



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Position dominante collective : Dépasser les critères *Airtours* en matière de contrôle *a posteriori* des pratiques anticoncurrentielles

Droit & économie | Concurrences N° 4-2011 – pp. 41-50

Éric AVENEL

eric.avenel@univ-rennes1.fr

| Professeur de Sciences Économiques, Université de Rennes 1
CREM-CNRS & Faculté des Sciences Économiques

Nathalie DALEY

nathalie.daley@microeconomix.com

| Économiste, Microeconomix

Gildas de MUIZON

gildas.de.muizon@microeconomix.com

| Économiste, directeur de Microeconomix

Éric AVENEL

eric.avenel@univ-rennes1.fr

Professeur de Sciences Économiques
Université de Rennes 1
CREM-CNRS & Faculté
des Sciences Économiques

Nathalie DALEY

nathalie.daley@microeconomix.com

Économiste, Microeconomix

Gildas de MUIZON*

gildas.de.muizon@microeconomix.com

Économiste, directeur de Microeconomix

Abstract

The Airtours criteria do not allow establishing ex post the existence of a collective dominant position as they are used to identify market situations where there is a risk that a collective dominant position emerges in the future. In an ex post intervention, it is necessary to demonstrate that tacit collusion was effective in the past and not that there is simply a risk. In enforcement of article 102 TFUE, such a standard of proof is not out of reach as competition authorities have the means to analyze the past in order to demonstrate that it actually fits a tacit collusion equilibrium. In addition, economic analysis provides robust tools for detecting tacit collusion. In particular, the presence or the absence of incentives to deviate from a common line of interest is a robust and simple test to implement since, being a direct result of the economic definition of tacit collusion, it does not depend on the relevant model of competition in a given industry.

Les critères de l'arrêt Airtours n'établissent pas l'existence d'une position dominante collective passée, car ils ne permettent que d'identifier des situations de marché présentant un risque d'émergence d'une position dominante collective future. Or, dans le cadre d'une intervention ex post, c'est l'existence d'une collusion tacite effective passée, et non un risque futur de collusion tacite, qu'il est nécessaire de démontrer. Un tel standard de preuve n'est pas hors de portée puisque, dans le cadre de l'application de l'article 102 du TFUE, les autorités de concurrence sont en mesure d'observer les équilibres effectivement atteints dans le passé, donc de démontrer s'ils correspondent effectivement à des équilibres de collusion tacite. En outre, l'analyse économique fournit des outils solides de détection d'une collusion tacite. En particulier, la présence ou l'absence d'incitation à dévier constitue un test robuste et relativement simple à mettre en œuvre, puisqu'il ne dépend pas du modèle de concurrence retenu et découle directement de la définition économique de la collusion tacite.

Position dominante collective : Dépasser les critères *Airtours* en matière de contrôle *a posteriori* des pratiques anticoncurrentielles

Introduction

1. Bien que le concept de la position dominante collective soit né dans une affaire de pratiques anticoncurrentielles¹, il a principalement prospéré dans le cadre du contrôle des concentrations. Dans ce domaine, la position dominante collective permet d'appréhender un risque d'effet anticoncurrentiel, différent des effets horizontaux classiques dits "unilatéraux" et qui se caractérise par des modifications de la structure du marché engendrées par une opération de concentration susceptibles de faciliter l'émergence de comportements collusifs. On parle d'effets coordonnés.

2. La jurisprudence communautaire a conduit à l'élaboration d'un test économique pour caractériser un risque d'effets coordonnés. Les critères cumulatifs de l'arrêt *Airtours*² permettent, dans le cadre de l'exercice prospectif de l'examen des effets probables d'une fusion, d'identifier les risques d'émergence d'une position dominante collective à l'issue de l'opération.

3. La notion de la position dominante collective couvre également le champ des pratiques anticoncurrentielles³. Dans ce cadre, c'est l'abus individuel ou collectif d'une position dominante collective qui est sanctionnable. Il convient donc au préalable de caractériser l'existence d'une position dominante collective. Or nous soutenons que les critères de l'arrêt *Airtours* ne sont pas suffisants. Selon nous, une autorité de concurrence ne devrait pas sanctionner un abus si elle ne met en évidence qu'un risque de position dominante (collective) : elle devrait démontrer au préalable l'existence effective d'une position dominante (collective) sur la période concernée par la pratique en cause.

4. Après avoir expliqué la portée des critères *Airtours*, cet article présente et discute différentes méthodes qu'une autorité de concurrence peut mobiliser pour caractériser rigoureusement une position dominante collective dans le cadre d'une analyse *a posteriori* d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

I. Position dominante collective et collusion tacite : Approche *ex ante* vs. approche *ex post*

5. D'un point de vue général, la jurisprudence définit la position dominante "comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable

1 TPICE, Aff. 68/69, Verre plat, 10 mars 1992.

2 TPICE, T-342/99, *Airtours c/Commission*, 6 juin 2002.

3 Voir par exemple : décision n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, décision n° 10-D-36 du 17 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du gaz de pétrole liquéfié (GPL) conditionné. Dans la dernière affaire, l'Autorité de la concurrence a conclu à l'absence de toute pratique anticoncurrentielle et à l'inexistence d'une position dominante collective sur le marché français du GPL conditionné.

* Les auteurs ont conseillé l'une des parties concernée par une procédure impliquant notamment un grief d'abus de position dominante collective sur le marché français du GPL conditionné. Ils s'expriment ici à titre strictement personnel bien que cet article soit en partie nourri de réflexions initiées dans le cadre de cette procédure.

vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs”⁴. Cette définition juridique vaut également lorsque l’on cherche à appliquer ce concept à plusieurs entreprises.

6. Une position dominante collective est donc une situation permettant à plusieurs entreprises de se comporter de façon indépendante de leurs concurrents, de leurs clients et finalement des consommateurs. Il ne peut donc y avoir de position dominante collective si les entreprises concernées se livrent à une concurrence “normale” puisque, par définition, elles ne sont alors pas en mesure de se comporter de façon indépendante de leurs concurrents.

7. Une position dominante collective n’est donc susceptible d’émerger que si l’équilibre de marché n’est pas un équilibre concurrentiel, mais un équilibre collusif et plus précisément un équilibre de collusion tacite. En effet, la collusion explicite, fondée sur une communication réciproque entre les firmes, ne permet pas d’appréhender la notion de position dominante collective puisqu’elle constitue en elle-même une violation des règles de concurrence sur les ententes entre entreprises. Moyennant quoi, dans une affaire de collusion explicite, l’autorité de concurrence, dès lors qu’elle ne disposerait pas de preuves matérielles établissant le caractère explicite de l’entente, pourrait envisager de se replier sur une approche du cas fondée sur le concept de position dominante collective⁵. Si, en théorie, seule la collusion tacite est concernée, on ne peut exclure qu’il existe, en pratique, une certaine porosité entre collusion explicite et position dominante collective⁶.

8. Reste que la position dominante collective, contrairement à l’entente explicite, n’est pas condamnable et qu’il est donc indispensable d’établir un abus de cette position dominante collective. Il existe également un risque de détournement du concept d’abus de position dominante collective visant à sanctionner les pratiques unilatérales d’une entreprise qui appartient à une industrie concentrée, mais dont il est impossible de prétendre qu’elle jouit à titre individuel d’une position dominante. En s’appuyant sur une supposée position dominante collective partagée par cette firme et ses concurrents, les pratiques unilatérales de la firme pourraient être qualifiées d’abus de position dominante collective. Le risque est évidemment que la position dominante

collective n’existe pas réellement et que cela cache en fait un “abus de position oligopolistique” qui n’existe pas en droit de la concurrence.

9. Nous laisserons ces questions de côté dans la suite de notre analyse, pour retenir la définition économique suivante de la position dominante collective : un oligopole détient une position dominante collective si l’équilibre de marché observé est un équilibre de collusion tacite. Cette définition de la position dominante collective est partagée par de nombreux auteurs⁷. N. Petit souligne ainsi que “*la collusion tacite en oligopole cadre économiquement bien avec la notion classique de position dominante : les entreprises d’un oligopole [tacitement] collusif ont la puissance de l’entreprise dominante, puisqu’elles ont ensemble le pouvoir d’élever les prix à un niveau significativement supérieur au niveau concurrentiel*”⁸.

