



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Utilisation stratégique du
droit de la concurrence : Le cas
de la «TVA Bouygues Telecom»

Pratiques | Concurrences N° 3-2011

www.concurrences.com

Olivier BEDDELEEM

olivier.beddeleem@edhec.edu

| *Maître de conférences à l'EDHEC*

Norman NEYRINCK

norman.neyrinck@ulg.ac.be

| *Assistant à l'Université de Liège (ULg)*

| *Avocat au Barreau de Liège, Belgique*

Olivier BEDDELEEM*

olivier.beddeleem@edhec.edu

Maître de conférences à l'EDHEC

Norman NEYRINCK*

norman.neyrinck@ulg.ac.be

Assistant à l'Université de Liège (ULg)

Avocat au Barreau de Liège, Belgique

Abstract

Competition law aims at securing the existence of an efficient competition on the market. However, if adequately used, that competition law can also offer a relevant advantage to companies facing a powerful competitor. In France, Bouygues Telecom's behavior when the value added tax raised in 2011 for cell phone activities is a good example of this tendency towards the strategic use of competition law by weak parties.

Le droit de la concurrence vise à instaurer une concurrence efficace sur le marché. Or, s'il est adéquatement employé, ce droit peut offrir un avantage commercial non négligeable aux entreprises faisant face à un opérateur puissant.

Le comportement de Bouygues Telecom en France lors de l'augmentation de la taxe sur la valeur ajoutée constitue un exemple de cette tendance à l'utilisation stratégique du droit de la concurrence par la partie faible.

Utilisation stratégique du droit de la concurrence : Le cas de la "TVA Bouygues Telecom"

"Le prix de votre forfait mobile augmente suite à la hausse de la TVA ? Alors vous n'êtes plus engagé. Réagissez, ne subissez pas. Rejoignez Bouygues Telecom"¹. Par cet habile message publicitaire, l'opérateur de téléphonie mobile Bouygues Telecom faisait coup double. Tout à la fois, il mettait en œuvre une stratégie juridique efficace et détournait à son profit une part significative des clients de ses concurrents.

Le droit de la concurrence interdit les ententes restrictives de concurrence et le fait, pour une entreprise ou un groupe d'entreprises, d'abuser de leur éventuelle position de force sur le marché au détriment de leurs concurrents. Il s'agit pour les autorités publiques de permettre au marché de fonctionner de manière optimale afin que le consommateur bénéficie du prix le plus bas. L'intervention des pouvoirs publics peut toutefois entraîner des effets inattendus. S'il est adéquatement employé, le droit de la concurrence peut offrir un avantage commercial non négligeable aux entreprises faisant face à un opérateur dominant. Le comportement de Bouygues Telecom en France lors de l'augmentation de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) constitue un exemple de cette tendance à l'instrumentalisation du droit de la concurrence par la partie faible².

I. L'utilisation stratégique du droit de la concurrence

Peu étudié jusqu'à présent en France, le rapport entre le droit et la stratégie commerciale des entreprises fait l'objet d'un intérêt grandissant. Ainsi, plusieurs publications récentes³ mettent en évidence les bénéfices susceptibles d'être obtenus à partir d'une exploitation intelligente de la ressource juridique. Bien que difficile à quantifier, il apparaît aujourd'hui très clairement que l'usage stratégique du droit permet de créer de la valeur dans l'entreprise. Plus particulièrement, on ne saurait trop insister sur l'impact que peuvent avoir les pratiques d'instrumentalisation du droit de la concurrence (1.) notamment lorsqu'elles sont mises en œuvre à l'initiative des parties en position de faiblesse (2.).

1. Instrumentalisation du droit de la concurrence

En raison des extraordinaires pouvoirs d'intervention dont bénéficient les autorités de contrôle (annulation de contrats, négociation d'engagements avec le contrevenant, cessons obligatoires d'activités, etc.), toute stratégie appelant à l'intervention de l'autorité de concurrence est susceptible de mener à une modification radicale des conditions de fonctionnement du marché. Deux mouvements, apparemment de sens contraires, se dessinent. D'une part, les entreprises prennent conscience

1 Publicité diffusée dans *20 minutes*, 31 janvier 2011, 4ème de couverture.

2 N. Petit, *Droit de la concurrence et instrumentalisation parasitaire*, in C. Roquilly (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique d'entreprise*, Paris, Joly, à paraître, juillet 2011.

