

Game of Trust : vers un inéluctable renforcement des pratiques collusives au moyen des blockchains?

Jerome De Cooman

jerome.decooman@uliege.be

05 septembre 2024, Bruxelles, Belgique

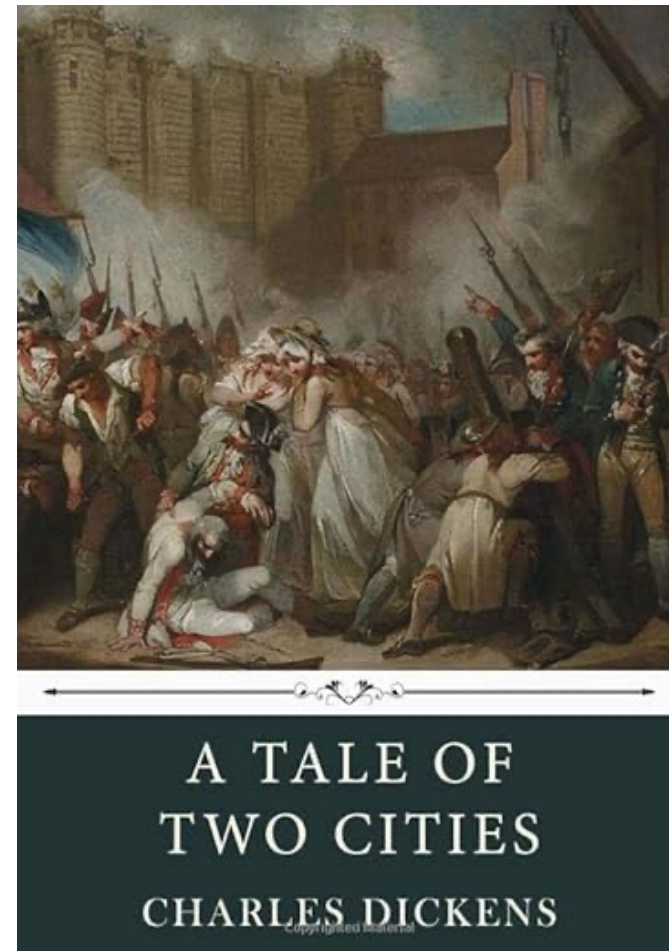




EN DVLCIS PATRIÆ SPEM LAVRV CINGAT VT IPSE

I. Introduction

I. Introduction



I. Introduction



Article 101(1)(a-e) TFUE

► Question de recherche :

- › les blockchains peuvent-elles constituer un outil à la disposition des entreprises leur permettant de stabiliser leurs ententes anticoncurrentielles, tout en déstabilisant les efforts de détection déployés par les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence ?

► Hypothèses de départ :

- › Les cartels sont un dilemme du prisonnier séquentiel que seule la confiance ou un mécanisme de rétorsion efficace permet de résoudre
- › Les blockchains, parce qu'elles automatisent les transactions ou permettent l'établissement d'une sanction automatique, remplacent le besoin de confiance



EN DVLCIS PATRIÆ SPEM LAVRV CINGAT VT IPSE

II. Confiance c. Assurance



II. Confiance c. Assurance

- ▶ La confiance est « un substitut imparfait à l'information » (Posner, 1978).
- ▶ « La confiance n'est nécessaire que si un mauvais résultat fait regretter une action à son auteur » (Luhmann, 1990)
- ▶ Pour Luhmann, les risques sont imputés à une décision prise

