

n'ont jamais mis leur temps de travail à profit pour conclure plus tôt, au moins en défense ?

La dénonciation du comportement délibéré de l'intimé confirme que la loyauté procédurale est bien sous-jacente au régime de la recevabilité des conclusions et des pièces (V. déjà A. Leborgne, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe* : RTD civ. 1996, p. 535 et s., spéc. p. 538). Traditionnellement rattaché au droit de la preuve et au principe de la contradiction, le concept de loyauté est aujourd'hui en plein essor. La doctrine s'agite sur le point de savoir s'il existe un principe de loyauté réellement autonome. Malgré ses contours encore imprécis, des auteurs souhaitent même l'élever au rang de « principe directeur » (J.-Cl. Magendie, *Célérité et qualité de la justice, La gestion du temps dans le procès : rapport au garde des Sceaux, juin 2004* : Doc. fr., p. 42 et s. ; S. Guinchard, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire*, in *Clés pour le siècle* : Dalloz, 2000, n° 1286 et s., p. 1183).

La Cour de cassation semble réceptive à la thèse autonomiste. Elle a déjà jugé qu'un comportement déloyal fonde le rejet d'écritures ou de pièces tardives (Cass. 2^e civ., 23 oct. 2003, n° 01-00.242 : *Juris-Data* n° 2003-020604 ; *Bull. civ.* 2003, II, n° 326. – Cass. 2^e civ., 2 déc. 2004, n° 02-20.194 : *Juris-Data* n° 2004-025914 ; *Bull. civ.* 2004, II, n° 514). Elle a même employé le style des principes directeurs en énonçant, à l'image de l'article 16 NCPC, que « le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats » (Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2005, n° 05-60.044 : *Juris-Data* n° 2005-028790 ; *Bull. civ.* 2005, I, n° 241 ; *V. chron. R. Martin* : *JCP G* 2006, I, 105, § 14).

À la lecture de ces arrêts s'impose le sentiment que la Cour de cassation tente de désancrer la loyauté des débats du principe de la contradiction. Faut-il y voir un principe équivalent ? La question peut se poser. Mais il importe de se souvenir de la parole de Motulsky, prévenant que les principes directeurs ont été bâtis dans le détail des fonctions qui leur incombent, et non pour « la satisfaction des juristes et la joie des puristes » (*D.* 1972, *chron.*, p. 91, spéc. n° 6). La prudence reste donc de mise ; il serait fâcheux d'encombrer la procédure d'un concept dont les fonctions sont déjà remplies par ailleurs. La consécration positive d'un principe de loyauté suppose d'identifier une carence et de le doter d'une utilité propre.

L'idée d'une complémentarité entre la loyauté et le principe de la contradiction trouve un écho favorable dans un récent arrêt (Cass. 2^e civ., 11 janv. 2006, n° 04-14.305 : *Juris-Data* n° 2006-031592 ; *Bull. civ.* 2006, II, n° 14 ; *JCP G* 2006, IV, 1219). La Cour de cassation énonce que « le juge ne peut écarter des débats des conclusions et pièces communiquées par les parties sans préciser les circonstances particulières qui ont empêché de respecter le principe de la contradiction ou caractériser un comportement de leur part contraire à la loyauté des débats », ce qui signifie que le juge n'est plus tenu de caractériser une violation du principe de la contradiction en présence d'un comportement déloyal. Cet arrêt modifie les conditions du rejet des pièces et des conclusions d'avant clôture, en proposant désormais une alternative.

L'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence est de nature à préciser le rôle respectif de ces principes. L'attitude de l'intimé explique en effet pourquoi la cour a préféré rejeter les écritures et les pièces, plutôt que de repousser la date de clôture comme cela lui était demandé. Le rejet s'analyse ici plus comme une sanction d'un comportement déloyal d'une partie que comme la condition d'un débat contradictoire utile. Seul le report de la clôture aurait pu favoriser la contradiction qu'impliquaient les uniques conclusions et les pièces de dernière heure ; mais la cour a préféré la voie répressive à celle thérapeutique. En somme, la décision revêt un caractère tantôt régulateur tantôt punitif : soit elle préserve la contradiction car la partie adverse ne peut pas réagir en temps utile. Soit elle sanctionne le comportement déloyal du concluant, sans qu'il y ait lieu de relever que la partie adverse n'est pas en mesure de répondre.