3 C. Collard et C. Roquilly, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, Paris, LGDJ, 2010, 305 p. ; A. Masson (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; A. Masson et V. de Beaufort (dir.), *"Lobbying et procès orchestrés"*, Bruxelles, Larcier, 2011 ; C. Roquilly, *Competition Law as a Strategic Issue for the Firm*, in *Alternative enforcement techniques - A new paradigm of EC competition law?*, Bruylant, mai 2009.

* Les auteurs remercient Christophe Collard, Frédéric Marty, Julien Pillot, Nicolas Petit et Christophe Roquilly pour leurs précieux conseils dans l'élaboration de cette étude.

de l'intérêt qu'elles peuvent tirer de la mise en place de stratégies juridiques⁴. À titre d'exemple, le groupe d'industrie chimique DuPont témoigne de la contribution de son département juridique à la création de valeur de l'entreprise : en assignant systématiquement les auteurs de pratiques anticoncurrentielles dont elle est victime, ce sont plusieurs millions de dollars que la firme américaine parvient à engranger par an. D'autre part, les autorités de la concurrence sont de leur côté régulièrement exhortées à se défier des plaintes introduites par des opérateurs opportunistes⁵.

Il est vrai que depuis de nombreuses années, les auteurs de la théorie des choix publics ont illustré le risque de voir les pouvoirs publics « capturés » par les entreprises qu'ils sont pourtant en devoir de contrôler⁶. Selon les tenants de cette théorie, l'élaboration de normes juridiques, comme toute intervention des autorités sur les marchés, est de nature à servir les intérêts d'opérateurs privés au détriment de l'intérêt général⁷. En droit de la concurrence, l'adoption du *Robinson-Patman Act* est fréquemment citée comme un exemple de ce type de phénomène. Pressé par les petits commerçants de réagir à la montée de la grande distribution, le Congrès américain décida d'interdire à tout fournisseur de proposer des prix de vente distincts à leurs différents détaillants. Introduit pour permettre aux petits distributeurs de proposer des prix concurrentiels, le *Robinson-Patman Act* fut rapidement qualifié d'erreur économique majeure⁸.

Au stade de la mise en œuvre également, le droit de la concurrence s'avère particulièrement ouvert aux stratégies juridiques. Dans l'exercice de leur mission de contrôle, les autorités publiques acceptent en effet de promouvoir une pluralité d'objectifs⁹ qui constituent autant de portes d'entrées aux prétentions d'entreprises opportunistes¹⁰. La décision relative aux *décodeurs digitaux italiens* constitue

une bonne illustration de ce phénomène¹¹. Dans cette affaire, les entreprises *Centro Europa 7* et *Sky Italia*, avaient introduit une plainte devant la Commission européenne pour violation du droit des aides d'État. En vue d'inciter les consommateurs à faire la transition vers la technologie numérique, l'État italien avait alloué, entre 2004 et 2005, plusieurs millions d'euros pour permettre aux consommateurs d'acheter des décodeurs usant de la technologie terrestre numérique ou du câble. Devant la Commission, les entreprises offrant la télévision par satellite soulignèrent le caractère discriminatoire du programme d'aide. La stratégie mise en place par les plaignants porta pleinement ses fruits : face aux pressions européennes, l'État italien fut contraint d'étendre son programme d'aide aux entreprises offrant la télévision par satellite. Ce n'est cependant que parce que la Commission européenne avait, en parallèle de l'application du droit de la concurrence, jugé bon de promouvoir la propagation des technologies nouvelles, que le programme d'aide fut maintenu¹².

