AOÛT 2007 Synthèses

OCDE ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

Les poursuites contre les ententes sans preuve directe d'un accord

Qu'entend-on par preuves indirectes ?

Comment les autorités de la concurrence utilisent-elles les preuves indirectes ?

La preuve d'un comportement parallèle de concurrents est-elle suffisante pour mettre en évidence un accord ?

La manière dont les pays considèrent les ententes influe-t-elle sur leur utilisation des preuves indirectes ?

Les preuves indirectes sont-elles utiles dans les pays qui sont relativement novices dans la lutte contre les ententes ?

Pour plus d'informations

Références

Où nous contacter ?

Introduction

Les ententes sont des accords entre concurrents ayant pour objet la fixation des prix, le partage des marchés ou des soumissions concertées. Elles constituent la forme la plus nuisible de violation du droit de la concurrence et doivent être sévèrement sanctionnées. Les affaires d'entente sont un cas à part, car le plus important est tout simplement de prouver qu'il y a effectivement eu accord. Or, il peut se révéler difficile d'en obtenir la preuve directe. Les entreprises qui passent des ententes le font secrètement et ne coopèrent généralement pas avec les enquêteurs. C'est dans ce cas que des preuves indirectes peuvent contribuer de façon importante à mettre en évidence une entente.

Les preuves directes d'un accord sont celles qui mettent en évidence une réunion ou une communication entre les protagonistes et décrivent la teneur de leur accord. Les formes les plus courantes de preuves directes sont *1)* les documents (imprimés ou électroniques) qui identifient un accord et ceux qui y participent et *2)* les déclarations orales ou écrites de membres d'une entente ayant décidé de coopérer avec les autorités, qui décrivent le fonctionnement de l'entente.

Les preuves indirectes sont des preuves qui ne décrivent pas expressément les conditions d'un accord, ni les parties à celui-ci. Il s'agit de preuves de communications entre les personnes soupçonnées de participer à une entente et de preuves économiques concernant le marché et la conduite des participants qui laissent présumer une action concertée.

Les preuves indirectes sont acceptées dans les affaires d'entente dans tous les pays. Elles peuvent être employées seules pour mettre en évidence un accord, mais elles peuvent aussi être utilisées conjointement avec des preuves directes, leur donnant ainsi plus de poids. Cela étant, les preuves indirectes peuvent être difficiles à interpréter. Les preuves économiques, en particulier, peuvent être ambiguës et refléter une action concertée aussi bien qu'une action indépendante. La meilleure pratique consiste à considérer les preuves indirectes non pas individuellement, mais comme un tout, en leur donnant un effet cumulatif, et à les soumettre à une analyse économique attentive.

L'utilisation prudente et judicieuse de preuves indirectes peut sensiblement contribuer à la lutte contre les ententes à l'échelle nationale. ■

L'Observateur ocde

© OCDE 2007

Qu'entend-on par preuves indirectes ?

Les preuves indirectes sont de plusieurs types. Certaines d'entre elles servent à démontrer que les membres d'une entente se sont rencontrés ou ont communiqué entre eux par d'autres moyens, sans toutefois décrire le contenu de leurs échanges. C'est ce qu'on appellera ici les preuves de « communication », lesquelles comprennent notamment :

- Les relevés de communications téléphoniques entre concurrents (sans indication de contenu) ou les éléments attestant de voyages vers une destination commune ou de participation à une réunion, par exemple à l'occasion d'une manifestation commerciale ;
- D'autres éléments indiquant que les parties ont communiqué au sujet des faits suspectés – comptes rendus de réunion ou notes établissant qu'il a été débattu des prix, de la demande ou de l'utilisation des capacités ; documents internes mettant en évidence la connaissance de la stratégie d'un concurrent en matière de prix, par exemple la connaissance anticipée d'une majoration que celui-ci va pratiquer.

