 Voir « Droit de la concurrence », M.A. Frison-Roche, M.S. Payet, page 163

147 CJCE, 31 mars 1993, aff. C-89/85 et s., Ahlström Osakeyhtiö, point 126

148 CJCE, 31 mars 1993, aff. C-89/85 et s., Ahlström Osakeyhtiö, point 126

149 CJCE, 28 mars 1984, aff. 29/83 et s., Cie royale asturienne des mines

150 Conseil de la concurrence, 24 février 1999, décision 99-D-17

151 Voir « Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement », A. Perrot et L. Vogel

152 TPICE, 20 avril 1999, aff. T-305/94 et s., LVM, points 725 à 727

l'existence d'une entente anticoncurrentielle, ce parallélisme pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché ; (...) en revanche, la preuve d'une telle entente peut être établie lorsque des éléments autres que la constatation du parallélisme de comportement se conjuguent avec ce dernier pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants¹⁵³ ». Lorsque plusieurs éléments peuvent expliquer un parallélisme de comportements, celui-ci ne devient véritablement probant que s'il est accompagné de preuves matérielles de la concertation, telles que des documents ou des indices de participation à des réunions. Ainsi, à côté du parallélisme des prix, l'assistance régulière de producteurs de produits pétrochimiques à des réunions locales avec leurs concurrents constitue une preuve complémentaire de la pratique concertée¹⁵⁴. De même, dans une décision de 1996, la Commission s'est fondée sur le niveau de responsabilité des représentants d'entreprise participant à des discussions avec les opérateurs concurrents (directeurs généraux) pour établir que le parallélisme des surtaxes provenait d'une collusion¹⁵⁵.

En principe, il ne suffit pas aux autorités de concurrence de démontrer l'existence d'une concertation et l'adoption d'un comportement subséquent par l'entreprise. Il leur faut aussi apporter la preuve d'un lien de causalité entre ces deux éléments.

IV - La présomption de causalité entre la concertation des entreprises et leur comportement subséquent sur le marché

Les autorités et les juges de la concurrence se montrent peu exigeants quant à la preuve du lien de causalité entre la concertation et le comportement subséquent des entreprises. Non seulement le lien de causalité est-il présumé mais en plus cette présomption joue alors même que l'entreprise n'a pas modifié son comportement après la collusion.

Afin de faciliter la répression des pratiques concertées, la Cour de justice de l'Union européenne a posé une présomption de causalité entre la concertation et le comportement subséquent des entreprises sur le marché. Dès lors que l'entreprise a participé à la concertation et est ensuite restée active sur le marché, ce sera à l'entreprise incriminée qu'il incombera de prouver que la concertation n'a pas eu d'incidence sur son comportement¹⁵⁶. Pour autant, il revient aux autorités nationales ou à la Commission d'apporter des éléments précis et concordants pour fonder la conviction que l'infraction a été commise¹⁵⁷. Toujours pour

153 Conseil de la concurrence, 4 mai 2001, décision 1-D-20

154 Commission, 21 décembre 1988, décision 89/191/CEE

155 Commission, 30 octobre 1996, décision 97/84/CE, points 56 et 57

156 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, point 121 ; CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-199/92, Hüls, point 162

157 CJCE, 28 mars 1984, aff. 29/83, CRAM, point 20 ; CJCE, 31 mars 1993, aff. C-89/85 et s., Ahlström Osakeyhtiö,

faciliter l'administration de la preuve, la participation à une pratique concertée peut également être établie alors même que l'entreprise incriminée ne s'est pas conformée à la ligne commune, la seule preuve de la concertation permettant de présumer que celle-ci a eu un effet sur son comportement.

