

Non classifié

DAF/COMP/GF(2006)3



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

06-Feb-2006

Français - Or. Anglais

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**DAF/COMP/GF(2006)3
Non classifié**

Forum mondial sur la concurrence

**TABLE RONDE SUR LES POURSUITES CONTRE LES ENTENTES
SANS PREUVE DIRECTE D'UN ACCORD**

Note de référence du Secrétariat

-- Session II --

Cette note du Secrétariat est soumise POUR DISCUSSION au titre de la Session II du Forum Mondial sur la Concurrence qui se tiendra les 8 et 9 février 2006.

JT00200576

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

Français - Or. Anglais

TABLE RONDE SUR LES POURSUITES CONTRE LES ENTENTES SANS PREUVE DIRECTE D'UN ACCORD

Note de Référence

préparée par le Secrétariat

Les preuves indirectes n'ont pas moins de valeur que les preuves directes car la loi ne fait par principe aucune différence entre elles, mais exige simplement qu'avant de condamner un prévenu le jury ait acquis l'intime conviction de sa culpabilité à la lueur de toutes les preuves qui ont été présentées au cours du procès.

* * *

Pour démontrer la réalité d'une entente, il n'est pas nécessaire que le ministère public apporte la preuve d'un accord oral ou écrit. Très souvent, dans ce genre d'affaires, cette preuve n'existe pas. En fait, c'est à partir des relations qui ont existé entre les personnes, des paroles qu'elles ont échangées ou de leurs actes eux-mêmes que l'on pourra déduire l'existence de l'entente ou de l'accord supposé.

1. Ces citations, extraites des instructions données au jury à l'occasion de l'action pénale qui a récemment abouti à la condamnation du président de la maison de ventes aux enchères Sotheby's¹, montrent que l'on peut tenter des poursuites contre les membres d'une entente, même au regard des exigences les plus strictes en matière de preuves, sans disposer de preuve directe de l'entente en question ou d'une participation supposée à celle-ci. La plupart des juridictions admettent en effet les preuves indirectes (circonstanciennes), y compris celles qui ont l'expérience la plus longue et la plus fructueuse de la répression des ententes, et où les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence ont réussi à enclencher le cercle vertueux selon lequel la conjonction de lourdes sanctions et de programmes de clémence ont permis d'obtenir des preuves directes de nouvelles infractions, passibles à leur tour de lourdes sanctions². Étant donné le secret qui entoure les ententes, la possibilité d'utiliser des preuves indirectes à leur encontre, à défaut d'éléments plus probants, revêt donc un intérêt particulier dans les juridictions qui n'ont pas autant d'expérience.

2. La présente note traite de l'utilisation des preuves indirectes dans le cadre d'enquêtes sur des ententes généralement déclenchées après un épisode douteux de parallélisme des prix ou autre phénomène qui ne semble pas résulter directement du jeu des forces du marché. Lorsque l'organisme chargé de la concurrence soupçonne l'existence d'une entente sans pouvoir en apporter la preuve directe, en effet, la question qui se pose est alors celle de l'ampleur et de la qualité des preuves indirectes qu'il va devoir réunir pour constituer son dossier.

3. Les principaux points à retenir sont résumés ci-dessous :

- Les dispositions de la législation de la concurrence qui prohibent les ententes anticoncurrentielles visent non seulement les ententes explicites mais aussi d'autres types

1. A consulter sur le site web de l'American Bar Association, à l'adresse : <http://www.abanet.org/antitrust/committees/criminal/taubman.doc>.

2. On notera qu'aux États-Unis, où le cercle vertueux décrit ici est déjà bien engagé, les autorités renonceraient normalement à porter une affaire d'entente devant la justice si elles disposaient uniquement de preuves indirectes. Même dans le cas de Sotheby's, il y avait une preuve directe de l'entente ainsi que certains témoignages de première main impliquant le président. En ce qui concerne ce dernier, cependant, la mise en cause reposait pour l'essentiel sur des preuves indirectes.

d'accords parfois qualifiés d'"arrangements", d'"association d'intérêts" ou encore de "pratiques concertées". Dans tous les cas, cependant, il doit être démontré que les parties sont parvenues d'une manière ou d'une autre à un "accord de volonté délibérée en vue d'un projet commun" pour qu'il y ait violation du droit de la concurrence.

- Les ententes créent un problème particulier pour les autorités car il s'agit d'accords secrets dont les parties prenantes refusent généralement de coopérer lorsque des enquêtes sont menées à leur sujet. Dans les juridictions expérimentées, les autorités de la concurrence ont le plus souvent recours à des preuves directes pour démontrer l'existence d'une entente illicite, mais il n'est pas toujours facile d'obtenir ce type de preuves, et il peut donc s'avérer nécessaire de faire appel à d'autres éléments.
- Il y a plusieurs formes de preuve indirecte, parmi lesquelles notamment les indices attestant l'existence de communications entre des concurrents et les preuves économiques. Les preuves économiques sont liées au comportement de l'entreprise, à la structure du marché et aux pratiques de nature à faciliter certains agissements. Tous les moyens de preuve peuvent être utiles et il convient de n'en laisser aucun de côté.
- Les théories économiques de l'oligopole apportent plusieurs éclaircissements intéressants pour les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence : elles montrent que des actes motivés par des incitations unilatérales peuvent aboutir à des résultats différents de ceux qu'obtiennent des entreprises agissant collectivement, et qu'un oligopole n'entraîne pas inévitablement une coopération et une action concertée pour augmenter les prix. Par conséquent, lorsqu'ils examinent la conduite d'une entreprise, les responsables doivent veiller à bien faire la distinction entre ce qui relève d'une action accomplie unilatéralement pour satisfaire un intérêt individuel, en l'absence d'accord pour agir de concert, et ce qui relève d'une action accomplie dans l'intérêt collectif de tous les concurrents. Dans le cas où l'intérêt individuel explique l'action, celle-ci ne peut pas constituer une bonne preuve indirecte d'entente.
- Conformément à la théorie économique, une jurisprudence bien établie reconnaît que les indices de comportement parallèle, comme des augmentations de prix concomitantes chez des concurrents, ne constituent pas à eux seuls une preuve suffisante de la réalité d'une entente. Il faut des éléments supplémentaires pour démontrer l'existence d'un accord illicite conformément aux exigences en vigueur en matière de preuves. C'est ce que certains tribunaux nomment les "facteurs complémentaires".
- Tout élément permettant de démontrer que les membres présumés d'une entente ont communiqué entre eux et que cette communication a pu déboucher sur une concertation est considéré comme un facteur complémentaire de poids. Les preuves économiques sont une autre catégorie importante de preuves indirectes. Il s'agit à la fois d'indices de comportement suggérant une action menée en commun et d'éléments révélateurs de structures propices à des actes de collusion. L'analyse d'un comportement dans cette optique consiste par exemple à se demander si le comportement en question répondrait au critère de l'intérêt individuel sauf à supposer que ses auteurs ont agi d'un commun accord.
- Les preuves indirectes doivent être envisagées dans leur ensemble. C'est en fonction de l'effet cumulatif de l'ensemble des moyens de preuve que le juge doit statuer, et non pas en considérant que chacun des éléments présentés doit être de nature à corroborer sans équivoque la thèse de l'entente.

- Dans les affaires d'entente, les modes de preuve diffèrent selon les pays. Plusieurs facteurs expliquent ces différences, notamment le choix de la procédure, civile, pénale ou administrative, applicable aux ententes et l'expérience plus ou moins longue du pays en matière de répression des ententes. Dans les pays de l'OCDE, les tribunaux ont plutôt tendance à privilégier les preuves directes. Certains pays continuent néanmoins d'employer essentiellement des moyens de preuve indirecte lorsqu'il y a lieu.
- Dans les pays qui viennent de se doter d'un programme de lutte contre les ententes, il est probable qu'à l'occasion des premières affaires les autorités auront du mal à obtenir des preuves directes et devront donc faire davantage appel à des preuves circonstanciées. Il importe cependant de ne pas s'arrêter à ces difficultés afin d'asseoir la crédibilité des règles de la concurrence et des moyens adoptés pour les faire respecter.

1 Les ententes

4. Tous les textes de loi sur la concurrence interdisent, entre autres, les comportements anticoncurrentiels entre deux ou plusieurs parties agissant d'un commun accord. Ils sont rédigés en des termes assez généraux pour pouvoir s'appliquer à toutes les formes d'accords, formels et informels, explicites et implicites. Ainsi, aux États-Unis, la loi Sherman vise tout "contrat, association ... ou entente"³ ; dans le traité CE, l'article 81 s'applique à "tous les accords entre entreprises, toutes les décisions d'associations d'entreprises et toutes les pratiques concertées" ; au Mexique, la législation de la concurrence s'applique aux "contrats, accords, arrangements ou associations"⁴ ; celle du Taipei chinois, aux "actions concertées", définies comme incluant tout "contrat, accord ou toute autre forme de consentement mutuel"⁵ ; et la législation tanzanienne s'applique à "tout accord, arrangement ou entente entre deux ou plusieurs personnes, qu'ils aient ou non a) un caractère formel ou écrit ; et qu'ils soient ou non b) destinés à être rendus applicables par voie d'action en justice "⁶.

5. Comme le suggèrent les formulations générales des textes de loi, les accords illicites entre concurrents peuvent revêtir de nombreuses formes. La plus courante, dans le contexte des entreprises, est celle de l'accord explicite dans le cadre duquel les parties communiquent directement, oralement ou par écrit, en précisant les modalités et conditions de leur arrangement. Mais les accords n'ont pas toujours un caractère aussi formel. Ils peuvent être conclus par d'autres moyens de communication, tels que conversations à l'occasion d'une réunion, déclarations publiques de dirigeants, annonces de prix ou publicités, ou encore par l'intermédiaire de clients. Comme l'a si justement fait remarquer un tribunal des États-Unis, "un clin d'œil entendu vaut parfois mieux que tous les discours"⁷.

6. Dans toutes les législations, cependant, il est important de le noter, la participation à une entente illicite ne constitue une infraction que si les entreprises concernées ont agi ensemble sciemment, par des moyens de communication formels ou informels. Pour que l'atteinte au droit de la concurrence soit constatée, il faut pouvoir démontrer qu'il y a eu un "consentement" sur un objectif ou un résultat défini en commun, ou, en d'autres termes, une forme ou une autre d'"accord de volonté en vue d'un projet commun"⁸.

3. Loi Sherman, article 1.

4. Article 9.

5. Articles 7 et 14.

6. Articles 2 et 8.

7. *Esco Corp. v. United States*, 340F.2d 1000, 1007 (9th Cir. 1965).

8. Il convient cependant d'adresser une mise en garde au lecteur en lui demandant de ne pas attacher trop d'importance à ces définitions. Comme d'autres observateurs l'ont déjà noté, essayer de parvenir à une définition commune de la notion d'"accord" ne présente guère d'intérêt dans les cas où l'on a recours à des

A l'inverse, il ne peut y avoir d'infraction si les entreprises ont communiqué entre elles uniquement par le canal du marché, ou si elles ont communiqué, mais sans avoir eu d'une façon ou d'une autre "l'intention délibérée de prendre part à une initiative commune"⁹.

7. Pour les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence, prouver l'existence d'une entente, formelle ou informelle, pose un problème particulier. La conclusion d'une entente se fait généralement dans le secret ; ceux qui y participent savent que leur conduite est illégale et que leurs clients s'y opposeraient s'ils étaient au courant, aussi font-ils tout ce qu'ils peuvent pour la dissimuler. Lorsqu'ils font l'objet d'une enquête, ils sont donc rarement disposés à coopérer, sauf dans le cadre d'un programme de clémence. Pour obtenir des preuves *directes* d'une entente – éléments révélant l'existence d'une réunion ou d'une communication entre les intéressés, ainsi que le contenu de l'accord passé entre eux –, il faut des outils et des techniques d'investigation particuliers dont ne disposent pas toujours les autorités de la concurrence¹⁰. Il est donc des cas où celles-ci sont confrontées à la difficulté d'avoir à démontrer l'existence d'une entente sans en posséder de preuves directes. Les différents moyens de preuve qui peuvent être invoqués pour établir l'existence d'une entente, en particulier les moyens indirects, sont récapitulés ci-après.