Une seconde catégorie de preuves indirectes est souvent désignée sous le nom de preuves « économiques ». Celles-ci sont de deux types. Le premier concerne le comportement d'entreprises au sein d'un marché et celui de l'ensemble du secteur. C'est le cas du parallélisme des prix, des profits anormalement élevés, des parts de marché stables et des antécédents d'infractions à la législation de la concurrence. Il y a aussi les « pratiques de nature à faciliter » un comportement, c'est-à-dire les pratiques qui peuvent faciliter la mise en place ou le maintien d'un accord entre concurrents. C'est le cas de l'échange d'informations, de l'envoi de signaux sur les prix, de la péréquation du fret, des clauses de protection des prix et de la nation la plus favorisée et des normes de produits inutilement restrictives. Il convient de noter que les comportements assimilables à ces pratiques ne

Encadré 1.

ENTENTE CONCERNANT LE LAIT MATERNISÉ EN ITALIE

En octobre 2005, l'Autorité italienne de la concurrence a annoncé avoir condamné sept fournisseurs de lait maternisé, regroupés dans trois entités juridiques, à une amende totale de 9 743 000 EUR pour entente illégale au regard de l'article 81 du Traité de la CE. Le gouvernement italien avait remarqué entre 2000 et 2004 que ces entreprises s'étaient livrées à une fixation parallèle des prix de leurs produits, et que leurs prix en Italie étaient nettement plus élevés – entre 150 et 300 % – que dans d'autres pays d'Europe. L'Autorité a accumulé des preuves de contacts tant directs qu'indirects entre les protagonistes, qui corroborent l'accusation d'action concertée. Parmi les contacts directs figuraient la participation à des réunions spéciales tenues au siège de l'Association des producteurs à la suite d'une demande de baisse des prix formulée par le ministre de la Santé. Les preuves recueillies ont montré que les fabricants avaient débattu ouvertement de la réponse à apporter au ministre, et qu'ils étaient convenus de ne pas réduire les prix de plus de 10 %.

Des contacts indirects avaient par ailleurs été pris à l'occasion de la fixation par les producteurs des prix de vente au détail suggérés aux pharmacies, principal canal de distribution du produit. Certaines spécificités du marché permettaient aux fournisseurs de calculer les prix de gros de leurs concurrents par référence au prix de vente suggéré.

L'Autorité a noté, depuis le lancement de la procédure en 2004, un recul des prix du lait maternisé de 25 %, ainsi que d'autres évolutions du marché allant dans le sens d'une saine concurrence : davantage de publicité et d'information du consommateur, apparition de nouveaux produits, présence accrue des produits des entreprises incriminées dans la grande distribution, etc.

sont pas nécessairement illicites. Mais lorsque d'autres preuves indirectes laissent présumer l'existence d'une entente, ils peuvent compléter utilement l'argumentation.

Un second type de preuves économiques ont ce que l'on peut appeler un caractère « structurel ». Il s'agit d'une forte concentration, d'une faible concentration à l'extrémité opposée du marché, du niveau élevé des barrières à l'entrée, d'une forte intégration verticale et de produits uniformes ou homogènes. ■

Comment les autorités de la concurrence utilisent-elles les preuves indirectes ?

Les autorités de la concurrence préfèrent les preuves directes, mais, nous l'avons vu, celles-ci ne sont pas toujours disponibles. Il convient toutefois de noter que la frontière n'est pas toujours très nette entre preuves directes et preuves indirectes, surtout en ce qui concerne diverses formes de communication. Ensuite, toutes les preuves – qu'elles soient directes ou indirectes – présentent un intérêt pour les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence. Elles peuvent être utilisées ensemble, et elles le sont du reste souvent. Enfin, la qualité est une dimension importante. Une preuve directe constituée par un seul témoignage peu convaincant est moins crédible qu'une accumulation de preuves indirectes.