Les stratégies juridiques, adaptées au droit de la concurrence, peuvent prendre différentes formes¹³. Le présupposé favorable que les autorités européennes ont à l'égard des importations parallèles a notamment permis, à plusieurs reprises¹⁴, à des tiers opportunistes de contraindre certains producteurs à modifier le fonctionnement de leur réseau de distribution. L'affaire *Volkswagen* en fournit un bon exemple. Afin de prévenir les importations parallèles de voitures, *Volkswagen* avait conclu avec les membres italiens de son réseau de distribution des accords tendant à restreindre les ventes, en Italie, de véhicules à des consommateurs et concessionnaires établis dans d'autres États membres. Suite au dépôt de plusieurs plaintes, la Commission, puis la Cour de Justice de l'Union européenne, constatèrent le cloisonnement illégal du marché italien¹⁵. *Volkswagen* fut sévèrement sanctionné.

Selon un raisonnement similaire, les distributeurs stratégiques peuvent invoquer le droit de la concurrence pour tenter de se défaire de l'accord qui les lie à leur fournisseur. L'affaire *Javico* illustre ce phénomène¹⁶. En l'espèce, *Javico* avait conclu un contrat d'approvisionnement avec *Yves Saint Laurent Parfums*, prévoyant que les produits fournis ne seraient pas vendus en Europe. Lorsque le fournisseur réclama des dommages et intérêts à *Javico* pour manquement aux obligations contractuelles, le distributeur demanda l'annulation de la convention. La Cour de Justice de l'Union

4 “DuPont turns its legal department into a profit center”, *International Herald Tribune*, 3 octobre 2007.

5 “There is a specter that haunts our antitrust institutions. Its threat is that, far from serving as the bulwark of competition, these institutions will become the most powerful instrument in the hands of those who wish to subvert it. (...) We ignore it at our peril and would do well to exorcise it.”. W. Baumol et J. Ordover, “Use of Antitrust to Subvert Competition”, *Journal of Law & Economics*, 1985, 28, p. 248 ; J. Miller et P. Pautler, “Predation : The Changing View in Economics and the Law”, *Journal of Law and Economics*, 1985, n°28, p. 495.

6 La vision pessimiste de l'action publique où l'autorité de la concurrence serait manipulée par des opérateurs opportunistes doit être relativisée. En effet, l'autorité de la concurrence tire elle-même profit des stratégies déployées par les entreprises. Les plaintes portées à sa connaissance constituent autant d'opportunités pour agir à l'encontre de pratiques qui lui étaient jusque-là inconnues. On comprend mieux, dès lors, que les autorités publiques ne se montrent pas plus sévères à l'égard des stratégies portées devant elles.

7 D. Sokol, “Limiting Anticompetitive Government Interventions that Benefit Special Interests”, *George Mason Law Review*, 2009, 17, p. 119.

8 T. Ross, “Winners and Losers under the Robinson-Patman Act”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 27, No. 2, 1984, p. 243.

9 Le choix des objectifs assignés au droit de la concurrence varie d'État en État : F. Jenny, “Competition and Efficiency”, *Fordh. Corp. L. Inst.*, 1993, p. 187. L'objectif que la DG concurrence s'assigne aujourd'hui est de “faire en sorte que les marchés délivrent plus de bénéfices aux consommateurs, aux entreprises ainsi qu'à la société dans son ensemble, en protégeant la concurrence sur le marché et en encourageant une culture de la concurrence” (traduction libre). Directorate General for Competition, *Mission Statement* (<http://ec.europa.eu/dgs/competition/mission/>).

10 Selon certains auteurs, l'adoption du Traité de Lisbonne aurait sorti la politique de concurrence des “objectifs” de l'Union européenne, pour la reléguer au rang des “moyens”. La déférence affichée à l'égard d'objectifs alternatifs (sociaux, environnementaux) constituerait alors autant de prétextes pour réclamer l'intervention de l'autorité européenne de la concurrence. N. Petit, “Traité de Lisbonne et politique de concurrence Rupture ?”, *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2008, p. 265.

11 Décision de la Commission du 24 janvier 2007, 2007/374/CE, *Décodeurs numériques italiens*, JO, 8 juin 2007, L 147, p. 1.