10. L’examen des critères dits “*Airtours*” suggère que cette définition est également partagée par les autorités européennes de concurrence. Nous revenons *infra* sur ces critères qui constituent une approche *ex ante* de la position dominante collective, inévitable dans le contexte du contrôle des concentrations qui les a vu naître, mais insuffisants dans le cadre de la lutte contre les abus de position dominante collective. Celle-ci requiert des critères *ex post* dont la discussion est au cœur de cet article.

1. Les critères “*Airtours*”

11. Les critères *Airtours* permettent seulement d’évaluer si les caractéristiques structurelles du marché rendent plus ou moins probable l’émergence d’une collusion tacite future. L’Arrêt *Airtours* transcrit en effet, dans la jurisprudence, trois facteurs identifiés par la théorie des jeux comme favorisant l’émergence d’un équilibre de collusion tacite : (i) la possibilité d’observer le comportement des autres membres de l’oligopole afin d’être en mesure de détecter les éventuelles déviations (critère 1 : “*pouvoir connaître le comportement des autres*”), (ii) la possibilité de rendre soutenable l’équilibre de collusion tacite entre ses membres par l’existence d’un mécanisme efficace de représailles en cas de défection (critère 2 : “*incitation à ne pas s’écarter de la ligne de conduite commune*” en intégrant la “*notion de représailles*”) et (iii) la possibilité de rendre soutenable vis-à-vis des autres acteurs l’équilibre de collusion tacite (critère 3 : la non-remise en cause des résultats attendus de la ligne d’action commune par “*la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs*”).

12. Lorsque ces trois critères sont cumulativement remplis, cela signifie (i) que le marché est suffisamment transparent pour permettre aux membres de l’oligopole d’adopter tacitement une ligne d’action commune et de détecter les déviations, (ii) qu’il existe un mécanisme de

4 CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. C-27/76.

5 Ce risque est pointé par O. d’Ormesson : “*La tentation est alors grande, pour les autorités de concurrence, de réprimer sur le fondement de la position dominante collective les ententes qui n’ont pu être positivement prouvées. Pour se convaincre de la “porosité” existant entre les notions d’entente et de position dominante collective, on peut par exemple relever que parmi les dix dernières décisions de l’Autorité examinant la commission d’éventuels abus de position dominante collective, toutes portaient également et parallèlement sur d’éventuels abus de pratiques d’ententes*”. O. d’Ormesson, “*La position dominante collective. Le point de vue de l’avocat*”, *Concurrences* n° 3-2011 (supplément électronique).

6 Voir par exemple F. Marty, “*Incertitudes économiques et insécurité juridique : la notion de position dominante collective dans les politiques de concurrence européennes*”, Document de travail de l’OFCE, n° 2007-20, 2007, p. 4 : “*La situation de dominance collective, indirectement issue des travaux de Stigler sur les marchés oligopolistiques (1964), correspond à une configuration dans laquelle plusieurs entreprises simultanément présentes sur un marché détiennent conjointement une position dominante du fait de leurs prises en considération d’une situation d’interdépendance stratégique, laquelle peut les conduire à adopter des stratégies explicitement ou implicitement coordonnées (Malaure-Vignal, 2005)*”. A. Perrot, remarque également : “[...] les facteurs qui rendent plus probable l’existence d’une position dominante collective sont aussi ceux qui rendent plus aisée la mise en œuvre d’un cartel : il n’est donc pas très étonnant de voir ces deux types de pratiques associés” in “*La position dominante collective*”, *Concurrences* n° 3-2011 (supplément électronique).

7 Par exemple, P. Rey, “*Collective Dominance and the Telecommunications Industry*”, University of Toulouse, 2002 ; F. Jenny, “*Collective dominance and the EC merger regulation*”, in B. Hawke, *International Antitrust Law & Policy*, New York, Juris Publication, 2001 ; E. Kloosterhuis, “*Joint Dominance and the Interaction Between Firms*”, *European Competition Law Review* 2001 ; M. Slade, “*Market power and joint dominance in brewing*”, *Journal of Industrial Economics*, LII (1), 133-63, 2004.

8 N. Petit, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, 2007, chapitre 4 – “*L’applicabilité des articles 81 et 82 TCE*”, p. 443.

représailles crédibles susceptible d'assurer la soutenabilité interne de l'équilibre de collusion tacite, (iii) qu'aucune source de pression concurrentielle ne soit susceptible de déstabiliser l'équilibre de collusion tacite. La jurisprudence communautaire a considéré que, dans ces conditions, le risque d'émergence d'une position dominante collective était suffisamment élevé pour justifier une intervention *ex ante* dans le cadre du contrôle des concentrations.

13. Il convient donc de garder à l'esprit que les critères *Airtours* permettent seulement d'identifier des situations où la collusion tacite est possible. Ils ne permettent pas d'identifier des situations où elle a effectivement émergé⁹.

14. Autrement dit, quand bien même les trois critères *Airtours* seraient remplis dans une situation particulière, cela ne suffirait pas à démontrer l'existence d'une position dominante collective passée : cela n'établirait qu'un risque d'émergence d'une position dominante collective future. L'Autorité de la concurrence¹⁰ l'exprime sans ambiguïté : "l'arrêt *Airtours/First Choice* du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes a défini trois critères cumulatifs, repris par le Conseil d'État dans sa décision *fiducial* du 31 juillet 2009, pour apprécier les risques de position dominante collective".

15. En matière d'intervention *a posteriori* dans le cadre de la sanction des pratiques anticoncurrentielles, les autorités de concurrence ne peuvent se contenter d'établir l'existence d'un risque que les entreprises visées puissent acquérir une position dominante collective. Du point de vue de l'analyse économique, elles ne peuvent établir une position dominante collective qu'en démontrant que les faits observés ne peuvent raisonnablement être expliqués que par l'existence d'une collusion tacite.

16. N. Petit¹¹ estime ainsi qu'"à la différence de la notion de position dominante individuelle, le pouvoir de marché collectif des oligopoleurs doit avoir été exercé pour déclencher l'applicabilité de l'article 82 TCE". Autrement dit, pour établir l'existence d'une position dominante collective passée, il ne suffit pas de montrer que certaines caractéristiques structurelles du marché rendent possible ou probable

l'émergence d'un équilibre de collusion tacite entre les firmes. Il convient de démontrer que les membres de l'oligopole ont effectivement eu la capacité de se comporter, de manière appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs, par le maintien d'un équilibre de collusion tacite.

17. Un tel standard de preuve¹² n'est pas hors de portée puisque, dans le cadre de l'application de l'article 102 du TFUE, l'Autorité de la concurrence est en mesure d'observer les équilibres effectivement atteints dans le passé et donc de démontrer s'ils correspondent effectivement à des équilibres de collusion tacite. Le Bundeskartellamt en apporte l'illustration dans son analyse du marché de la distribution de carburants puisque, s'il s'était limité à l'application des critères *Airtours* dans son rapport intermédiaire¹³, il a voulu vérifier, dans son rapport final¹⁴, que la collusion tacite avait effectivement émergé, en analysant le comportement de prix des entreprises dans le temps. La possibilité et, en fait, la nécessité d'un examen *a posteriori*, constitue une différence-clé avec l'analyse des effets coordonnés en contrôle des concentrations, qui ne peut faire autrement qu'évaluer un risque futur d'émergence d'une collusion tacite.

18. En conclusion, afin d'établir l'existence d'une position dominante collective détenue par un petit nombre d'entreprises mises en cause sur une période passée, il ne suffit pas, du point de vue de l'analyse économique, d'évaluer la probabilité d'émergence d'une collusion tacite future en relevant que certaines caractéristiques structurelles du marché la rendent possible. Il convient de démontrer que les équilibres de marché effectivement observés sur la période concernée ne peuvent raisonnablement correspondre qu'à des équilibres de collusion tacite.