Les affaires d'entente dans lesquelles on ne dispose pas de preuves directes de l'existence d'un accord commencent souvent de la même façon, à savoir par un épisode suspect de parallélisme des prix ou autre phénomène difficile à expliquer par le jeu habituel des forces du marché. Par définition, l'autorité de la concurrence ne peut pas prouver directement que cette situation résulte d'un accord et elle doit donc se poser la question de savoir à quelles exigences elle doit satisfaire, du point de vue quantitatif et qualitatif, pour pouvoir exploiter des preuves indirectes.

Encadré 1. (*suite*)

ENTENTE CONCERNANT LE LAIT MATERNISÉ EN ITALIE

Voici la typologie des preuves utilisées par l'Autorité de la concurrence dans cette affaire :

- Preuves directes : apparemment, les producteurs se sont accordés sur un plafond de réduction des prix.
- Preuves de communication : les producteurs se sont rencontrés dans l'enceinte de leur association professionnelle et ont débattu de la question des prix ; toutefois, sauf en ce qui concerne le plafond de réduction, on ne dispose pas de preuve directe de la conclusion effective d'un accord.
- Preuves de comportement : fixation parallèle de prix : de fortes réductions des prix et une concurrence accrue ont fait suite à l'enquête, ce qui laisse à penser que les prix antérieurs plus élevés ne résultaient pas d'un comportement concurrentiel normal.
- Comportement de l'ensemble du secteur : les prix étaient nettement plus élevés que dans d'autres pays européens.
- Preuves structurelles touchant au marché : il s'agissait d'un secteur très concentré ne comptant que trois fournisseurs indépendants et vendant un produit relativement homogène.
- Pratiques de nature à faciliter un comportement répréhensible : prix de vente au détail recommandés aux pharmacies, et forte transparence des prix ; les ventes se faisant surtout en pharmacie ; des canaux de distribution tels que les épiceries étaient éliminés, alors qu'ils auraient probablement appliqué des prix réduits par rapport au prix suggéré.

Il est presque universellement admis que des deux types de preuves indirectes décrites ci-dessus, à savoir les preuves de communications et les preuves économiques, les premières sont les plus révélatrices de l'existence d'un accord. Une analyse des affaires d'entente instruites dans les pays de l'OCDE dans lesquelles des preuves indirectes ont joué un rôle important révèle que, dans la plupart des cas où les poursuites ont abouti, ces preuves concernaient des communications. Les preuves économiques, en revanche, sont ambiguës. Elles peuvent refléter un accord aussi bien qu'une action indépendante. Elles doivent donc être analysées avec soin. Finalement, la meilleure pratique consiste à utiliser les preuves indirectes non pas individuellement, mais cumulativement. L'affaire concernant l'entente sur le lait infantile (encadré 1) illustre comment plusieurs types différents de preuves indirectes ont été utilisés. ■

La preuve d'un comportement parallèle de concurrents est-elle suffisante pour mettre en évidence un accord ?

Non. Dans presque tous les pays, il ne suffit pas de montrer que les concurrents ont agi de façon parallèle, car un tel comportement peut refléter aussi bien un accord qu'une action indépendante de la part de chaque concurrent. Il faut apporter la preuve de ce qu'on peut appeler, à l'instar de certains tribunaux américains, un « parallélisme conscient accompagné de facteurs complémentaires ». En d'autres termes, il faut mettre en évidence, en plus du parallélisme, certains « facteurs complémentaires » qui rendent probable une action concertée. Ces facteurs complémentaires sont les preuves de communications et les preuves économiques évoquées ci-dessus.

Le plus important, lorsqu'on analyse un comportement parallèle, est d'exclure avec un degré de certitude raisonnable la possibilité que les parties aient agi de façon unilatérale, conformément à ce que chacune d'elles a perçu comme son propre intérêt. Par exemple, lorsqu'une entreprise majore son prix en réponse à une hausse du prix d'une entreprise concurrente, cela peut être parfaitement conforme à leurs intérêts mutuels. Si l'on ne peut condamner une entreprise parce qu'elle abaisse son prix en réponse à une diminution du prix de ses concurrentes, on ne peut pas plus le faire en cas d'augmentation des prix. Un élément de preuve

Encadré 2.

