

Cycle de conférences de la Cour de cassation

TRANSPARENCE ET CONCURRENCE

Jeudi 29 mars 2007

RLC 954

Pour que la concurrence sur les marchés puisse jouer pleinement son rôle et permettre une allocation efficiente des ressources de la collectivité, encore faut-il que les agents économiques qu'ils soient offreurs ou demandeurs aient une information parfaite sur les alternatives qui leur sont offertes.

C'est ainsi que le modèle théorique de la concurrence fait l'hypothèse que l'information est parfaite et gratuite pour chacun des acteurs économiques. Cette transparence permet aux consommateurs, qui connaissent les offres des différents fournisseurs, de récompenser ceux qui leur offrent le meilleur rapport qualité prix. Elle permet à chaque fournisseur, qui connaît les conditions des offres de ses concurrents, de faire des offres plus compétitives afin de prévaloir sur ses concurrents.

Pourtant, sur les marchés oligopolistiques, c'est-à-dire ceux sur lesquels il y a un petit nombre d'offeurs et des barrières à l'entrée, la transparence de l'information sur les stratégies des concurrents peut servir à chacun d'eux non pas pour promouvoir la concurrence mais, au contraire, pour la décourager. Si, par exemple, vous n'avez qu'un concurrent et que vous savez que, disposant d'une information parfaite sur votre stratégie, il pourra immédiatement réagir à une baisse de prix que vous pourriez décider en s'alignant sur votre nouveau prix, vous n'aurez aucun intérêt à vous lancer dans une guerre de prix. À l'inverse, si vous pouvez consentir des rabais à vos clients qui restent inconnus de votre concurrent, vous pourrez développer votre part de marché à son détriment et éventuellement vos profits par une politique pro-concurrentielle.

De la même façon, la transparence de l'information sur les offres faites dans le cas de marchés de soumissions peut être utilisée par certains soumissionnaires pour détecter ceux des autres soumissionnaires qui auraient trahi une entente préalable pour l'attribution du marché et pour les punir ultérieurement.

Une certaine opacité du mécanisme de marché est, dans ces conditions, parfois nécessaire pour la concurrence soit aussi vive que possible.

Pourtant l'absence de transparence sur un marché semble contraire aux intérêts des consommateurs ou des acteurs en position de faiblesse dans la négociation commerciale. La transparence, par exemple des conditions de vente, semble aussi nécessaire pour éviter la discrimination qui, si elle n'est pas nécessairement contraire à la bonne allocation des ressources, est inéquitable.

Dans la pratique du droit de la concurrence, la production d'information sur les stratégies commerciales peut ainsi être soit pro-concurrentielle soit anticoncurrentielle. Le présent débat a pour objet d'essayer de clarifier les conditions économiques dans lesquelles la transparence doit être reconnue comme utile aux mécanismes de marché, ainsi que les limites de la transparence et le traitement juridique de celle-ci.

Frédéric JENNY, Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation

Vice et vertus de la transparence

Intervenant

Martine BÉHAR-TOUCHAIS, Professeur à l'Université de Paris V, Directrice du Centre de droit des affaires et de gestion (CEDAG) ^(*)

1. Dans un article écrit dans le *Canard Enchaîné*, il y a quelques années, Yvon Audouard écrivait qu'« on commence à se méfier de la transparence. Elle cache trop de choses » (15 mars 1995).

^(*) Le style oral de la conférence prononcée à la Cour de cassation le 29 mars 2007 a été conservé. Cette conférence exprime l'opinion strictement personnelle de son auteur.

Pourtant, si l'on recherche sur Legifrance le nombre de textes (en dehors des codes) qui contiennent dans leur titre le mot transparence, on est surpris de trouver pas moins de soixante-quinze occurrences, comme si la transparence était une obsession législative.

À la vérité, la plupart de ces textes concernent la transparence financière de la vie politique. Mais ceux qui concernent le droit des affaires ne sont pas non plus négligeables : de la loi du 23 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, à la loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence des marchés financiers et la directive transparence 2004/109/CE

(cf. aussi, par exemple, Dir. n° 2006/11/CE de la Commission, 16 nov. 2006, JOUE 17 nov., n° L318, p. 17), en passant par la transparence des procédures dans les marchés publics (D. n° 93-733, 23 mars 1993), ou encore la transparence des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées (L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie), la transparence est omniprésente (cf. Zoughi J., Nouveau regard sur la transparence tarifaire : un instrument de protection du fournisseur contre la grande distribution, Thèse, Aix-en-Provence, 2007, sous la dir. de Prieto C.; cf. également, « La transparence », Colloque RJC 1993, n° spécial et le rapport introductif de Carbonnier; Garaud E., La transparence une matière commerciale, thèse, Limoges, 1995; Vignal N., La transparence en droit privé des contrats (approche critique de l'exigence), Thèse PUAM, 1998, Préface de Mestre J.; Rebufat-Raison L., Les fonctions de la transparence, Thèse Montpellier, 2000; Riem F., La notion de transparence dans le droit de la concurrence, thèse, éd. L'Harmattan, 2002, Préface, Boy L.). Le mot est même repris dans le titre IV du Livre IV du Code de commerce intitulé « *De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées* », le chapitre 1 étant intitulé « *de la transparence* ».

Dans ces cas, la transparence est traitée, comme si elle avait toutes les vertus. Selon la formule de Jean-Denis Bredin, elle serait « *un beau mot porteur de lumière* » (cf. Bredin J.-D., Remarques sur la transparence, in La transparence colloque de Deauville, RJC 1993, n° spécial, p. 175).

2. Il est alors peut-être étonnant pour l'observateur extérieur de voir, que dans ce contexte de quête législative de la transparence, on en vienne parallèlement à condamner des entreprises parce qu'elles se sont échangé des informations, et donc parce qu'elles n'ont pas maintenu l'opacité qui existait naturellement sur le marché.

Plusieurs affaires ont en France récemment défrayé la chronique.

On se souvient d'abord que le Conseil de la concurrence avait condamné les compagnies pétrolières pour avoir échangé des informations sur les prix pratiqués par les stations services de l'autoroute (Cons. conc., déc. n° 03-D-17, 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroute). Sa décision avait été remise en cause par arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 décembre 2003 (CA Paris, 9 déc. 2003, BOCCRF n° 2004-02 : « *que, même en possession de renseignements sur les prix transmis souvent par téléphone par les gérants de station, chaque société fixait de façon autonome le prix du carburant; que l'alignement des prix qui peut en résulter, licite, résulte non d'un accord entre sociétés concurrentes mais d'une décision spécifique à chaque société* »).

Plus près de nous, les palaces parisiens, qui s'échangeaient des informations sur les prix moyens par chambre louée, et les revenus moyens par chambre disponible, ont été condamnés par le Conseil (Cons. conc., déc. n° 05-D-64, 25 nov. 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens), dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 26 sept. 2006, n° RG 2005/24285). Cela a fait frémir les hôteliers qui ont, semble-t-il, l'habitude de s'échanger des informations, sur le taux d'occupation de leurs hôtels pour pouvoir notamment s'ils sont complets, diriger leur client, vers un autre établissement. Certains ont saisi le Conseil pour avis afin que ce dernier leur précise ce qu'ils peuvent faire et ne pas faire, ce qui a donné lieu à l'avis n° 06-A-18 relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse.

Dernièrement, c'est l'affaire de la téléphonie mobile qui, elle aussi, a mis en avant la question des échanges d'informations, les trois opérateurs ayant été condamnés par le conseil (Déc. n° 05-D-65, 30 nov. 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile), dont la décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris (CA Paris, 12 déc. 2006, n° RG 2006/00048), pour s'être échangé pendant plusieurs années des informations sur leurs parts de marchés. La procédure devant la cour de cassation est en cours. Au-delà de ces affaires, ce sont peut-être d'autres pratiques d'opérateurs économiques qui, parce qu'elles sont trop trans-

parentes, pourraient un jour être sur la sellette. Que penser par exemple des sites Internet, qui permettent au consommateur après quelques clics de comparer l'offre de tous les opérateurs pour le même service? Ces sites ne permettent-ils pas à tous les opérateurs économiques de connaître les prix et les disponibilités de leurs concurrents? Que penser d'un système comme la médiamétrie, qui permet d'apprécier au jour le jour les parts de marché des opérateurs de télévision ou de radio? Ces exemples de transparence sont-ils anticoncurrentiels ou pro-concurrentiels?

On pourrait multiplier les hypothèses où la question peut se poser.

3. Pourquoi donc ce que le législateur prône avec tant d'insistance dans certains cas, serait-il dans d'autres cas, répréhensible?

C'est parce que le paradoxe de la transparence confrontée au droit de la concurrence, c'est qu'elle est à la fois le vice et la vertu.

D'un côté, la théorie économique nous enseigne que l'une des conditions d'optimalité des marchés dans un cadre de concurrence parfaite résiderait précisément dans l'information parfaite des agents économiques. La transparence aurait donc une vertu d'efficacité économique, permettant à un opérateur de mesurer l'utilité marginale qu'il peut retirer de tel contrat plutôt que de tel autre.

Mais d'un autre côté, la transparence est un obstacle au bon fonctionnement du marché, quand elle diminue du point de vue des opérateurs l'incertitude inhérente au libre jeu de l'offre et de la demande, avec le risque qu'elle incite finalement les opérateurs à coordonner leurs comportements.

Les entreprises en sont conscientes, puisqu'elles font régulièrement des demandes de confidentialité pour protéger leurs informations stratégiques et éviter qu'elles ne soient transmises à leurs concurrents, dans les procédures devant les autorités de régulation.