La Cour de justice de l'Union européenne a précisé son approche dans l'affaire T-Mobile Netherlands¹⁵⁸. Par une question préjudicielle, le College van Beroep voor het bedrijfsleven demandait à la Cour de justice si la présomption de causalité entre la concertation des opérateurs de téléphonie mobile et leur comportement sur le marché jouait également devant les juridictions nationales¹⁵⁹, ou si celles-ci pouvaient appliquer les règles probatoires de leur droit national. La Cour de justice a déclaré que dès lors que les entreprises participaient à la concertation et qu'elles demeuraient actives sur le marché, les juridictions nationales devaient elles aussi présumer que les opérateurs avaient tenu compte des informations échangées¹⁶⁰. En effet, la présomption s'est incorporée à l'article 101 du TFUE et s'impose dorénavant aux juridictions nationales. Cette décision de la CJUE limite donc l'autonomie des juridictions nationales. Comme l'ont remarqué Pascal WILHEM et Elise PROVOST¹⁶¹, elle pourrait porter atteinte à la jurisprudence française sur les réunions, qui refuse d'admettre la présomption posée par la CJUE selon laquelle la participation d'une entreprise à une seule réunion démontre son adhésion à la pratique concertée.

point 127 ; TPICE, 8 juillet 2004, aff. T-67/00 et s., points 179 et 180

158 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands, points 44 à 53

159 Rapport du Conseil de la concurrence pour 2006, pages 73 et suivantes

160 CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-49/92, Anic Partecipazioni, points 121 à 126 ; CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-199/92, Hüls, points 162 à 167

161 Voir « La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis », P. Wilhelm et E. Provost

CHAPITRE 4 – LA PLACE DE LA PRATIQUE CONCERTÉE PARMIS LES ENTENTES ANTICONCURRENTIELLES

Quels sont l'utilité et l'avenir de la notion de pratique concertée? Aujourd'hui, elle apparaît plus que jamais comme un outil nécessaire dans la lutte redoublée contre les ententes et notamment contre les cartels (I). Mais sa particularité semble s'estomper comme le démontre le recours de plus en plus fréquent au concept d'infraction unique, complexe et continue (II). Cette tendance est révélatrice des similitudes qui existent entre les différents types d'ententes (III).

I – Un outil nécessaire à l'appréhension de toutes les circonstances anticoncurrentielles

Selon l'arrêt *Imperial Chemical Industrie*, la notion de « pratique concertée » se distingue de celle d'« accords entre entreprises » car elle s'adresse à « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence*¹⁶² ». Peu importe la forme de l'accord, sa mise en œuvre ou son effet concret sur la concurrence, la notion de pratique concertée englobe toutes les manifestations de volonté d'une entreprise de s'associer avec une autre, y compris celles qui ne se traduisent pas par un « véritable plan¹⁶³ » d'action, que ces manifestations se présentent sous la forme d'un contrat verbal, d'un accord tacite par défaut d'opposition, d'une participation à une réunion ou d'un échange de courriers. La notion de pratique concertée est destinée à garantir l'intégrité des marchés et le respect du principe selon lequel toute entreprise doit déterminer de manière autonome la politique qu'elle entend suivre sur un marché. Elle est donc essentielle pour assurer le libre jeu de la concurrence et pour révéler au grand jour des cartels de plus en plus secrets et informels, reposant souvent sur des échanges d'informations. Elle semble d'autant plus indispensable aujourd'hui que la méfiance croissante des entreprises et les nouveaux moyens technologiques rendent la détection des ententes plus ardue. En ce sens, elle représente un instrument juridique de choix pour la nouvelle politique offensive des autorités de concurrence.

Toutefois, l'utilisation de la notion de pratique concertée en droit communautaire et en droit français de la concurrence peut soulever certaines questions et tout d'abord celle du pouvoir d'appréciation octroyé aux juges. Comme tous les concepts qui ne font pas l'objet d'une définition claire et précise, ses contours sont malléables. Il appartient aux autorités de la concurrence et aux juridictions nationales et communautaires d'en déterminer les limites ce qui implique une auto-discipline stricte afin de préserver la sécurité juridique, notamment en n'abaissant pas excessivement le niveau de preuve requis pour démontrer l'existence d'une

162 CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, ICI, point 64

163 CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73 et s., Suiker Unie, point 173

pratique anticoncurrentielle. Si le standard doit être adapté au caractère déstructuré des pratiques concertées, il n'en est pas moins nécessaire d'exiger un seuil de « certitude », notamment par le rassemblement d'indices « précis, concordants et sérieux » à défaut de preuves matérielles solides. Un simple parallélisme de comportement, par exemple, peut s'avérer fortuit et les autorités et juges de la concurrence doivent prendre garde à ne pas rendre la qualification de pratique concertée exclusivement casuistique et à ne pas se baser uniquement sur des conjectures.