Gilles BALDINO,
chargé d'enseignement à la faculté de droit d'Aix-en-Provence

MOTS-CLÉS : Procédure civile - Droits de la défense - Dépôt de conclusions quelques jours avant la clôture - Non-respect de la contradiction

TEXTES : NCPC, art. 15 ; 16 ; 135 ; 783

JURISCLASSEUR : Procédure civile, Fasc. 721, par Claude Giverdon

Concurrence

10204 Caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations confidentielles périodiques sur un marché oligopolistique

Plusieurs établissements acteurs du secteur de l'hôtellerie de luxe ayant été mis en cause pour les pratiques anticoncurrentielles contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, la cour d'appel confirme leur condamnation initiale par le Conseil de la concurrence.

Elle constate tout d'abord que les établissements mis en cause, répondant à la qualification de palaces parisiens, constituaient à eux seuls un marché pertinent, dont étaient exclus les établissements quatre étoiles luxe, dès lors que ces palaces présentaient un ensemble de caractéristiques spécifiques distinctives, parmi lesquelles le critère du revenu moyen par chambre revêtait une

importance particulière en ce qu'il s'élevait à un montant deux fois supérieur à celui des quatre étoiles de luxe.

Elle estime ensuite que sur ce marché, les établissements concernés avaient procédé à un échange d'informations répréhensible, en ce qu'il intervenait entre les acteurs d'un marché oligopolistique fortement concentré, marqué par le faible nombre de ses acteurs qui ont tous participé à l'échange d'informations, la stabilité de leurs positions sur ce marché, l'homogénéité des produits et services offerts, l'existence d'une structure de coûts similaire, ainsi que celle de fortes barrières à l'entrée. Les informations échangées étant nominatives, confidentielles et stratégiques, et ayant fait l'objet d'un échange systématique,

périodique et rapproché entre les membres de l'oligopole, elles permettaient à chacun d'entre eux une connaissance précise et immédiate des performances de leurs concurrents et des modifications éventuelles de leur politique commerciale. Leur échange autorisait une surveillance entre membres de l'oligopole, indépendamment de toute menace de représailles. Il en résultait une transparence artificielle des paramètres du marché, dès lors caractérisé par un équilibre collusif que souligne la convergence des évolutions du prix moyen des établissements au cours de la période considérée.

CA Paris, 1^{er} ch., sect. H., 26 sept. 2006, SA hôtel Le Bristol et a. c/ Ministre de l'Économie : Juris-Data n° 2006-311947

LA COUR – (...)

Le 18 novembre 2001 était diffusé par la chaîne de télévision M6, dans le cadre de son émission « Capital », un reportage ayant pour thème les palaces parisiens, au cours duquel il était notamment indiqué que les responsables commerciaux de ces établissements [Le Bristol, l'hôtel Crillon, l'hôtel George V, l'hôtel Meurice, l'hôtel Plaza Athénée et l'hôtel Ritz] avaient pour habitude de se réunir régulièrement afin d'échanger des données statistiques d'activité et de s'entendre sur certains tarifs. (...)

Sur le fond :

Sur la délimitation du marché : (...)