C'est dire en tout cas, que la frontière de ce qui est acceptable et de ce qui ne l'est pas va être difficile à tracer. Je vais essayer pourtant de le faire, en vous parlant d'abord du vice de transparence puis la vertu de la transparence. Pourquoi cet ordre? Je pourrai vous dire en plaisantant que c'est beaucoup plus amusant de parler du vice que de la vertu, mais plus sérieusement, l'ordre retenu se justifie par le fait que les difficultés posées par la transparence susceptible d'être anticoncurrentielle sont beaucoup plus délicates que celles que révèlent une transparence vertueuse, une transparence pro-concurrentielle.

I. – Le vice de transparence

4. La difficulté ici tient au fait que ce ne sont pas toujours les parties qui ont provoqué la transparence.

La transparence du marché existe parfois indépendamment de la volonté des parties, mais les entreprises vont adopter des comportements induits par cette transparence. C'est ce que je vais appeler la transparence exploitée (A) Parfois au contraire, et c'est le cas dans les pratiques d'échanges d'informations, la transparence est provoquée par les parties (B).

A. – La transparence exploitée

5. La transparence du marché, même quand elle n'est pas provoquée par les parties, peut être est un facteur de survenue des comportements anticoncurrentiels. C'est le cas dans le cadre des oligopoles non collusifs, c'est-à-dire dans l'hypothèse où un nombre très faible d'offres détiennent une part déterminante du marché, sans pour autant s'entendre formellement.

>

Cette question n'est plus véritablement controversée. On sait en effet que depuis le fameux arrêt *Airtours/First Choice* (TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342-99, Rec. CJCE, II, p. 2585), le TPICE a considéré qu'il y a position dominante collective quand trois conditions sont réunies :

i) d'abord la transparence du marché, qui permet la connaissance par chaque membre de l'oligopole du comportement des autres membres ;

ii) ensuite l'existence de moyens de dissuasion, qui permet une pérennisation de la coordination par une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune ;

iii) enfin l'incontestabilité de la situation, c'est-à-dire, une absence de possibilité de remise en cause efficace de la coordination par des concurrents actuels ou potentiels, ou par les consommateurs.

Donc, ici, la condition de transparence du marché est nécessaire pour qu'il y ait une telle position dominante collective (mais cette transparence du marché, retenue tant par la Commission et les juridictions communautaires que par le conseil de la concurrence et les juridictions françaises, peut parfois être présumée. C'est ce qui est affirmé dans l'affaire *IMPALA* [TPICE, 13 juill. 2006, aff. T-464/04, *Impala c/Commission*], en ces termes : « *Ainsi, en particulier, un alignement étroit des prix sur une longue durée, surtout s'ils sont d'un niveau supra-concurrentiel, joint à d'autres facteurs typiques d'une position dominante collective, pourraient, en l'absence d'autre explication raisonnable, suffire à démontrer l'existence d'une position dominante collective, quand bien même il n'y aurait pas de preuves directes solides d'une transparence forte du marché, compte tenu de ce que cette dernière peut être présumée dans de telles circonstances* [pt. 252]. *Il s'ensuit que, en l'espèce, l'alignement des prix, tant bruts que nets, sur les six dernières années, alors que les produits ne sont pas identiques (chaque disque ayant un contenu différent), ainsi que leur maintien à un niveau assez stable et perçu comme élevé en dépit d'une baisse importante de la demande, joints à d'autres facteurs (puissance des entreprises en situation d'oligopole, stabilité des parts de marché, etc.), tels que constatés par la Commission dans la décision, pourraient, en l'absence d'une autre explication, suggérer, ou constituer un indice, que l'alignement des prix n'est pas le résultat du jeu normal d'une concurrence effective et que le marché est suffisamment transparent en ce qu'il a permis une coordination tacite des prix* » [pt. 253]), ce dont il pourra être tenu compte lors du contrôle des concentrations (Déc. min Éco., 23 mars 2007, BOC-CRF, 23 mars 2007 ; dans cette décision, le ministre refuse d'admettre une position dominante des « *Big Four* » sur le marché de l'audit et de l'expertise comptable car aucune des trois conditions susvisées n'est réunie : 1) le degré de transparence du marché n'a pas pu être établi de manière certaine ; 2) les stratégies de rétorsion posent des difficultés sérieuses compte tenu des délais pour changer d'auditeur ; 3) il existe une pression concurrentielle de différents acteurs comme le cabinet *Mazars*), ou à l'occasion d'un abus de ces entreprises en position dominante collective.

6. Cette jurisprudence est maintenant bien assise et n'est pas vraiment contestée, sauf par ceux qui considèrent que les autorités de concurrence se contenteraient trop souvent de relever la position dominante collective pour en déduire l'abus, sans procéder véritablement à une recherche concrète de cet abus (cf. *Lucas de Leysac C.*, Intervention à la journée organisée par la CCI en 2006 sur l'abus de position dominante). Ce grief ne nous paraît pas résister à l'examen. On peut citer à titre d'exemple, la décision du Conseil de la concurrence du 28 juillet 2005 (Cons. conc., déc. n° 05-D-49, 28 juill. 2005) concernant le marché de la location-entretien des machines à affranchissement postal. Le conseil détermine l'existence d'une position dominante collective, puis constate l'abus avec la stipulation de contrats de très longue durée (clause de tacite reconduction pour 4 ans, modalités de résiliation très strictes, obligation de verser l'équivalent de l'exécution du contrat à titre de clause pénale en cas de résiliation anticipée). Le raisonnement se fait donc bien en deux temps. Mais si dans ce cas, la transparence du marché était exploitée par les entreprises à leur profit, il arrive qu'elle soit provoquée par elles, à l'occasion des fameux échanges d'informations que l'on a déjà abordés.

B. – La transparence provoquée

7. On est ici au cœur du débat. Que faut-il interdire et que faut-il autoriser ?

En réalité la règle en théorie est claire : on n'interdit que les échanges d'informations qui permettent de connaître tout ou partie des choix stratégiques futurs des concurrents et donc d'altérer l'incertitude normale qui existe sur le marché.

Maintenant, quand il faut appliquer cette règle, c'est un peu plus délicat. Il faut d'abord distinguer entre les échanges d'informations selon qu'ils portent sur des informations futures ou des informations passées.

1) Les échanges d'informations sur le futur

8. Si l'information est stratégique, l'échange portant sur des informations futures est une entente anticoncurrentielle.

Supposez que vous participiez à une réunion, dans laquelle votre principal concurrent vous dise que demain, il augmente son prix de 2 euros. Vous pouvez alors sans prendre aucun risque concurrentiel augmenter également votre prix.

C'est d'ailleurs sur ce mécanisme que repose la qualification de pratique concertée, quand il y a alignement de prix ou hausse simultanée de prix, à la suite d'une réunion (ou de plusieurs, [sur ces questions, cf. *Luc I.* et autres, La preuve des accords de volonté constitutifs d'entente, in *Rapport du Conseil de la concurrence 2006*, à paraître]) où ont été échangées des informations stratégiques sur des comportements futurs.

C'est ce qu'explique la Cour de Justice par exemple dans l'affaire *Suiker Unie*, en ces termes :

« *4 La notion de « pratique concertée » vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence, [...]*

[...] S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché » (CJCE, 16 déc. 1975, aff. 40173, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA e.a. c/Commission des Communautés européennes*, Rec. CJCE, I, p. 1663).

Ainsi s'il y a échange d'informations sur un comportement futur lors d'une réunion (le Conseil de la concurrence est un peu plus exigeant, semble-t-il. Dans une décision 06-D-03 bis du 9 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a rappelé qu'il y a entente anticoncurrentielle dans deux cas : « – si l'entreprise n'a participé qu'à une seule réunion ayant un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il est également établi qu'elle a adhéré à cet objet, notamment par la diffusion des consignes adoptées ou encore par l'application des mesures décidées au cours de cette réunion (ou) – si l'entreprise a participé à plusieurs réunions ayant le même objet anticoncurrentiel » [§ 687]), les juridictions communautaires insistent sur le fait que pour ne pas être membre d'une entente, l'entreprise doit prouver que cette concertation n'a influencé d'aucune manière son comportement sur le marché (TPICE, 13 déc. 2001 aff. jtes T-45/98, T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless et Acciai speciali Terni c/Commission*, Rec. CJCE, II, p. 3757). Elle peut aussi prouver s'être « ouvertement distancée de la concertation illicite ou avoir informé les autres participants qu'elle en-

tendait prendre part à ces réunions dans une optique différenciée de la leur » (TPICE, 15 mars 2000, aff. jtes T-25/95 e.a., Cimenteries CBR c/Commission, Rec. CJCE, II, p. 491).

2) Les échanges d'informations sur le passé

9. Les échanges d'informations ne sont pas en eux-mêmes anticoncurrentiels. Un auteur affirme même que : « Les échanges d'informations peuvent produire des effets pro-concurrentiels et des effets anticoncurrentiels » (Lévêque F., Échanges d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoles? La jurisprudence *John Deere* vue par un économiste, Concurrences, n° 2006-3, p. 33).

Les autorités ou juridictions de concurrence, elles-mêmes, l'admettent. Ainsi, dans son arrêt du 5 avril 2001, le TPICE (TPICE, 5 avr. 2001, aff. T-16/98, *Wirtschaftsvereinigung Stahl e.a. c/Commission*) a rappelé : « que les accords d'échange d'informations ne sont généralement pas prohibés de manière automatique mais seulement s'ils présentent certaines caractéristiques relatives, notamment, au caractère sensible et précis des données récentes échangées à des périodes rapprochées » (cf. pt. 44).

De même, dans l'affaire des tracteurs anglais que l'on retrouvera plus loin, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (cf. notamment, TPICE, 27 oct. 1994, aff. T-35/92, *John Deere c/Commission*, Rec. CJCE, II, p. 957), approuvée par la Cour de Justice (CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95, *John Deere c/Commission*, Rec. CJCE, I, p. 3111), a affirmé que « la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations sur le fonctionnement du marché, dont il dispose grâce au système d'échange d'informations, pour adapter son comportement sur le marché, n'est pas de nature, compte tenu du caractère atomisé de l'offre, à atténuer ou à supprimer, pour les autres opérateurs économiques, toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents ».