II – La notion d'infraction unique, complexe et continue

La notion d' « infraction unique, complexe et continue » est apparue en droit de la concurrence en 1986 avec la décision polypropylène¹⁶⁴ dans laquelle la Commission a conclu à l'existence d'une infraction unique regroupant « *un accord et une pratique concertée* » entre les producteurs de polypropylène. Saisi d'un recours, le TPI a constaté que « *les différentes pratiques concertées observées et les différents accords conclus s'inscrivaient, en raison de leur identité d'objet, dans des systèmes de réunions périodiques, de fixation d'objectifs de prix et de quotas* » et que « *ces systèmes s'inscrivaient dans une série d'efforts des entreprises en cause poursuivant un seul but économique, à savoir fausser l'évolution normale des prix sur le marché du polypropylène*¹⁶⁵ ». Le Tribunal en a déduit qu' « *il serait donc artificiel de subdiviser ce comportement continu, caractérisé par une seule finalité, en y voyant plusieurs infractions distinctes*¹⁶⁶ » et a finalement confirmé la décision de la Commission, en précisant que la qualification d'infraction unique désignait « *un tout complexe comportant des éléments de fait dont certains ont été qualifiés d'accords et d'autres de pratiques concertées au sens de l'article 85.1 du traité CEE, lequel ne prévoit pas de qualification spécifique pour ce types d'infraction complexe*¹⁶⁷ ».

Il arrive souvent que des accords formels et des engagements plus discrets se cumulent dans une même pratique, de façon complémentaire. Les autorités et juges de la concurrence peuvent désormais qualifier d'infraction unique les différents types d'ententes à condition qu'elles possèdent un même objet anticoncurrentiel, « *dans la mesure où cette infraction comportait à la fois des éléments devant être qualifiés d' « accords » et des éléments devant être qualifiés de « pratiques concertées* »¹⁶⁸ ». Ainsi, il a été jugé que des accords et des pratiques concertées qui s'inscrivent dans des systèmes de réunions périodiques fixant des objectifs de prix et des quotas entre producteurs de polypropylène forment une

164 Commission, 23 avril 1986, IV/31.149, Polypropylène

165 TPICE, 10 mars 1992, aff. T-13/89, Imperial Chemical Industries, points 259 et 260

166 TPICE, 10 mars 1992, aff. T-13/89, Imperial Chemical Industries, point 260

167 TPICE, 10 mars 1992, aff. T-13/89, Imperial Chemical Industries, point 261

168 TPICE, 10 mars 1992, aff. T-9/89, Hüls, point 299

infraction unique¹⁶⁹. Pour justifier le recours à cette catégorie d'infraction non prévue par le traité, les juges communautaires ont affirmé qu'il ne découlait pas de la distinction entre les différentes formes d'ententes mentionnées à l'article 101.1 du TFUE que « (...) *une série de conduites ayant le même objet anticoncurrentiel et dont chacune prise isolément, relève de la notion « d'accord », de « pratique concertée » ou de « décision d'association d'entreprises » ne puissent pas constituer des manifestations différentes d'une seule infraction à l'art 85.1 du traité [article 101.1 TFUE]*¹⁷⁰ ».

Plusieurs conditions doivent être réunies pour que des formes différentes d'ententes soient regroupées sous le terme d'infraction unique. Le Tribunal de l'Union européenne a indiqué que: « *la notion d'infraction unique vise (...) une situation dans laquelle plusieurs entreprises ont participé à une infraction constituée d'un comportement continu poursuivant un seul but économique visant à fausser la concurrence ou bien encore d'infractions individuelles liées entre elles par une identité d'objet (même finalité de l'ensemble des éléments) et de sujets (identité des entreprises concernées, conscientes de participer à l'objet commun)*¹⁷¹ ». En premier lieu, il faut donc que les infractions concernées poursuivent un même objectif puisque « *le caractère unique de l'infraction résulte, en effet, de l'unicité de l'objectif poursuivi par chaque participant à l'entente et non des modalités d'application de celle-ci*¹⁷² ». Cet objectif peut être de stabiliser les marchés au détriment de la concurrence, en mettant par exemple fin à la guerre des prix ou en se répartissant la clientèle. En second lieu, il faut que les infractions répondent à une condition d'identité subjective: chaque entreprise doit avoir conscience que ses actes s'inscrivaient dans un plan global possédant les caractéristiques d'une entente¹⁷³.