2 Moyens de preuve permettant d'établir l'existence d'une entente

2.1 Types de preuves

8. Il existe deux grands types de preuves utilisables dans les affaires d'ententes : les preuves directes et les preuves circonstanciées ou indirectes, ces dernières comprenant à leur tour les preuves ayant trait aux "communications" entre participants et les preuves économiques, c'est-à-dire celles qui se rapportent au comportement de l'entreprise, à la structure du marché et aux pratiques ayant pour effet de faciliter les ententes.

9. Les *preuves directes* les plus courantes sont les suivantes :

- Les documents (y compris les messages électroniques) comportant tout ou partie de l'accord et identifiant ceux qui y participent.

preuves indirectes pour démontrer l'existence d'une entente. Mieux vaut décrire les comportements dénoncés dans les termes effectivement considérés par la justice comme nécessaires pour étayer une présomption d'entente. Voir, par exemple, Jonathan B. Baker, *Identifying Horizontal Price Fixing in the Electronic Market Place*, 65 Antitrust L. J. 41 (1996) (pour lequel cette approche met l'accent sur le processus (interdit) conduisant à l'obtention de résultats supraconcurrentiels, plutôt que sur les résultats eux-mêmes, permettant ainsi d'axer les recours sur les actes frappés d'interdiction).

9. Dans un article récent, Greg Werden note la confusion qui règne entre les termes utilisés dans ce domaine. Ainsi en est-il de termes courants comme "formel", "explicite", "tacite" et "coordonné", qui n'ont pas toujours le même sens selon la personne qui les utilise. L'expression "collusion tacite", par exemple, a été employée pour décrire une entente présumée sur laquelle on ne possède que des preuves indirectes, mais aussi pour décrire des comportements parallèles et interdépendants qui ne constituent pas des ententes illicites. Werden utilise le terme "accord oral" (*oral agreement*) pour désigner une entente illicite (*unlawful conspiracy*). Gregory J. Werden, *Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory*, 71 Antitrust L. J. 719, p. 735-36 (2004).

10. Les enregistrements vidéo secrets qui ont été utilisés dans l'affaire de la lysine restent à ce jour ce que l'on peut faire de mieux en matière de preuves contre une entente. Mais il est hélas très rare d'arriver à obtenir des indices comme ceux-ci, montrant "en temps réel" l'accord en train de se conclure.

- Les déclarations orales ou écrites de membres d'une entente ayant décidé de coopérer avec les autorités, qui décrivent le fonctionnement de ladite entente et les modalités selon lesquelles ils y participaient.

10. Les preuves *indirectes* sont également de plusieurs types. L'une d'elles consiste à montrer 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 réunions 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.

11. Il existe aussi une catégorie plus large de preuves indirectes, englobant ce que l'on appelle souvent les preuves *économiques*, c'est-à-dire essentiellement les comportements d'entreprises individuelles tendant à prouver l'existence d'une entente, mais aussi les comportements de l'ensemble d'un secteur, les éléments de la structure du marché évoquant la possibilité d'une entente secrète sur les prix et certaines pratiques de nature à soutenir une entente.

12. La preuve de *comportement* est la plus importante de toutes les preuves économiques. Comme on l'a noté précédemment, les agissements suspects sont souvent l'élément qui déclenche l'ouverture d'une enquête. Et comme l'explique la section consacrée au raisonnement économique¹¹, il est très important d'étudier de près le comportement des parties pour détecter les actes pouvant être considérés comme contraires à l'intérêt individuel et unilatéral de chacune d'elles et par conséquent comme autant d'indices de l'existence d'une entente. Le premier de ces comportements indiciars est :

- le parallélisme des prix – c'est-à-dire l'observation de variations de prix identiques, ou quasiment identiques, et simultanées, ou quasiment simultanées, entre des entreprises concurrentes. Des comportements parallèles peuvent aussi se manifester d'autres manières, par exemple au travers de la réduction des capacités, de l'adoption de conditions de vente uniformes et de pratiques suspectes en matière de soumission à des appels d'offres (telles qu'une rotation prévisible des adjudicataires).

13. Les performances commerciales peuvent aussi fournir des indices de comportements suspects, notamment :

- des profits anormalement élevés ;
- des parts de marché stables¹²;

11. Voir plus loin la section 3, page 10.

12. Les parts de marché font aussi partie, bien entendu, de la structure du marché. Mais nous les avons classées ici sous la rubrique des comportements parce que leur éventuelle stabilité peut très bien résulter d'un accord délibéré entre des entreprises qui s'abstiennent de se faire concurrence.

- des antécédents d'infractions à la législation de la concurrence.

14. Les preuves liées à la *structure du marché*, bien qu'insuffisantes pour établir l'existence d'une entente, sont surtout utilisées pour rendre plus plausibles les autres éléments dont on peut disposer à ce sujet. Il s'agit notamment des facteurs suivants :

- forte concentration ;
- faible concentration à l'extrémité opposée du marché ;
- niveau élevé des barrières à l'entrée ;
- forte intégration verticale ;
- produits uniformes ou homogènes.

15. La valeur probante des facteurs d'ordre structurel est cependant limitée. Il y a des secteurs très concentrés qui vendent des produits homogènes et où la concurrence s'exerce néanmoins entre toutes les parties. A l'inverse, ce n'est pas parce que ces caractéristiques ne sont pas observables que l'on peut conclure à la non-existence d'une entente. On sait qu'il y a eu des ententes sur des marchés caractérisés par la présence de nombreux concurrents et des produits différenciés¹³.

16. Les "*pratiques de nature à faciliter*" la mise en place ou le maintien d'une entente constituent un type particulier de preuve économique. Il importe de noter que les comportements assimilables à ces pratiques ne sont pas nécessairement illicites¹⁴. Mais lorsque d'autres preuves indirectes ont été découvertes qui laissent présumer l'existence d'une entente, ils peuvent compléter utilement l'argumentation. Les pratiques en question sont révélatrices des moyens mis en œuvre par les parties pour faciliter l'établissement d'une entente, la surveillance dont elle fait l'objet, la détection des défections et, éventuellement, l'application de mesures de rétorsion, toutes ces informations venant ainsi étayer la thèse de la collusion. En voici une liste :

- échanges d'informations¹⁵ ;
- envoi de signaux sur les prix¹⁶ ;

13. Le cas de la téléphonie mobile, en France, en est une illustration (voir plus loin au paragraphe 24). Le marché était certes concentré, mais il est difficile de considérer les services de téléphonie mobile comme un produit homogène.

14. Il est déjà arrivé, toutefois, dans certaines circonstances, que des pratiques de ce genre aient été condamnées en tant que telles pour violation du droit de la concurrence, sans qu'il ait été nécessaire de démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle sous-jacente. Voir, par exemple, Donald S. Clark, *Price-Fixing Without Collusion: An Antitrust Analysis of Facilitating Practices After Ethyl Corp.*, 1983, *Wisconsin Law Review* 887.

15. Les *échanges d'informations* suspects sont ceux qui portent sur les prix courants, les coûts, les plans d'exploitation, l'utilisation des capacités ou d'autres sujets commerciaux sensibles et confidentiels.

16. Il s'agit d'une forme d'échange d'informations, généralement par le canal d'annonces publiques relatives aux prix ou à la politique de prix envisagée pour l'avenir, qui peuvent à l'évidence déboucher sur des accords entre concurrents.

- péréquation du fret¹⁷ ;
- clauses de protection des prix et de la nation la plus favorisée¹⁸ ;
- normes de produits inutilement restrictives¹⁹.

2.2 *Une brève illustration*

17. L'affaire brièvement décrite ci-après, concernant une entente récemment découverte en Italie, illustre bien l'usage qui peut être fait de différents types de preuves pour bâtir une argumentation convaincante dans un cas de collusion présumée.

2.2.1 *Italie – Lait infantile*²⁰

18. En octobre 2005, l'autorité italienne chargée de la concurrence a annoncé qu'elle avait infligé des amendes à sept fabricants de lait infantile, dont trois personnes morales, pour un montant total de 9 743 000 euros, à l'issue d'une enquête ayant démontré l'existence entre eux d'une entente contraire aux dispositions de l'article 81 du traité CE. Au cours de la période 2000-2004, en effet, les autorités ont pu mettre en évidence une évolution parallèle manifeste des prix pratiqués par ces entreprises, avec en outre des écarts considérables – entre 150 % et 300 % – par rapport aux prix des mêmes produits dans d'autres pays européens. D'autre part, il est apparu que des contacts directs et indirects avaient eu lieu entre les concurrents, étayant la thèse d'une action concertée. Les contacts directs avaient pris la forme de réunions spéciales organisées au siège de l'association des fabricants, suite à une demande adressée par le ministère de la santé pour qu'ils réduisent leurs prix. D'après les conclusions de l'enquête, les fabricants avaient alors débattu ouvertement de la réponse à donner au ministère et décidé d'un commun accord de ne pas consentir de baisse supérieure à 10 %.

19. Les contacts indirects avaient eu lieu à l'occasion de la fixation des prix de vente recommandés aux pharmacies, principale filière de distribution des produits, le marché étant organisé de telle sorte que les vendeurs étaient alors en mesure de calculer les prix de gros de leurs concurrents à partir des prix de détail recommandés.

20. L'autorité italienne de la concurrence fait remarquer que depuis le début de l'affaire en 2004, le prix du lait pour bébé a diminué de 25 % et le marché a connu d'autres évolutions propices à la concurrence, notamment le développement de la publicité et de l'information destinée aux consommateurs,

17. Les systèmes de *péréquation du fret*, dans lesquels les produits sont vendus à un prix qui comprend la livraison chez le client (le fret étant à la charge du vendeur), ou selon une tarification avec point de parité, c'est-à-dire en évaluant le coût du transport à partir d'un point choisi comme si tous les vendeurs expédiaient leur produits depuis un seul et même lieu, éliminent une composante variable des prix et font ainsi qu'il est plus facile pour les concurrents de s'entendre sur un prix et de surveiller son application.

18. Les clauses de *protection des prix (alignement sur la concurrence) et de la nation la plus favorisée*, qui garantissent aux acheteurs le prix le plus bas proposé soit par les concurrents d'un vendeur (protection des prix), soit par un vendeur à d'autres acheteurs (clause NPF), n'ont pas toujours un caractère anticoncurrentiel, loin de là, mais dans certaines circonstances elles peuvent servir de moyen pour faire appliquer et respecter une entente.

19. Un accord sur des *normes de produits inutilement restrictives* permet de barrer l'entrée du marché aux nouveaux concurrents qui risqueraient de déstabiliser une entente.

20. Voir le communiqué de presse publié à ce sujet sur le site de l'autorité chargée de la concurrence, à l'adresse <http://www.agcm.it/eng/index.htm>.

l'arrivée de nouveaux produits et une présence accrue des fabricants sanctionnés dans les chaînes de supermarchés.

21. Voici une liste des divers éléments de preuve apparemment mis au jour par les autorités :

- preuve directe : les fabricants s'étaient mis d'accord sur une baisse maximale des prix ;
- preuve de communication : les fabricants s'étaient rencontrés au siège de leur association et avaient débattu de la question des prix, mais à l'exception de la marge de réduction maximale, rien ne permettait de démontrer directement qu'ils avaient conclu un accord entre eux ;
- preuve de comportement : parallélisme des prix ; la forte baisse des prix et le renforcement de la concurrence qui ont suivi l'enquête donnent à penser que le niveau élevé des prix observé auparavant n'était pas le résultat d'un comportement concurrentiel ;
- comportement de l'ensemble du secteur : de façon générale, les prix étaient sensiblement plus élevés que dans les autres pays d'Europe ;
- preuve liée à la structure du marché : c'était un secteur très concentré qui comptait uniquement trois fournisseurs indépendants, et le produit vendu était relativement homogène ;
- pratiques de nature à faciliter une entente : les prix de vente recommandés aux pharmacies étaient assez transparents pour les concurrents ; les ventes ayant lieu essentiellement par le biais des officines pharmaceutiques, cela permettait d'éliminer les autres distributeurs comme les commerces d'alimentation qui auraient sans doute pratiqué des rabais.