De même enfin, dans un avis n° 03-A-09 du 6 juin 2003, relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile, le Conseil de la concurrence a relevé que « l'article L. 420-1 ne pose pas une interdiction, par principe, des échanges d'informations en matière de prix ou de coût, par exemple lorsqu'il s'agit seulement de mercures, c'est-à-dire de relevés portant sur des coûts réels constatés. Dans chaque cas d'espèce, il convient d'apprécier leur possible effet de stimulation de la compétition entre les opérateurs afin de mieux satisfaire la demande, au regard du risque pour le libre jeu de la concurrence que les entreprises bénéficiaires de l'information s'en servent pour fixer leurs prix au lieu de se référer à leurs coûts propres de production et de distribution » (cf. pt. 22).

Donc, l'échange d'informations n'est pas une infraction *per se*. Mais, dans quels cas, cela va-t-il être illicite? Il faut pour ce faire distinguer entre l'échange d'informations qui est le support d'une entente et celui qui existe de manière autonome.

a) L'échange d'informations sur le passé, accessoire d'une entente

10. L'échange d'informations est parfois l'accessoire d'une entente. Les économistes expliquent que la collusion tacite ou explicite est par essence instable. Chaque partie a intérêt à méconnaître l'accord pour en tirer profit. Par exemple, si les parties sont d'accord sur un prix, chaque entreprise a intérêt à baisser secrètement son prix, pour tenter de prendre des clients aux autres membres de l'entente. L'échange d'informations permet dans ce cas de détecter les tricheries et de mettre en œuvre s'il y a lieu des représailles. On le voit dans ce cas, l'échange d'informations est au service de l'entente

anticoncurrentielle, et en tant qu'accessoire, il est comme elle, illicite.

La Cour de justice condamne cet échange d'informations quand il est l'accessoire d'une entente, car, nous dit-elle dans l'arrêt *Aalborg*, (CJCE, 7 janv. 2004, aff. C-204-00 P, e.a., *Aalborg*), ledit échange d'informations « a pour effet d'augmenter la transparence sur un marché où la concurrence est déjà fortement atténuée et de faciliter la surveillance du respect de l'entente par ses membres » (cf. arrêt *Aalborg* préc., pt. 281).

b) L'échange autonome d'informations sur le passé

11. On en arrive à l'hypothèse la plus délicate, et probablement la plus controversée. Elle concerne l'échange autonome d'informations sur un marché oligopolistique.

Cette question a été traitée en droit communautaire dans la fameuse affaire des tracteurs anglais (il y a eu plusieurs arrêts dans cette affaire), et notamment dans l'arrêt *John Deere* déjà cité. Dans cette affaire, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE, 27 oct. 1994, aff. T-35/92, *John Deere c/Commission*, Rec. CJCE, II, p. 957) approuvé par la Cour de Justice (CJCE, 28 mai 1998, aff. C-7/95, *John Deere c/Commission*, Rec. CJCE, I, p. 3111) a affirmé que « la généralisation, entre les principaux offreurs et [...] au seul profit de ceux-ci et, par suite, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs, d'un échange d'informations précises et selon une périodicité rapprochée, concernant l'identification des véhicules immatriculés et le lieu de leur immatriculation, est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré, tel le marché en cause, et où, par suite, la concurrence est déjà fortement atténuée et l'échange d'informations facilité, à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques (cf., ci-après, pt. 81) » (pt. 51).

On le voit dans cet arrêt, les informations échangées étaient extrêmement précises et le système d'échanges d'informations portait, selon le Tribunal, sur des produits suffisamment homogènes, pour que les informations révélées soient de nature à révéler la stratégie future des concurrents.

12. Car c'est cet élément qui est essentiel pour condamner ce type d'échange d'informations. Est-ce que les informations échangées sont de nature à révéler au concurrent la stratégie future de son concurrent?

Certains auteurs critiquent les récentes décisions des palaces parisiens et des mobiles à cet égard (Aichain M.-A., Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents, JCP E, 2007, n° 1278). Selon eux, l'échange d'informations aurait été condamné par le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris en raison de la seule structure du marché oligopolistique et non en raison d'une perte d'autonomie des entreprises sur leur stratégie future. En d'autres termes, ces décisions auraient fait de l'échange d'informations sur un marché oligopolistique une infraction *per se*, en se prononçant abstraitement et non concrètement.

Pourtant, dans l'affaire des palaces, la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 26 septembre 2006 a relevé que les informations « avaient un caractère stratégique en ce qu'elles permettaient à chacun des membres de l'oligopole de connaître d'une manière précise et immédiate non seulement les performances de ses concurrents, mais aussi les modifications éventuelles de leur politique commerciale, réduisant ainsi de manière significative la concurrence ».

Dans l'affaire des mobiles, outre le fait que l'échange d'informations a eu lieu pendant une période en même temps qu'une entente de gel de parts de marché, la Cour d'appel de Paris a relevé que l'échange d'informations permettait aux entreprises « de connaître leurs stratégies réciproques et d'évaluer les effets des politiques commerciales de leurs concurrents (notamment le volume de clients nouveaux et conservés) ».

>

Il semble donc bien que l'autorité de concurrence et la Cour d'appel se soient prononcées en considérant que ces échanges d'informations diminuaient concrètement l'incertitude sur le marché. Peut-être toutefois conviendrait-il que la motivation soit encore plus substantielle sur cet élément qui est l'élément déterminant (à cet égard, on sait qu'en procédure civile, l'arrêt confirmatif repose également sur les motifs du jugement de première instance qu'il confirme. Une règle similaire serait opportune en notre matière, qui permettrait à l'arrêt d'appel rejetant le recours contre une décision du Conseil de la concurrence d'être justifié également par les motifs de la décision de l'autorité de concurrence (sans même avoir à s'y référer). Mais il est peu probable qu'en l'absence de texte en ce sens, cette solution prévaille ?

Finalement, le bon fonctionnement du marché suppose la subsistance de l'incertitude sur les choix et les stratégies des opérateurs. C'est comme en matière boursière. Si l'on est bénéficiaire d'une information privilégiée, on n'a pas le droit d'en profiter pour faire une bonne opération sur le marché boursier. Sinon il y a délit d'initié.

Tout comme le délit d'initié altère le bon fonctionnement de la bourse, l'échange d'informations s'il permet de connaître toute ou partie de la stratégie future des autres opérateurs altère le fonctionnement du marché. Et en cela la transparence est vice.

Mais la transparence a aussi à d'autres égards des vertus.

II. – Les vertus de la transparence

13. Quand elle s'impose aux entreprises, la transparence a tout d'abord la vertu de faciliter le contrôle des autorités, et d'éviter des confusions dans l'esprit des clients (A). Mais les entreprises ont elles aussi droit aux vertus de la transparence. Quand celle-ci s'impose aux autorités, la transparence est le rempart contre la discrimination et elle a la vertu de la prévisibilité (B).

A. – La transparence imposée aux entreprises

14. La transparence est d'abord imposée aux entreprises pour faciliter le contrôle.

C'est bien sûr ici d'abord la transparence tarifaire avec la « *facturologie* », mais aussi la transparence renforcée par la loi *PME* du 2 août 2005 (cf. RLC 2005/5, n^{os} 364 et s.) : transparence renforcée des conditions générales de vente que l'on doit communiquer à toute personne qui en fait la demande (si elle fait partie de la catégorie, en cas de conditions générales catégorielles ; cf. RLC 2005/5, n^o 365 ; cf., également, Nourissat C., Retour sur les CVG catégorielles et les CPV : différenciation et discrimination tarifaire, un an après, RLC 2006/9, n^o 637), transparence des contrats de coopération commerciale, transparence des procédures d'enchères inversées.

Toutes ces obligations de transparence ont été largement commentées au moment de l'entrée en vigueur de la loi *PME*. Il semble bien que leur but soit de favoriser le contrôle, le contrôle des entreprises elles-mêmes qui du fait de la transparence des conditions générales de vente peuvent vérifier qu'elles ne font pas l'objet de pratiques discriminatoires, et le contrôle de la DGCCRF qui peut traquer plus encore qu'avant les services fictifs ou recevant une rémunération disproportionnée.

Mais il ne faudrait pas croire que cette transparence-là se limite au petit droit de la concurrence, c'est-à-dire au droit des pratiques restrictives. On la trouve aussi par exemple dans le droit des pratiques anticoncurrentielles.

C'est elle qui justifie par exemple l'article 3-4, point 4 du règlement CE n^o 1400-02 en matière de distribution automobile qui n'accorde l'exemption que si le contrat prévoit l'obligation de motiver la rupture du contrat de distribution automobile. Il faut que la lettre de résiliation indique « *des raisons objectives et transparentes de la décision de résiliation* ». De la sorte, il sera plus facile de vérifier que la rupture du contrat

ne se justifie pas par le refus de se soumettre à une pratique anticoncurrentielle du constructeur (Ferrier D., Une obligation de motiver ? RDC 2004, p. 558).

15. Mais la transparence est également vertueuse quand elle permet d'éviter des confusions qui pourraient avoir des effets néfastes sur le marché. Ainsi, c'est à cette transparence vertueuse que l'on doit l'obligation des entreprises de pompes funèbres qui sont aussi gestionnaires d'une chambre mortuaire de bien séparer cette activité de leur activité d'opérateur de pompes funèbres pour ne pas créer de confusion dans l'esprit des familles entre les deux activités (Cons. conc., déc. n^o 04-D-70, 16 déc. 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans la région de Saint-Germain-en-Laye). En cas d'opacité (même numéro de téléphone, mêmes locaux non séparés), il y a un risque (si les autres conditions sont remplies) qu'il y ait abus de position dominante.