En revanche, les disparités dans les modalités d'application, par exemple dans l'implication des entreprises en cause, dans la nature des manifestations, dans les zones géographiques dans lesquelles elles se produisent ou dans le niveau hiérarchique des intervenants importent peu. Le fait que chaque entreprise participe à l'infraction sous une forme personnalisée¹⁷⁴ n'est pas un obstacle à l'utilisation de la notion d'infraction unique et complexe: il a été ainsi jugé que « *même si les accords et les pratiques concertées visés à l'article 81.1 CE résultent nécessairement du concours de plusieurs entreprises, qui sont toutes coauteurs de l'infraction, leur participation peut revêtir des formes différentes, en fonction notamment des caractéristiques du marché concerné et de la position de chaque entreprise sur ce marché, des buts poursuivis et des modalités d'exécution choisies ou envisagées*¹⁷⁵ ». Il n'est pas non plus important que

169 TPICE, 10 mars 1992, aff. T-9/89, Hüls, point 297

170 CJCE, 8 juillet 1999, Anic Partecipazioni, aff. C-49/92, point 113

171 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 484

172 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 482 ; TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s, Cimenteries, point 4127

173 TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95 et s, Cimenteries, points 4060 et 4061

174 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 487

175 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 486

l'entreprise ait participé à tous les éléments constitutifs de l'infraction globale ou qu'elle y ait seulement « joué un rôle mineur »¹⁷⁶. En effet, « une entreprise ayant participé à une telle infraction par des comportements qui visaient à contribuer à la réalisation de l'objectif commun, est également responsable, pour toute la période de sa participation à cette infraction, des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction¹⁷⁷ ». La part de responsabilité de chaque entreprise dans la réalisation de la pratique anticoncurrentielle ne sera prise en compte que pour déterminer la gravité de l'infraction et le montant de l'amende. De même pour les variations géographiques, « il serait artificiel de subdiviser un comportement continu, caractérisé par une seule finalité, en plusieurs infractions distinctes au motif que les pratiques collusoires ont varié selon le marché concerné¹⁷⁸ ». La contemporanéité des différentes composantes de l'infraction unique n'est pas non plus prépondérante, le Tribunal considérant que dans le cadre d'une infraction s'étendant sur plusieurs années, un décalage de quelques mois entre les diverses manifestations de l'entente n'est pas rédhibitoire¹⁷⁹. Enfin, l'apparition de conflits entre les participants ne fait pas obstacle à la qualification d'infraction unique¹⁸⁰, pas plus que le fait que certains éléments pourraient être sanctionnés en tant qu'infractions isolées¹⁸¹.

Ainsi, des accords et pratiques concertés peuvent coexister sous la dénomination généraliste d'infraction complexe lorsqu'ils s'étendent sur une longue durée, de façon continue et qu'ils poursuivent un même objet anticoncurrentiel. Il n'est alors pas indispensable que la Commission qualifie précisément les infractions, ni qu'elle apporte simultanément et cumulativement la preuve des éléments constitutifs d'un accord ou d'une pratique concertée¹⁸². La responsabilité de chaque participant à l'entente se mesure alors par rapport à l'infraction unique, la Cour de justice ayant admis que « Lorsque les différentes actions s'inscrivent dans un plan d'ensemble, en raison de leur objet identique faussant le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, la Commission est en droit d'imputer la responsabilité de ces actions en fonction de la participation à l'infraction considérée dans son ensemble¹⁸³ ». Cette confusion des types d'ententes, si elle simplifie la démarche des autorités et des juges de la concurrence en leur permettant d'échapper aux contraintes de qualification, comporte cependant des risques. En effet, elle permet de faire fi des éléments constitutifs propres à chacune des pratiques et brouille ainsi les régimes probatoires. Le concept d'infraction unique représente donc une menace pour la clarté des arrêts. Il serait peut-être plus conforme aux droits de la défense de traiter les pratiques ayant le même objet anticoncurrentiel dans une même décision, mais en les qualifiant séparément et sans pour autant les considérer comme une infraction unique.