- Considérant que les requérantes contestent l'analyse développée par le conseil pour déterminer le marché pertinent, et soutiennent que ce marché a été restreint à tort aux six établissements en cause, alors que leur situation n'est pas fondamentalement différente de celles des autres établissements classés dans la catégorie « quatre étoiles luxe » (...);

- Mais considérant que le conseil a retenu l'existence d'un marché limité aux six palaces parisiens mis en cause, pour la période considérée, par de justes motifs que la Cour fait siens; qu'il a relevé tout d'abord, en se fondant notamment sur l'analyse du cabinet PKF susvisée, que la demande émane majoritairement d'une clientèle « tourisme » le plus souvent étrangère et très fortunée, peu sensible au prix, pour laquelle le prestige et l'image de luxe de ces établissements jouent un rôle essentiel, et que cette image provient de la conjonction d'un ensemble de caractéristiques que les six établissements en cause étaient alors seuls à pouvoir réunir, soit une adresse prestigieuse, un personnel nombreux dédié au service de la clientèle, un ensemble de services annexes de luxe, un restaurant de prestige, une proportion de suites élevée dont certaines très prestigieuses par leur taille, leur décoration ou leur histoire;

- Que les zones de recouvrement constatées dans les prix pratiqués par les palaces et les autres établissements de la catégorie « quatre étoiles luxe », pour tel ou tel produit comparable, ne sont pas de nature à contredire l'analyse du conseil, selon laquelle c'est le cumul de ces critères qui caractérise l'offre des palaces et qu'ils sont les seuls à réunir; (...)

- Qu'il y a lieu, dans ces conditions, de considérer comme l'a fait le conseil que le marché pertinent était alors constitué par les six établissements parisiens en cause;

Sur les pratiques relevées par le conseil :

- Considérant que si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence entre les offreurs au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce compte tenu du caractère atomisé de l'offre et de l'incertitude subsistant pour chacun des opérateurs économiques quant au caractère prévisible du comportement de ses concurrents, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la majeure partie voire la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations nominatives, précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques dès lors que la mise en commun régulière et rapprochée de ces informations a pour effet de révéler

périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux; (...)

- Mais considérant que le conseil a fait une exacte analyse du marché pertinent ainsi qu'il a été vu ci-avant et décidé, par de justes motifs que la cour adopte, qu'il avait la structure d'un oligopole fortement « concentré »; qu'il a relevé, en particulier, le faible nombre de ses acteurs qui ont tous participé aux pratiques relevées dans la décision attaquée, la stabilité de leurs positions sur ce marché, l'homogénéité des produits et services offerts, l'existence d'une structure de coûts similaire caractérisée par des coûts fixes élevés, ainsi que celle de fortes barrières à l'entrée, ne serait-ce qu'en raison du coût représenté par la création d'un établissement de même catégorie offrant un ensemble de prestations similaires et du temps nécessaire à la construction d'une image de marque;

- Que les informations échangées entre les seuls palaces parisiens mis en cause, nominatives et non publiques, ne pouvaient être assimilées aux données agrégées publiées par les professionnels du secteur; que le caractère systématique, régulier et rapproché de ces échanges hebdomadaires et mensuels, voire annuels, (...) ne fait pas l'objet de contestations, l'ancienneté de ces pratiques [étant établie]; que les données échangées, qui concernaient l'activité de chacun des palaces (...) étaient confidentielles; qu'elles avaient un caractère stratégique en ce qu'elles permettaient à chacun des membres de l'oligopole de connaître d'une manière précise et immédiate non seulement les performances de ses concurrents, mais aussi les modifications éventuelles de leur politique commerciale, réduisant ainsi de manière significative la concurrence subsistant sur ce marché ainsi que le relève le conseil (points 230 à 264 de la décision); (...); que la critique des requérantes fondée sur l'absence de constatation par le conseil de « menaces de représailles » prétendument essentielles à sa démonstration, n'est pas pertinente, dès lors que ces échanges, librement consentis, permettaient à chacun des membres de l'oligopole d'exercer une surveillance sur les cinq autres ainsi que le relève justement l'autorité de régulation et n'avaient jamais été remis en cause jusqu'à l'ouverture de l'enquête;

- Que la mise en commun de ces données non publiques a assuré une transparence artificielle des paramètres du marché, dès lors caractérisé par un équilibre collusif que souligne la convergence des évolutions du prix moyen des établissements au cours de la même période, constatée par le conseil dans la décision attaquée (points 267 à 278 de la décision), l'objet et l'effet anticoncurrentiel des pratiques qu'il a relevées étant établis. (...)