2. Les caractéristiques d'un équilibre de collusion tacite

19. Pour démontrer que les équilibres de marché effectivement observés ne peuvent raisonnablement correspondre qu'à un équilibre collusif, il est nécessaire (i) d'identifier des traits spécifiques de la collusion tacite permettant de distinguer un équilibre de collusion tacite d'un équilibre non collusif de concurrence imparfaite, puis (ii) de montrer que ces traits spécifiques sont effectivement observés sur le marché étudié.

9 L'arrêt *Impala* le souligne également : "il convient d'observer que, ainsi qu'il ressort des termes mêmes des motifs exposés ci-dessus, cette jurisprudence [l'arrêt *Airtours*] a été développée dans le cadre de l'appréciation du risque de création par une concentration d'une position dominante collective et non, comme il est question dans le cadre de la première branche du présent moyen, de la détermination de l'existence d'une position dominante collective", CJCE, C-430-06, *Impala*, 10 juillet 2008, § 249.

10 Décision n° 09-DCC-94 du 31 décembre 2009 relative à l'acquisition d'actifs de la Société des Pétroles Shell et du groupe Total par le groupe Rubis dans le secteur de la vente au détail de carburants, § 30.

11 L'arrêt *Impala* va dans le même sens et souligne la différence entre l'approche prospective et la constatation de l'existence d'une position dominante collective : "or, si pour l'appréciation du risque de création d'une telle position, la Commission est amenée, par hypothèse, à effectuer un pronostic délicat quant au développement probable du marché et des conditions de concurrence sur la base d'une analyse prospective, ce qui implique des appréciations économiques complexes pour lesquelles la Commission dispose d'une large marge discrétionnaire, la constatation de l'existence d'une position dominante collective repose, quant à elle, sur une analyse concrète de la situation au moment de la prise de décision. La détermination de l'existence d'une position dominante collective doit s'appuyer sur une série d'éléments de faits établis, passés ou actuels, attestant de l'entrave significative à la concurrence sur le marché en raison du pouvoir acquis par certaines entreprises d'adopter ensemble une même ligne d'action sur ce marché, dans une mesure appréciable, indépendamment de leurs concurrents, de leur clientèle et des consommateurs". CJCE, C-430-06, *Impala*, 10 juillet 2008, § 250.

12 D. Geradin & alii soulignent la différence en termes de standard de preuve que devraient adopter les autorités de concurrence lorsqu'elles évaluent un risque de position dominante collective dans le cadre du contrôle des concentrations, et lorsqu'elles doivent établir l'existence d'une position dominante collective dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles : "in the context of the ECMR, the *Airtours* conditions aim at predicting a risk of future tacit co-ordination. In contrast, the approach under Article 82 EC aims at showing that parallel pricing has actually occurred because of market features that were conducive to tacit collusion. [...] while one should tolerate a margin of appreciation under the ECMR given the predictive nature of the assessment, the standard of proof under Article 82 should be more stringent. Because information not available to the Commission in merger proceedings is available under *ex post* enforcement, it seems reasonable to require the Commission to establish with much caution the existence of tacit co-ordination." D. Geradin & alii, "The Concept of Dominance in EC Competition Law", p. 28, *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, Global competition law centre, 2005.

13 Bundeskartellamt, *Fuel sector inquiry*, Interim report June 2009, pages 31 à 40. Disponible à l'adresse suivante : http://www.bundeskartellamt.de/w/Englisch/download/pdf/09-242_Zwischenbericht_Kraftstoffe-E.pdf

14 Bundeskartellamt, *Fuel sector inquiry*, Final Report May 2011 – Summary, pages 11 à 14. Disponible à l'adresse suivante : http://www.bundeskartellamt.de/w/Englisch/download/pdf/11-085_Abschlussbericht_SU_Kraftstoffe_Zusammenfassung-E.pdf

Il est donc fondamental de bien comprendre en quoi un équilibre de collusion tacite se distingue d'un équilibre de concurrence imparfaite.

20. La collusion tacite est un équilibre de marché dans lequel les entreprises parviennent à augmenter le niveau de leurs profits futurs sans se coordonner de manière explicite. Les firmes renoncent tacitement à se faire concurrence, par exemple en fixant un prix supérieur à celui qui leur permettrait d'optimiser leur volume présent de ventes. En mettant en œuvre cette stratégie, chaque firme espère que ses concurrentes adopteront la même stratégie et fixeront également un prix élevé. C'est une condition nécessaire pour qu'elles gagnent collectivement sur le long terme en bénéficiant de profits supérieurs à ceux qu'elles auraient obtenus en se faisant concurrence¹⁵. Du point de vue de l'analyse économique, un équilibre de collusion tacite ne se distingue d'un équilibre de collusion explicite (*i.e.*, une entente) que par le fait que les firmes ne se concertent pas explicitement (*e.g.*, lors de réunions, de conversations téléphoniques ou d'échanges de messages électroniques) pour atteindre et maintenir un équilibre supra-concurrentiel.

21. L'atteinte d'un équilibre de collusion tacite n'est possible que si chaque firme fait le pari que ses concurrents opéreront également pour la fixation de prix élevés, en renonçant ainsi tacitement à se faire concurrence afin de préserver des profits futurs supra-concurrentiels. L'équilibre collusif repose sur le fait que si une firme ne joue pas le jeu des prix élevés, elle est sanctionnée par les autres firmes (qui fixeront par exemple des prix très bas). La perspective de ces sanctions doit alors suffire à persuader chaque firme de maintenir des prix élevés pour qu'un équilibre collusif puisse se maintenir dans le temps : *"for it to become tacit collusion the firms involved must each be setting higher prices, and lower output, than they would if they anticipated that other firms would just respond passively to their behavior – they must believe that high prices prompt high prices and any behavior that lowers prices provokes an active and conscious retaliatory response"* (P. Seabright & alii)¹⁶.

22. En situation de concurrence, les comportements sont guidés par la recherche de l'intérêt individuel présent. Les firmes maximisent à chaque instant leur profit immédiat compte tenu du comportement adopté par leurs concurrents. Un équilibre de marché est atteint lorsque deux firmes A et B ne peuvent pas obtenir de gains supplémentaires en modifiant leur prix. Si la firme A fixe un prix élevé, elle s'attend à ce que la firme B fixe un prix plus bas pour vendre davantage et augmenter sa part de marché. C'est donc parce qu'elle anticipe que la firme B fixera un prix inférieur au sien que la firme A fixe un prix bas. La firme B réalise le même calcul : en situation de concurrence, aucune entreprise ne peut accroître ses profits en s'écartant du prix de l'équilibre concurrentiel.

23. En situation de collusion tacite, la concurrence est neutralisée au sens où les firmes A et B font le pari que leur concurrent ne va pas réagir à un prix élevé par un prix plus bas. Elles espèrent au contraire que leur concurrent va renoncer à maximiser son profit immédiat en fixant également un prix élevé¹⁷. Les profits futurs de chaque firme sont supérieurs à ceux qu'elles auraient obtenus en choisissant de manière autonome la solution stratégique optimale à chaque période (M. Slade)¹⁸ : *"in a dynamic environment, tacit collusion can be indeed a possible equilibrium as firms weigh the loss of the extra profits of coordination against the short-run gain of a deviation"*.

24. Illustrons le concept de collusion tacite à partir d'un exemple simple, celui d'une concurrence entre boulangeries situées l'une à côté de l'autre. Elles affichent leur prix si bien que les consommateurs sont en mesure de choisir la boulangerie la moins chère. Si l'on suppose que le coût marginal pour fournir une baguette de pain est d'un euro et que les baguettes produites par les deux boulangeries sont identiques, la concurrence va les conduire à fixer un prix égal à un euro. En effet, toute situation dans laquelle une des boulangeries fixerait un prix différent d'un euro est instable et ne saurait constituer un équilibre. Un prix supérieur (1,20 € la baguette, par exemple) inciterait le concurrent à fixer un prix à peine inférieur (1,19 € par exemple). Une telle situation ne serait pas satisfaisante pour la première boulangerie qui aurait alors intérêt à baisser son prix de 1,20 € à 1,18 €. Finalement, seule la situation où les deux boulangeries fixent un prix de 1 € résiste à de telles déviations. L'équilibre concurrentiel est atteint lorsque aucune des deux boulangeries n'a intérêt à baisser son prix (*i.e.*, lorsque le prix qu'elles fixent est juste égal à leur coût marginal).