2.2.2 *Quelques commentaires d'ordre général sur les preuves*

22. Quelques commentaires s'imposent à propos des différents modes de preuve. Tout d'abord, la frontière n'est pas toujours très nette entre preuves directes et preuves indirectes, surtout en ce qui concerne les communications. 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.

23. En l'absence de preuves directes, les autorités de la concurrence et les tribunaux ont reconnu la pertinence de toute une série de comportements et d'autres éléments invoqués dans le cadre d'affaires portant sur des ententes. En règle générale, les décisions rendues ont ainsi établi la masse critique des preuves à rassembler pour obtenir gain de cause²¹. Cela rend la tâche plus difficile pour ceux qui sont chargés de faire respecter le droit de la concurrence, et l'issue des procédures n'en est que plus incertaine, mais il semble que ce soit là le résultat inévitable de la spécificité des faits observés dans chaque cas. Cependant, un examen plus attentif des différentes affaires et de la théorie économique montre que parmi les preuves indirectes, il en est deux sortes qui revêtent la plus grande importance, à savoir le fait que les parties aient ou non communiqué entre elles, ou tout au moins qu'elles aient eu la possibilité de le faire, et,

21. Voir, par exemple, Andrew I. Gavil *et al* , *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts, and Problems in Competition Policy*, p. 283 (2002).

en l'absence d'accord attestant une volonté d'agir collectivement, le fait que les actes considérés répondent ou non à l'intérêt individuel et unilatéral de l'entreprise concernée²².

24. Les preuves indirectes sont généralement ambiguës et se prêtent souvent à des interprétations diverses. A titre d'exemple, certains comportements parallèles peuvent aussi être compatibles avec une action indépendante : une réunion des parties et les communications qui ont eu lieu à cette occasion peuvent s'avérer parfaitement anodines. La première chose à faire quand on ne dispose que de preuves indirectes est de s'appliquer à déterminer si les faits considérés sont le simple fruit d'une action indépendante de la part d'entreprises qui ont agi chacune selon ce qu'elle estime être le plus avantageux pour elle. Si l'enquête montre que tel n'est pas le cas, il faut alors convaincre le décideur que les éléments dont on dispose démontrent bien l'existence d'une entente illicite compte tenu des normes requises en matière de preuve. C'est là que la théorie économique peut s'avérer extrêmement utile.

3 Le raisonnement économique peut aider à cerner les preuves indirectes

25. Le recours à des preuves économiques pour démontrer indirectement l'existence d'une entente pose un problème de fond : comment distinguer un comportement probablement imputable à une entente illicite d'un comportement "innocent" qui résulte d'une décision prise de façon indépendante dans un secteur industriel concentré. Pour y parvenir, quelques notions générales d'économie sont nécessaires. Nous verrons donc brièvement dans cette section en quoi la théorie économique peut aider à mieux comprendre le comportement d'entreprises qui semblent fonctionner comme si elles participaient à une entente. Nous nous intéresserons pour commencer aux différentes théories qui décrivent le comportement des entreprises, avant de voir plus précisément comment ces théories peuvent aider à identifier les "bonnes" preuves économiques dans les affaires d'ententes illicites, et nous terminerons par quelques suggestions concernant leur utilisation.

26. 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, le marché parvient à l'équilibre lorsque chaque entreprise cherche à faire le meilleur choix compte tenu de celui que son concurrent [ou ses concurrents ?] fera [ou feront]. Cet équilibre – entre solution optimale des uns et solution optimale des autres – est couramment désigné sous le nom d'équilibre de Nash. Deux modèles élémentaires faisant appel à ce concept pour déterminer le prix et la production d'équilibre sur le marché ont été établis il y a déjà très longtemps²³. Mais tout comme ces modèles anciens, l'économie moderne se sert beaucoup de l'équilibre de Nash pour modéliser le comportement des entreprises sur un grand nombre de marchés différents²⁴.

22. Ces deux éléments sont examinés plus en détail dans la suite du document. Voir ci-après, p. 16.

23. En 1838, Cournot avait fait l'hypothèse que chaque entreprise déterminait la quantité optimale qu'elle allait produire en prenant pour référence la production des autres, et en 1883, Bertrand avait repris ce raisonnement pour l'appliquer aux prix. Les modèles de Cournot et de Bertrand sont tous deux des exemples de jeux simples dans lesquels les joueurs s'attendent à une seule partie ou période. Les jeux répétés (illustrés notamment par les modèles associés au "folk" théorème) sont des jeux simples réitérés plusieurs fois de suite. Ils se caractérisent généralement par des équilibres multiples et il semble largement admis chez les économistes que, dans le cas d'un oligopole, les résultats effectifs sont en fait déterminés par des facteurs extérieurs à ces modèles, facteurs qui peuvent comprendre, en particulier, les ententes conclues entre des entreprises concurrentes. C'est pourquoi on peut douter de la pertinence des modèles de jeux répétés, surtout ceux où la répétition est infinie, pour expliquer le comportement des entreprises dans les affaires d'ententes reposant sur des preuves indirectes, raison pour laquelle ces modèles ne sont pas présentés plus longuement dans le corps du texte. Pour une étude de la question, voir Gregory J. Werden, note 9 ci-dessus, p. 759-765.

27. 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. Et si tel est le cas, ces actions deviennent alors "coordonnées" en ce sens qu'aucune entreprise n'aurait pu obtenir le résultat constaté sans l'aide des autres²⁵. 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 marché²⁶.

28. 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 directe les unes avec les autres. La principale différence avec le comportement accommodant tient à ce que les entreprises communiquent directement "en coulisse" ou, comme aux États-Unis dans l'affaire de la mise aux enchères de bandes de fréquences par la FCC, par l'intermédiaire des prix proposés²⁷.

29. Dans les affaires d'ententes où la procédure repose essentiellement sur des preuves indirectes, en particulier, rien ne permet jamais de démontrer de façon irréfutable que les parties ont passé un accord. Les autorités sont donc obligées de construire leur argumentation sur la distinction entre comportement accommodant et unilatéral, et comportement tendant à montrer que les concurrents ont conclu un accord explicite. La question essentielle est alors celle de savoir quels éléments utiliser pour écarter l'idée de concurrence légitime et au contraire appuyer celle d'une entente explicite entre les concurrents.

30. Pour pouvoir choisir des preuves économiques de qualité, c'est-à-dire utiles pour faire le tri entre des théories concurrentes, l'autorité de la concurrence 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 cela, 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.

Quel que soit le modèle proposé par les parties pour justifier leur comportement, les autorités de la concurrence doivent impérativement vérifier que les hypothèses sur lesquelles il repose rendent bien compte du secteur considéré.

24. Dans le prolongement de ces évolutions, les autorités de la concurrence se sont largement appuyées sur les théories des effets unilatéraux, au point qu'un grand nombre d'affaires aujourd'hui soumises à la justice le sont principalement sur la base du critère de l'effet unilatéral.

25. C'est sur ce raisonnement que se fondent un grand nombre de plaintes déposées par les autorités de la concurrence dans diverses affaires de fusions où il est question d'effets coordonnés.

26. Certains observateurs de la politique antitrust sensibles aux arguments économiques estiment que les comportements coordonnés ou accommodants observés parmi les entreprises devraient être considérés comme incompatibles avec la législation de la concurrence. Voir Richard A. Posner, *Antitrust Law* 94 (2nd ed. 2001). L'opinion qui prévaut, cependant, est qu'en l'absence d'entente conclue entre les concurrents, il ne paraît pas justifié de constater un manquement au droit de la concurrence puisqu'il serait difficile, sinon impossible, d'y apporter un recours. Voir, par exemple, Jonathan B. Baker, *Identifying Horizontal Price Fixing in the Electronic Market Place*, 65 *antitrust L. J.* 41, 48 (1996). Voir également Gregory J. Werden, note 9 ci-dessus, p. 773-77, pour un commentaire sur le point de vue de Posner.

27. Voir *United States v. Omnipoint Corporation*, No. 1:98CV02751 (D.D.C. 10 novembre 1998); *United States v. Mercury PCS II, L.L.C.*, No. 1:98CV02751 (D.D.C. 10 novembre 1998); *United States v. 21st Century Bidding Corporation*, No. 1:98CV02752 (D.D.C. 10 novembre 1998).

31. Les deux exemples qui suivent – pilotage des prix par une entreprise dominante et oligopole de Cournot – illustrent ce principe. Dans le premier cas, lorsque le coût marginal de l'entreprise dominante augmente, le prix optimal qu'elle pratique et que pratiquent également toutes les autres entreprises du marché augmente lui aussi. Les prix fixés par toutes les entreprises varient ainsi simultanément sur le marché. Il n'y a pas de comportement accommodant et encore moins d'entente explicite : chaque entreprise recherche la meilleure solution possible pour elle-même, de façon unilatérale et non coopérative. Ce modèle très élémentaire doit au moins attirer l'attention sur le fait que des mouvements de prix simultanés ou quasi simultanés peuvent être compatibles avec différentes théories concernant le comportement des entreprises et pas seulement avec l'hypothèse de l'entente – ni a fortiori avec celle qui prétendrait faire de l'entreprise dominante la principale instigatrice de l'entente. Comme on l'a vu précédemment, l'autorité de la concurrence doit impérativement vérifier si le modèle d'explication choisi est celui qui décrit le mieux les incitations unilatérales que peut avoir une entreprise pour affronter la concurrence sur le marché considéré. Dans l'exemple donné ici, lorsque les parties affirment que le modèle de l'entreprise dominante qui pilote les prix suffit à expliquer le comportement des entreprises en cause, l'autorité de la concurrence doit absolument se demander si les hypothèses de ce modèle décrivent correctement le fonctionnement du marché considéré. Entre autres questions pertinentes, elle doit chercher à savoir, par exemple, si, compte tenu de la structure du secteur, de l'évolution des prix et d'autres caractéristiques du marché qui ont pu être observées dans le passé (pendant les périodes antérieures à l'épisode de collusion présumée), le modèle de l'entreprise dominante offre une bonne explication de la manière dont se forment les prix.

32. De la même façon, si l'on peut démontrer que les prix sont plus élevés sur les marchés où les acteurs sont rares que sur les marchés où ils sont nombreux, le modèle de Cournot permet de comprendre que cette situation peut très bien refléter le comportement unilatéral et indépendant d'une entreprise, et pas seulement l'action d'un cartel. En fait, l'existence de prix élevés sur un marché qui comprend peu d'entreprises est compatible à la fois avec les théories du comportement unilatéral, du comportement accommodant et de l'entente. Ce type de preuve économique ne pourrait donc pas conforter la thèse de l'accord, et ne serait guère utile, en soi, dans une procédure reposant uniquement sur les preuves indirectes.

33. Puisqu'il est nécessaire, dans chaque cas, de bien cerner les actes qui répondent au critère de l'intérêt individuel et unilatéral de l'entreprise, l'idée générale selon laquelle "l'interdépendance des prix peut souvent avoir des conséquences économiques comparables à celles des ententes au sens classique du terme" n'est pas d'un grand secours pour l'analyse des preuves circonstanciées. C'est ce que nous expliquons ci-dessous.

34. Le dilemme du prisonnier est un bon exemple de la façon dont des incitations unilatérales peuvent aboutir à des résultats différents de ceux qu'obtiendraient des entreprises qui agiraient de façon concertée²⁸. Dans le cadre de notre analyse, l'intérêt fondamental du dilemme du prisonnier est que des

28. Le tableau ci-dessous met en présence deux concurrents, l'entreprise 1 et l'entreprise 2, et définit le profit correspondant aux différentes options qui s'offrent respectivement à l'un et à l'autre.

Tableau : Dilemme du prisonnier

		Entreprise 2	
		Prix élevé	Prix bas
Entreprise 1	Prix élevé	10, 10	3, 15
	Prix bas	15, 3	4, 4

incitations unilatérales peuvent conduire chacune des entreprises à décider de baisser son prix au lieu d'opter pour un prix et un profit élevés, même si chacune pense que l'autre va également baisser son prix. A l'inverse, s'aligner sur le prix élevé d'un concurrent peut être dans l'intérêt de tous les concurrents, mais n'est pas nécessairement compatible avec l'intérêt de chacun d'eux. C'est pourquoi il faut bien prendre garde de ne pas confondre les deux notions distinctes d'intérêt individuel et d'intérêt collectif lorsqu'on analyse un cas d'entente présumée sur la base de preuves indirectes.