12 Tribunal UE, 15 juin 2010, T-177/07, *Mediaset SpA c. Commission*, non encore publiée au Recueil.

13 Une typologie des différentes stratégies pouvant être mises en place par une entreprise au détriment de ses concurrents a même pu être proposée. R. McAfee et N. Vakkur, “The Strategic Abuse of the Antitrust Laws”, *Journal of Strategic Management Education*, 2004, 1(3). Les auteurs proposent une cartographie des stratégies juridiques pouvant être mises en place par le biais du droit de la concurrence : “The seven strategic uses of the antitrust laws that we have identified are: 1. Extort funds from a successful rival. 2. Change the terms of the contract. 3. Punish non-cooperative behavior. 4. Respond to an existing lawsuit. 5. Prevent a hostile takeover. 6. Discourage the entry of a rival. 7. Prevent a successful firm from competing vigorously.”

14 Voir CJUE, 28 février 1984, C-228-229/82, *Ford c. Commission*, Rec. 1984, p. 1129.

15 Tribunal UE, 6 juillet 2000, T-62/98, *Volkswagen c. Commission*, Rec., 2000 p. II-2707.

16 CJUE, 28 avril 1998, C-306/96, *Javico c. Yves Saint Laurent Parfums*, Rec., 1998, p. I-1983.

jugea que l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE ») interdisant les ententes anticoncurrentielles était applicable.

Le droit de la concurrence fournit donc des opportunités de comportements stratégiques, notamment aux membres d'ententes. Le droit de la concurrence fournit également de nombreuses ressources aux concurrents en situation de faiblesse sur le marché.

2. Parasitisme et instrumentalisation de la position dominée

L'article 102 TFUE prohibant les abus de position dominante constitue un véhicule efficace pour la mise en œuvre de stratégies juridiques. Le droit européen de la concurrence considère en effet que l'entreprise qui occupe une position dominante sur le marché est soumise à un régime de responsabilité spéciale¹⁷. Il est alors particulièrement attrayant, pour les concurrents de moindre taille, d'attirer l'attention des autorités de la concurrence sur les pratiques commerciales de l'entreprise dominante dont l'action est, par nature, soumise à un contrôle renforcé. L'objectif d'une telle stratégie est double : elle permet, d'une part, de limiter la marge de manœuvre commerciale de l'entreprise dominante et, d'autre part, tend à augmenter ses coûts. Il est en effet notoire que pour toute entreprise, répondre aux investigations de l'autorité de la concurrence s'avère le plus souvent difficile et coûteux¹⁸.

Au-delà de l'effet de nuisance que peut générer une plainte dirigée à l'encontre d'un rival, l'instrumentalisation du droit de la concurrence peut également avoir pour objectif de tirer profit des investissements réalisés par l'opérateur dominant. Les exemples de ce phénomène sont multiples¹⁹. Parangon des pratiques de parasitisme, l'abus de refus de fournir permet à l'entreprise plaignante d'accéder à une infrastructure essentielle, pourtant détenue en exclusivité par l'entreprise dominante. Dans ce scénario, l'autorité de la concurrence contraint l'entreprise détentrice d'un bien nécessaire à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché, à fournir ce bien à ses concurrents (intransigent essentiel dans le processus de production, réseau de distribution non-reproductible, etc.). L'introduction d'une plainte auprès de l'autorité publique permet alors à l'entreprise en position de faiblesse d'obtenir l'accès à un intrant qui lui était jusque-là refusé par l'opérateur dominant²⁰. Ce type de pratique est d'autant plus remarquable que l'entreprise condamnée a parfois lourdement investi dans le bien auquel elle doit finalement donner accès. En matière de propriété

intellectuelle – pourtant censée octroyer un droit exclusif à son titulaire – c'est parfois le résultat de mois de recherche qui doit être partagé lorsque le bien en question rencontre enfin le succès. La condamnation de Microsoft par la Commission européenne à fournir aux tiers une licence obligatoire sur ses données d'interopérabilité pour serveurs constitue à ce titre une parfaite illustration d'instrumentalisation du droit de la concurrence²¹.