25. Supposons maintenant que les boulangeries, sans se concerter explicitement, fassent chacune le pari que leur concurrent sera tenté de maintenir un prix élevé. Par exemple, la première boulangerie fixe un prix de 2 € par baguette. Une telle stratégie serait suicidaire si elle n'était pas également suivie par la boulangerie voisine. Il est d'ailleurs dans l'intérêt immédiat de la boulangerie concurrente de fixer un prix plus bas afin de capter l'intégralité de la demande. Une situation de collusion tacite est donc une situation dans laquelle chaque boulangerie renonce à un profit immédiat en adoptant tacitement la même stratégie que celle de ses concurrents. Seule la perspective d'une sanction en cas de déviation la conduit à fixer le prix de 2 €. La sanction pourra être ici le retour définitif au prix concurrentiel de 1 € qui annulerait les profits des boulangeries pour les périodes futures. C'est sur ce type de stratégies, dites "à déclenchement" – une déviation de l'une des firmes, si elle est détectée, ouvre une période de punition illimitée – que repose la collusion tacite telle que l'envisage l'économie industrielle moderne. L'équilibre de collusion tacite se caractérise ici par un prix élevé (2 € la baguette, soit le double du prix de concurrence) et par un intérêt permanent de chacune des boulangeries à

¹⁵ Notons que les notions de court terme et de long terme ne renvoient pas ici à une vision actionnariale consistant à renoncer à des profits à court terme en décidant d'investir pour s'assurer un profit de long terme durable.

¹⁶ P. Seabright et alii, *The ups and downs of the doctrine of collective dominance: using game theory for merger policy*, Cases in European Competition Policy, the economic analysis, Cambridge, 2009, p. 353.

¹⁷ "In such situation firms will charge prices above their best responses. They will not maximize their short run profits" (p. 43). K.H. Kühn, (2002), "Closing Pandora's box? Joint dominance after the Airtours judgment", in *The Pros and Cons of Merger Control*, Konkurrensverket (Swedish Competition Authority) 39, 47.

¹⁸ M. Slade, "Market power and joint dominance in brewing", *Journal of Industrial economics*, 2004, LII (1), 133-63.

déroger à la ligne d'action commune. L'équilibre de collusion tacite permet aux deux boulangeries de se comporter comme s'il n'existait pas de concurrence entre elles.

II. L'observation du comportement des acteurs comme indicateur d'une collusion

26. Le mécanisme de la collusion tacite, tel que nous l'avons décrit *supra*, est bien compris des économistes. Dès lors que des conditions qui sont fondamentalement celles des critères "Airtours" sont remplies, la collusion est possible. Cela ne signifie pas forcément qu'elle émerge effectivement. Il faut donc savoir comment reconnaître un équilibre de collusion et le différencier d'un équilibre de concurrence, ce qui est plus délicat. Nous discutons, dans cette partie, différentes méthodes fondées sur la comparaison entre le comportement observé des acteurs et le comportement attendu de la part de firmes en concurrence.

1. Le niveau des prix

27. Les soupçons de collusion trouvent souvent leur origine dans l'observation de prix élevés. Cependant, l'existence de prix élevés, ou plus précisément de marges et donc de profits élevés, ne permet nullement de conclure à la présence effective d'une collusion. L'analyse économique démontre en effet que le niveau de prix d'un oligopole concurrentiel varie fortement selon les caractéristiques structurelles de la demande et de l'offre (par exemple, le nombre de firmes présentes sur le marché, l'élasticité de la demande au prix, ou encore le degré de différenciation des produits) et peut être largement supérieur au coût marginal.

28. Dans notre exemple, supposons que les deux boulangeries ne sont plus l'une à côté de l'autre, mais situées à 10 km l'une de l'autre. La distance qui les sépare fait supporter un coût de transport aux consommateurs susceptibles de les mettre en concurrence. Si le coût de transport entre les deux boulangeries s'élève à 1 €, et que chaque consommateur achète en moyenne une seule baguette, la première boulangerie pourra fixer un prix égal à 2 € par baguette : une telle hausse de prix lui sera profitable car elle conservera suffisamment de clients (ceux qui sont situés trop loin de la boulangerie concurrente, par exemple les consommateurs pour qui il est égal d'acheter une baguette à 2 € ou de supporter un coût de trajet de 1 € pour acheter une baguette à 1 €). L'équilibre concurrentiel se caractérisera donc par un prix de 2 € la baguette. Dans une telle situation de concurrence imparfaite, chaque boulangerie reste soumise à la concurrence de l'autre boulangerie : si l'une d'entre elle tente d'augmenter son prix au-delà du prix de concurrence imparfaite, son profit va diminuer, car la hausse de prix ne compensera pas le nombre de clients qu'elle perdra. Cet exemple simple met en évidence qu'un même prix (ici 2 € la baguette) peut correspondre à un équilibre de collusion tacite ou à un équilibre concurrentiel.

29. Outre les caractéristiques structurelles de l'industrie, la nature de l'interaction stratégique entre les firmes détermine également le niveau des prix. Ainsi, dans une industrie constituée de deux firmes proposant des produits semblables, lorsque la concurrence se fait par les prix (concurrence "à la Bertrand"), elle est très vive et les entreprises offrent leur produit au coût marginal, sans réaliser de marge bénéficiaire. Dans une industrie identique, mais où la concurrence se fait par les quantités (concurrence "à la Cournot"), celle-ci est moins vive, les prix sont plus élevés et les firmes réalisent une marge bénéficiaire qui peut être confortable, alors même qu'elles ne sont nullement engagées dans un schéma de collusion. Un tel niveau de prix ne pourrait être atteint dans une concurrence "à la Bertrand" que dans un cadre collusif.

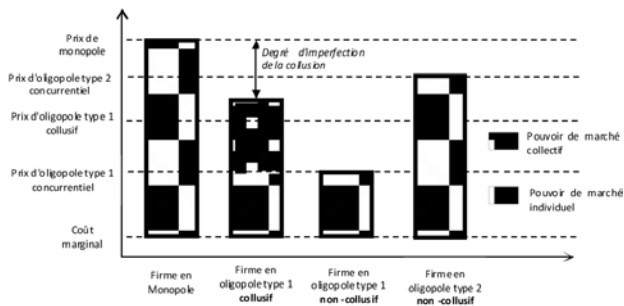
30. La prise en compte de la différenciation des produits ouvre encore plus largement l'éventail des prix de duopole (et plus généralement d'oligopole) possibles. La différenciation des produits, qui peut prendre des formes diverses (qualité, image de marque, etc.), a pour effet de relâcher la concurrence entre les firmes et donc de faire monter les prix. On pourra donc voir les prix oligopolistiques se rapprocher nettement du prix de monopole en présence de biens différenciés. Les modèles d'oligopole avec différenciation des produits couvrent tout le spectre allant d'une situation très concurrentielle à des situations où les firmes sont quasiment en monopole sur des marchés adjacents.

31. La collusion se traduit par un niveau de prix toujours supérieur au prix de concurrence oligopolistique (plus ou moins selon l'efficacité de la collusion). Pour autant, la simple observation d'un niveau de prix élevé ne permet pas de distinguer entre une situation de "faible" concurrence imparfaite sans collusion et une situation de concurrence imparfaite *a priori* plus vigoureuse mais atténuée par la collusion. Si la collusion tacite fournit un pouvoir de marché supérieur au pouvoir de marché non collusif dans une situation concurrentielle donnée, elle n'est pas la seule source de pouvoir de marché.