Par ces motifs :

- Rejette les recours (...)

M^{mes} Riffault-Silk, prés., Horbette, Mouillard, cons.; M^e Teytaud, SCP Garra-bos & Gerigny-Freneaux, SCP Hardouin, SCP Fisselier Chiloux Boulay, SCP Duboscq & Pellerin, avoués; M^{es} Debroux, Boccara, Thill-Tayara, Petrignet, Paley-Vincent, Theophile, av.

NOTE

La cour d'appel de Paris confirme la condamnation des palaces parisiens. – Selon une pratique qualifiée de « quasi ancestrale » par l'une des protagonistes, six palaces parisiens, les hôtels Bristol, Crillon, George V, Meurice, Plaza Athénée et Ritz, avaient pour habitude d'échanger très régulièrement des informations précises sur leurs activités et leurs résultats respectifs. Cette pratique, initialement révélée par un reportage télévisé, avait été condamnée par le Conseil de la concurrence, dont la décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris. Deux points étaient principalement en discussion : d'une part, la délimitation du marché pertinent (1) et, d'autre part, l'appréciation de l'effet restrictif de l'échange d'informations au regard du caractère oligopolistique de ce marché (2).

1. La délimitation du marché pertinent

Dans la délimitation du marché pertinent, l'analyse de la demande joue habituellement un rôle essentiel. En l'espèce, l'instruction avait

cependant révélé que la clientèle des palaces était, pour sa majeure partie, relativement insensible aux prix. Dès lors, la substituabilité du point de vue de la demande s'appréciait principalement au regard de la combinaison unique de caractéristiques que seuls les palaces proposent : site exceptionnel, prestations luxueuses, personnel nombreux et restaurant gastronomique. La relative simplicité de l'analyse de la demande explique que, devant la cour d'appel, la discussion ait surtout porté sur l'analyse de l'offre et, plus précisément, sur l'utilisation d'un critère propre au secteur. Par ailleurs, l'arrêt illustre le fait que le marché peut être défini à partir de la pratique concertée elle-même.

A. - Admission d'un critère propre au secteur

Dans sa décision, le conseil avait retenu un marché limité aux six « palaces » précités. Devant la cour d'appel, cette délimitation étroite du marché était contestée. Les parties faisaient valoir que leur situation n'était pas fondamentalement différente de celle d'autres hôtels « quatre étoiles luxe ». Elles invoquaient l'existence d'un *continuum* de prix qui empêchait, selon elles, d'isoler le segment des hôtels parisiens les plus luxueux. De fait, la décision du conseil retenait que le prix des chambres les moins chères des « palaces » n'était guère plus élevé que celui des chambres les plus chères des « quatre étoiles luxe ». Cependant, le conseil n'avait pas retenu comme indicateur du marché les prix – très variables pour un même hôtel selon la catégorie de chambre concernée – mais un indicateur utilisé par les professionnels du secteur, le revenu moyen par chambre. Cet indice synthétise, toutes catégories de chambres confondues, les informations relatives aux prix pratiqués et au taux d'occupation des chambres. Contrairement aux prix, il permet de faire apparaître une nette discontinuité entre les « palaces » et les autres hôtels « quatre étoiles luxe » : les établissements de la première catégorie ont un revenu par chambre en moyenne deux fois plus élevé (environ 600 € par nuitée) que celui des hôtels de la seconde catégorie (environ 300 € par nuitée). Le critère du revenu par chambre rendait donc visible une différence masquée par l'existence d'un chevauchement dans les gammes de prix.

La cour d'appel valide l'usage de ce critère par le conseil. Ce qui importe à cet égard est moins le critère en lui-même, dont la pertinence est propre au secteur hôtelier, que sa fonction : il permet de faire apparaître une discontinuité au sein d'un ensemble de biens différenciés *a priori* substituables de proche en proche. Une telle situation est très fréquente et la question essentielle dans la délimitation du marché est toujours de faire apparaître une rupture dans la substituabilité de biens qui sont tous imparfaitement substituables les uns aux autres. L'enseignement plus général de l'arrêt sur ce point pourrait donc être le suivant : tout critère est admissible dès lors qu'il est adapté aux biens en cause et permet de distinguer nettement deux groupes de biens. Le critère du revenu par chambre, s'il est admis comme pertinent, ne fonde toutefois pas à lui seul la délimitation du marché.