176 CJCE, 7 janvier 2004, C-204/00 et s., Aalborg Portland, point 292

177 Commission, 5 décembre 2001, décision 2002/742/CE, Acide citrique, point 148

178 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 490

179 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 483

180 Commission, 5 décembre 2001, décision 2002/742/CE, Acide citrique, point 146

181 CJCE, 7 janvier 2004, C-204/00 et s., Aalborg Portland, point 258

182 CJCE, 20 avril 1999, aff. T-305/94 et s., Limburgse Vinyl Maatschappij NV (PVC II), points 696 et 698

183 CJCE, 7 janvier 2004, C-204/00 et s., Aalborg Portland, point 258 ; TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 479

Le recours fréquent au concept d'infraction unique et complexe révèle la parenté existant entre les accords et les pratiques concertées, différentes formes d'ententes qui ne se distinguent que par leur intensité.

III – Accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées: des distinctions à relativiser

Comme le constate la CJUE à propos des notions d'accords et de pratiques concertées, « *du point de vue subjectif, elles appréhendent des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent (...) si les notions d'accord et de pratique concertée comportent des éléments constitutifs partiellement différents, elles ne sont pas réciproquement incompatibles*¹⁸⁴ ». En effet, l'article 101 du TFUE fonctionne de la même façon pour les trois formes d'ententes qu'il proscriit: il pose tout d'abord le principe de la prohibition des ententes anticoncurrentielles, puis déclare la nullité per se de certaines ententes anticoncurrentielles par leur objet, et envisage enfin des possibilités d'exemption pour les ententes dont le bilan économique est positif. En effet, les entreprises participant à une pratique concertée conservent la possibilité de démontrer les effets proconcurrentiels de leur comportement, dans le cadre de l'article 101.3 du traité. En droit interne, la justification par la conformité à la loi ou par un bilan économique positif est mentionnée à l'article L. 420-4 du code de commerce. De surcroît, en s'entendant pour réduire la concurrence, les entreprises s'exposent à des sanctions identiques, quelle que soit la forme qu'emprunte le concours de leur volonté. Le caractère informel des pratiques concertées ne les rend en effet pas moins graves, les pratiques concertées horizontales qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction sont notamment considérées par la jurisprudence comme particulièrement graves¹⁸⁵.

La distinction entre la notion d'accord et celle de pratique concertée est donc parfois difficile à effectuer. En effet, si l'accord nécessite un « plan commun » à la différence de la pratique concertée, ce plan « *ne doit pas nécessairement être établi de façon formelle ou par écrit et aucune sanction expresse ni mesure de contrainte n'est requise*¹⁸⁶ ». Cette proximité explique en partie la tentation pour les autorités et les juges de la concurrence d'avoir recours à la notion d'infraction unique et complexe. Ainsi, la notion de pratique concertée, si elle a pour rôle d'appréhender des situations de collusions informelles à caractère anticoncurrentiel qui ne peuvent être sanctionnées au titre des accords d'entreprises ou des associations d'entreprises, n'en demeure pas moins une entente dont elle possède les éléments constitutifs

184 CJCE, 8 juillet 1999, C-49/92, Anic Partecipazioni, points 131 et 132

185 TPICE, 8 juillet 2008, aff. T-54/03, Lafarge, point 577

186 Commission, 13 juillet 1994, décision 94/601/CE, Carton, point 126

caractéristiques: l'existence d'une collusion entre des entités économiques autonomes, suivie d'un comportement sur le marché, les deux étant liés par un lien de causalité.