Mais charité bien ordonnée commence par soi-même. Si la transparence quand elle est vertueuse s'impose aux entreprises, elle doit aussi s'imposer aux autorités qui les contrôlent.

B. – La transparence imposée aux autorités

1) la transparence imposée au régulateur

16. Personne n'a échappé au matraquage publicitaire autour des numéros 118... pour les informations téléphoniques.

Quand ces numéros ont été distribués, l'autorité de régulation a mis en place une procédure on ne peut plus transparente, pour assurer par un tirage au sort, que les trois chiffres suivant le 118 seraient attribués sans discrimination.

17. Mais il arrive aussi que l'autorité ne respecte pas son obligation de transparence (la transparence devrait être, selon certains, améliorée. Ainsi, par exemple, dans une réponse de l'AFEC à la Commission européenne, il a été demandé que l'on améliore la transparence des échanges entre l'autorité de régulation nationale et la Commission européenne) et elle est alors sanctionnée. C'est ce qu'a fait récemment le Conseil d'État avec l'ART (CE, 25 févr. 2005, Gaz. Pal. 2005, 2, p. 37, obs. Veret D. et Veve A.). Dans le domaine du dégroupage de l'accès à la boucle locale, un règlement communautaire (Règl. Parl. eur. et CE, n^o 2887/2000, 18 déc. 2000, art. 3) dispose que « *les opérateurs désignés par les autorités réglementaires nationales comme puissants sur le marché de la fourniture de réseaux téléphoniques publics fixes [...] sont tenus de proposer aux autres opérateurs de télécommunications une « offre de référence » fixant les conditions d'accès à la boucle locale de leur réseau* » (Informatique, Télécoms, Internet, éd. Francis Lefebvre 2004, n^o 2116). C'est France Télécom qui a été désignée comme opérateur puissant sur ce marché, et a été chargée de proposer une offre de référence à ses concurrents. Or, l'ART (devenue ARCEP) a demandé à France Télécom de modifier les tarifs de son offre d'accès à la boucle locale.

Le problème est venu de ce que l'ART doit publier sa méthode de calcul des coûts liés au dégroupage (C. P et T, art. D. 99-24). À partir du moment où le régulateur envisageait d'imposer à l'opérateur historique une modification de son offre de référence dans ce domaine, il devait donc, en application du principe de transparence posé par le Code des postes et télécommunications, publier sa nouvelle base de calcul. Or, la dernière méthode de calcul qui avait été publiée en la matière figurait dans la décision n^o 2000-1171 prise par l'Autorité le 31 octobre 2000. La décision n^o 03-323 du 16 avril 2002 imposant à France Télécom une modification de son offre de référence ayant été fondée sur une méthode de calcul différente de celle fixée dans la décision de 2000, l'Autorité n'avait donc pas rempli ses obligations de « *publicité* » préalable.

C'est pour cela que le Conseil d'État a annulé la décision de 2002, rendue au mépris des obligations de transparence de l'ART (mais compte tenu des effets très néfastes qu'aurait eus, en l'espèce, la rétroactivité, le Conseil d'État a prononcé une annulation seulement pour l'avenir, cf. CE, 25 févr. 2005, n° 247866).

De la même façon, une certaine transparence peut s'appliquer aux autorités quand elles sanctionnent.

2) La transparence imposée à l'autorité de sanction

18. Les entreprises sont aussi demandresses de sécurité juridique et de prévisibilité des sanctions qu'elles encourent en cas d'irrespect des règles de concurrence, et ce qu'elles peuvent attendre des programmes de clémence.

C'est pourquoi, dans un souci de transparence, et de prévisibilité, le Conseil a fait un communiqué de presse pour préciser les règles qui seront respectées pour la clémence (Communiqué de procédure, 11 avr. 2006 sur le programme de clémence français, communiqué susceptible d'être révisé sous peu).

C'est aussi pourquoi les autorités s'évertuent à motiver très substantiellement leurs décisions, notamment dans la partie concernant les sanctions.

Il reste que certains demandent plus de transparence encore, avec l'élaboration de *guidelines* permettant de prévoir la sanction.

C'est à cela que la dernière communication de la commission européenne en matière de sanction correspond (Lignes directrices, 28 juin 2006 pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, § 2, sous a) du Règlement n° 1/2003).

Le Conseil de la concurrence n'a pas élaboré pour l'instant de lignes directrices en la matière. Mais il y a une différence sensible entre sa position et celle de la Commission. Le droit français impose au conseil de tenir compte du dommage à l'économie pour fixer la sanction. Ce dommage à l'économie est purement factuel. Il est différent selon chaque espèce. Il est différent pour une faute d'une même gravité. Cela exclut en tout cas tout barème préalable rigide.

Malgré cela, la motivation extrêmement précise des décisions sur les sanctions permet de prévoir à peu de choses près quelle est la sanction encourue dans telle ou telle affaire.

Dans l'optique de la transparence, on peut en outre se demander si un barème trop précis ne permettrait pas aux entreprises de faire un calcul entre le risque et le profit, qu'elles vont obtenir de leur pratique illicite, et de choisir l'illicéité si le risque calculé à partir du barème est plus faible que le profit escompté. Pour une meilleure prophylaxie des pratiques anticoncurrentielles, ne faut-il pas au contraire qu'il subsiste une incertitude quant au caractère lucratif de la faute ?

En effet, même quand la transparence est vertueuse, il faut se garder des excès de la vertu. ♦

La transparence, source d'accroissement et facteur de réduction de la concurrence

Intervenant

Jérôme PHILIPPE, Avocat à la Cour, Freshfields Bruckhaus Deringer

Une approche naïve voudrait que la transparence, par excellence signe d'ouverture marquant une bonne volonté, soit un élément positif en termes économiques. D'ailleurs, l'un des chapitres du Code de commerce s'intitule « *De la transparence* », ce qui prouve bien qu'elle est recherchée. Hélas, le droit de la concurrence est parfois contre-intuitif, et à vouloir trop bien faire et garantir un degré élevé de transparence, on risque parfois, au contraire, l'atteinte à la concurrence.

J'ai parfois eu l'occasion de voir des entreprises venir présenter avec enthousiasme à l'autorité de concurrence ou au régulateur des systèmes augmentant la transparence de certains marchés, et repartant fort déçues d'avoir déclenché une réaction beaucoup plus sceptique que favorable. Car effectivement la transparence n'est pas nécessairement positive. Elle peut l'être, mais cela dépend de la structure de marché. Il existe en effet des configurations dans lesquelles elle augmente l'efficacité des marchés, et au contraire des configurations dans laquelle elle va réduire cette efficacité en réduisant la concurrence.

En effet, dans certains cas, la transparence peut être soit source de collusion, ou encore, ce qui est moins souvent commenté, un excellent moyen d'exploiter un pouvoir de marché.

I. – La transparence, source d'accroissement de concurrence

A. – Les coûts de recherche des consommateurs

Le premier atout de la transparence, assez évident, est qu'elle diminue les coûts de recherche des consommateurs. De ce point de vue, son effet direct est positif.

En outre, cette réduction du coût de recherche va également avoir des effets indirects en modifiant le comportement des offreurs, comme on peut le voir avec un modèle bien connu des économistes, le modèle de Diamond.

Il faut imaginer un produit vendu par N magasins qui sont tous identiques. Le coût de fabrication et de distribution de ce produit est C, et la valeur (« *l'utilité* ») de ce produit pour les consommateurs est R, de sorte que le prix du produit sur le marché sera toujours compris entre C au minimum et R au maximum (en dessous de C, aucun vendeur ne veut vendre. Au-dessus de R, aucun consommateur ne veut acheter).

Nous nous plaçons dans le cas le plus simple, et recherchons uniquement un équilibre (concurrentiel) symétrique, c'est-à-dire un équilibre dans lequel tous les magasins (qui rappellent-le, sont identiques et vendent exactement le même produit) pratiquent le même prix. L'équilibre est concurrentiel dans la mesure où il y a plusieurs magasins (on peut supposer N élevé) et où les magasins ne se parlent pas.

Nous allons maintenant rechercher les équilibres symétriques, avec transparence et sans transparence. Dans le modèle avec

>

transparence, tous les consommateurs connaissent sans aucun coût le prix pratiqué par chaque magasin. Dans le modèle sans transparence, les consommateurs connaissent le prix de leur magasin le plus proche. Ils peuvent aller voir un autre magasin, mais cela leur coûte un coût de transport T .

Avant de rechercher les équilibres, il est nécessaire de faire un petit rappel de théorie des jeux. Un équilibre (dit équilibre de Nash) est un « *point stable* », c'est-à-dire que si l'on se trouve dans cette situation de marché, personne ne veut, individuellement, en changer.

La technique de recherche des équilibres est donc simple. On prend un « *candidat équilibre* », c'est-à-dire une situation de marché donnée, et on regarde s'il existe un acteur qui a envie d'en changer. S'il existe un tel acteur, le candidat n'est pas un équilibre. S'il n'en existe pas, le candidat est bien un équilibre.

Recherchons donc les équilibres symétriques en situation de transparence.

Imaginons que tous les magasins pratiquent le prix P , et que tous les consommateurs voient immédiatement tous les prix pratiqués. Puisqu'il y a N magasins, chaque magasin aura en moyenne $1/N$ consommateur.

Si $P < C$, tous les magasins vendent à perte. Donc il existe au moins un magasin qui veut remonter son prix, par exemple à $P = C$, pour ne plus perdre d'argent. Donc la situation où tous les magasins vendent au prix P avec $P < C$ n'est pas stable. Ce n'est pas un équilibre.