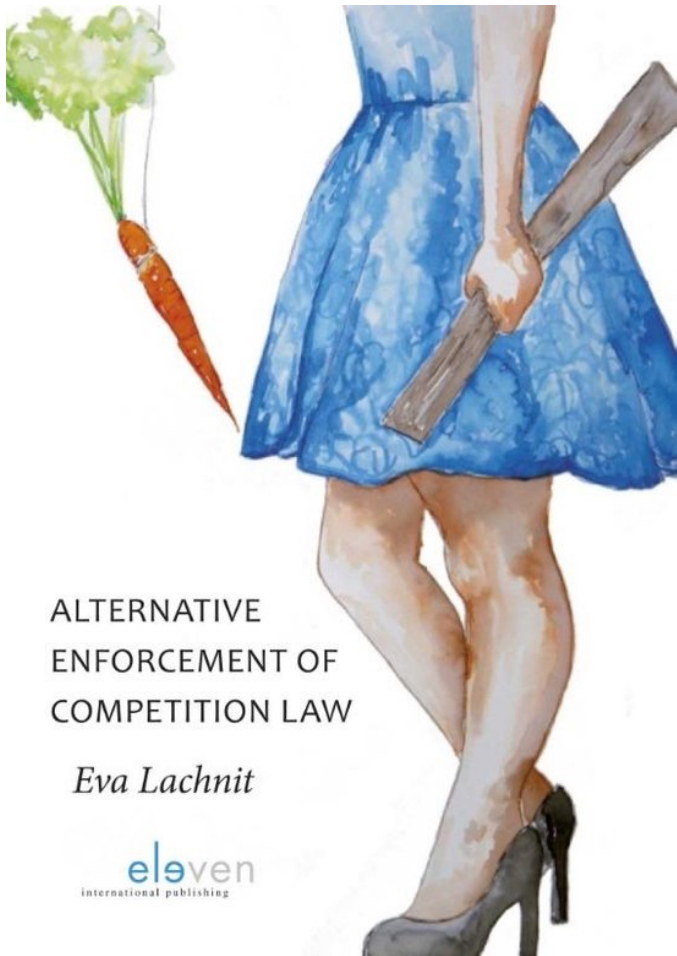
Confiance (Trust)	Assurance (Confidence)
L'auteur doute des conséquences de son action et agit en espérant un résultat positif	L'auteur ne pense pas ou ne doute pas des conséquences de son action car il est certain du résultat
Incertitude → Action : confiance	Certitude → Action : assurance



EN DVLCIS PATRIÆ SPEM LAVRV CINGAT VT IPSE

III. Cartellisation à l'aune de la confiance

III. Cartellisation à l'aune de la confiance



ALTERNATIVE
ENFORCEMENT OF
COMPETITION LAW

Eva Lachnit

eleven
international publishing

- ▶ Les entreprises sont (supposés être) des opérateurs rationnels cherchant à maximiser leur utilité
 - › Contrainte de participation
 - » Gain issu de la cartellisation > sanction
 - › Contrainte d'incitation
 - » Gain issu de la cartellisation > gain issu de la déviation
- ▶ Deux façon de déstabiliser un cartel
 - › Le bâton : la sanction
 - › La carotte : augmenter le gain issu de la déviation

III. Cartellisation à l'aune de la confiance



- « Toutes les transactions commerciales comportent un élément de confiance » (Arrow, 1972)

		Cartelliste A	
		Ne dévie pas (s_1)	Dévie (s_2)
Cartelliste B	Ne dévie pas (t_1)	(2, 2)	(0, 3)
	Dévie (t_2)	(3, 0)	1, 1)

III. Cartellisation à l'aune de la confiance



- « Si l'un des membres de l'accord peut secrètement le transgresser, il réalisera des bénéfices plus importants qu'en s'y conformant » (Stiegler, 1964)

		Cartelliste A	
		Ne dévie pas (s_1)	Dévie (s_2)
Cartelliste B	Ne dévie pas (t_1)	(2, 2)	(0, 3)
	Dévie (t_2)	(3, 0)	1, 1)

III. Cartellisation à l'aune de la confiance



- ▶ Cartel : « processus continu de calcul des avantages et des inconvénients de la participation au système de collusion » (Harding & Joshua, 2003)
- ▶ Confiance : analyse coût-bénéfice
- ▶ Luhmann : Incertitude → Action : confiance
- ▶ Cartel instable sans confiance (ou sans sanction)



EN DVLCIS PATRIÆ SPEM LAVRV CINGAT VT IPSE

IV. Renforcement des pratiques collusives grâce aux blockchains ?

- A. Dimension matérielle
- B. Dimension procédurale

IV. Renforcement des pratiques collusives grâce aux blockchains ?



- ▶ Les blockchains constituent-elles un outil permettant aux entreprises de stabiliser les ententes anticoncurrentielles ? Oui
 - › Automatisation des transactions entre utilisateurs
 - › Automatisation des sanctions en cas de non-respect du contrat
- ▶ Les blockchains sont une technologie basée sur « la preuve cryptographique *plutôt que la confiance* » (Nakamoto, 2008)
 - › Technologie qui remplace le besoin de confiance (nécessaire en raison du dilemme) par l'assurance

Confiance (Trust)	Assurance (Confidence)
Incertitude -> Action : confiance	Certitude → Action : assurance
	Blockchains et <i>smarts contracts</i>

A. Dimension matérielle : un renforcement de la confiance



- ▶ Quelle utilisation d'une blockchain pour l'organisation d'une pratique anticoncurrentielle ?
 - › Non pas la blockchain comme *objet* de l'entente
 - › Mais bien la blockchain comme *outil* d'amélioration de l'entente
- ▶ Hypothèse : plusieurs entreprises décident de se cartelliser en échangeant de l'information commerciale via une blockchain *publique* sans *smart contracts*