Le dépôt de plainte pour jumelage constitue une autre stratégie juridique éprouvée. Afin de libérer des parts de marché détenues par l'entreprise dominante, une entreprise peut soumettre à l'autorité de contrôle le comportement de son principal concurrent lorsque celui-ci subordonne la vente d'un produit à celle d'un autre. En droit de la concurrence, le fait pour une entreprise qui domine un marché de subordonner la vente de son produit phare à l'acquisition, par le consommateur, d'un produit relevant d'un autre marché, revient à « faire levier » de sa position dominante, au détriment d'une concurrence par les mérites²². Si l'autorité ordonne qu'il soit mis fin au jumelage, le plaignant sera parvenu à libérer à son profit une partie des consommateurs jusque-là captifs de la pratique commerciale de l'entreprise dominante.

La suspicion dont font preuve les autorités de la concurrence à l'égard des entreprises en position dominante permet également aux concurrents de taille plus modeste de prétendre à la conclusion de transactions. Outre-Atlantique, le dépôt de plainte suivi de négociations est chose commune et aboutit fréquemment à la conclusion de transactions²³. La plainte de la partie la plus faible permet alors d'équilibrer les pouvoirs de négociation respectifs²⁴. Un bon exemple de ce phénomène est celui de l'utilisation stratégique du droit de la concurrence par la société *Digital Equipment Corp.* Fournisseur et concurrent d'*Intel*, la société a dans les années 1990 fait face au refus d'*Intel* d'étendre leurs relations contractuelles. Menaçant le leader du marché de procédures pour violation du droit de la concurrence, *Digital* réussit finalement à imposer à *Intel* la conclusion d'un accord de collaboration²⁵.

17 CJUE, 14 février 1978, 27/76, *United Brands, Rec.*, 1978 p. 207 ; Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO, 24 février 2009, C 45/7.

18 S. Salop et D. Scheffman, "Cost-raising strategies", *Journal of Industrial Economics*, 1987, 36, p. 19.

19 N. Petit et N. Neyrinck, "Droit de la concurrence et instrumentalisation parasitaire", 24 mars 2011, http://antitrustclair.files.wordpress.com/2011/03/droit-de-la-concurrence-et-instrumentalisation-parasitaire-petit-et-neyrinck_24-03-11_.pdf.

20 F. Marty et J. Pillot, "L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes ?", in A. MASSON (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2009.

21 Décision de la Commission du 24 mai 2004 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE engagée contre *Microsoft Corporation* (Affaire COMP/C-3/37.792 – Microsoft), JO, 6 février 2007, p. 23.

22 Souvent, les produits jumelés sont des produits complémentaires (imprimante et cartouches d'encre ; pistolets de scellement et clous). Voyez par exemple : CJUE, 2 mars 1994, *Hilti*, C-53/92 P, *Rec.*, 1994, p. I-667.

23 Si l'action privée devant les juridictions judiciaires demeure trop rarement utilisée en Europe, la Commission européenne en promet souvent l'usage (J. Almunia, *Common standards for group claims across the EU*, Valladolid, 15 octobre 2010, SPEECH/10/554). Il est vrai que les acteurs privés ont un intérêt particulièrement aigu à la mise en œuvre du droit de la concurrence (R. McAfee, H. Mialon et S. Mialon, "Private v. Public antitrust enforcement : A strategic analysis", *Journal of Public Economics*, 2008, 92, p. 1863).

24 Le retrait de l'action introduite pour violation du droit de la concurrence peut être monnayé dans le cadre de négociations plus larges organisées entre concurrents. À cet égard, l'abandon d'instance devant les juridictions judiciaires n'est pas l'unique acte susceptible de mettre fin aux difficultés de l'entreprise qui fait l'objet de la procédure. Le retrait d'une plainte, même introduite devant une autorité administrative pourvue d'un pouvoir d'auto-saisine, peut également justifier un arrêt des poursuites. Encore faut-il dans ce cas que l'autorité ne soit elle-même pas intéressée par l'affaire. Voyez par exemple : Communiqué de presse de la Commission, *Antitrust : Commission closes formal proceedings against Qualcomm*, 24 nov. 2009, MEMO/09/516.