Si $P > R$, les magasins ne vendent rien, car aucun consommateur n'achète à ce prix. Prenons un magasin au hasard. S'il baisse son prix à $P = R$, les consommateurs vont tous venir vers lui et vont lui acheter. Donc il existe au moins un magasin qui voudra baisser son prix. Donc la situation où tous les magasins vendent au prix P avec $P > R$ n'est pas stable. Ce n'est pas un équilibre.

Imaginons maintenant un candidat équilibre où tous les magasins vendent au prix P tel que $C < P \leq R$. Puisque tous les magasins vendent au même prix, tous ont en moyenne $1/N$ consommateur. Imaginons maintenant qu'un magasin décide de baisser un tout petit peu son prix, de P à $P - \epsilon$. Alors tous les consommateurs vont voir immédiatement qu'il est un peu moins cher du fait de la transparence, et il va passer de $1/N$ consommateur à 1 consommateur. Il va donc multiplier sa demande par N , tandis que sa marge restera très positive et aura très peu baissé si ϵ est suffisamment petit. Une demande multipliée par N et une marge qui diminue à peine, vont induire une hausse de profit. Donc il existe au moins un magasin qui veut baisser légèrement son prix. Donc le candidat n'est pas stable : ce n'est pas un équilibre.

Il ne reste plus qu'un candidat que nous n'avons pas essayé : c'est la situation dans laquelle tous les magasins vendent au prix $P = C$. Si un magasin baisse son prix, il perdra de l'argent. S'il augmente son prix, il perdra tous ses clients. Donc ce point est bien un équilibre.

Par conséquent, dans ce modèle très simple de Diamond, la transparence entraîne un prix égal au coût, c'est-à-dire un prix extrêmement concurrentiel.

Regardons maintenant le même modèle, mais cette fois sans transparence.

Ainsi chaque magasin reçoit spontanément $1/N$ consommateur. Les consommateurs ne voient que le prix de leur magasin. Ils peuvent aller en voir d'autre, mais chaque transport leur coûte un montant (petit) T .

Pour les mêmes raisons que précédemment, les candidats avec $P < C$ ou $P > R$ ne peuvent pas être des équilibres.

Cherchons d'abord si l'équilibre avec transparence ($P = C$) en est toujours un. Imaginons donc que tous les magasins pratiquent $P = C$. Alors que se passe-t-il si un magasin, pris au hasard, augmente son prix à, disons, $C + T/2$. Les consommateurs qui sont chez lui ne seront certes pas très contents, mais vont-ils partir pour autant ? Non, car s'ils partent, ils s'attendent à trouver C ailleurs mais vont payer T en transport. Donc ils auront payé au total $C + T$. Alors que s'ils restent, ils payent « *seulement* » $C + T/2$. Par conséquent, le magasin qui augmente son prix de $T/2$ ne perd aucun client et augmente sa marge. Donc il existe au moins un magasin qui va le faire. La situation de départ n'est donc pas stable : ce n'est pas un équilibre.

Nous pouvons appliquer le même raisonnement pour tout prix P tel que $C \leq P < R$. En effet, dans ce cas, un magasin qui augmente son prix de P à $P + \epsilon$ augmente son profit dès que ϵ est à la fois plus petit que T et que $R - P$, ce qui est toujours possible. Donc une situation telle que $C \leq P < R$ n'est pas stable et ne peut être un équilibre.

Il ne reste plus qu'une possibilité : $P = R$. Regardons si c'est un équilibre. Imaginons un magasin qui augmente son prix de ϵ . Les clients de ce magasin n'iront certes pas ailleurs (car cela leur coûterait $P + T$ qui est plus cher que $P + \epsilon$), mais ils vont tout simplement arrêter d'acheter, car aucun consommateur n'est prêt à payer un prix supérieur à R . Donc aucun magasin n'a intérêt à augmenter son prix. Inversement, un magasin peut-il avoir intérêt à baisser son prix de ϵ . S'il le fait, ses clients seront très contents. Mais va-t-il pour autant augmenter son nombre de clients ? Non car, du fait de l'absence de transparence, les clients des autres magasins ne sauront pas qu'il a baissé son prix. Donc, si $P = R$, aucun magasin n'a intérêt ni à baisser, ni à augmenter son prix. Cette situation est bien un équilibre.

Ainsi, si l'on résume les conclusions du modèle de Diamond :
– avec transparence, le seul équilibre symétrique est $P = C$, c'est-à-dire le prix le plus bas possible ;
– sans transparence, le seul équilibre est $P = R$, c'est-à-dire le prix le plus élevé possible.

Selon que l'on est avec ou sans transparence, le résultat est donc complètement inversé puisque l'on passe du prix plancher au prix plafond, et la transparence est clairement bénéfique au consommateur et à la concurrence dans ce cas.

La transparence a donc, dans un certain nombre de configurations, des effets très positifs.

On aboutit également à la même conclusion si l'on regarde les questions de qualité des produits.

B. – Le signal de la qualité

Schématiquement, les économistes classifient les biens en trois catégories :

- les *search goods*, dont on connaît la qualité avant l'achat (ce qui correspond donc à la situation de transparence) ;
- les *experience goods*, dont on ne connaît la qualité qu'après l'achat (lors de l'usage effectif du bien) ;
- et les *credence goods*, dont on ne connaît la qualité que bien longtemps après l'achat (par exemple certains produits alimentaires, ou des actions de sociétés).

Dans le cas des *experience goods*, on montre qu'il existe des équilibres très complexes, dans lesquels le prix lui-même devient un signal de la qualité : il ne sert plus seulement à transférer la valeur du bien, mais il signale également la qualité de ce bien. Ce « *double rôle* » du prix est générateur d'inefficacités, car pour signaler que le bien est effectivement de bonne qualité, il faudra en général lui donner un prix différent du prix qui aurait été optimal si sa qualité avait été visible.

Quant aux *credence goods*, les équilibres les concernant sont encore plus inefficaces, et mettent souvent en jeu des phénomènes de rumeurs.

Un des exemples qui montre bien l'impact de la transparence, en termes de qualité, est le modèle d'Akerlof, dit encore modèles des *peaches and lemons*. Il s'agit d'un modèle de vente de voitures d'occasions.

Une *peach* est une bonne voiture, tandis qu'une *lemon* est une mauvaise. Une *peach* vaut 50 et une *lemon* vaut 30. Il y a 60 % de *peaches* et 40 % de *lemons*.

En situation de transparence totale, à la fois les vendeurs et les acheteurs connaissent la qualité de chaque voiture. Il existe donc deux marchés : un marché des *peaches* sur lequel le prix est de 50, et un marché des *lemons* sur lequel le prix est de 30.

Une autre situation est l'absence totale de transparence, quand ni le vendeur ni l'acheteur potentiel ne connaît la qualité de la voiture. Dans ce cas-là, chacun ne peut raisonner qu'en espérance, avec 60 % d'avoir une bonne et 40 % d'avoir une mauvaise. Dans ce cas, il n'y a plus qu'un marché, avec toutes les voitures, et un prix qui reflète la valeur moyenne d'une voiture, soit 42.

La situation la plus intéressante est celle de l'asymétrie d'information : le vendeur connaît la qualité de sa voiture, mais l'acheteur potentiel ne la connaît pas. On va voir que, dans ce cas et sauf à imaginer des mécanismes de garantie, il devient tout simplement impossible de vendre une bonne voiture, et seules les mauvaises restent sur le marché.

En effet, l'acheteur, ne connaissant pas la qualité de la voiture, n'est pas prêt à payer plus que la valeur espérée de la voiture, soit $60\% \times 50 + 40\% \times 30 = 42$. Par conséquent, toute voiture proposée à un prix supérieur à 42 ne trouve pas d'acheteur. Le problème est que les vendeurs connaissent la qualité de leurs voitures, et qu'aucun vendeur possédant une bonne voiture ne veut la vendre à un prix de 42 (puisque lui sait qu'elle vaut 50). Donc il n'y a plus que des mauvaises voitures sur le marché. Mais les acheteurs étant parfaitement capables de comprendre à la fois qu'ils ne veulent jamais payer plus de 42, mais qu'à ce prix-là il n'y a que des *lemons* qui peuvent être vendues, les acheteurs ne veulent plus payer un prix supérieur à 30, c'est-à-dire la valeur d'une *lemon*. Ainsi, dans le cas de l'information asymétrique, il n'y a qu'un seul marché, au prix de 30, sur lequel on ne trouve que de mauvaises voitures. Il n'existe plus de marché des bonnes voitures. On ne peut plus vendre de bonne voiture.

En asymétrie d'information, l'impossibilité pour les bonnes voitures de se signaler comme telles auprès des vendeurs a pour conséquence que les bonnes voitures sortent du marché.

Là encore, on le voit, la transparence est bénéfique.

C. – Le problème du passager clandestin

Avant d'en arriver aux aspects plus stratégiques de la concurrence, il faut toutefois noter que, lorsque les vendeurs sont supposés fournir un effort (conseil, mise en avant, etc.), la transparence accrue peut rendre plus aigu le risque bien connu de passager clandestin. Le passager clandestin est le vendeur qui ne fournit pas l'effort, donc qui ne subit pas le coût de l'effort, et qui en conséquence vend moins cher en profitant de l'effort fourni par les autres revendeurs.