35. En empruntant à la théorie des jeux l'idée que la coopération ne peut pas avoir lieu spontanément, Stigler, dans ses travaux sur l'oligopole, montre l'incitation qu'ont les membres d'une entente à dévier de l'accord conclu lorsqu'ils estiment qu'ils ont plus à gagner en trichant qu'en s'y conformant²⁹. D'après lui, pour qu'une entente puisse s'organiser entre des entreprises, il y a trois "problèmes" à surmonter. Premièrement, il faut que les concurrents se mettent d'accord sur les modalités de leur arrangement, ce qui peut s'avérer extrêmement difficile à faire sans communication – comme le souligne la théorie des jeux, tout peut arriver, il y a un trop grand nombre de décisions possibles entre les acteurs du marché. Deuxièmement, la collusion suppose un mécanisme de détection pour s'assurer que tous les participants respectent les règles convenues. Troisièmement, il faut aussi un mécanisme de punition pour sanctionner ceux qui trichent et dissuader les autres d'en faire autant³⁰. Tout comme le dilemme du prisonnier, le modèle de Stigler montre qu'un oligopole ne conduit pas inévitablement à une situation de coopération et d'action concertée pour accroître les prix³¹.

Si, par exemple, l'entreprise 1 fixe son prix à un niveau élevé et l'entreprise 2, à un niveau bas, l'entreprise 1 gagne 3 et l'entreprise 2 gagne 15. Pour trouver l'équilibre de Nash et montrer comment les incitations unilatérales déterminent cet équilibre, commençons par la case où les entreprises 1 et 2 fixent toutes deux leur prix à un niveau élevé. On y voit que chacune réalise alors un bénéfice de 10. Considérons ce bénéfice comme celui qui reviendrait à chaque entreprise si elles passaient un accord explicite de fixation des prix. Pour comprendre les incitations qui s'offrent à chaque entreprise, il faut se demander ce que l'entreprise 1 devrait faire si elle pensait que l'entreprise 2 allait fixer son prix à un niveau élevé. On voit que si l'entreprise 2 fixe son prix à un niveau élevé, l'entreprise 1 peut gagner soit 10 si son prix est également élevé, soit 15 si elle ne respecte pas l'accord et baisse son prix. Un profit de 15 étant supérieur à un profit de 10, l'intérêt unilatéral de l'entreprise 1 est de baisser son prix. De son côté, l'entreprise 2 sait que si l'entreprise 1 fixe son prix à un faible niveau, elle pourra gagner 4 si elle en fait autant ou 3 si elle maintient son prix à un niveau élevé. Un profit de 4 étant supérieur à un profit de 3, l'entreprise 2 optera elle aussi pour un prix bas. C'est cette situation, dans laquelle la meilleure offre de chaque entreprise compte tenu de la meilleure offre de l'autre consiste à pratiquer un prix bas, qui correspond à l'équilibre de Nash.

29. George J. Stigler, *A Theory of Oligopoly*, 72 J. Pol. Econ., p. 44-61 (1964).

30. Pour une bonne description, exemples chiffrés à l'appui, de tous les problèmes auxquels sont confrontées les entreprises qui envisagent de conclure une entente, voir Andrew I. Gavil *et al.*, note 21 ci-dessus, p. 228-35.

31. La description faite par Stigler des problèmes que posent la mise en place et le fonctionnement d'une entente peut apporter des indications utiles pour une autorité de la concurrence qui chercherait à démontrer l'existence d'une entente au moyen de preuves indirectes, car dans l'hypothèse où les entreprises concernées ont eu à surmonter ces problèmes, il devrait en principe en rester des traces. En d'autres termes, pour établir que le comportement des entreprises n'était pas compatible avec le critère d'intérêt individuel et unilatéral, l'autorité de la concurrence aura de bons arguments si elle est en mesure d'expliquer comment les membres de l'entente ont résolu les problèmes de coordination, de détection et/ou de punition. Elle pourra, par exemple, mettre en avant certaines pratiques destinées à faciliter la détection des comportements déviants et éventuellement leur punition. L'affaire italienne du lait infantile évoquée à la page 8 ci-dessus, illustre bien ce point (les pratiques en question comprenaient des mesures favorisant la transparence des prix et le choix de canaux de distribution qui rendaient les rabais peu probables). A propos des pratiques visant à faciliter les ententes, voir plus haut à la page 7. En ce qui concerne les solutions apportées aux trois

36. Dans leur analyse des comportement des concurrents, les tribunaux n'ont pas toujours pris la peine de faire la distinction entre intérêt individuel unilatéral et intérêt collectif, et donc de reconnaître que des hausses de prix ne sont pas toujours la marque d'une concurrence oligopolistique sans collusion. L'affaire *Reserve Supply* est un cas exemplaire de l'erreur qu'un tribunal semble avoir commise à cet égard³². Dans cette affaire privée, les requérants dénonçaient une série d'augmentations parallèles des prix qui avaient eu lieu à un moment où la demande était faible. Le défendeur leur rétorqua qu'il aurait été "irrationnel d'essayer d'augmenter les ventes en maintenant les prix à un faible niveau, étant donné que dans ce cas les concurrents se seraient alignés sur lui, avec pour conséquence l'impossibilité de gagner des parts de marché et une réduction des profits". Constatant que la demande était inélastique, le tribunal estima alors qu'en maintenant des prix bas le défendeur n'aurait pu attirer que des clients de ses concurrents, et il en conclut que le fait de ne pas avoir opté pour cette solution "ne veut pas dire que [le défendeur] a agi d'une façon qui, sauf à supposer une action collective, n'aurait pas été avantageuse pour lui". C'est là un raisonnement tout à fait erroné. En fait, ce que le tribunal n'a pas compris, c'est que dans certaines circonstances, des entreprises qui cherchent à satisfaire leurs propres intérêts peuvent faire baisser les prix par le jeu de la concurrence en se comportant d'une façon analogue à ce que décrit le dilemme du prisonnier³³.

37. Une autre affaire, celle d'*American Tobacco*, est un exemple classique de l'utilisation de preuves indirectes pour démontrer que des entreprises ne se sont pas comportées de façon unilatérale, non coopérative et conformément à leur intérêt individuel³⁴. Dans ce cas, la Cour a estimé qu'"une série de changements de prix" constituait "une preuve indirecte de l'existence d'une entente". Le 23 juin 1931, les trois grandes compagnies de tabac des États-Unis avaient annoncé simultanément des majorations de prix sans qu'"aucune justification économique de cette hausse puisse être démontrée". D'autres changements de prix simultanés avaient également été observés au cours des années suivantes. C'est précisément à cause de la simultanéité et parce qu'aucune justification économique (comme une hausse des coûts) n'a pu être démontrée que le tribunal a jugé suffisante cette preuve indirecte pour déclarer les défendeurs coupables de tous les chefs d'accusation portés contre eux.

38. Pour résumer les arguments développés dans cette section, voici quatre points sur lesquels Werden attire l'attention en ce qui concerne l'utilisation de preuves indirectes³⁵:

- Premièrement, "il faut montrer quelque chose de plus qu'une simple interdépendance avant de suggérer la possibilité d'une entente". Ainsi, lorsqu'une entreprise relève ses prix parce qu'un concurrent en a fait autant avant elle, ce comportement peut être tout à fait compatible avec le modèle selon lequel il s'agit de la réaction optimale, unilatérale et non coopérative de l'entreprise en question compte tenu du comportement de ses concurrents. S'il est impossible de condamner une entreprise qui baisse ses prix pour riposter au fait que ses concurrents ont également baissé les leurs, alors il n'est pas non plus possible de le faire en cas de hausse des prix. Il faut apporter des éléments supplémentaires. (Nous reviendrons plus en détail sur cette notion de "supplément" de preuve dans la suite du document.)

problèmes posés par les ententes, on notera cependant qu'il ne sera pas toujours possible d'en obtenir des preuves.

32. *Reserve Supply Corporation v. Owens-Corning Fiberglas Corporation*, 971 F. 2d 37 (7th Circuit 1992).

33. On trouvera d'autres exemples sur la notion d'action contre son propre intérêt dans la suite du document, à la page 19.

34. *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946).

35. Gregory J. Werden, voir ci-dessus la note 9, p.779-80.

- Deuxièmement, "on ne peut pas présumer l'existence d'un accord à partir d'actes compatibles avec l'équilibre non coopératif de Nash dans un jeu à une seule partie". Ces actes sont en fait entièrement compatibles avec l'exercice d'une concurrence vigoureuse et ils constituent un point de référence utile pour détecter les comportements suspects.
- Troisièmement, les actes qui ne sont pas compatibles avec l'équilibre de Nash non coopératif dans un jeu à une seule partie peuvent servir d'argument pour étayer l'hypothèse d'un accord, même s'ils peuvent être compatibles avec les comportements observés dans les modèles de jeu à horizon infini. Les jeux indéfiniment répétés n'offrent pas un bon cadre de référence pour détecter les comportements qui ne répondent pas au critère de l'intérêt individuel.
- Quatrièmement, pour des raisons d'ordre pratique, "il ne faut pas présumer l'existence d'un accord en l'absence d'éléments tendant à prouver que les défendeurs ont communiqué entre eux, d'une façon ou d'une autre, et qu'un accord aurait pu être négocié à cette occasion". Ce type de preuve est très utile pour démontrer que le comportement observé sur le marché résulte d'un accord illicite et peut donc s'avérer un facteur important pour éviter le déclenchement d'une procédure en cas de comportement unilatéral ou accommodant.

4. Présomption d'existence d'un accord sur la base de preuves indirectes

39. Les affaires d'ententes dans lesquelles on ne dispose pas de preuve directe 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 alors 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.

40. Au fil du temps, les tribunaux, les organismes chargés de la concurrence et les experts en sont venus à accepter l'idée que le "parallélisme conscient", c'est-à-dire ni plus ni moins que la fixation de prix identiques ou autre comportement parallèle découlant de l'observation indépendante du marché et des réactions des concurrents, n'était pas contraire à la loi³⁶. Comme il a été expliqué plus haut, cette conception trouve de bons arguments dans la théorie économique. La théorie économique et la jurisprudence montrent en effet clairement que le parallélisme conscient n'est pas une preuve suffisante pour conclure à l'existence d'une entente ; il faut quelque chose de plus. Or c'est ce "quelque chose de plus" qui est difficile à définir : cela fait des décennies que les tribunaux d'un petit nombre de pays se débattent avec ce problème. L'une des formules adoptées dans le cadre de procédures civiles aux États-Unis (les procédures pénales sont examinées plus loin) requiert l'existence de "facteurs complémentaires" démontrant que l'accord suspecté est plus vraisemblablement la cause d'un parallélisme de comportement que d'une action autonome. Une décision rendue récemment par un tribunal des États-Unis expose la norme applicable en ces termes :

36. Voir, par exemple, Phillip E. Areeda et Herbert Hovenkamp, *Fundamentals of Antitrust Law* (3d ed. 2004), para. 1433a, p. 236: "Les tribunaux sont quasiment unanimes à reconnaître que le simple parallélisme interdépendant ne suffit pas à établir l'existence du contrat, de l'association ou de l'entente exigés par l'article 1 de la loi Sherman" ; Ivo Van Bael et Jean-François Bellis, *Competition Law of the European Community* (4th ed. 2005), p. 55: "Le parallélisme de comportement entre deux ou plusieurs entreprises ne constitue pas en tant que tel une preuve suffisante pour établir l'existence d'une pratique concertée". Le traité CE "n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents" (citation tirée de l'affaire 48/69, ICI contre Commission des Communautés européennes, [1972] ECR 619, para. 118).

... [Nous] avons demandé aux parties requérantes qui fondaient leur grief de collusion sur l'hypothèse d'un comportement parallèle conscient de démontrer également l'existence de certains "facteurs complémentaires". Ces facteurs complémentaires permettent généralement aux tribunaux d'avoir la certitude qu'ils punissent une "action concertée" – c'est-à-dire un accord effectif – et non pas le "comportement de concurrents agissant de façon indépendante et unilatérale". En d'autres termes, les facteurs complémentaires suppléent l'absence de preuves directes d'un accord³⁷.