32. La distinction entre la collusion tacite et l'oligopole concurrentiel ne réside donc pas dans l'existence ou non d'un pouvoir de marché, mais dans le niveau et l'origine de ce pouvoir de marché¹⁹. Il est nécessaire, sous peine de conclure à tort à l'existence d'une collusion tacite, de comparer le niveau de prix observé au niveau de prix qui aurait prévalu en l'absence de toute collusion (cf. figure 1). Cette comparaison suppose une analyse du fonctionnement concurrentiel du marché, autrement dit, l'utilisation d'un modèle de concurrence.

19 B. Hawk et G. Motta estiment ainsi que les questions concernant le niveau de concurrence en oligopole recouvrent deux problèmes possibles. Le premier est celui de l'éventuelle insuffisance de performance des firmes en oligopole, qui naîtrait de leur pouvoir de marché (*oligopoly gap*) et ne peut être traitée par le droit de la concurrence. Le second est celui des ententes non détectées (*unproved cartel gap*). Ce constat rejoint l'idée que la question de la collusion tacite n'est pas celle du pouvoir de marché, mais du pouvoir de marché de type collusif. Cf B. Hawk et G. Motta, "Oligopolies And Collective Dominance: A Solution In Search Of A Problem", in *Antitrust Between EC Law and National Law*, Raffaelli, E.A (ed.), Bruylant/Giuffrè, Bruxelles 2009.

Figure 1. Représentation du pouvoir de marché individuel et collectif en situation d'oligopole



Le graphique présente le pouvoir de marché détenu par une firme en fonction de sa position sur le marché. La comparaison d'une situation de monopole, d'oligopole et d'oligopole collusif met en évidence trois principaux résultats :

- une firme détient un pouvoir de marché individuel en l'absence de collusion, qui peut être complété par un pouvoir de marché collectif en cas de collusion ;
- le niveau absolu de pouvoir de marché ne suffit pas à valider l'existence ou non d'une collusion, puisque le pouvoir de marché individuel dans certaines structures (ici l'oligopole de type 2) est supérieur au pouvoir de marché collusif dans d'autres structures (ici l'oligopole de type 1) ;
- la difficulté à coordonner les comportements de firmes indépendantes implique que le niveau de pouvoir de marché en oligopole collusif demeure inférieur au pouvoir de marché individuel de monopole.

33. Bien évidemment, il serait exagérément optimiste d'attendre d'un modèle le calcul d'un prix concurrentiel qu'il ne resterait plus qu'à comparer au prix observé. En revanche, le modèle concurrentiel peut produire des prédictions testables. Il s'agit alors d'identifier un comportement ou une variable-test caractéristique du fonctionnement concurrentiel du marché, et de vérifier si les données observées (prix ou autres) sont cohérentes avec cette variable. Bajari et Ye²⁰ testent par exemple l'existence d'une collusion dans les appels d'offres sur le marché des travaux de maintenance des autoroutes, à partir des comportements de réponse des firmes. En l'absence de collusion, les offres des firmes devraient être indépendantes, au sens où le prix offert par une firme ne devrait pas être lié au prix offert par l'autre firme après avoir tenu compte des éléments objectifs susceptibles d'expliquer un lien entre les deux offres (par exemple le coût des firmes, la rentabilité espérée de l'appel d'offres, etc.). Dès lors, si l'analyse quantitative des offres montre que le prix proposé par une firme dépend du prix proposé par l'autre firme, il y a lieu de conclure à l'existence d'une collusion. En l'espèce, l'application de ce critère conduit les auteurs à suspecter une possible collusion entre deux des firmes étudiées.

²⁰ P. Bajari et L. Ye, "Deciding between competition and collusion", *The Review of Economics and Statistics*, MIT Press, vol. 85(4), pages 971-989, November 2003.

34. Ces méthodes paraissent séduisantes mais elles sont délicates à mettre en œuvre dans la mesure où les résultats dépendent fortement du modèle de concurrence retenu. La mise en évidence d'une éventuelle collusion fondée sur ce type d'indicateurs peut ainsi aboutir à des résultats erronés si le modèle de concurrence pertinent pour décrire le fonctionnement concurrentiel du marché considéré n'a pas été rigoureusement identifié. C'est d'ailleurs pour cette raison que Harrington²¹ considère que cette méthode ne fournit qu'un indice de l'existence d'une collusion – et non une preuve formelle – compte tenu de la sensibilité des résultats à la caractérisation du modèle de concurrence²².

2. Le parallélisme de comportement

35. Comme preuve de l'existence de collusion tacite, l'observation d'un parallélisme en prix dans un modèle de concurrence oligopolistique se heurte aux mêmes difficultés que l'observation de prix élevés. Le fait d'ajuster ses prix à la hausse lorsque son concurrent augmente les siens n'est pas un signe distinctif de collusion. En situation de concurrence oligopolistique classique (*i.e.* un oligopole "à la Bertrand" avec produits différenciés), il est rationnel pour une firme d'augmenter ses prix en réponse à l'augmentation du prix d'un rival (c'est d'ailleurs cet effet qui est à la base des effets unilatéraux lors d'une fusion²³).

36. Dans un oligopole en concurrence sur le prix, seul le niveau de prix atteint distingue l'état de concurrence de celui de collusion tacite : le simple constat d'un parallélisme de prix ne permet pas de conclure²⁴. Le cas des cycles d'Edgeworth est de ce point de vue tout à fait caractéristique. Le prix des carburants à la pompe présente généralement un caractère cyclique très marqué. M. D. Noel l'illustre parfaitement avec

²¹ J. Harrington, "Detecting Cartels" in *Handbook in Antitrust Economics*, Paolo Buccirossi editor (MIT Press), 2008.

²² Notons d'ailleurs que les exemples retenus par Harrington dans sa discussion de cette méthode concernent tous des marchés d'enchères (*i.e.*, des modèles de concurrence clairement identifiés et dont les conditions de concurrence sont définies précisément par l'acheteur). Il est donc relativement facile de distinguer les comportements concurrentiels de ceux qui résulteraient d'une collusion tacite entre les participants.

²³ En revanche, les quantités étant des substituts stratégiques dans un oligopole de Cournot, il est effectivement possible de suspecter une collusion lorsqu'une firme répond à l'augmentation des capacités d'une autre firme par une augmentation de ses propres capacités. En situation d'équilibre concurrentiel, une entreprise ne devrait pas augmenter ses quantités lorsque son concurrent augmente les siennes. En effet, la hausse des capacités de son concurrent tend à faire baisser les prix. Confrontée à cette perspective, l'entreprise réagit de manière optimale en diminuant les quantités qu'elle offre. Si elle réagit au contraire en augmentant également ses capacités, au risque de faire baisser les prix, cette augmentation de l'offre pourrait être interprétée comme un mécanisme de punition d'une déviation de la première firme, dans le cadre d'un équilibre collusif. Cette différence entre parallélisme des prix et des quantités comme test de la collusion est par exemple rappelée par Seabright & alii (2009) : "One important difference between price and quantity competition should be noted here since it affects the answer to the question what kinds of evidence may be relevant to establishing whether tacit coordination is taking place. Under ordinary, non-collusive oligopolistic competition, prices are strategic complements, meaning that each firm's unilateral best response to the increase of prices by its rival (without any consideration of retaliation) is to increase its own prices. This makes pricing behavior a difficult tool for diagnosing collusive behavior, since different firm's prices will tend to move together (even after controlling for common shocks) whether they are colluding or not. The difference between collusive and non-collusive price correlations is therefore a matter of degree and not a kind".