À cet égard, il faut bien sûr distinguer entre l'effort appropriable (service après-vente, parking gratuit devant le magasin, retouches gratuites, etc.), pour lequel le phénomène de passager clandestin n'existe pas, et l'effort qui n'est pas ap-

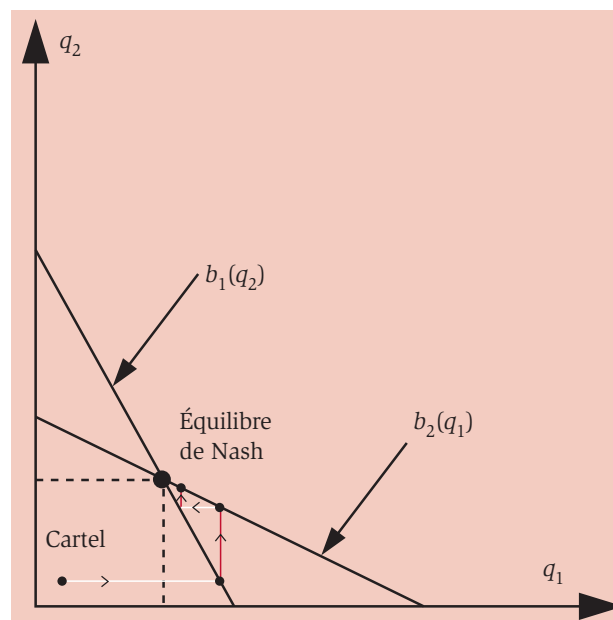
propriable (conseil à l'achat, édition de catalogues, de comparatifs). Dans ce dernier cas, le phénomène de passager clandestin existe toujours, et il risque d'être amplifié par la facilité, pour le consommateur, de comparaison des prix. On peut par exemple aller chercher le conseil dans un magasin ayant des vendeurs spécialisés et formés, puis acheter auprès d'un vendeur un peu moins cher mais n'offrant pas de conseil. Le danger, c'est que, bien entendu, les vendeurs qui fournissent cet effort n'en retirent plus de bénéfice, et vont arrêter de fournir le service : la conséquence du phénomène de passager clandestin est la disparition du service rendu aux consommateurs dès lors que ce service n'est pas « appropriable » par le vendeur.

Ce problème de passager clandestin existe indépendamment de la transparence, mais il est clair qu'une transparence accrue rend le problème plus aigu car elle facilite l'action des passagers clandestins. C'est notamment le cas, dans certains secteurs, avec le développement des ventes sur Internet. Il faut donc prendre garde qu'un excès de transparence ne diminue pas le niveau de service rendu au consommateur.

II. – La transparence, facteur de réduction de concurrence

A. – L'aide à la collusion

Imaginons deux entreprises, qui fixent chacune la quantité qu'elles mettent sur le marché. Pour chaque entreprise, on peut définir ce qu'on appelle une « courbe de meilleure réponse ». Par exemple, si je suis l'entreprise 2, ma courbe de meilleure réponse me donne, pour chaque quantité Q_1 mise sur le marché par l'entreprise 1, la quantité Q_2 optimale que j'ai intérêt à mettre sur le marché. Bien évidemment, cette quantité Q_2 varie en fonction de Q_1 choisie par l'entreprise 1. Là encore, le point d'équilibre est l'équilibre de Nash, qui correspond ici à un équilibre concurrentiel : il s'agit d'un couple (Q_1, Q_2) telle que Q_1 est meilleure réponse de l'entreprise 1 face à Q_2 et simultanément Q_2 est meilleure réponse de l'entreprise 2 face à Q_1 . Chacun étant sur sa « courbe de meilleure réponse », aucun joueur n'a envie de dévier, et donc le point (Q_1, Q_2) est stable.



Dans le graphique ci-dessus sont tracées les deux courbes (en l'espèce, des segments de droites) de meilleure réponse : est la meilleure réponse de l'entreprise 1, et est la meilleure réponse de l'entreprise 2. Le point d'équilibre de Nash (Q_1, Q_2)

est donc situé à l'intersection des deux courbes. C'est l'équilibre concurrentiel.

Si l'on passe à une situation de cartel, alors par construction les quantités mises sur le marché seront plus faibles qu'à l'équilibre concurrentiel, afin que les prix soient plus élevés. Le point de cartel est donc situé « *en bas à gauche* », sur le graphique, par rapport au point d'équilibre concurrentiel. On voit immédiatement que le point de cartel n'est pas situé sur les courbes de meilleure réponse des entreprises. En effet, le cartel correspond à une maximisation commune du profit, et non à un équilibre où chacun maximise individuellement son propre profit.

Cela signifie qu'à la différence du point d'équilibre concurrentiel qui est stable, le point de cartel, lui, n'est pas stable. En clair, si je suis dans une situation de cartel, j'ai envie, individuellement, d'augmenter un peu ma quantité, sans que cela ne se voie pour éviter des représailles. Ainsi, je bénéficierai du prix (élevé) de cartel pour une quantité vendue plus grande, ce qui augmentera mon profit.

Graphiquement, cet intérêt à dévier se traduit par, d'abord, la flèche rouge qui part du point de cartel : c'est le joueur 1, qui se dit qu'il a intérêt à aller se mettre sur sa courbe de meilleure réponse, sachant que le joueur 2, lui, est sur sa position de cartel.

Mais en réponse, le joueur 2 à son tour voudra se mettre sur sa courbe de meilleure réponse, sachant que le joueur 1 vient déjà de bouger. Ce second mouvement correspond à la flèche bleue allant vers le haut.

Mais ce mouvement du joueur 2 a pour conséquence que faire quitter sa courbe de meilleure réponse au joueur 1. Celui-ci doit donc de nouveau s'ajuster (flèche rouge suivante, allant sur la gauche), pour rester toujours sur sa courbe de meilleure réponse.

Et ainsi de suite, 2 doit de nouveau s'ajuster à son tour, etc.

Le graphique montre très bien que cette série d'ajustements successifs ramène les deux entreprises sur le seul point stable du jeu, qui est... l'équilibre concurrentiel.

Ainsi, on voit qu'en l'absence de discipline, les joueurs ne vont pas réussir à conserver la situation de cartel, et que leurs ajustements successifs (qui, individuellement, leur permettent chacun d'augmenter localement leur profit) les ramènent sur le point d'équilibre concurrentiel.

Le célèbre économiste George Stigler, Prix Nobel en 1982, expliquait ainsi que « *la principale difficulté à former un cartel est qu'il est plus profitable d'être à l'extérieur que d'être un participant. L'outsider vend, au même prix que l'insider, une quantité plus grande que celle qui égaliserait son coût marginal au prix de vente. Le promoteur d'un cartel recevra ainsi tous les encouragements de la part de ses concurrents sauf une participation* ».

Les autorités de concurrence vont énormément jouer sur cette instabilité structurelle des cartels. Ainsi, par exemple, l'objectif de la politique de clémence n'est pas tant de dévoiler et punir un certain nombre de cartels, que de faire disparaître les cartels en renforçant encore l'instabilité du cartel, puisque l'on permet à un participant d'en sortir en se faisant beaucoup moins sanctionner que les autres, voire pas du tout. Cela rend la vie du membre de cartel dangereuse, beaucoup plus dangereuse qu'avant.

Là encore, on peut prendre un petit exemple. Imaginons toujours un modèle simple, avec deux entreprises. Chacune peut faire un prix élevé ou un prix bas. Le jeu est représenté sur le tableau suivant, où l'entreprise 1 choisit la ligne (haut = maintient le prix élevé, bas = baisse le prix), et l'entreprise 2 choisit la colonne (gauche = maintient le prix élevé, droite = baisse

le prix). Cela donne quatre cases, qui correspondent aux quatre situations possibles sur le marché. Dans chaque case, on a indiqué deux chiffres : d'abord le profit de 1, puis le profit de 2. Ce jeu constitue ce qu'on appelle le « *dilemme du prisonnier* ».

2 maintient son prix	2 baisse son prix	
3, 3	-2, 8	1 maintient son prix
8, -2	0, 0	1 baisse son prix

Quel est l'équilibre de ce jeu ? Là encore, on recherche l'équilibre de Nash, c'est-à-dire un point stable sur lequel les deux joueurs sont, chacun et simultanément, sur leur meilleure réponse face à l'autre.

Regardons par exemple la meilleure réponse de 1 :

– si 2 joue « *maintient* », 1 a intérêt à jouer « *baisse* » (il gagne 8, alors qu'il aurait gagné 3 s'il avait joué « *maintient* »)

– si 2 joue « *baisse* », 1 a intérêt à jouer « *baisse* » (il gagne 0, alors qu'il aurait gagné -2 s'il avait joué « *maintient* »)

Donc la meilleure réponse de 1 est de jouer toujours « *baisse* », quel que soit le jeu de 2.

Quant à la meilleure réponse de 2 :

– si 1 joue « *maintient* », 2 a intérêt à jouer « *baisse* » (il gagne 8, alors qu'il aurait gagné 3 s'il avait joué « *maintient* »)

– si 1 joue « *baisse* », 2 a intérêt à jouer « *baisse* » (il gagne 0, alors qu'il aurait gagné -2 s'il avait joué « *maintient* »)

Donc la meilleure réponse de 2 est de jouer toujours « *baisse* », quel que soit le jeu de 1.

Ainsi, les meilleures réponses consistent, pour chaque joueur, à jouer toujours « *baisse* » quel que soit le jeu de l'autre.

Pas conséquent, il est très simple de déterminer l'équilibre de Nash de ce jeu, puisque la case « *baisse, baisse* », en bas à droite, est à l'évidence la seule à correspondre simultanément aux meilleures réponses de chacun des joueurs.

Cette case (0,0), en bas à droite, est donc l'équilibre de Nash, en l'occurrence l'équilibre concurrentiel qui sera recherché par les autorités de concurrence.

C'est la case sur laquelle aboutiront spontanément les entreprises si elles jouent individuellement, car c'est la seule case « *stable* » du jeu.

On remarque que, paradoxalement, c'est celle dans laquelle le profit total est minimal puisqu'il vaut 0, alors qu'il vaut 6 dans toutes les autres cases.

Ainsi, chaque entreprise maximise individuellement son profit, mais ceci les conduit en réalité à minimiser leur profit total. C'est une situation typique du dilemme du prisonnier. C'est la situation de concurrence.