41. D'autres juridictions utilisent un vocabulaire différent de celui des tribunaux des États-Unis, mais l'analyse qu'elles font semble être la même³⁸. Nous verrons maintenant de plus près l'usage qui a été fait jusqu'ici des deux facteurs le plus souvent considérés comme les moyens de preuve indirecte les plus déterminants, à savoir la communication ou la possibilité de communiquer, et l'action contre son propre intérêt.

4.1 *Communications*

42. Un type de facteur complémentaire important consiste à pouvoir montrer qu'il y a eu entre les parties une forme de communication sur les prix qui leur a permis de conclure un accord, ou au moins que les parties ont eu l'occasion de communiquer entre elles. Il n'est certes pas possible avec ce type d'éléments de démontrer l'existence d'un accord explicite, mais nous verrons ci-après, avec l'exemple d'une action civile engagée aux États-Unis, l'importance que peuvent avoir les preuves relatives à la communication.

4.1.1 *Affaire du verre plat*³⁹

43. L'intérêt de cette affaire, qui a été jugée en 2004, tient au fait que le tribunal y était saisi d'un grief de fixation des prix concernant deux marchés distincts, celui du verre plat et celui du verre pour pièces de rechange automobiles, et qu'il a conclu à l'existence d'éléments indirects suffisants pour valider la thèse de l'accord illicite dans le premier cas, mais pas dans le second⁴⁰. S'agissant du verre plat, un schéma récurrent de fixation parallèle des prix avait été observé sur le marché, les parties défenderesses ayant à plusieurs reprises au cours de la période en cause relevé leurs prix de catalogue dans des proportions identiques et à des dates rapprochées. La structure du marché favorisait le risque de collusion : forte concentration et petit nombre de vendeurs, produit relativement homogène dont le prix était le principal

37. Flat Glass Antitrust Litigation, 385 F 3d 350, 359-60 (3d Cir. 2004).

38. Pour une analyse de la jurisprudence de l'UE sur la question de l'utilisations de preuves indirectes dans les affaires d'ententes, voir, par exemple, Mark Jephcott, *Horizontal Agreements and EU Competition Law* (2005); Sigrid Stroux, *US and EC Oligopoly Control* (2004); Lennart Ritter et David Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 100-110 (3d ed. 2004) ; Richard Whish, *Competition Law*, 514-16 (5th ed. 2003).

39. Flat Glass Litigation, voir ci-dessus la note 37

40. La plupart des procédures civiles portant sur cette question qui se sont déroulées récemment aux États-Unis ont été rejetées en première instance et portées devant les juridictions d'appel avant que tous les faits aient été réunis. Conformément aux procédures de "jugement sommaire" prévues par le système américain, une affaire peut être conclue avant l'ouverture d'un procès en bonne et due forme si la partie qui en fait la demande est à même de montrer que toutes les questions de faits matériels sont réglées ou si manifestement déséquilibrées qu'elles ne peuvent faire l'objet d'un procès. La norme juridique applicable est plus indulgente (pour le requérant) en cas de requête de jugement sommaire qu'elle ne l'est pour un jugement définitif. Dans ce cas, en effet, la juridiction d'appel ne statue pas définitivement sur l'existence ou non d'un accord, mais seulement sur le point de savoir si les preuves apportées concernant cet accord sont suffisantes pour que la question soit soumise à un juge ou à un jury. Quoi qu'il en soit, tous ces exemples sont instructifs pour ce qui est des preuves utilisées dans les affaires d'ententes horizontales.

trait distinctif, coûts fixes élevés, fort excédent de capacité dans le secteur et demande statique. Pour reprendre les termes du tribunal, c'était "l'exemple parfait du secteur industriel qui se prête au maintien de prix supraconcurrentiels"⁴¹.

44. D'autre part, les faits montraient que les hausses de prix pratiquées par les défendeurs n'étaient pas conformes à ce qui se passerait normalement sur un marché concurrentiel. Elles n'étaient pas motivées par une augmentation des coûts ou de la demande, et elles ont eu pour conséquence d'attirer un nouveau concurrent. Pour le juge, ces comportements étaient donc "contraires à l'intérêt individuel" des parties défenderesses, sauf à supposer l'existence d'une entente (ce point est examiné ci-après). Toutefois, malgré l'importance de ces éléments, ils n'étaient pas jugés suffisants : "En règle générale, l'élément le plus important est une preuve non économique permettant d'établir l'existence d'un accord effectif et manifeste de non-concurrence"⁴². Or, les preuves de ce type ne manquaient pas. Il y avait eu une série de réunions et de communications qui avaient permis de discuter de la question des prix. Les documents internes des participants indiquaient que chacun était en général au courant de la politique de prix menée par les autres, ce qui n'aurait pas pu être le cas s'ils avaient eu accès uniquement aux données publiques. Finalement, le tribunal a décidé que toutes ces preuves indirectes étaient suffisantes pour étayer la thèse de l'accord illicite.

45. Dans le cas du verre pour pièces de rechange automobiles, en revanche, les preuves indirectes relatives aux communications entre les parties défenderesses étaient beaucoup plus minces. Le comportement sur lequel était fondé le grief de fixation des prix était une pratique qui consistait à fournir certaines informations tarifaires à une association commerciale tierce, laquelle les publiait ensuite sous une forme permettant aux participants de calculer les prix des concurrents. Le tribunal a estimé que cette preuve, à elle seule, était insuffisante. La publication d'informations concernant les prix, a-t-il observé, "peut avoir un effet favorable à la concurrence". D'où l'impossibilité de "retenir la thèse de la collusion à partir de ce fait ambigu, sinon favorable à la concurrence".

4.2 Preuves économiques

46. Si les éléments de preuve relatifs aux communications sont indéniablement importants – beaucoup diraient même essentiels – dans les procédures qui s'appuient uniquement sur des preuves indirectes, certaines preuves économiques peuvent elles aussi jouer un rôle. La décision exposée ci-après, rédigée par le grand juriste et théoricien Richard A. Posner, est un bon exemple de la façon d'analyser des preuves économiques circonstanciées.

4.2.1 Affaire de l'isoglucose⁴³

47. Dans une action privée en dommages-intérêts intentée au civil, les quatre principaux producteurs d'isoglucose, un édulcorant à base de maïs, étaient poursuivis pour entente présumée sur le prix de leur produit. La partie plaignante ayant été déboutée en première instance, la juridiction d'appel avait alors infirmé cette décision et renvoyé l'affaire pour jugement.

48. Voici comment le juge Posner décrivait à cette occasion les différents types d'éléments de preuve applicables aux ententes en vertu de la loi Sherman :

41. *Idem*, p. 361.

42. *Ibid.*, citation extraite d'un avis formulé par le juge Richard Posner dans l'affaire High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., 295 F.3d 651 (7th Cir. 2002).

43. High Fructose Corn Syrup Antitrust Litig., voir ci-dessus la note 42.

Les éléments de preuve sur lesquels s'appuie le plaignant sont en général, et dans le cas d'espèce, de deux types – les preuves économiques indiquant que les défendeurs n'étaient effectivement pas en situation de concurrence, et les preuves non économiques indiquant qu'ils ne se faisaient pas concurrence parce qu'ils avaient passé entre eux un accord pour ne pas se faire concurrence. Les preuves économiques sont à leur tour en général, et dans le cas présent, de deux types : les preuves indiquant que la structure du marché était telle qu'elle rendait possible une entente secrète sur les prix (pratiquement tous les marchés peuvent être cartellisés dès lors que la législation permet aux vendeurs d'établir des mécanismes formels et explicites de collusion, tels que des concessions de vente exclusive), et les preuves indiquant que le marché s'est comporté de façon non concurrentielle⁴⁴.

49. D'après le juge, plusieurs éléments de nature économique pouvaient laisser penser à l'existence d'un accord : forte concentration du côté des vendeurs, "grande homogénéité" du produit, absence de produits de substitution proches de l'isoglucose, large excédent de capacité entretenu par les défendeurs, différenciation des prix dans l'ensemble du secteur⁴⁵. S'agissant du comportement des entreprises en cause, les preuves (économiques) avancées étaient un système de prix non fondé sur les coûts, ainsi qu'une modification de la durée des contrats imposée par les défendeurs et un phénomène suspect d'achats et de ventes entre eux. Le tribunal mettait également en évidence une stabilité inhabituelle des parts de marché dans des circonstances qui auraient plutôt laissé attendre l'inverse, et accordait une certaine crédibilité au témoignage d'expert selon lequel les prix de l'isoglucose étaient plus élevés pendant la période de l'entente présumée qu'avant ou après.

50. Au chapitre des communications, le dossier comportait par ailleurs des éléments à l'appui de la présomption d'entente. Il s'agissait de documents et de déclarations émanant d'employés des défendeurs qui faisaient allusion indirectement à des accords et à des arrangements, et indiquaient qu'ils étaient en possession d'informations non publiées sur les décisions des concurrents en matière de prix. Le juge décida que ces preuves étaient dans leur ensemble suffisantes pour conclure sur les faits à l'existence d'un accord.

4.2.2 "Action contre son propre intérêt"

51. C'est aux États-Unis qu'est apparu le concept d'action contre son propre intérêt, et il y est maintenant employé depuis quelques années. Comme il est expliqué plus en détail dans la section consacrée à la théorie économique, il s'agit d'un point capital pour l'appréciation des preuves⁴⁶.

52. L'action contre son propre intérêt s'entend de toute action qui serait contraire à l'intérêt de son auteur en l'absence d'accord. C'est ce que l'entreprise n'aurait pas fait si elle avait agi de façon unilatérale. Il peut s'agir, par exemple, du refus de traiter avec un client ou un fournisseur, alors qu'il n'y a apparemment aucune raison économique pour l'entreprise de se priver de cette opportunité⁴⁷. Il peut s'agir d'échanges d'informations – sur les coûts ou sur les prix de transaction – généralement considérées comme confidentielles et que des concurrents pourraient utiliser à leur avantage si le marché fonctionnait librement. Ou encore d'une structure de prix qui n'a aucun rapport avec les coûts, ou bien qui ne semble avoir aucune justification économique.

44. *Id.*, p. 655.

45. La différenciation des prix n'est pas toujours contraire à la concurrence, et l'existence de prix différenciés n'est pas nécessairement un signe de collusion. Le juge Posner explique avec précision dans sa décision les raisons pour lesquelles il considère néanmoins ce phénomène comme pertinent dans le cas examiné. *Id.*, p. 568.

46. *Id.*, p. 655.

47. Voir IGA v. Darling-Delaware, 998F2.D 1224, p. 1243-45 (3d Cir. 1993).

53. L'affaire *Blomkest Fertilizer* a permis de mettre en évidence l'importance d'un tel argument⁴⁸. Plusieurs fabricants d'engrais avaient intenté une action contre huit producteurs de potasse, dont six canadiens, auxquels ils reprochaient d'avoir passé une entente pour fixer le prix de la potasse au cours de la période comprise entre 1987 et 1994 (la potasse est un composant majeur des engrais). Les plaignants s'appuyaient essentiellement sur des preuves économiques, notamment une série de vérifications de prix qu'auraient effectuées les défendeurs, soit une forme de "comportement" révélateur parmi ceux décrits ci-dessus à la section 2.

54. Fait très rare dans la pratique judiciaire aux États-Unis, les onze juges de la cour d'appel étaient réunis pour statuer sur l'affaire⁴⁹. 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 ans, période durant 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 indépendante⁵⁰.

55. 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. D'un autre côté, 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 cartel⁵¹.

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

57. L'opinion de la cour d'appel dans une autre affaire, en l'occurrence *Brand Name Prescription Drugs*, offre une bonne illustration de l'utilisation du concept d'"action contre son propre intérêt" pour déterminer le point de savoir si le parallélisme de comportement doit être considéré comme une preuve indirecte d'entente⁵². Dans ce cas, un groupe de consommateurs qui poursuivaient des fabricants de produits pharmaceutiques faisaient valoir que leur pratique uniforme de différenciation des prix entre catégories de clients, qui avait pour effet de faire payer des prix plus élevés aux plaignants, devait être considérée comme une preuve (indirecte) du fait que les défendeurs avaient conclu une entente. Mais la

48. *Blomkest Fertilizer v. Potash Corp. of Sask.*, 203F.3d 1028 (8th Cir. 2000) (en formation plénière).