A. Dimension matérielle : un renforcement de la confiance



- ▶ Hypothèse : plusieurs entreprises décident de se cartelliser en échangeant de l'information commerciale via une blockchain *publique* sans *smart contracts*
 - › « Les échanges d'informations réellement publiques ne sont pas susceptibles de constituer des infractions à l'article 101. Les informations réellement publiques sont des informations généralement accessibles dans des conditions identiques (en termes de coûts d'accès) à tous les concurrents et clients. Pour qu'une information soit réellement publique, son obtention ne devrait pas être plus onéreuse pour les clients et les entreprises qui ne prennent pas part au système d'échange que pour les entreprises qui échangent des informations » (LD 101, § 92).
- ▶ Principe : l'échange d'informations privées sur une blockchain publique n'est pas sanctionnée par le droit de la concurrence, sauf...

A. Dimension matérielle : un renforcement de la confiance



- ▶ Hypothèse : plusieurs entreprises décident de se cartelliser en échangeant de l'information commerciale via une blockchain *publique* sans *smart contracts*
- ▶ Principe : l'échange d'informations privées sur une blockchain publique n'est pas sanctionnée par le droit de la concurrence, **sauf si cet échange concerne l'échange d'informations relatives aux stratégies ou politiques tarifaires futures**
 - › « Les communications résultent des annonces de prix qui ont été faites aux utilisateurs. Elles constituent par elles-mêmes une action sur le marché qui n'est pas de nature à réduire les incertitudes de chaque entreprise sur les attitudes qu'adopteront ses concurrents. **Au moment où chaque entreprise y procède, elle n'a, en effet, aucune assurance quant au comportement qui sera suivi par les autres** » (CJUE, *Pâte de Bois*, § 64).

A. Dimension matérielle : un renforcement de la confiance



- ▶ Hypothèse : plusieurs entreprises décident de se cartelliser en échangeant de l'information commerciale via une blockchain *publique* sans *smart contracts*
- ▶ Conclusion : seul le partage d'informations visant à réduire, voire à éliminer l'incertitude quant au comportement futur des parties constitue une pratique interdite par l'Article 101 TFUE.
- ▶ Problème : une blockchain publique est un marché transparent permettant aux entreprises de se coordonner sans s'entendre (parallélisme de comportement ou collusion tacite)

A. Dimension matérielle : un renforcement de la confiance



- ▶ En droit de la concurrence, le parallélisme de comportement est (en principe) légal :
 - › « Tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun, y compris le choix des destinataires de ses offres et de ses ventes » (CJUE, *Suiker Unie*, § 174)
 - › « [Cette] exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents » (*Ibid*).
 - › Interdit « rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet, soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché » (*Ibid*)

B. Dimension procédurale : renforcement de l'opacité



- ▶ Sur une blockchain publique, les transactions sont cryptées et l'identité des utilisateurs pseudonymisée
- ▶ Sur une blockchain privée, l'accès au Grand Livre est limité
- ▶ Conséquence : la probabilité de détection est limitée
 - › Programme de clémence ?
 - › Quel intérêt si la probabilité de détection est faible ?
 - › Quel intérêt si le cartelliste amnistié n'est pas protégé contre les actions privées en réparation ?
 - › Quel intérêt si le cartelliste amnistié s'expose aux représailles des autres cartellistes ?



V. Conclusion

V. Conclusion



- ▶ Le droit de la concurrence ne semble pas convenablement équipé pour lutter contre les ententes anticoncurrentielles établies au moyen d'une blockchain.
- ▶ Solutions :
 - › Créer un système de gestion des identités afin de pouvoir révéler l'identité réelles des utilisateurs si nécessaire (Finney, 2018)
 - › Intégrer une porte dérobée permettant aux autorités compétentes de surveiller les transactions qui sont tenues sur une blockchain (Cong & He, 2019)
 - › Imposer des amendes aux développeurs lorsque la blockchain est utilisée pour des activités illégales (van Wirdum, 2016)
 - › Créer un bac à sable réglementaire (Schrepel, 2019)



LIÈGE université
Cité

Références



► Toutes les références citées durant cette présentation sont disponibles dans :

J. De Cooman, « Game of Trust : vers un inéluctable renforcement des pratiques collusives au moyen des blockchains ? », in A. Vandebulke (dir.), *Les aspects juridiques de la Blockchain et de ses applications: Analyse du règlement MiCA et autres questions choisies*, Limal, Anthémis, 2024, pp. 335-361.