À l'inverse, le point de cartel se situe, lui, dans la case située en haut à gauche, c'est-à-dire qu'il correspond à une maximisation du profit commun (ici, 6) et à un partage plus ou moins égalitaire (donc acceptable par tous les membres) de celui-ci. Mais ce point n'est pas stable. Imaginons que l'on y soit un instant, chaque joueur à envie de baisser son prix (pour passer d'un profit de 3 à un profit de 8). Donc l'un des joueurs va le faire, et l'autre va répliquer en baissant à son tour son prix (pour passer d'un profit de -2 à un profit de 0), et à l'arrivée les deux joueurs terminent... au point d'équilibre concurrentiel.

Nous nous trouvons donc, dans ce petit modèle simple, face à un résultat très fort : le seul équilibre du jeu, le seul point stable, c'est la situation de concurrence.

On peut montrer facilement que, si l'on répète le jeu un nombre fini de fois, on conserve exactement le même résultat.

Maintenant, regardons ce qui se passe si l'on répète le jeu « un nombre indéfini de fois », c'est-à-dire que personne ne sait à quel moment le jeu s'arrêtera, mais les joueurs sont toujours les mêmes à chaque période tant que le jeu continue, et ils rejouent toujours exactement le même jeu, chacun choisissant prix haut ou prix bas à chaque période.

Il y aura beaucoup d'équilibres de Nash dans ce jeu, mais nous allons seulement en regarder un. Imaginons que chaque joueur adopte la stratégie suivante : « je joue prix élevé à la première période; puis, à toutes les périodes à partir de la deuxième, je joue prix élevé si l'autre joueur a toujours joué prix élevé dans l'histoire du jeu, et je joue prix bas dès que l'autre joueur a, au moins une fois dans l'histoire du jeu, joué prix bas ».

Si chaque joueur joue cette stratégie, alors le « chemin d'équilibre » est la case (3,3), c'est-à-dire le cartel, à toutes les périodes. La question qu'il faut se poser est la suivante : est-ce qu'un joueur a intérêt à dévier. Si oui, alors nous n'avons pas un équilibre; si non, alors nous avons bien trouvé un équilibre de Nash du jeu répété.

Supposons donc que nous sommes à une période T, et que tout le monde a joué « prix haut » jusque-là conformément aux stratégies indiquées. Mettons-nous à la place de l'un des joueurs, à cet instant T, et regardons si nous avons plutôt intérêt à continuer à jouer la stratégie indiquée (*i.e.* prix haut), ou au contraire à dévier (*i.e.* prix bas).

Si l'on joue prix haut, on aura 3 à la période en cours, puis 3 à toutes les périodes suivantes puisque l'on reste sur le « chemin » donné par les stratégies indiquées.

Si l'on joue prix bas, on obtient immédiatement 8 à la période qui arrive. En revanche, l'autre joueur, conformément à sa stratégie, va se mettre à jouer prix bas à toutes les étapes suivantes. Donc on n'aura plus que 0 à toutes les étapes suivantes.

Ainsi, il faut comparer le profil de gains 3, 3, 3, 3, etc. en l'absence de déviation, avec le profil de gains 8, 0, 0, 0, etc. en cas de déviation.

La comparaison dépend de la préférence pour le présent du joueur. Si sa préférence pour le présent est faible (taux d'actualisation faible), il préférera le profil 3, 3, 3, 3, etc. Si en revanche sa préférence pour le présent est forte (taux d'actualisation élevé), il préférera le profil 8, 0, 0, 0, etc.

Si chaque joueur préfère le profil 3, 3, 3, 3, etc., alors nous sommes bien en présence d'un équilibre de Nash du jeu répété. Au contraire, si un joueur au moins préfère le profil 8, 0, 0, 0, etc., alors ce joueur décidera de dévier vers des prix bas, et les stratégies indiquées précédemment ne définiront plus un équilibre.

C'est bien sûr le premier cas qui est intéressant. En effet, il est facile de montrer qu'il existe dans tous les cas une gamme de taux d'actualisation faibles, tel que le profil 3, 3, 3, 3, etc. est un équilibre du jeu répété.

Cela signifie, qu'alors que le cartel n'était pas un équilibre du jeu joué une fois, il devient un équilibre du jeu répété.

Notons toutefois que, dans notre jeu, les joueurs ne se parlent jamais. Si chacun choisit une stratégie conforme aux stratégies mentionnées précédemment, on aboutit à un équilibre où les profits sont des profits de cartels, et ce en l'absence totale de communication entre les joueurs.

On a dans cette situation des profits qui correspondent économiquement à des profits de cartel, alors que juridiquement il n'y a pas de cartel puisque chaque joueur a maximisé son profit de manière totalement indépendante, et qu'à aucun moment une volonté commune entre les joueurs ne s'est faite jour. Cette situation correspond à la « collusion tacite » dont les conditions sont décrites, par exemple, dans l'arrêt *Airtours*

du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Airtours plc. c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 2585). Lorsqu'elle est pure, cette situation de collusion tacite ne tombe pas sous le coup de l'article 81 CE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Quel est le lien de tout ceci avec la transparence? On montre assez facilement que la transparence favorise l'émergence et le maintien de ce type d'équilibres de collusion tacite, ainsi d'ailleurs que le maintien de situations de cartel classiques. En effet, tant l'équilibre de collusion tacite que la situation de cartel reposent sur un système de menaces. La collusion tacite est fondée sur le fait que, si un joueur dévie aujourd'hui, il le paiera demain. Mais imaginons un instant qu'au lieu d'avoir le profil 8, 0, 0, 0, etc., il ait le profil 8, 3, 3, 3, etc., c'est-à-dire qu'il puisse dévier aujourd'hui et néanmoins ne pas le payer demain. Dans ce cas, il va toujours dévier, et donc il n'y a plus d'équilibre. Par conséquent l'équilibre de collusion tacite n'existe que parce que chaque joueur craint la conséquence, demain et après, de sa déviation d'aujourd'hui. Il en est de même du cartel classique, dans lequel chacun aimerait bien dévier un peu mais en est dissuadé par la crainte d'une punition aux périodes suivantes.

La crainte de la punition est donc essentielle au maintien d'une situation collusive, qu'elle soit tacite ou non. Mais la punition ne peut être efficace que si elle est automatique, systématique, et juste : la collusion tiendra si chaque déviation est punie, mais aussi s'il n'y a pas de punitions par erreur. Pour que la collusion tienne, il faut donc qu'il y ait une détection de bonne qualité : il faut être capable de détecter toutes les déviations tout en évitant de déclencher des punitions par erreur. C'est en réalité un équilibre de dissuasion.

Or, la transparence est essentielle pour assurer une bonne détection. Plus la transparence sur le marché est élevée, plus la qualité de la détection est bonne, ce qui renforce le mécanisme de dissuasion. Inversement, si l'on peut avoir bon espoir de dévier sans être repéré du fait de l'absence de transparence du marché, il sera très difficile qu'une situation de collusion se maintienne dans le temps.

On montre en effet qu'en l'absence de transparence, si la qualité de la détection est mauvaise, l'incitation à dévier des joueurs est beaucoup plus forte, ce qui rend beaucoup plus difficiles, voire impossibles, les situations de collusion, tacites ou non. C'est en cela que la transparence peut favoriser la collusion.

Cela suffit-il pour faire de la transparence une infraction de concurrence?

Tout d'abord, la transparence peut être spontanée, structurelle sur le marché, ou au contraire provoquée par les acteurs, la question de l'infraction ne se posant évidemment que dans le second cas.

Économiquement, on voit que ce sont les effets de la transparence qui peuvent être collusifs, mais on a vu précédemment que la transparence avait aussi des effets positifs. De même, l'objet de la transparence peut aussi être tout à fait louable lorsqu'il s'agit d'informer les clients.

Par conséquent, il ne semble pas qu'il existe des bases économiques pour définir une infraction *per se* de transparence. Dans la mesure où la transparence peut être, selon les cas, soit favorable, soit défavorable à l'efficacité économique, on se trouve typiquement dans le domaine d'une « règle de raison » et non d'une infraction *per se*.

De plus, si l'on veut toujours se rapprocher de la logique économique, alors il convient, pour bien évaluer les effets de la transparence et donc appliquer correctement une règle de raison, de voir si, dans chaque cas d'espèce étudié, la transpa-

>

rence peut s'intégrer dans un mécanisme détection/punition. Si c'est le cas, alors on peut imaginer, et le cas échéant prouver, qu'il y ait eu, à un moment donné, une volonté commune d'accroître la transparence afin de favoriser l'émergence d'un mécanisme collusif de type détection/punition.

Ce n'est cependant pas toujours le cas. Par exemple, dans l'arrêt *Airtours* précité, le TPICE, après avoir étudié en détail le fonctionnement du marché, a conclu que ce fonctionnement était incompatible avec l'existence d'un mécanisme de détection/punition.

Bien entendu, le résultat dépendra du type de transparence : concerne-t-elle des données présentes, récentes, anciennes, future? Les informations « *transparentes* » sont-elles accessibles aux consommateurs ou uniquement aux concurrents? Quelle est la nature des informations accessibles?

La même information peut être aussi parfois légale ou illégale selon la façon dont elle a été obtenue. Si par exemple l'information a été obtenue par un moyen qui prouve un concours de volonté entre concurrents alors il y a danger. Si au contraire elle est obtenue par une tierce partie, un client par exemple, il n'y a normalement pas de problème.

En réalité, quand on regarde la jurisprudence, on voit apparaître trois types de situation.

Soit la transparence volontaire fait partie d'un schéma d'ensemble de cartel, dont elle constitue un moyen de surveillance. Dans ce cas, il y a peu de doute sur son caractère infractionnel.

Dans d'autres cas, elle a été condamnée telle quelle, parce qu'elle réduit l'incertitude économique qui est le propre d'une situation concurrentielle. Cette situation fait l'objet d'une jurisprudence de plus en plus nourrie, même si économiquement, il resterait normalement à prouver en quoi elle permet concrètement d'accroître la collusion.