49. Dans le système fédéral des États-Unis, la plupart des affaires en appel sont entendues par un groupe de seulement trois juges, choisis au hasard.

50. *Id.*, p. 1034-35.

51. *Id.*, p. 1047.

52. Voir *Brand name Prescription Drugs Antitrust Litig.*, 186 F3rd 781 (7th Cir. 1999).

Cour a rejeté cet argument, estimant que puisque chacun des fabricants mis en cause disposait d'un pouvoir de marché grâce à la protection de ses médicaments par des brevets, il était de son propre intérêt d'exercer ce pouvoir et de pratiquer des prix différenciés suivant les groupes de consommateurs, compte tenu de leur disposition à payer. Par conséquent, le fait que tous les défendeurs aient adopté une stratégie analogue de différenciation des prix était jugé compatible avec l'intérêt individuel de chaque défendeur et ne pouvait pas être considéré comme une preuve de l'existence d'un accord entre eux.

4.3 *Examen des preuves indirectes : approche globale ou approche individuelle*

58. La façon dont les tribunaux examinent les preuves indirectes, c'est-à-dire soit globalement en considérant leur effet cumulatif, soit individuellement en exigeant que chaque élément corrobore de façon incontestable la thèse de l'entente, est un facteur important de l'appréciation portée sur leur pertinence. Dans l'affaire de l'isoglucose, le juge Posner était fermement partisan de l'approche globale, faisant remarquer que si le juge de première instance avait rejeté la preuve relative aux communications, c'était :

... parce qu'il estimait qu'elle était de nature à "exiger un large recours à la déduction pour pouvoir avoir une valeur en tant que preuve". Cela est vrai en ce sens qu'aucun élément de preuve [en matière de communication] ... ne suffit à lui seul à démontrer l'existence d'une entente sur les prix. Mais là n'est pas la question. La question est simplement celle de savoir si cette preuve, considérée globalement et en même temps que les preuves économiques, est suffisante pour mettre en échec le jugement sommaire⁵³.

59. Le juge Posner notait en outre que le "piège" dans ces cas-là est de supposer que si aucune des preuves soumises par le plaignant ne confirme à elle seule sans ambiguïté la thèse de l'entente, alors les preuves considérées comme un tout ne peuvent pas non plus mettre en échec le jugement sommaire. Il est vrai que zéro plus zéro égale zéro. Mais les preuves sont susceptibles d'interprétations diverses, dont une seule soutient la cause de la partie qui la produit, et n'est donc pas totalement dépourvue de valeur probante pour celle-ci. Sinon quel besoin y aurait-il jamais d'intenter un procès ? Dans un cas comme celui-ci, la question pour le jury devrait simplement être de savoir si, lorsque les preuves sont considérées globalement, l'entente sur les prix est plus probable que l'absence d'entente⁵⁴.

60. On notera cependant que les avis sur ce point divergent même à l'intérieur des États-Unis. D'autres cours fédérales d'appel ont examiné une à une les preuves qui leur étaient présentées pour déterminer si elles tendaient à exclure la possibilité d'une action indépendante et unilatérale de la part des concurrents mis en cause⁵⁵.

61. Dans une affaire importante de concertation sur les prix intéressant l'Union européenne, l'affaire *Pâte de bois*, la Cour européenne de Justice a adopté elle aussi une approche étroite de la question des preuves indirectes en décidant d'examiner ces dernières individuellement.

4.3.1 *Pâte de bois*⁵⁶

62. La Commission européenne avait constaté que plus de 40 producteurs de pâte de bois et trois de leurs associations professionnelles s'étaient concertés sur les prix au cours de deux périodes comprises entre 1975 et 1981, les faits ayant montré que leurs prix annoncés étaient alors quasiment identiques. Dans l'industrie de la pâte de bois, les acheteurs et les vendeurs avaient l'habitude de conclure des contrats à long

53. *Id.*, p. 661.

54. *Id.*, p. 655-56.

55. Voir *Williamson Oil Co. v. Philip Morris USA*, 346 F.3rd 1287 (11th Cir. 2003).

56. *Affaires C-89/85 etc., Ahlstrom Oy v. Commission*, [1992] ECR I-1307.

terme qui donnaient aux premiers la possibilité d'acheter une quantité minimale de pâte à un prix ne dépassant pas celui annoncé. Les annonces de prix avaient lieu tous les trimestres, pratiquement au même moment. Outre le parallélisme des prix, la Commission avait réuni quantité de preuves économiques à l'appui de ses conclusions : un grand nombre de vendeurs différents les uns des autres du point de vue de l'origine nationale (les producteurs concernés étaient établis en Finlande, en Suède, en Espagne, au Portugal, aux États-Unis et au Canada), de la structure des coûts, des frais de transport, des marchés nationaux desservis à l'intérieur de la communauté européenne ; des prix annoncés nettement supérieurs aux cours du marché spot ; une rupture apparente de la discipline des prix à deux reprises au cours de la période considérée ; des prix publiés dans la presse spécialisée ; des prix annoncés avant leur entrée en vigueur ; libellé de tous les prix en dollars des États-Unis.

63. A l'appui du grief de concertation, la Commission apportait également des preuves en matière de communication, en l'occurrence différents documents et télex émanant des parties et indiquant que celles-ci avaient pris part à des réunions au cours desquelles il aurait été question des prix. Toutefois, la CEJ demanda à la Commission de démontrer le lien existant entre chacun des documents et la concertation supposée entre des producteurs spécifiques et pour des périodes spécifiques. La Commission fit valoir que cela n'était pas nécessaire et que les preuves proposées se rapportaient de façon générale à la concertation présumée. Mais la CEJ rejeta cette argumentation et décida que les documents en question seraient écartés des débats.

64. Sur le point de savoir si les preuves économiques étaient suffisantes à elles seules pour établir la concertation, la Cour adopta la règle selon laquelle les comportements incriminés ne pouvaient être considérés comme probants que si "la concertation en constitue la seule explication plausible". Elle conclut que les relations à long terme et le système de prix qui s'étaient développés dans l'industrie de la pâte de bois étaient justifiés par des raisons commerciales valables. Les deux experts qui avaient été désignés par la Cour estimèrent eux aussi, sans écarter l'hypothèse de la concertation, que des raisons légitimes expliquaient les comportements considérés et que la simultanéité et le parallélisme des annonces de prix pouvaient être regardés comme la conséquence de "la très grande transparence qui caractérisait le marché"⁵⁷.

65. La norme stricte adoptée par la Cour pour évaluer les preuves économiques en l'espèce – à savoir que l'explication par la concertation doit être la seule plausible – est peut-être la raison principale qui a finalement conduit à l'annulation de la décision de la Commission, mais il est probable que la position de la CEJ, qui a refusé d'envisager globalement les preuves relatives aux communications entre les parties, a aussi contribué dans une large mesure à ce résultat. Il ne semble pas cependant qu'une approche aussi stricte ait été de nouveau appliquée par la suite dans des affaires tranchées par la Commission et les juridictions de l'UE⁵⁸.

66. Avec une approche aussi "détaillée", chaque élément de preuve indirecte sera presque toujours ambigu si on l'analyse isolément. Dans une perspective globale, en revanche, les preuves perdront sans doute de leur ambiguïté. Il semble que la meilleure approche devrait consister, comme l'a indiqué le juge dans l'affaire de l'isoglucose, à considérer les preuves présentées dans leur ensemble et à déterminer si elles sont suffisantes, globalement, pour satisfaire aux exigences retenues.

57. *Id.*, paragraphe 81. Voir également *Suiker Unie v. Commission (Industrie européenne du sucre)*, OJ [1973] L 140/17.

58. Voir, par exemple, *PVC II*: OJ [1994] 239/14, décision confirmée sur le fond en appel, affaires T-305/94 etc., *Limburgse Vinyl Maatschappij v. Commission* [1999] ECR II-931 (l'arrêt du tribunal de première instance indiquant que "... les preuves ne devraient pas être considérées isolément, mais dans leur ensemble [...] et les preuves individuelles ne pourraient être dissociées de leur contexte") ; *Plaques en plâtre*, OJ [2005] L 166/8.

5. Ententes et preuves indirectes – expériences nationales

67. Les preuves indirectes ne sont pas traitées de la même façon dans tous les pays⁵⁹, et c'est en fonction des différentes normes nationales, bien entendu, qu'évolueront les règles concernant l'utilisation de ces preuves dans les affaires d'ententes. D'autres facteurs interviendront aussi dans cette évolution, notamment la nature – administrative, civile ou pénale – des poursuites engagées contre les ententes. En outre, tous les pays n'en sont pas au même point dans les efforts qu'ils déploient pour réprimer les ententes. Certains ont des dizaines d'années d'expérience dans ce domaine, d'autres quelques-unes seulement. Certains ont déjà mis en place des programmes de clémence très efficaces, d'autres n'ont adopté ce moyen d'action que récemment. Les conséquences que peuvent avoir ces divers facteurs pour la répression des ententes sur la base de preuves circonstanciées sont examinées plus avant ci-après.

5.1 Procédure administrative ou procédure civile

68. Dans la majeure partie des pays, les procédures engagées contre les ententes sont de nature administrative ou civile (comme il s'agit dans la plupart des cas de procédures administratives, c'est de cette qualification qu'il sera exclusivement question dans la suite de cette section). Dans les pays qui traitent les ententes comme des infractions administratives, la tendance est à l'utilisation de preuves directes. Ainsi, depuis 2001 environ, la quasi-totalité des poursuites intentées contre des ententes par la Commission européenne se sont appuyées sur des preuves directes⁶⁰. Si l'on se fonde sur le troisième rapport du Comité de la concurrence de l'OCDE concernant les ententes injustifiables⁶¹, il en va de même, semble-t-il, de plusieurs affaires récentes ayant eu pour cadre des pays de l'OCDE et quelques pays non membres disposant du statut d'observateur auprès de l'organisation⁶². Il y aurait au moins deux raisons à cette tendance, et elles sont liées l'une à l'autre : d'une part, les programmes de clémence deviennent sans cesse plus efficaces, permettant ainsi aux autorités de détecter un plus grand nombre d'ententes et de disposer contre celles-ci d'au moins quelques preuves directes ; d'autre part, les pays ont de plus en plus recours à des peines d'amende très lourdes pour sanctionner les ententes, ce qui, comme on le sait, contribue à l'efficacité des programmes de clémence. Par ailleurs, il est plus facile de justifier l'imposition de lourdes amendes lorsque l'on dispose de preuves directes de l'infraction, y compris, si possible, d'éléments démontrant le caractère conscient et intentionnel du comportement illicite⁶³. Enfin, les pays ont renforcé leur arsenal de techniques et de moyens d'investigation, en y ajoutant notamment la possibilité de visites surprises.

59. Comme on l'a vu précédemment, il peut y avoir aussi des différences à l'intérieur d'un même pays.

60. D'après les communiqués de presse publiés par la Commission au cours de la période et consultables sur son site web.

61. OCDE, *Mise en oeuvre de la recommandation du Conseil concernant une action efficace contre les ententes injustifiables : Troisième rapport du Comité de la concurrence* (2005), consultable sur le site web de l'OCDE à l'adresse www.oecd.org/competition.

62. Bien entendu, dans un grand nombre de ces affaires, le dossier comportait aussi des preuves indirectes. Comme il a été indiqué précédemment, les différents moyens de preuve peuvent en effet être utilisés simultanément.

63. A titre d'exemple, entre 2001 et 2005, la Commission européenne a infligé pour près de 4 milliards d'euros d'amendes au total dans des affaires d'ententes contrevenant à l'article 81 du traité CE. Voir l'allocation prononcée par le commissaire européen Neelie Kroes dans le cadre de l'International Forum on Competition Law, le 7 avril 2005, dont le texte peut être consulté sur le site web de la Commission européenne à l'adresse <http://europa.eu.int/comm/competition>. Comme il a été indiqué précédemment, toutes ces affaires reposaient au moins en partie, semble-t-il, sur des preuves directes.