BLOMKEST FERTILIZER

Plusieurs fabricants d'engrais avaient intenté une action contre huit producteurs de potasse, auxquels ils reprochaient d'avoir passé une entente pour fixer le prix de la potasse entre 1987 et 1994 (la potasse est l'un des principaux composants des engrais). Les plaignants s'appuyaient essentiellement sur des preuves économiques, notamment une série de vérifications de prix qu'auraient effectuées les défendeurs, forme de preuve de comportement économique.

Fait très rare dans la pratique judiciaire aux États-Unis, les onze juges de la cour d'appel étaient réunis pour statuer sur l'affaire. Six se prononcèrent en faveur des défendeurs, confirmant la décision rendue en première instance de débouter les plaignants. La majorité de la cour estima que les preuves avancées concernant les vérifications de prix n'emportaient pas la conviction, d'une part parce qu'elles portaient uniquement sur des transactions passées et ne pouvaient de ce fait avoir que peu de conséquences pour les prix futurs, et d'autre part parce que, selon les termes de l'arrêt :

« Les vérifications de prix invoquées étaient sporadiques et, d'après les témoignages, n'avaient pas toujours été consenties. Le fait qu'il y ait eu plusieurs dizaines de communications n'est pas significatif compte tenu de la durée de la période au cours de laquelle elles ont eu lieu, c'est-à-dire au moins sept

complémentaire doit être apporté. C'est ce que l'on désigne parfois sous le nom d'« action contre son propre intérêt ». En d'autres termes, il faut prouver qu'il était contre l'intérêt des parties de prendre certaines mesures, à moins qu'elles n'aient agi collectivement, c'est-à-dire qu'il y ait eu entente.

Les tribunaux ont toutefois eu du mal à accepter ce critère. L'affaire *Blomkest Fertilizer*, aux États-Unis, montre combien il est difficile de se prononcer.

Les théories économiques de l'oligopole apportent des éclaircissements intéressants sur l'interprétation des preuves économiques. De manière générale, on distingue trois grandes catégories de modèles économiques qui décrivent le comportement des entreprises. En premier lieu, il y a ceux qui partent du principe que les entreprises recherchent de façon indépendante « la meilleure solution unilatérale non coopérative » en tenant compte de ce que font les concurrents. Dans les modèles de ce type, les marchés parviennent à l'équilibre lorsque chaque entreprise cherche à faire le meilleur choix compte tenu de celui de son concurrent. Cet équilibre – entre solution optimale des uns et solution optimale des autres – est couramment désigné sous le nom d'équilibre de Nash.

Une deuxième catégorie de modèles considère que les entreprises ont parfois tout intérêt à un accommodement mutuel. Ces théories supposent que certaines actions ne sont profitables que si les concurrents y réagissent de façon accommodante. Il importe de faire remarquer que les modèles fondés sur la notion d'accommodement mutuel ne postulent pas l'existence d'une entente (illicite) explicite obtenue par voie de communication entre les entreprises, mais plutôt que celles-ci parviennent à comprendre en quoi consiste leur intérêt mutuel par déduction des interactions observées sur le marché.

La troisième catégorie de modèles est celle des ententes, c'est-à-dire des situations caractérisées par le fait que les entreprises ont explicitement passé un accord par voie de communication les unes avec les autres. Or, la preuve de cette communication n'est pas toujours apportée, si bien que l'autorité de la

Encadré 2. (suite)

BLOMKEST FERTILIZER

ans, période pendant laquelle les transactions ont dû se compter par dizaines de milliers. En outre, dans un secteur oligopolistique caractérisé par des marchés souvent très importants, il semble logique que les entreprises aient procédé à des vérifications de prix. Nous concluons donc que les preuves avancées sont loin d'exclure la possibilité d'une action menée de façon indépendante. »