B. - Le marché défini à partir de la pratique

La cour approuve également le conseil d'avoir considéré comme un indice du marché la perception qu'avaient les hôtels concernés eux-mêmes de leurs concurrents. Il ressortait clairement des déclarations figurant au dossier que les responsables des « palaces » partageaient l'idée que leurs établissements appartenaient à un groupe homogène et distinct des autres hôtels de luxe. Cette conscience des palaces parisiens de s'adresser à la même clientèle est un élément important de la délimitation du marché. En effet, c'est l'homogénéité ressentie par les entreprises concernées qui les conduit à déterminer le cercle des participants à l'échange d'informations. À son tour, ce cercle restreint révèle les contours du marché. La cour d'appel qualifie de

« particulièrement significatif » le constat selon lequel l'échange d'informations était limité aux six « palaces ». Autrement dit, c'est l'étendue de la pratique qui contribue à définir le marché. Par ce motif, l'arrêt témoigne de l'admission d'un raisonnement familier aux économistes. Loin de considérer le marché comme un préalable à l'appréciation d'une restriction de concurrence, ceux-ci tiennent le raisonnement suivant : des entreprises n'auraient pas intérêt à s'entendre ou à coopérer si elles n'étaient en mesure d'exercer collectivement un pouvoir de marché. Partant, c'est l'étendue qu'elles confèrent à leur coopération qui délimite le marché.

On peut remarquer que, sur les deux points en discussion concernant le marché, l'arrêt témoigne du fait que la formule traditionnelle, reprise dans l'arrêt lui-même, selon laquelle le marché peut être défini comme le lieu de rencontre de l'offre et de la demande, ne joue pas toujours un rôle important en pratique (comp. *L. Bidault, La délimitation du marché en droit français de la concurrence : LexisNexis Litec, 2001, préface F. Jenny, n° 310 et s., p. 185, et s.*). Dans la présente affaire, ce qui importe pour la définition du marché c'est, d'une part, la motivation de la décision au regard d'un critère qui permet de faire apparaître une discontinuité dans une chaîne de substituts et, d'autre part, le raisonnement en termes de rationalité économique, qui permet d'identifier le marché à partir de la pratique elle-même. Quant à l'appréciation de l'effet restrictif de concurrence de l'échange d'informations, elle est abordée à travers l'oligopole.

2. L'oligopole : élément déterminant de l'appréciation de la licéité de l'échange d'informations

L'existence d'un oligopole est jugée déterminante pour l'appréciation de l'effet d'un échange d'informations sur la concurrence, conformément à la jurisprudence communautaire. Dès lors, les éléments de la qualification d'oligopole doivent être précisés, ce à quoi contribue l'arrêt. L'effet restrictif de concurrence doit également être apprécié au regard de la nature des informations échangées.