²⁴ "in order to positively establish tacit collusion it would be necessary to somehow determine the allowed degree of parallelism in an oligopoly and subsequently prove that the behavior in question exceeded that threshold." Vitzilaioui, "The Slippery Slope of Addressing Collective Dominance Under Article 82 EC", *GCP Antitrust Chronicle*, October 2009, p. 8.

des données sur les prix des carburants à Toronto²⁵. Les prix augmentent de façon très brutale, puis décroissent lentement jusqu'à la hausse suivante. Se forment ainsi des cycles de prix. Dans un modèle standard de concurrence imparfaite, de telles fluctuations de prix ne peuvent s'expliquer par des variations de coûts ou de demande. Dès lors, il est tentant de conclure à l'existence d'une entente sur les prix entre les distributeurs de carburant. Selon M. D. Noel, cette conclusion serait cependant imprudente, car ces prix peuvent parfaitement être expliqués par un modèle de concurrence sans collusion : celui des cycles d'Edgeworth dont la discussion théorique est due à E. Maskin et J. Tirole²⁶. En outre, Noel indique que les cycles d'Edgeworth constitueraient un schéma d'entente particulièrement complexe à mettre en œuvre, alors même qu'il serait infiniment plus facile de s'entendre sur un niveau de prix stable pour atteindre des surprofits similaires. Notons toutefois que l'Autorité allemande de la concurrence conclut – au terme d'une étude étoffée de ce même secteur dans lequel elle constate un profil de prix typique des cycles d'Edgeworth – à l'existence d'une collusion tacite entre les principaux distributeurs de carburant du marché²⁷.

37. En présentant un modèle de concurrence qui explique l'évolution des prix dans le temps, M.D. Noel souligne la fragilité d'une approche de la collusion dans laquelle on considère que l'hypothèse collusive est validée dès lors que le modèle concurrentiel retenu n'explique pas les comportements observés. Si le modèle retenu n'est pas le bon, l'argumentaire s'effondre. Or la littérature présente une multitude de modèles théoriques de concurrence en situation d'oligopole, et il est particulièrement difficile de s'assurer que le modèle choisi représente correctement le marché étudié. Selon la célèbre formule de F. Fisher & alii²⁸, “the principal result of theory is to show that nearly anything can happen”²⁹.

3. Les méthodes par comparaison

38. La détection d'une collusion peut également s'appuyer sur l'identification de ruptures dans les équilibres de marché entre une période considérée comme concurrentielle et une période de collusion alléguée. Ces méthodes de type “avant-après” comparent les prix et les quantités fixés par les firmes pendant la période où elles sont suspectées de collusion avec

les prix et les quantités fixés avant ou après la collusion tacite, en neutralisant les effets des facteurs structurels du marché. Une variante de ces méthodes de détection par *benchmarking* consiste à comparer un groupe de firmes suspectées de collusion avec un groupe de firmes non suspectées. Au lieu de comparer les comportements d'une même firme à deux périodes différentes, il s'agit de comparer pour une même période le comportement de deux groupes de firmes différents. L'enjeu de cette méthode est de neutraliser les différences structurelles propres à ces firmes afin d'isoler l'effet potentiel de leur participation à une collusion tacite.

39. J. Harrington³⁰ souligne que cette méthode ne peut fournir qu'un indice de collusion, et ne constitue pas une approche probante permettant de conclure à l'existence d'une collusion. En effet, de multiples raisons peuvent pousser une firme à modifier son comportement. Les ruptures ou différences entre groupes observées peuvent être dues à une toute autre raison – qu'il peut être complexe d'isoler – que la fin présumée d'une collusion ou l'existence d'une collusion dans un seul des deux groupes. Classiquement, l'entrée de nouveaux concurrents, dont la structure de coûts est différente, conduit les acteurs en place à modifier leur stratégie. À nouveau, le comportement observé peut être le résultat d'un comportement concurrentiel et une analyse incorrecte de ce comportement peut conduire à conclure à tort à la présence de collusion.

III. Le traitement symétrique des hypothèses de collusion et de concurrence

40. Les méthodes que nous venons de passer en revue reposent toutes sur le même principe et présentent donc les mêmes limites. Il s'agit de proposer une description du comportement concurrentiel attendu et, dès lors qu'un écart substantiel est constaté par rapport à ce comportement, de conclure à la collusion. C'est donc une approche asymétrique puisque le comportement collusif des entreprises n'est ni décrit, ni testé. Il n'apparaît qu'en creux, comme résultant de ce que le modèle concurrentiel ne prédit pas. Il peut y avoir débat entre les parties, mais ce débat ne portera que sur la nature du comportement non collusif.

41. Une approche qui traiterait de manière symétrique le comportement collusif et le comportement concurrentiel serait plus convaincante. Dans cette partie, nous présentons deux manières de mettre en œuvre une telle approche.

1. Le test d'un modèle de comportement collusif versus un modèle concurrentiel

42. Dans cette approche praticable, bien que complexe, il s'agit de proposer deux modèles du comportement des entreprises, l'un concurrentiel, l'autre collusif, qui puissent être testés l'un contre l'autre par des méthodes statistiques.

25 M. D. Noel, “Edgeworth price cycles: evidence from the Toronto retail gasoline market”, *Journal of Industrial Economics*, 2007, LV(1):69-92.

26 E. Maskin and J. Tirole, “A theory of dynamic oligopoly II: Price competition, kinked demand curves and Edgeworth cycles”, *Econometrica*, 1988, 56:571-599.

27 Bundeskartellamt, *Fuel sector inquiry*, Interim report, June 2009. Disponible à l'adresse suivante : http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/09-242_Zwischenbericht_Kraftstoffe-E.pdf
Bundeskartellamt, *Sektoruntersuchung Kraftstoffe*, Abschlussbericht Mai 2011 (en allemand). Disponible à l'adresse suivante : <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/publikationen/Sektoruntersuchung.php>
Bundeskartellamt, *Fuel sector inquiry*, Final Report, May 2011 – Summary, pages 11 à 14. Disponible à l'adresse suivante : http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/11-085_Abschlussbericht_SU_Kraftstoffe_Zusammenfassung-E.pdf

28 Fisher, F. T. Bresnahan, and J. Farrell, “Organizing Industrial Organization: Reflections on the Handbook of Industrial Organization”, *Brookings Papers and Activity: Microeconomics*, 1991.

29 En supposant que le modèle de concurrence théorique pertinent puisse être déterminé, le calcul du niveau du prix de concurrence peut aussi se heurter à la disponibilité des données. Si certaines données sont facilement accessibles (nombre de firmes par exemple), d'autres sont en revanche beaucoup plus difficiles à collecter ou à évaluer (niveau des coûts marginaux des firmes, élasticité de la demande, degré de différenciation des produits, etc.).

30 J. Harrington, “Detecting Cartels” in *Handbook in Antitrust Economics*, Paolo Buccirossi, editor (MIT Press), 2008.

Il est souhaitable que ces deux modèles soient imbriqués, ce qui veut dire que le modèle concurrentiel doit être un cas particulier du modèle collusif correspondant à des valeurs particulières de certains paramètres, ou l'inverse. Dès lors, l'hypothèse de comportement collusif n'est retenue que si le modèle collusif explique mieux les comportements observés que le modèle concurrentiel.

43. Une application de cette méthode est par exemple développée par G. Ellison³¹ à propos d'un cartel ferroviaire précédemment étudié par R.H. Porter³². L'intuition de la démarche est la suivante. Comme dans le modèle de E.J. Green et R.H. Porter³³, dont Ellison propose ici une variante dans laquelle les firmes choisissent leurs prix au lieu de leurs capacités, une collusion tacite se manifeste par la présence successive de phases de collusion – lors desquelles le prix est supérieur à celui déterminé par le modèle théorique – et de phases de concurrence – lors desquelles le prix se rapproche de l'équilibre concurrentiel théorique. Cette alternance correspond ainsi à des épisodes de stabilité de la collusion caractérisés par des prix supra-concurrentiels, et des épisodes de guerre de prix durant lesquelles le prix est proche des prix de concurrence.