La minorité soutenait au contraire avec force que le comportement incriminé n'aurait pas été dans l'intérêt des parties défenderesses si celles-ci n'avaient pas passé entre elles une entente :

« … s'il n'y avait pas eu d'accord réciproque de mise en commun des prix (et les producteurs nient en effet cette éventualité), un vendeur individuel qui aurait révélé à ses concurrents le montant de ses rabais secrètement négociés se serait littéralement tiré une balle dans le pied. En revanche, s'il y avait bel et bien une entente, il était essentiel pour ceux qui en faisaient partie de coopérer en se communiquant leurs prix respectifs afin d'éviter un phénomène de rabais généralisés qui auraient fini par couler le cartel. »

Comme il a été indiqué plus haut, cependant, ce point de vue ne l'a pas emporté.

concurrence doit identifier des preuves économiques valables permettant de faire le tri entre des théories concurrentes. Elle doit avoir une bonne idée du modèle qui décrira le mieux les incitations unilatérales qui peuvent pousser une entreprise à affronter la concurrence sur tel ou tel marché. Pour cela, elle doit en premier lieu identifier les actes dont on peut dire qu'ils constituent un comportement optimal, unilatéral et non coopératif dans les circonstances considérées. Après cela, et seulement après, elle pourra essayer de déterminer ce qui est incompatible avec les actes ainsi définis et peut donc étayer l'hypothèse d'une entente illicite. Autrement dit, ce sont les actes compatibles avec un comportement jugé optimal, unilatéral et non coopératif qui doivent servir de référence pour apprécier la conduite d'une entreprise pendant la période où ses activités sont apparues suspectes. Bien que l'économie offre les outils d'évaluation nécessaires, il faut bien reconnaître que dans la plupart des cas, ce genre d'analyse économique formelle n'a pas été réalisé jusqu'ici. ■

La manière dont les pays considèrent les ententes influe-t-elle sur leur utilisation des preuves indirectes ?

Dans la majeure partie des pays, les procédures engagées contre les ententes (et autres violations du droit de la concurrence) sont de nature administrative. Les principales sanctions administratives utilisées en pareil cas sont des amendes, en général infligées uniquement à des personnes morales, mais aussi parfois à des personnes physiques, et des mesures correctives. Dans une minorité de pays, au demeurant de plus en plus nombreux, les ententes font l'objet d'une procédure pénale. Dans la plupart des cas, la charge de la preuve qui incombe à l'autorité de la concurrence est plus importante dans le cadre d'une procédure pénale. En conséquence, il est généralement plus important de disposer de preuves directes d'une entente. Les États-Unis utilisent depuis longtemps la voie pénale dans les affaires d'entente où l'État est à l'origine des poursuites, qui s'appuient presque toujours sur des preuves directes. Cela étant, les preuves indirectes sont recevables et utiles, dans ce pays comme dans les autres. ■

Les preuves indirectes sont-elles utiles dans les pays qui sont relativement novices dans la lutte contre les ententes ?

Un pays qui commence seulement à appliquer son droit de la concurrence peut avoir des difficultés à obtenir les preuves directes d'une entente. Il ne s'est probablement pas encore doté d'un programme de clémence, source essentielle de preuves directes. (Un programme de clémence atténue les sanctions infligées au premier participant à une entente qui offre de coopérer avec les enquêteurs.) Si, de plus, il n'y a pas de véritable tradition de concurrence, l'autorité de la concurrence aura plus de mal à obtenir la coopération des acteurs économiques en faveur de son programme de lutte contre les ententes. En d'autres termes, elle pourra avoir plus de difficulté à obtenir des preuves directes dans les affaires d'entente, et elle devra donc s'en remettre davantage à des preuves indirectes. En revanche, on observera une incidence relativement grande dans ces pays des ententes « naïves » – ententes dont les membres ne cherchent pas à dissimuler leur activité, parce qu'ils ne savent pas que leur conduite est illicite ou parce qu'ils ne sont pas suffisamment avertis pour le faire. Dans ce cas, les preuves directes sont relativement nombreuses, ce qui rend moins importantes les preuves indirectes. Par conséquent, la situation pourra varier, mais il est manifeste que des preuves indirectes peuvent se révéler très utiles si les circonstances s'y prêtent. ■