A. - Jurisprudence communautaire

Dans sa décision, le Conseil de la concurrence s'était explicitement référé (*pts 195 et s.*) à la jurisprudence communautaire relative à des pratiques d'échange d'informations entre concurrents et, plus particulièrement, aux affaires dites des « tracteurs anglais » (V. spéc. *TPICE, 2^e ch., 27 oct. 1994, aff. T-35/92, John Deere Ltd c/ Commission CE : Rec. CJCE 1994, II, p. 957. – CJCE, 5^e ch., 28 mai 1998, aff. C-7/95, John Deere Ltd c/ Comm. CE : Rec. CJCE 1998, I, p. 3111*). Les juridictions communautaires avaient à connaître de la première décision de la Commission ayant sanctionné un échange d'informations entre concurrents en dehors de toute entente explicite sur les prix ou sur un partage de marché (*TPICE, 27 oct. 1994, aff. John Deere préc., pt 51. – CJCE, 28 mai 1998, aff. John Deere préc., pts 88 à 90*). Le Tribunal de première instance, puis la Cour de justice avaient jugé que, si la transparence du marché peut, sur un marché concurrentiel, être un facteur d'intensification de la concurrence, il en va différemment sur un marché oligopolistique (V. aussi sur ce point *CJCE, 3^e ch., 23 nov. 2006, aff. C-238/05, Asnef-Equifax c/ Ausbank, pt 58*, non encore publié au Recueil). Au sein d'un oligopole, la généralisation d'un échange d'informations précises, selon une périodicité rapprochée, a pour effet de permettre à chaque opérateur d'anticiper la stratégie de ses concurrents, de sorte que l'incertitude qui caractérise la concurrence fait défaut. La cour d'appel fait sien ce raisonnement et juge dans cette perspective les contestations élevées contre la décision du Conseil de la concurrence.

B. - La qualification d'oligopole

La première objection formulée par les hôtels sanctionnés était relative à la qualification d'oligopole. Ils faisaient valoir que, même en admettant que les six palaces forment un marché, celui-ci ne pouvait être tenu pour oligopolistique, notamment en raison du fait que les produits en cause (chambres plus ou moins luxueuses et suites) étaient hétérogènes. Ils soutenaient en outre qu'un autre élément caractéristique d'un oligopole collusif faisait défaut en l'espèce, à savoir la menace de représailles par les participants en cas de déviance de l'un d'entre eux par rapport à la stratégie commune de collusion. Cette dernière prétention évoque une lecture qui a pu être faite de l'arrêt *Airtours* (TPICE, 5^e ch., 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Airtours c/ Comm. CE* : Rec. CJCE 2002, II, p. 2585 ; JCP E 2003, 1072, § 29). Dans cet arrêt, rendu en matière de concentrations, le Tribunal s'était prononcé, pour l'appréciation de la création d'une position dominante collective, sur les conditions permettant de qualifier un marché d'oligopole sujet à la collusion. Selon le Tribunal, l'une de ces conditions tient à l'existence d'« une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché (...). Cette condition intègre (...) la notion de représailles » (pt 62). Elle l'intègre, mais ne s'y réduit pas. Le Tribunal suit un raisonnement simple : pour que les entreprises membres d'un oligopole adoptent une stratégie de collusion, il est nécessaire qu'elles puissent non seulement surveiller mutuellement l'exécution de la stratégie commune par leurs concurrentes, mais aussi qu'il existe une incitation à ne pas dévier de la ligne commune. Cette incitation peut tenir à la menace de représailles, mais aussi, plus généralement, à l'intérêt bien compris des membres de l'oligopole.

L'argument tiré de la prétendue nécessité pour le conseil d'établir l'existence d'une menace de représailles est clairement rejeté par la cour d'appel. La cour considère que le conseil a suffisamment caractérisé un oligopole en relevant le faible nombre d'entreprises, la similitude de leur structure de coût (facteur qui crée une communauté objective d'intérêts), l'homogénéité des produits (les produits en cause étaient différenciés, mais l'étaient de la même manière pour tous les hôtels), la stabilité des parts de marché et l'existence de barrières à l'entrée. Quant à la menace de représailles, l'arrêt souligne qu'il ne s'agit pas d'un élément nécessaire et que seule compte la possibilité pour les membres de l'oligopole d'exercer une surveillance efficace sur leurs concurrents.