Enfin, il y a le schéma complexe d'équilibre où chacun agit unilatéralement, mais il existe une transparence structurelle du marché qui conduit à un équilibre de collusion tacite. Dans ce cas, le droit des ententes n'est pas adapté. En effet, s'il est interdit de s'entendre, rien n'interdit d'analyser intelligemment le fonctionnement d'un marché et de l'exploiter unilatéralement à son avantage, quitte à ce que la concurrence soit, in fine, réduite. L'interdiction de s'entendre n'équivaut pas à l'obligation de se faire concurrence.

Ainsi, une situation de « *pure* » collusion tacite ne nous semble pas tomber sous le coup de l'article 81 CE ou de l'article L. 420-1 du Code de commerce dans la mesure où elle n'implique aucun concours de volonté. Encore faut-il cependant qu'elle soit vraiment pure : les équilibres de collusion tacite peuvent parfois donner lieu à des échanges, par exemple au moment de la mise en place de l'équilibre, qui peuvent, eux, tomber sous le coup de la prohibition des ententes.

La transparence non plus comme outil de collusion mais comme moyen pour exploiter un pouvoir de marché.

B. – L'exploitation d'un pouvoir de marché

De manière générale, si l'on imagine un monopole qui fait face à des consommateurs tous différents, la variabilité des consommateurs sera un obstacle à la fois à l'efficacité et à la capacité de l'entreprise d'exploiter son pouvoir de monopole. Par exemple, des consommateurs qui désirent fortement le bien peuvent « *se cacher* » derrière des consommateurs qui le désirent moins, et in fine obtenir un prix plus bas.

Dans ce type de situation, la transparence a un double effet : un monopole en information parfaite qui a le droit de discriminer entre ses clients est parfaitement efficace, c'est-à-dire qu'il maximise la taille du « *gâteau* » économique. En revanche,

il peut aussi exploiter totalement son pouvoir de marché, c'est-à-dire qu'il obtiendra 100 % du gâteau. Cette situation est économiquement efficace (puisque le gâteau est maximal), mais suscite bien entendu des problèmes de distribution ou d'équité (puisque les consommateurs n'ont aucune part de ce gâteau). Inversement, réduire la transparence va diminuer la taille du gâteau, mais diminuera aussi la part de celui-ci que le monopole peut conserver. Il y a donc, dans ce cas, un arbitrage entre efficacité et équité.

Un autre exemple très intéressant provient d'une situation de chaîne verticale, avec un étage en monopole et un étage concurrentiel.

Si le monopole est en aval, la situation est simple, et le monopole est capable d'exploiter assez facilement à la fois son pouvoir de monopole vis-à-vis de ses fournisseurs et son pouvoir de monopole vis-à-vis de ses clients.

La situation est assez différente si le monopole est en amont. Dans ce cas, le monopole amont vend à des distributeurs avaux, qui eux-mêmes vendent aux consommateurs. On est dans un cadre de concurrence intra-marque. Les distributeurs du fournisseur sont en concurrence.

Dans ce contexte, Patrick Rey et Jean Tirole (Rey P. et Tirole J., *A Primer on Foreclosure, Handbook of Industrial Organization*, vol. III, édité par Mark Armstrong et Rob Porter, North Holland, 2007, Doc. fr., 2000) montrent que le monopole n'est pas capable d'exploiter son pouvoir de marché... sauf s'il bénéficie de la transparence.

Supposons que le monopole (P) peut signer des contrats secrets avec ses distributeurs, au nombre de trois (D1, D2 et D3). Il va aller voir D1 et va lui proposer de lui vendre 33 % de la quantité de monopole, au prix de monopole.

Quand ensuite P va voir D2, son intérêt n'est plus tout à fait de vendre à D2 au prix de monopole 33 % de la quantité de monopole. P a plutôt intérêt à baisser un peu son prix, pour vendre une quantité beaucoup plus grande à D2. D2 en effet pourra la revendre, car, en ayant acheté moins cher, il pourra revendre moins cher que D1. Ainsi, c'est D1 qui se retrouvera avec des quantités invendables car trop chères.

Puis, quand P va voir D3, il a intérêt à baisser encore un peu son prix, et peut même alors vendre à D3 100 % de la quantité demandée à ce prix. Dans ce cas, ce sont D1 et D2 qui se retrouveront avec des quantités achetées trop cher et qu'ils ne peuvent plus revendre. P de son côté, aura pu vendre près de deux fois la taille totale du marché à ses distributeurs, ce qui lui rapportera plus que d'avoir vendu « *seulement* » une fois la taille du marché au prix de monopole.

Le seul problème, c'est que les distributeurs peuvent bien entendu anticiper ce phénomène, et refuser d'acheter au-delà d'un prix limite. Ce prix limite correspond au prix tel que le producteur, s'il a déjà vendu à ce prix à D1, n'a pas intérêt à baisser le prix lorsqu'il vend ensuite à D2 ou D3.

Ce prix existe, et on peut le calculer facilement. Il s'agit... du prix concurrentiel.

Ainsi, le monopole amont, du fait de sa propre incitation à dévier si les contrats sont secrets, va se trouver dans l'impossibilité d'exploiter son pouvoir de monopole, et il va devoir vendre au prix concurrentiel (ce phénomène est très semblable à ce que les économistes appellent la Conjecture de Coase, qui concerne, elle, un monopole vendant des biens durables) !

Il existe cependant un moyen pour le monopole de sortir de ce paradoxe, et de pouvoir de nouveau exploiter son pouvoir de monopole : que lui-même, ou l'État, institue la transparence des contrats.

Dans ce cas, lorsque le monopole discute avec D1, tous savent que les contrats futurs avec D2 et D3 seront connus. Donc il suffit d'écrire avec D1 un contrat au prix de mono-

pole, et de prévoir que si d'aventure un prix plus bas était accordé à D2 ou D3, le prix pratiqué pour D1 s'alignerait aussitôt.

Dans ce cas, D1 acceptera facilement de signer le contrat au prix de monopole. Et le monopole, lorsqu'il négociera avec D2, puis avec D3, n'aura plus envie de baisser son prix, car il intégrera dans son calcul le manque à gagner provenant de la baisse qu'il devra consentir a posteriori à D1.

Dès lors, si les contrats sont transparents, tous les distributeurs acceptent de signer au prix de monopole, et le monopole lui-même n'a plus envie de baisser son prix chaque fois qu'il négocie avec un nouveau distributeur.

Dans ce cas, c'est la transparence qui permet d'exploiter le pouvoir de marché.

C. – La construction d'une réputation

Enfin, la transparence peut également aider à se construire une réputation.

Il faut imaginer un jeu qui ressemble un peu à l'une des scènes célèbres du film « *La fureur de vivre* » : deux voitures foncent vers un croisement, il n'y a pas ni feu rouge ni stop. Aucune ne souhaite s'arrêter. Pourtant, toutes deux savent qu'elles auront un problème si elles continuent toutes les deux.

Comment gagner dans un tel jeu ? Le meilleur moyen est d'arriver à « *s'engager* », de manière crédible : s'attacher les mains dans le dos (ou en l'espèce saboter ses propres freins), et faire savoir à l'autre qu'on ne peut plus s'arrêter, même si on le souhaitait. Dans ce cas, si l'autre est convaincu, alors s'arrêter devient la meilleure stratégie pour lui : c'est alors sa meilleure réponse face au fait que je peux plus arrêter ma voiture.

Ce type de mécanisme peut être transposé sur un marché. Par exemple, le fait de construire une capacité de production très excédentaire peut être compris comme un moyen de dire au marché que l'on va combattre violemment toute nouvelle entrée, ce qui est d'autant plus crédible que l'on a payé par avance le coût de la riposte en construisant une capacité surdimensionnée.

La transparence peut ainsi servir à se construire une réputation visant à modifier le comportement des autres acteurs de

ce marché. C'est un raisonnement de ce type-là que le Conseil de la concurrence a développé dans sa récente décision *Glaxo* (Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithkline France). Ce même raisonnement apparaît dans l'affaire des *Vitamines* (Déc. Comm. CE, COMP/E-1/37.512, 21 nov. 2001). C'est également ce que l'on retrouve dans le célèbre *Chain Store Paradox* de Reinhard Selten. Plus la transparence est élevée, plus il est simple de construire des réputations de ce type.

CONCLUSION

Le statut de la transparence est donc ambigu. Selon les situations observées, elle peut être pro- ou anti-concurrentielle. De manière générale, la transparence supprime des rentes d'information d'un certain nombre de joueurs, ce qui tend à augmenter l'efficacité économique. En revanche, on l'a vu, elle permet aussi de soutenir certaines réductions de concurrence. Il en résulte que la seule approche économiquement justifiée, s'agissant de la concurrence, est une « *règle de raison* ». Il n'est certes pas possible d'imaginer toutes les situations, mais il semble que l'analyse s'articule toujours autour d'un petit nombre de questions :

– Quelle est la structure du marché ? Est-on dans une structure où il existe au départ un problème d'information à corriger (par exemple une offre très dispersée, qui gêne le consommateur) ? De manière très schématique, la transparence sera plutôt efficace s'il y a de nombreux offreurs, et au contraire risquée dans un oligopole étroit.

– Est-ce que la transparence va jusqu'au consommateur ou pas ? Si elle va jusqu'au consommateur, on trouvera probablement des raisons positives la justifiant, tandis qu'elle apparaîtra en général plus néfaste si elle s'arrête au niveau des producteurs ou des distributeurs.

– Cette transparence peut-elle s'intégrer dans un mécanisme (par exemple détection/punition) ? Si le fonctionnement du marché est tel que la transparence ne permet pas de construire un mécanisme crédible de réduction de concurrence, il est peu probable que la transparence puisse être en elle-même nocive. ♦