 © OCDE 2007

Pour plus d'informations

Pour plus d'informations sur les activités de l'OCDE dans le domaine de la politique de la concurrence, consulter le site Internet à l'adresse : *www.oecd.org/competition* ou contacter dafcomp.contact@oecd.org.
De plus amples renseignements sur cette *Synthèse* et sur le rapport relatif aux « Poursuites contre les ententes sans preuve directe d'un accord » peuvent-être obtenus auprès de :
Edward Whitehorn, tél. : +33 1 45 24 83 81, e-mail : edward.whitehorn@oecd.org.

OCDE **ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES**

Références

OCDE (2007), **Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence**, ISSN 1560-7798, sur abonnement (3 numéros par an), € 152.

Les documents suivants peuvent être téléchargés à l'adresse : *www.oecd.org/competition*.

OCDE (2005), **Pratiques exemplaires en matière d'échanges d'informations entre autorités de la concurrence dans le cadre d'enquêtes sur les ententes injustifiables.**

OCDE (2005), **Les ententes injustifiables : Troisième rapport sur la mise en œuvre de la Recommandation de 1998.**

OCDE (2003), **Les ententes injustifiables : Progrès récents et défis futurs**, ISBN 978-92-64-10184-5, 72 p., € 25.

OCDE (2002), **Lutte contre les ententes injustifiables : Effets dommageables, sanctions efficaces et programmes de clémence**, ISBN 978-92-64-29735-7, 124 p., € 36.

Recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables (1998).

Les publications de l'OCDE sont en vente sur notre librairie en ligne :
www.oecd.org/librairie

Les publications et les bases de données statistiques de l'OCDE sont aussi disponibles sur notre bibliothèque en ligne : *www.SourceOCDE.org*

Où nous contacter ?

SIÈGE DE L'OCDE DE PARIS
2, rue André-Pascal
75775 PARIS Cedex 16
Tél. : (33) 01 45 24 81 67
Fax : (33) 01 45 24 19 50
E-mail : sales@oecd.org
Internet : *www.oecd.org*

ALLEMAGNE
Centre de l'OCDE de Berlin
Schumannstrasse 10
D-10117 BERLIN
Tél. : (49-30) 288 8353
Fax : (49-30) 288 83545
E-mail :
berlin.contact@oecd.org
Internet : *www.oecd.org/deutschland*

ÉTATS-UNIS
Centre de l'OCDE de Washington
2001 L Street N.W., Suite 650
WASHINGTON DC 20036-4922
Tél. : (1-202) 785 6323
Fax : (1-202) 785 0350
E-mail : washington.contact@oecd.org
Internet : *www.oecdwash.org*
Toll free : (1-800) 456 6323

JAPON
Centre de l'OCDE de Tokyo
Nippon Press Center Bldg
2-2-1 Uchisaiwaicho,
Chiyoda-ku
TOKYO 100-0011
Tél. : (81-3) 5532 0021
Fax : (81-3) 5532 0035
E-mail : center@oecdtokyo.org
Internet : *www.oecdtokyo.org*

MEXIQUE
Centre de l'OCDE du Mexique
Av. Presidente Mazaryk 526
Colonia: Polanco
C.P. 11560 MEXICO, D.F.
Tél. : (00 52 55) 9138 6233
Fax : (00 52 55) 5280 0480
E-mail :
mexico.contact@oecd.org
Internet :
www.oecd.org/centrodemexico

Les Synthèses de l'OCDE sont préparées par la Division des relations publiques de la Direction des relations publiques et de la communication. Elles sont publiées sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE.

00 2007 1E 2 P4

© OCDE 2007