44. Les guerres de prix interviennent dans le schéma collusif testé par Ellison, car les firmes observent les prix pratiqués par leurs concurrents, mais ne connaissent pas les quantités qu'ils offrent. Dès lors, lorsqu'une firme observe un prix bas, elle ne sait pas si ce prix traduit une déviation de ses concurrents ou s'il résulte de la baisse temporaire de la demande tandis que les quantités offertes n'ont pas changé. L'ambiguïté du signal-prix conduit les firmes à déclencher de façon épisodique des guerres de prix en punissant ce qu'elles interprètent (à tort en l'occurrence) comme des déviations, avant de revenir à la stratégie collusive. L'observateur extérieur verra alors se succéder des périodes de prix élevés (collusion) et des périodes de prix bas (guerre des prix).

45. Une collusion pourra donc être suspectée si l'on observe des écarts par rapport au prix concurrentiel pouvant être expliqués par une variable "guerre des prix". Après avoir identifié des épisodes de guerre des prix, on examine si leur déclenchement est lié à un écart entre les ventes attendues et les ventes réalisées à la période précédente. Dans cette variante du modèle de Green et Porter, un tel écart est en effet interprété par les membres d'un oligopole collusif comme le signe qu'une des firmes a dévié de la collusion tacite, incitant ainsi les autres concurrents à baisser leur prix.

46. Ce type de méthodes cherche donc à examiner s'il existe un lien entre une diminution des ventes des firmes et l'occurrence d'une guerre des prix. En effet, si les firmes ne sont pas en mesure d'observer directement les comportements de leurs concurrents censés respecter la collusion, elles observent l'effet des stratégies de leurs concurrents sur leurs

31 G. Ellison, "Theories of cartel stability and the joint executive committee", *RAND Journal of Economics*, 25: 35-57, 1994.

32 R.H. Porter, "A study of cartel stability: The joint executive committee, 1880-1886", *Bell Journal of Economics*, 14: 301-314, 1983.

33 Edward J. Green & Robert H. Porter, "Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information", *Econometrica*, Econometric Society, vol. 52(1), pages 87-100, January 1984.

propres ventes. Si leur part de marché diminue, les firmes peuvent en déduire qu'il ne s'agit pas d'un choc général de demande, mais d'une amélioration relative de la situation du concurrent, et donc d'une déviation de l'équilibre collusif. Dans ce cas, on s'attend à ce qu'elles réagissent en rompant à leur tour l'équilibre collusif et en baissant leur prix.

47. Ainsi, l'existence d'un lien entre la baisse des performances et l'occurrence d'une guerre des prix permet de suspecter une collusion. Notons toutefois qu'une baisse de prix peut constituer une réaction pro-concurrentielle dans laquelle une firme, constatant une baisse de ses ventes, réagit en baissant ses prix. Il ne suffit pas, par ailleurs, que ce lien existe. Il doit en outre être suffisamment fort pour qu'un acteur qui dévie sache que la guerre des prix constituera une réponse systématique à une déviation, et qu'il soit incité à poursuivre ensuite la collusion. Ellison montre dans le cas qu'il étudie que cette condition n'était pas vérifiée.

48. Cette méthode permet donc de tester un schéma collusif précis, dont on déduit les propriétés que l'on confronte aux données. Un test de ce type correspond donc à un standard de preuve élevé pour valider l'existence d'une collusion tacite. Bien entendu, une telle approche est complexe à mettre en œuvre et nécessite à la fois des données très détaillées et un savoir-faire économétrique pointu. Comment préserver une symétrie dans le traitement des comportements collusifs et concurrentiels quand ces conditions ne sont pas réunies ?

2. Un test simple à mettre en œuvre : La mise en évidence d'une incitation à la défection

49. La littérature économique sur la collusion tacite met en évidence un certain nombre de traits distinctifs entre un équilibre de collusion tacite et un équilibre de concurrence. La caractéristique-clé d'un équilibre de collusion tacite est que chaque firme, parce qu'elle adopte une stratégie qui ne maximise pas son profit immédiat, a une incitation à s'écarter de l'équilibre collusif : individuellement, chaque firme a intérêt à ce que ses concurrents maintiennent des prix élevés et qu'elle soit la seule à fixer un prix légèrement plus bas pour s'accaparer une part plus importante de la demande et augmenter ainsi ses ventes et ses profits. Si chaque concurrent raisonne de la sorte, la concurrence reprend ses droits et les profits supra-concurrentiels sont dissipés. Il s'agit là du problème classique de l'instabilité inhérente à toute collusion. Retenons que chaque entreprise a une incitation à faire défection, c'est-à-dire à s'écarter de son comportement collusif.

50. À l'opposé, un équilibre de concurrence imparfaite est atteint lorsque chaque firme a fixé ses prix de sorte à maximiser son profit immédiat compte tenu des fonctions de réaction de ses concurrents. Par définition, l'équilibre concurrentiel est atteint lorsque plus aucun concurrent ne gagne à modifier son prix. À l'équilibre, toute modification de la stratégie d'une firme (son prix, par exemple) se traduira par une baisse de ses profits

51. L'exemple des deux boulangeries illustre la manière dont l'analyse des incitations à dévier permet d'identifier les situations de collusion tacite. Concrètement, on cherche à déterminer quel serait l'impact sur le profit d'une boulangerie d'une baisse unilatérale du prix de la baguette qu'elle affiche. En situation de collusion tacite (les deux boulangeries sont situées l'une en face de l'autre), on peut ainsi montrer que le profit de la première augmenterait si elle baissait son prix de 2 € à 1,90 €³⁴. En revanche, en situation de concurrence imparfaite (les deux boulangeries sont éloignées l'une de l'autre), la même baisse de prix se traduirait par une diminution du profit³⁵. L'analyse des incitations à dévier permet ici de faire la distinction entre un équilibre de collusion tacite et un équilibre de concurrence imparfaite. Il s'agit d'un trait distinctif de la collusion tacite, puisque la mise en évidence de l'existence d'une incitation à dévier ne peut être expliquée que dans le cadre d'un équilibre de collusion tacite.

52. L'analyse de l'impact sur le profit d'une firme suspectée de collusion d'un changement de comportement par rapport à celui observé est particulièrement appropriée pour établir ou exclure l'existence d'une position dominante collective passée car elle repose sur des caractéristiques robustes des modèles de concurrence et de collusion. Nous proposons donc de détecter l'existence d'une collusion tacite à partir de l'évaluation des incitations à s'écarter du prix supposé collusif. Formellement, il s'agit de tester l'une contre l'autre deux hypothèses : l'hypothèse de collusion, qui est celle d'une incitation positive à dévier, et l'hypothèse de concurrence, qui est celle d'une incitation négative à dévier.

53. La possibilité de mener effectivement une telle analyse est à examiner au cas par cas. En général, elle requiert une connaissance assez fine de la demande et, en particulier, de l'élasticité-prix de la demande. Pointons toutefois ici deux cas dans lesquels typiquement une telle analyse pourra être menée de façon relativement simple : lorsque les acheteurs supportent des coûts de changement importants et lorsque les variations du prix ne se traduisent pas par des variations de volumes.

54. Les coûts de changement correspondent aux coûts supportés par les utilisateurs d'un service ou les acheteurs d'un produit lorsqu'ils changent de service ou de produit et, en particulier, lorsqu'ils changent de fournisseur. Ces coûts sont d'origines assez variées. Un consommateur peut consacrer du temps pour apprendre à se servir d'un produit. Les compétences qu'il a acquises pour utiliser ce produit peuvent s'avérer partiellement ou totalement inutiles dans l'utilisation d'un nouveau produit. Ici, le coût de changement est directement lié à l'usage du produit. Tout utilisateur habitué au clavier AZERTY qui a tenté d'utiliser un clavier QWERTY comprend immédiatement ce qu'est un coût de changement. Les coûts de changement peuvent

aussi correspondre au déplaisir induit par la rupture de la relation avec un fournisseur auquel on est attaché, par exemple un opérateur historique précédemment en situation de monopole. Les coûts de changement peuvent aussi être monétaires. Tous les marchés caractérisés par le versement d'une consigne comportent des coûts de changement dès lors que la récupération de cette consigne n'est pas immédiate, certaine et totale.