Cette précision est d'autant plus intéressante que, dans son récent arrêt *Impala*, le Tribunal de première instance semble avoir retenu de son propre arrêt *Airtours* une lecture assez proche de l'argumentation développée par les parties dans la présente espèce. En effet, dans cet arrêt rendu, comme dans l'arrêt *Airtours*, à propos de la création d'une position dominante collective du fait d'une opération de concentration, le Tribunal a considéré que l'une des caractéristiques d'un oligopole collusif tenait à l'existence d'un « mécanisme de dissuasion » (TPICE, 3^e ch., 13 juill. 2006, aff. T-464/04, *Impala, Association internationale c/ Comm. CE*, pts 247, 269, 463 et s., non encore publié au Recueil : *Contrats, conc. consom.* 2006, comm.190, obs. G. Decocq). Dès lors, deux interprétations sont possibles. La première consiste à considérer que les faits nécessaires pour caractériser un oligopole collusif au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce ou du règlement « concentrations » ne sont pas les mêmes : une menace de représailles serait exigée dans le second cas seulement. Cette interprétation n'est pas très convaincante, car elle introduit une distinction selon que la pratique concertée fait ou non suite à une opération de concentration, ce qui ne paraît pas souhaitable. Une seconde interprétation paraît préférable, mais mérite confirmation. Elle consiste à considérer que, même en matière de « concentration », l'appréciation d'une situation d'oligopole ne nécessite pas la preuve d'une menace de représailles dès lors qu'un autre mécanisme de na-

ture à discipliner les comportements des membres de l'oligopole est mis à jour. Il demeure que, dans le présent arrêt, un tel mécanisme n'est pas véritablement explicité. La cour d'appel relève seulement que, pendant une longue période, aucun épisode de concurrence agressive n'a été relevé, ce qui suggère qu'il existait un mécanisme de discipline, sans toutefois que celui-ci soit précisément décrit. Il semble donc exister, quelle que soit l'interprétation retenue, une exigence de motivation moins précise quant au mécanisme assurant la discipline dans la coopération en matière de pratiques concertées que dans le contrôle des concentrations.

C. - Les informations échangées

La dernière contestation élevée dans la présente affaire à l'encontre de la décision du Conseil de la concurrence tenait au caractère prétendument non stratégique des informations échangées. Les parties faisaient valoir que les informations échangées sur leurs performances (prix moyen des chambres, taux d'occupation, revenu moyen par chambre) pouvaient être reconstituées à partir des données publiées par des organismes professionnels. En ce sens, les échanges n'auraient pas eu d'incidence, puisqu'ils portaient sur des informations en tout état de cause disponibles. L'argument manquait en fait, car les données publiées étaient agrégées et ne permettaient pas de connaître les performances individuelles de chaque hôtel concurrent, ni les inflexions propres de sa stratégie. Dès lors, l'échange d'informations avait bien une incidence sur la définition par les palaces de leurs stratégies respectives. C'est ce qui conduit la cour d'appel à juger qu'un tel échange régulier de données non publiques est essentiel pour atteindre un équilibre collusif et, partant, qu'il a un objet et un effet anticoncurrentiel.

On peut noter que, dans le raisonnement suivi dans le présent arrêt, l'analyse économique de l'oligopole est mise au service d'un critère de la restriction de concurrence consacré de longue date par la jurisprudence, tant communautaire que française, à savoir l'autonomie des concurrents dans la définition de leur stratégie (sur l'articulation du raisonnement économique avec les critères juridiques de qualification, V. notre thèse, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, dir. M.-A. Frison-Roche, univ. Paris-Dauphine, 7 déc. 2006). Selon la CJCE, « s'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact direct ou indirect entre de tels opérateurs ayant pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause » (CJCE, 28 mai 1998, aff. *John Deere préc.*, pt 87 et jurisprudence citée). En l'espèce, le marché était certes oligopolistique, si bien que les conditions « normales » caractérisaient une concurrence atténuée, mais les parties avaient, par leur comportement, supprimé l'incertitude résiduelle et, par là même, faussé la concurrence.

Anne-Lise SIBONY,
docteur en droit, Institut Droit Dauphine

MOTS-CLÉS : Concurrence - Pratiques anticoncurrentielles - Échange d'informations - Oligopole

TEXTES : C. com., art. L. 420-1

JURISCLASSEUR : Concurrence - Consommation, Fasc. 310, par Véronique Sélinsky ; Europe Traité Fasc. 1410 à 1413, par Marie-Angèle Hermitte

VOIR AUSSI : *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 226, obs. M. Malaurie-Vignal