69. Les affaires qui reposent sur des preuves directes solides présentent un autre avantage de taille en ce qu'elles se traduisent par un plus grand nombre de transactions judiciaires et un plus petit nombre d'appels. Dans certaines juridictions, les parties reconnaissent généralement l'infraction qui leur est reprochée et acceptent de se voir infliger de lourdes sanctions. Cette procédure a des implications importantes en termes de moyens ; les actions en justice peuvent durer très longtemps et mobiliser des ressources que les autorités chargées de faire appliquer la législation pourraient sans cela consacrer à d'autres affaires.

70. Cela dit, dans les pays qui ont une assez longue expérience de la lutte contre les ententes, les autorités continuent d'exercer des poursuites lorsqu'elles disposent de preuves indirectes solides. Le cas du *Lait infantile* en Italie, évoqué plus haut, en est un exemple. Un autre cas récent concerne une entente entre opérateurs de téléphonie mobile en France.

5.1.1 France – Téléphonie mobile⁶⁴

71. Le 1^{er} décembre 2005, le Conseil de la concurrence a annoncé qu'il avait prononcé des sanctions pécuniaires d'un montant total de 534 millions d'euros contre trois opérateurs de téléphonie mobile pour avoir mis en œuvre des pratiques d'entente. L'affaire comporte deux volets. D'une part, il était reproché aux opérateurs d'avoir échangé entre eux, de 1997 à 2003, tous les mois, des chiffres précis et confidentiels concernant les nouveaux abonnements qu'ils avaient vendus durant le mois écoulé, ainsi que le nombre de clients ayant résilié leur abonnement. Bien que ne portant pas directement sur les prix, le Conseil a considéré que ces échanges d'informations étaient de nature à restreindre la concurrence sur le marché.

72. Le second volet, plus intéressant pour notre propos, concerne l'existence d'un accord passé entre les trois opérateurs afin de stabiliser leurs parts de marché entre 2000 et 2002. L'existence d'une telle concertation a été établie :

... grâce au recoupement de plusieurs indices graves, précis et concordants, tels que l'existence de documents manuscrits mentionnant de manière explicite un "*accord*" entre les trois opérateurs ou la "*pacification du marché*" ou encore le "*Yalta des parts de marché*".

73. Dans sa décision, le Conseil dénonce plusieurs pratiques mises en œuvre simultanément en 2000 par les opérateurs concernés, notamment "un relèvement des prix et l'adoption de mesures comme la priorité donnée aux forfaits avec engagements contre les cartes prépayées ou l'instauration des paliers de 30 secondes après une première minute indivisible". L'appréciation qu'il porte sur ces agissements semble tenir compte du critère de l'"action contre son propre intérêt" évoqué précédemment. Selon les termes du communiqué :

Ces mesures ... présentaient le risque de provoquer une baisse des ventes (et donc des parts de marché) de l'opérateur qui se serait aventuré à les mettre en œuvre unilatéralement. L'intérêt de la concertation était donc de faciliter la mise en place de cette stratégie, en permettant aux trois opérateurs de s'assurer qu'ils poursuivaient simultanément la même politique et que leurs parts de marché relatives resteraient par conséquent stables.

64. Le communiqué de presse du Conseil de la concurrence peut être consulté sur le site web du Conseil à l'adresse http://www.conseil-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=149&id_article=501. Le texte intégral de la décision est publié sur le même site à l'adresse <http://www.conseil-concurrence.fr/user/avis.php?avis=05-D-65>. Les entreprises sanctionnées ont annoncé leur intention de faire appel de la décision.

5.1.2 *Brésil – Acier*

74. En 1999, le tribunal brésilien de la concurrence a statué sur ce que beaucoup considèrent être son premier cas d'entente au regard de la législation actuelle du pays en la matière, qui date de 1988. L'affaire portait sur un accord passé en 1996 pour augmenter le prix de certains produits d'acier laminé. Il n'y avait à l'époque que trois entreprises nationales qui fabriquaient ces produits, dont deux étaient liées par une participation croisée à hauteur de 50 %. En juillet 1996, des représentants de l'Institut brésilien de l'acier avaient pris contact avec des fonctionnaires du Secrétariat pour le suivi économique (SEAE) pour les informer que les membres de leur organisme avaient l'intention de relever leurs prix d'un certain montant prédéterminé à une date précise. On rappellera que jusqu'en 1992, les produits en question faisaient l'objet de mesures de contrôle des prix en partie administrées par le SEAE. Ces mesures ne s'appliquaient toutefois plus en 1996.

75. Le lendemain de la réunion, le SEAE avait informé l'institut par télécopie que l'accord envisagé constituait une atteinte au droit de la concurrence et était de ce fait illicite. Les trois producteurs passèrent outre et décidèrent néanmoins d'appliquer les augmentations prévues au début du mois d'août de la même année. Les majorations étaient à peu près celles qui avaient été communiquées au SEAE par l'institut. Elles n'étaient pas strictement identiques d'un producteur à l'autre, mais leur marge de variation ne dépassait pas 5 % dans la plupart des cas. Environ une année plus tard, les trois entreprises appliquèrent une autre augmentation du même ordre, cette fois sans en avertir préalablement le SEAE.

76. Les producteurs mis en cause nièrent l'existence d'un accord entre eux. D'après eux, leurs dirigeants s'étaient effectivement rencontrés avant la réunion tenue avec le SEAE, mais ce n'était pas pour passer un accord. De leur côté, les autorités brésiliennes chargées de la concurrence, faute d'avoir pu interroger elles-mêmes les dirigeants des trois entreprises sur la question, n'étaient pas en mesure de produire des preuves directes de l'existence d'un accord. Elles conclurent néanmoins que les preuves circonstancielles étaient suffisantes pour fonder leur grief. Il s'agissait notamment de la réunion organisée par les dirigeants avant celle avec le SEAE, de l'annonce faite lors de cette dernière concernant les augmentations de prix, des majorations pratiquement identiques et pratiquement simultanées intervenues en août 1996 et de l'absence d'indice soutenant la thèse selon laquelle les augmentations de prix résulteraient de décisions prises de manière indépendante par chacun des producteurs à la même époque. Finalement, le tribunal déclara que les faits constatés en 1996 constituaient une infraction aux règles de la concurrence, mais pas ceux de 1997 puisque rien ne prouvait qu'une réunion ou des communications avaient eu lieu entre les entreprises avant les augmentations.

77. La sanction fut fixée au montant minimum de l'amende prévue par la loi, à savoir 1 % du chiffre d'affaires brut de l'année écoulée pour chaque entreprise, soit environ 51 millions BRL (équivalant alors à quelque 48 millions USD)⁶⁵. La décision et les sanctions prononcées ont fait l'objet d'un recours, et certains aspects de la procédure ne sont malheureusement pas encore réglés. Plus récemment, les autorités brésiliennes chargées de la concurrence ont renforcé leurs efforts de lutte contre les ententes et perfectionné leurs moyens d'intervention tels qu'enquêtes inopinées et autres techniques d'investigation. Elles ont également mis en place un programme de clémence qui a permis de faire émerger de nouveaux cas⁶⁶.

65. Pour de plus amples explications sur cette affaire, voir Paulo Corrêa et Frederico G. de Aguiar, *Circumstantial Evidence and Plus Factors in Cartel Cases*, sur le site web du SEAE à l'adresse http://www.fazenda.gov.br/seae/english/index_english.html.

66. Voir OCDE, *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*, p. 50-54 (2005), consultable sur le site web de l'OCDE à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/12/45/35445196.pdf>.

5.1.3 Lettonie – Œufs de poule

78. Cette affaire offre un bon exemple de l'usage que l'on peut faire de différents types de preuves indirectes, à savoir :

- indices de communications, y compris les réunions entre concurrents organisées dans le cadre d'associations professionnelles et les documents faisant état de discussions sur les prix à cette occasion ;
- preuves économiques mettant en évidence une hausse des prix à la suite des réunions suspectes et éléments infirmant les explications données par les parties en cause selon lesquelles l'évolution de leurs prix résulterait du fonctionnement normal du marché.

79. Elle présente également de l'intérêt parce qu'elle concerne un secteur, celui de la production agricole, qui semble caractérisé par l'existence de nombreuses ententes dans les pays qui commencent à faire appliquer le droit de la concurrence.

80. En 2003, le Conseil letton de la concurrence a commencé à enquêter sur une affaire d'entente supposée entre des producteurs d'œufs de poule après avoir lu dans la presse locale un article dans lequel le principal acteur du secteur annonçait qu'il allait augmenter ses prix. L'article indiquait en outre que l'association lettone des producteurs d'œufs avait recommandé à ses membres de relever leurs prix. Le Conseil, qui ne disposait pas alors de pouvoirs d'enquête en bonne et due forme, avait néanmoins chargé plusieurs de ses agents de se présenter simultanément dans les bureaux des trois producteurs pour y interroger leurs représentants de façon informelle. D'autres producteurs furent également questionnés dans le cadre d'investigations ultérieures.

81. Les enquêtes firent apparaître plusieurs éléments : l'association des producteurs comptait 12 membres ; le marché letton était dominé par un producteur à hauteur de 50 % ; trois autres producteurs avaient chacun une part de marché de 8-11 % ; il y avait effectivement eu des discussions sur les augmentations de prix à l'occasion de réunions organisées à deux reprises dans le cadre de l'association, en juillet-août 2002, puis en mars-avril 2003 ; une télécopie envoyée aux membres de l'association par l'entreprise dominante avant la réunion de mars 2003, dont les enquêteurs avaient obtenu une copie, indiquait que la question de la "politique des prix (augmentation prévue à compter du 1^{er} avril 2003)" serait portée à l'ordre du jour ; ladite télécopie précisait en outre que l'entreprise dominante ne répondrait pas aux demandes de rabais promotionnels soumises par les revendeurs en prévision de la période de Pâques, et concluait ainsi : "En conséquence, nous vous invitons à ne pas donner suite aux démarches de cette nature entreprises par les détaillants, afin de garantir le succès des ventes pendant la période de Pâques".

82. Le Conseil fondait également son argumentation sur des preuves économiques. Une analyse du prix des œufs au cours des périodes considérées faisait effectivement apparaître des augmentations après les réunions de l'association, augmentations qui ne semblaient pouvoir s'expliquer ni par une hausse des coûts, ni par des considérations touchant l'offre et la demande, la production d'œufs étant alors excédentaire.

83. Dans ces conclusions, le Conseil de la concurrence constate que les producteurs ont enfreint la législation nationale de la concurrence en mettant en place entre eux une entente sur les prix, et il prononce une sanction à leur encontre. Cette décision a fait l'objet d'un recours actuellement pendant devant la cour d'appel.

5.1.4 *Taipei chinois – essence et carburant diesel*

84. Cette affaire est instructive car elle concerne un secteur – la distribution d'essence – qui fait l'objet d'enquêtes sur des ententes dans de nombreux pays, mais aussi parce qu'elle repose uniquement sur des preuves économiques, en l'absence de tout indice relatif à d'éventuelles communications. Apparemment, l'autorité de la concurrence a eu recours à une forme d'analyse économique comme celle évoquée plus haut, à la section 3, mais les raisons pour lesquelles elle a rejeté l'hypothèse de la solution optimale recherchée de façon unilatérale et non coopérative par chaque concurrent – et plus particulièrement le scénario du pilotage des prix par l'entreprise dominante – n'apparaissent pas clairement.

85. A l'époque où l'enquête a débuté, en 2003, le secteur du pétrole raffiné, sur le marché de l'essence et du carburant diesel du Taipei chinois, était caractérisé par un duopole. L'entreprise dominante, qui détenait 70 % du marché, avait été en situation de monopole jusqu'à l'arrivée du premier concurrent en 2000. Un troisième acteur, en l'occurrence une grande compagnie américaine, était venu s'ajouter aux deux premiers en 2002, mais s'était ensuite retiré du marché.

86. Pendant deux ans, les prix appliqués par les deux fournisseurs aux stations-service avaient évolué en parallèle. A vingt reprises au moins, les prix avaient été ajustés de façon simultanée et dans des proportions quasiment identiques. Chaque fois, l'une des parties annonçait publiquement à l'avance les nouveaux tarifs qu'elle allait appliquer, et l'autre réagissait en publiant à son tour ses nouveaux prix. S'il arrivait que la seconde entreprise ne s'aligne pas sur les prix annoncés par la première, celle-ci annulait alors les ajustements envisagés ou les modifiait en fonction de ceux annoncés par le concurrent.