Conclusion

D'après la Commission européenne, « *En développant une notion de pratique concertée en plus de celle d'accord, le traité visait à empêcher que les entreprises ne tournent les règles de concurrence en s'entendant sur des modalités anticoncurrentielles et non assimilables à un accord définitif, en s'informant, par exemple, mutuellement à l'avance de l'attitude qu'elles entendent adopter, de manière que chacune puisse régler son comportement commercial en sachant que ses concurrents agiront de la même manière*¹⁸⁷ ». Par la notion de pratique concertée, les rédacteurs du traité espéraient faire face aux situations économiques portant atteinte au droit de la concurrence mais échappant aux qualifications juridiques traditionnelles et ne pouvant de ce fait être sanctionnées¹⁸⁸. En adoptant une définition généraliste et un mode de preuve par faisceau d'indices et application de présomptions adapté à la détection et à la répression des infractions les plus dissimulées, l'action du juge communautaire a bien eu pour objectif de conférer ce rôle à la notion de pratique concertée. Grâce à cette dernière, les autorités et juges de la concurrence peuvent adopter une démarche économique et pragmatique afin d'appréhender des pratiques anticoncurrentielles diversifiées mais toujours discrètes. A ce titre, la notion de pratique concertée s'inscrit dans l'évolution du droit communautaire de la concurrence vers un raisonnement de plus en plus adapté aux réalités économiques et de moins en moins enfermé dans des catégories juridiques. Mais malgré leurs particularités, les pratiques concertées sont des ententes et partagent les mêmes éléments constitutifs que les accords et les décisions d'associations d'entreprises: l'existence d'une collusion entre des entités économiques autonomes suivie d'un comportement sur le marché, les deux étant liés par un lien de causalité. Ces similitudes entre les trois types d'ententes leur valent d'être de plus en plus souvent regroupées sous le terme plus général et non prévu par le traité d'infraction unique, complexe et continue, qui permet de dispenser les autorités et les juges de la concurrence d'apporter des preuves séparées des pratiques et accords qui poursuivent le même objet anticoncurrentiel. Mais même si elle est de plus en plus souvent dissoute dans ce concept d'infraction unique, complexe et continue, la notion de pratique concertée est aujourd'hui, face aux progrès technologiques et à la sophistication des méthodes utilisées par les entreprises, un instrument indispensable de la lutte renforcée contre les ententes.

187 Commission, 13 juillet 1994, décision 94/601/CE, Carton, point 126

188 J.B. Blaise, Droit des affaires, commerçants, concurrence et distribution

Bibliographie

Législation et rapports

- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)
- Traité de l'Union européenne
- Code de commerce
- Rapports annuels de l'Autorité de la concurrence

Manuels

- Blaise J. B., *Droit des affaires, commerçants, concurrence et distribution*, LGDJ, 2009
- Decocq A., Decocq G., *Droit de la concurrence – Droit interne et droit de l'UE*, 4e édition, LGDJ, Lextenso éditions, 2010
- Elhauge E. and Geradin D., *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007
- Frison-Roche M. A., Payet M. S., *Droit de la concurrence*, Dalloz, Précis, 2006
- Gavalda C. et Parleani G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis, Litec, 2010
- Petit N., *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Bruylant, 2007
- Vogel L., *Code européen de la concurrence*, Lawlex, Praxicodes, 2008
- *Lamy droit économique: Concurrence, Distribution, Consommation*, éditions Lamy, collection Lamy Droit des affaires, 2011

Revue

- « *Précisions sur la notion de pratique concertée* », Revue Lamy Droit des affaires n°40, juillet 2009
- « *La Cour de justice précise la notion d'objet contenue dans l'article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis* », Wilhem P. et Provost E, Revue Lamy Droit des affaires n°41, août / septembre 2009
- « *Entente tacite, oligopole et parallélisme de comportement* », Perrot A. et Vogel L., La Semaine juridique Entreprise et Affaires n°48, 2 décembre 1993
- « *Une seule réunion entre sociétés peut constituer une pratique concertée contraire au droit communautaire de la concurrence* », La Semaine juridique Entreprises et Affaires n°24, 11 juin 2009
- « *Pratiques continues et infractions complexes* », Théry-Schultz J., Revue Contrats Concurrence Consommation n°3, mars 2009, étude 3

Ressources internet

- Union Européenne: <http://europa.eu/>
- Cour de justice de l'Union européenne: <http://curia.europa.eu/>
- Autorité de la concurrence: www.autoritedelaconcurrence.fr/
- Droit français: www.legifrance.gouv.fr/