55. L'existence de coûts de changement a un impact considérable sur le fonctionnement concurrentiel d'un marché. Laissons de côté les clients nouveaux sur le marché, qui par définition ne supportent pas ces coûts. Dans cette configuration, une firme qui souhaite attirer des consommateurs initialement liés à l'un de ses concurrents doit nécessairement offrir un prix, non seulement plus bas que celui du concurrent, mais également suffisamment bas pour compenser le coût de changement des consommateurs. Si une firme (A) propose un prix de 50 € pour son produit et que ses clients supportent un coût de changement de 10 €, ils ne seront attirés par une offre concurrente qu'à condition qu'elle soit inférieure à 40 €. Une entreprise concurrente (B), qui offre initialement le même prix que A, soit 50 €, et décide de baisser son prix et de proposer une offre entre 40 et 50 € n'attirera donc aucun client de A. En outre, elle supportera une baisse de profits puisque ses clients actuels bénéficieront a priori également de la baisse de prix. Une offre inférieure à 40 € attire de nouveaux clients, mais présente un coût très élevé en termes de marges sur les clients actuels. Si le nombre de clients actuels est plus important que le nombre de clients susceptibles d'être attirés par la baisse de prix³⁶, alors, pour l'entreprise B, toute baisse de prix par rapport à son prix initial se traduira par une baisse substantielle de ses profits. La comparaison des profits réalisés par l'entreprise B si elle baisse son prix pour attirer les clients de A et des profits qu'elle réalise en laissant son prix inchangé permet ainsi, dans cet exemple, de conclure à l'absence de collusion dans le secteur.

56. Un second cas où il est aisé de tester les incitations à dévier des firmes est lié à l'idée qu'en concurrence en prix, toute baisse de prix se traduit par une augmentation de la demande adressée à l'entreprise. Tel n'est pourtant pas toujours le cas. Deux exemples illustreront ici ce point. Pour la plupart, les produits de consommation ne sont pas vendus directement par les fabricants aux consommateurs. Le produit est cédé à des entreprises spécialisées du secteur de la distribution qui le revendent aux consommateurs. À l'exception remarquable du prix du livre, le prix de vente au consommateur final est librement choisi par le distributeur. Les choix des distributeurs, et notamment de la grande distribution, en matière de prix sont variés. Par exemple, un produit peut être choisi comme produit d'appel, avec un prix bas et de grandes quantités écoulées. Inversement, le distributeur peut préférer fixer un prix relativement élevé, donc écouler des quantités plus faibles, pour favoriser une autre variété du produit (éventuellement vendu sous sa propre marque). On voit que le prix au consommateur est influencé par de nombreux éléments, bien au-delà des conditions tarifaires du fabricant.

³⁴ On suppose que les clients se répartissent à part égale entre les deux boulangeries lorsqu'elles pratiquent toutes les deux un prix de 2 €. Si l'une d'entre elles diminue son prix à 1,9 €, elle récupère l'intégralité de la demande. Autrement dit, elle perd 10 centimes sur chaque baguette qu'elle vendait auparavant, mais double son nombre de clients.

³⁵ En baissant son prix, la boulangerie perd 10 centimes sur chaque baguette qu'elle vendait auparavant et ne gagne aucun client supplémentaire, car les coûts de transport supportés par les clients de la boulangerie concurrente ne sont pas compensés par la baisse du prix.

³⁶ Tous les consommateurs n'ayant pas le même coût de changement, il est possible qu'à un prix juste inférieur à 40 €, une partie seulement des clients de A soient attirés.

En conséquence, une baisse du prix proposé par le fabricant peut être sans effet sur le prix au consommateur, et, partant, n'avoir aucun effet sur les quantités vendues. Dès lors, le fabricant aura rogné ses marges sans que cela se traduise par un volume de ventes supérieur. Ses profits baisseront inévitablement. La non-transmission des baisses de prix au consommateur final casse toute incitation à baisser les prix. Dans ce cas, si les prix sont élevés, ce n'est pas parce qu'il y a de la collusion, mais parce que la demande des distributeurs est inélastique³⁷.

57. Un cas relativement similaire apparaît lorsque l'entreprise à une capacité de production limitée et vend l'ensemble de ce qu'elle est capable de produire. Clairement, toute baisse de prix sera convertie en baisse de profits, les quantités vendues restant inchangées. Il reste que la capacité de production résulte dans une certaine mesure d'une décision de l'entreprise. On peut donc se demander si une contrainte de capacité saturée ne constitue pas un indice d'entente. Là encore, tout dépend du cas d'espèce et, plus particulièrement, de la maîtrise dont dispose la firme pour résorber le goulet d'étranglement. S'il s'agit de dimensionner l'appareil productif, on peut penser que cela reste du domaine de choix de l'entreprise et qu'elle l'a donc choisi. L'hypothèse de collusion peut alors être examinée plus avant. A contrario, s'il s'agit d'une infrastructure de transport détenue par un opérateur indépendant dont l'entreprise n'est que cliente, alors il est probable que l'entreprise subisse une contrainte et l'hypothèse de collusion peut être écartée³⁸.

58. La profitabilité d'une déviation par rapport au comportement observé apparaît finalement comme un critère opérationnel dont la mise en œuvre ne nécessite pas forcément d'accéder à des données très fines sur le comportement des firmes. C'est donc une méthode prometteuse pour les autorités de concurrence et sans doute plus encore pour les parties qui, la plupart du temps, n'accèdent pas à l'ensemble des données pertinentes que détient l'autorité de concurrence.

Conclusion

59. En conclusion, pour l'économiste, les critères de l'arrêt *Airtours* ne sont pas suffisants pour d'établir a posteriori l'existence d'une position dominante collective. Ils permettent seulement d'identifier des situations de marché présentant un risque d'émergence d'une position dominante collective future.

60. Dans le cadre d'une intervention ex post, c'est l'existence d'une collusion tacite effective passée et non un risque futur de collusion tacite qu'il faut établir. Quand bien même les trois critères *Airtours* seraient cumulativement satisfaits, la caractérisation d'une position dominante collective passée ne peut s'affranchir de la démonstration rigoureuse que les équilibres de marché observés sont des équilibres collusifs et non des équilibres concurrentiels. Il convient donc d'identifier les traits spécifiques aux équilibres collusifs afin d'être en mesure de faire la différence entre un équilibre de concurrence imparfaite et un équilibre tacitement collusif.

61. La détection d'une collusion tacite par la présence ou l'absence d'incitation à dévier est un test robuste, puisqu'il ne dépend pas du modèle de concurrence retenu et découle directement de la définition économique de la collusion tacite. Il s'appuie sur un trait spécifique de la collusion tacite et permet donc de faire le départ entre un équilibre de collusion tacite et un équilibre non collusif de concurrence imparfaite. Enfin, il s'agit d'un test qui paraît relativement simple à mettre en œuvre par les autorités de concurrence et qui compléterait donc avantageusement la mise en œuvre des critères *Airtours* dans le cadre de la sanction des pratiques anticoncurrentielles. ■

³⁷ L'inélasticité de la demande du distributeur peut également résulter de l'existence d'une forte contrainte de stockage des produits en attente de mise en rayon.

³⁸ Notons que la même discussion peut être menée sur les coûts de changement. Les coûts de changement sont partiellement déterminés par des décisions des entreprises qui peuvent être prises à la suite d'une concertation. Pour autant, une part parfois très significative de ces coûts échappe au contrôle des entreprises.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux,
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty,
Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany,
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa,
Marie-Claude Mitchell, Laurent Roberval

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré
Didier Ferrié

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Olivier Billiard,
Jean-Mathieu Cot, Jacques Gunther,
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot,
Jacques Derenne,
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel,
Alexandre Lacresse,
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles,
Emmanuel Guillaume,
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais,
Stéphane Rodrigues,
Jean-Philippe Kovar

POLITIQUE INTERNATIONALE

François Souty,
Stéphanie Yon

JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

Jean-Chrostophe Roda

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot,
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIES)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	425 €	508,30 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	474,77 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	675 €	807,30 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	595 €	711,62 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	775 €	926,90 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	875 €	1046,50 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France