87. Il n'y avait aucune preuve directe d'entente, mais la Commission de la concurrence du Taipei chinois conclut à l'existence d'un "accord des volontés" entre les deux entreprises, en s'appuyant pour cela sur les éléments suivants :

- le parallélisme de comportement des deux parties, mis en évidence par de nombreux ajustements de prix opérés pendant plusieurs années ;
- le fait que les ajustements de prix étaient annoncés publiquement et à l'avance ;
- le fait que les exploitants de stations-service affichaient très vite les nouveaux prix annoncés, le mécanisme des annonces servant de moyen de surveillance aux deux fournisseurs ;
- une analyse approfondie de la structure des coûts des deux entreprises faisant ressortir entre elles des différences importantes en termes de sources d'importation, de coûts de raffinage, de coûts de transport et d'utilisation des capacités, entre autres.

88. Il semble que la Commission ait eu également recours à la théorie des jeux dans son analyse de la situation, ce qui l'a amenée à constater que les résultats observés étaient conformes à une forme d'accord entre les parties⁶⁷.

89. Dans ses conclusions, la Commission sanctionne les deux entreprises pour infraction à la législation du Taipei chinois en matière de concurrence et leur inflige à chacune une amende de 6 500 000 TWD (environ 200 000 USD).

67. On trouvera une description plus complète de cette affaire sur le site web de l'APEC à l'adresse <http://www.apec.org.tw/doc/Taipei/Case/D094q108.htm>.

5.2 Procédure pénale

90. Une minorité croissante de pays traitent le comportement d'entente comme un délit passible de poursuites pénales. Les exigences en matière de preuves étant plus strictes en droit pénal, il s'ensuit que les preuves indirectes sont plus difficiles à utiliser. Ces preuves sont néanmoins admissibles, comme l'illustre ci-après l'expérience de deux pays où les ententes relèvent de la procédure pénale.

5.2.1 États-Unis

91. La pénalisation des ententes n'est pas un fait nouveau aux États-Unis⁶⁸. Si quelques-unes des premières procédures pénales intentées en vertu de la loi Sherman ont fait appel à des preuves indirectes⁶⁹, toutes les condamnations prononcées ces dernières années se sont appuyées sur des preuves directes. Depuis le milieu des années 90, le programme de clémence mis en place par les autorités est devenu la pièce maîtresse du dispositif de lutte contre les ententes, et la plupart des nouvelles affaires qui voient le jour en sont la résultante. Elles sont désormais réglées pour la majeure partie par un système de transactions pénales qui permet de clore la procédure avant d'arriver au procès.

92. Bien entendu, les preuves indirectes peuvent aussi jouer un rôle utile et important. L'affaire *Art Auctions* à laquelle il était fait illusion en introduction en apporte un exemple. Elle mettait en cause les deux principales maisons de ventes aux enchères, Sotheby's et Christie's, accusées d'entente sur leurs taux de commission. Le procès était celui du président de Sotheby's, A. Alfred Taubman, les autres parties ayant soit reconnu leur culpabilité, soit bénéficié d'une immunité de poursuites dans le cadre du programme de clémence. Grâce à ce dernier, il y avait des preuves directes de l'entente entre les deux maisons, mais les éléments permettant d'établir le lien avec M. Taubman étaient plus ténus. Il s'agissait d'indices relatifs à des communications, pour une bonne part écrites, montrant que M. Taubman avait rencontré son homologue de chez Christie's pour discuter de questions de prix, et qu'il avait supervisé les discussions entre l'un de ses subordonnés et un cadre de Christie's sur le même sujet⁷⁰. C'est sur la base de ces éléments que le jury a

68. La loi Sherman ouvre la possibilité de sanctions aussi bien pénales que civiles, mais pendant de nombreuses années après son adoption, en 1890, la plupart des procès intentés dans des affaires d'ententes l'ont été devant des juridictions civiles. En outre, pendant longtemps également, les infractions à la loi Sherman sont restées classées dans la catégorie des *misdemeanors* (délits mineurs) et il a fallu attendre les amendements votés dans les années 70 pour que cette qualification passe au niveau de *felony* (délit grave) et que le montant maximum des amendes prévues soit revu à la hausse. Ce maximum a été de nouveau augmenté par la suite, de sorte qu'aujourd'hui une entreprise peut se voir infliger une amende pouvant se monter à 100 millions de dollars (et même plus en vertu de dispositions spéciales prévues par la loi) et une personne physique encourir jusqu'à 10 ans de prison et 1 million de dollars d'amende. Les sanctions effectivement imposées ont reflété l'évolution de la législation : les amendes atteignent régulièrement des centaines de milliers de dollars pour les entreprises et les peines d'emprisonnement trois ans et plus pour les particuliers. Voir Scott D. Hammond, "An Overview Of Recent Developments In The Antitrust Division's Criminal Enforcement Program", allocution prononcée devant l'American Bar Association, 10 janvier 2005, consultable à l'adresse <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/207226.htm>.

69. L'une d'entre elles, *American Tobacco* (voir plus haut la note 34), a été jugée en 1946. Il s'agissait d'un recours en appel formé par trois grandes compagnies de tabac et quelques-uns de leurs dirigeants qui avaient été reconnus coupables de trois chefs d'accusation pour infraction à la loi et condamnés à payer une amende de 15 000 dollars chacun, soit le maximum légal à l'époque. Il n'y avait apparemment aucune preuve directe de l'existence d'un accord entre les défendeurs, mais, comme il est indiqué à la section 3 ci-dessus, la Cour suprême a confirmé la condamnation en invoquant une série de changements de prix considérés par elle comme "une preuve indirecte de l'existence d'une entente".

70. Il y avait aussi la déposition du subordonné de M. Taubman, que le parquet considérait comme une preuve directe. On peut trouver une bonne description des pièces produites par le ministère public dans le dossier constitué pour la juridiction d'appel (qui a confirmé la condamnation) consultable à l'adresse <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f11300/11329.htm>.

finalement condamné M. Taubman à une peine d'un an et un jour d'emprisonnement et à une amende de 7,5 millions de dollars.

5.2.2 *Canada*

93. Le Canada fait lui aussi partie des pays où les ententes sont considérées depuis longtemps comme des infractions pénales. Comme aux États-Unis, il y a eu quelques affaires, au départ, dans lesquelles des ententes ont été condamnées uniquement sur la base de preuves indirectes et sanctionnées par des peines d'amende minimales⁷¹. En 1980, cependant, une affaire portée devant la Cour suprême du Canada a marqué une étape important dans l'utilisation des preuves indirectes.

5.2.3 *Atlantic Sugar*⁷²

94. Les parties défenderesses, en l'occurrence trois raffineries de sucre, étaient notamment accusées d'avoir passé un accord pour geler leurs parts de marché sur une période de plusieurs années, mais il n'y avait aucune indice concernant l'existence de communications entre elles à ce sujet. Comme le notait la Cour, les preuves réunies en l'espèce étaient purement "circonstanciennes". Elles résultaient de la constatation d'une très forte stabilité des parts de marché des trois raffineurs pendant une longue période et d'au moins une pratique de nature à faciliter une entente, à savoir un système de fixation des prix avec point de parité. Il y avait aussi des documents montrant que les parties défenderesses avaient choisi délibérément – mais apparemment de façon indépendante – de ne pas pratiquer des réductions de prix qui auraient pu être déstabilisantes.

95. Dans sa conclusion, le juge de première instance estima que la situation considérée était "le résultat d'un accord tacite entre les prévenus", motivé par le désir de chacun d'eux d'éviter une guerre des prix destructrice⁷³, mais que ce comportement ne constituait pas une infraction pénale. La Cour suprême confirma ce jugement (qui avait été annulé entretemps par une juridiction intermédiaire) en insistant sur l'absence apparente de communication entre les prévenus sur le point litigieux :

Dans ces circonstances, l'accord tacite" résultant de son adoption probable par les concurrents était-il assimilable à un complot ? J'ai beaucoup de mal à admettre qu'il l'était effectivement du simple fait que le responsable de la politique de Redpath [l'entreprise qui pilotait les prix] savait très bien que ses concurrents s'en rendraient compte inévitablement de manière générale après quelque temps et qu'il comptait sur eux pour adopter une politique similaire qui apparaîtrait alors également au grand jour.⁷⁴

96. Après l'arrêt rendu dans l'affaire *Atlantic Sugar*, la crainte se fit jour de voir les "accords tacites" échapper aux dispositions de la loi sur la concurrence concernant les infractions pénales. Cette loi fut amendée en 1986 et on y ajouta alors, entre autres choses, les dispositions suivantes :

71. Voir par exemple l'affaire *McGavin Bakeries* dans laquelle a statué la Cour suprême de l'Alberta en 1951. *Rex v. McGavin Bakeries, Ltd.*, 3 W.W.R. (N.S.) 289, p. 10 (1951). Comme le notait alors le juge : "... l'accusation se fonde presque exclusivement sur des preuves indirectes", mais il concluait que "la masse de données concrètes" relatives au comportement dont ont fait preuve les boulangeries pendant une période de 17 ans dans les trois provinces occidentales conduisait "à la conclusion inévitable ... que l'entente présumée avait réellement existé". A l'époque, l'amende maximum qui pouvait être infligée se montait à 10 000 CAD. Les six parties défenderesses furent condamnées à payer au total 30 000 CAD.

72. *Atl. Sugar Refineries Co. v. A.G. Can.*, [1980], 2 S.C.R.644.

73. *Id.*, p. 7.

74. *Id.*, p. 15.

Preuve de complot – Lors d'une poursuite intentée en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'association d'intérêts, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot, à l'association d'intérêts, à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que le complot, l'association d'intérêts, l'accord ou l'arrangement doit être prouvé hors de tout doute raisonnable⁷⁵.

97. Cet amendement est interprété comme suit dans un commentaire sur la loi :

Le nouveau paragraphe établit clairement que les accords tacites, c'est-à-dire ceux dont on peut déduire l'existence uniquement sur la base de preuves circonstancielle, tombent sous le coup des dispositions du paragraphe 45(2.1). Cependant, il n'apporte aucun éclaircissement sur les questions plus difficiles de ce qui constitue un accord en droit, du type de communications nécessaires pour établir le complot et de ce qui distingue un accord d'un simple "parallélisme conscient"⁷⁶.

98. Quoi qu'il en soit, il semble que la tendance, au Canada, soit à une augmentation du nombre des affaires d'ententes engendrées par le programme d'immunité mis en place.

6 Conclusion

99. Lorsqu'elles engagent des poursuites contre des ententes, les autorités de la concurrence préfèrent disposer de preuves directes et c'est du reste ce qui se produit de plus en plus souvent. Les preuves indirectes continuent néanmoins de jouer un rôle important, soit isolément, soit, de façon plus générale, en complément des preuves directes. Dans les pays qui viennent de se doter d'un programme de lutte contre les ententes, elles peuvent avoir relativement plus de poids, au moins dans les premières affaires, lorsque les autorités ne se sont pas encore dotées de tous les moyens nécessaires pour recueillir des preuves directes.

100. Il existe divers moyens de preuve indirecte, et il est difficile de généraliser à ce sujet car dans chaque affaire les éléments du dossier sont très spécifiques. Cela dit, il est généralement admis que les plus importantes de ces preuves sont celles qui ont trait aux communications et aux comportements et qui tendent à montrer que chaque partie a agi d'une façon qui n'était pas conforme à son propre intérêt. Les preuves économiques font aussi généralement partie des éléments convaincants.

101. Le grand problème que pose l'utilisation de preuves indirectes est que celles-ci sont généralement ambiguës et sujettes à des interprétations diverses. Il y a donc un risque de voir condamner trop facilement des comportements parallèles qui résultent en fait simplement de décisions autonomes, chaque partie agissant selon ce qu'elle estime être le plus avantageux pour elle. Comme on l'a vu plus haut, le raisonnement économique peut être d'un grand secours dans ce cas, pour distinguer les actes licites et unilatéraux des actions concertées résultant d'une entente illicite.

75. Loi sur la concurrence, §45(2.1).

76. Robert S. Nozick, *The 2004 Annotated Competition Act* (Toronto: Thomson Carswell, 2004), p. 87.