25 B. Rubenstein, "Aggressive Litigation Strategy May Pay Off For Digital", *Corporate Legal Times*, 1997, 7, p. 72, cité par R. McAfee et N. Vakkur, *op. cit.*, p. 1.

On le voit, face à un concurrent puissant, l'entreprise en situation de faiblesse peut user des règles de concurrence à son avantage. C'est cette utilisation stratégique du droit par un concurrent en situation de faiblesse qu'illustre l'affaire Bouygues Telecom.

II. Illustration de l'utilisation stratégique du droit de la concurrence par le concurrent en position de faiblesse : L'exemple de Bouygues Telecom

Début 2011, à l'occasion de l'augmentation du taux de TVA dans le domaine de la téléphonie mobile en France, la société Bouygues Telecom a eu l'opportunité d'utiliser à son profit le droit de la concurrence.

1. Hausse de la TVA en France : L'idéal de la collaboration

Fin 2010, le Parlement français a décidé sous la pression de l'Union européenne d'augmenter le taux de TVA sur les activités de téléphonie mobile. Trois acteurs principaux se partagent ce marché en France : Orange, SFR et Bouygues Telecom. Orange, opérateur historique, possède environ la moitié du marché. SFR bénéficie d'une part de marché de plus de 30 % et Bouygues Telecom un peu plus de 15 %. Le reste du marché est partagé entre des opérateurs alternatifs qui utilisent le réseau des trois opérateurs principaux. La majorité des contrats de téléphonie mobile en France prennent la forme d'un *package* groupant forfait de téléphonie mobile et vente d'un téléphone portable, en contrepartie d'un engagement de 1 à 2 ans du client.

Le droit français présente la particularité selon laquelle, dans les relations entre un professionnel et un consommateur, le professionnel doit présenter un prix incluant la TVA. Dès lors, si le professionnel décide de répercuter une augmentation de la taxe sur ses clients, il y a modification du contrat. Dans pareille hypothèse, l'article L. 121-84 du Code de la consommation trouve à s'appliquer. Celui-ci prévoit que « *tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut, tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification* ». Ainsi, toute répercussion de la taxe ouvre au consommateur un droit de résiliation de quatre mois. La clause d'engagement ne s'applique plus. Les abonnés peuvent résilier leur contrat et s'adresser à un nouvel opérateur tout en conservant leur ancien téléphone. L'opérateur initial est alors privé du retour sur investissement escompté.

Fin 2010, l'augmentation de la TVA était susceptible de déboucher sur trois résultats distincts : soit tous les opérateurs de téléphonie répercutaient la taxe, soit aucun opérateur ne répercutait la taxe, soit enfin, certains opérateurs décidaient de répercuter la taxe tandis que d'autres l'imputaient sur leurs marges. Dans la première hypothèse, tous les clients peuvent changer d'opérateur. Dans ce cas, les pertes éventuelles sont compensées par l'arrivée de nouveaux abonnés. Le seul coût important est la fourniture d'un téléphone aux nouveaux clients, inférieur au maintien de la marge réalisée par l'augmentation du prix. Dans la deuxième hypothèse, le contrat n'est pas modifié et l'engagement des clients est maintenu. Les opérateurs perdent toutefois des sommes importantes puisque leur marge est amputée de l'augmentation de la TVA. Dans la dernière hypothèse enfin, la partie qui ne répercuté pas la TVA subit une perte de marge mais bénéficie d'un afflux important de nouveaux clients. Corrélativement, la partie qui répercuté la TVA maintient sa marge sur les contrats existants mais risque de perdre ses clients au profit d'un autre opérateur.

Face à ces différentes options, la théorie des jeux et le dilemme du prisonnier nous enseignent que les parties ont intérêt à collaborer²⁶. Le dilemme du prisonnier a été formalisé par Albert Tucker en 1950²⁷. Le scénario imaginé par cet économiste se base sur l'arrestation de deux personnes soupçonnées d'être complices d'un crime. Les suspects sont interrogés séparément. Une offre leur est faite. Si tous deux nient les faits, ils seront l'un et l'autre condamnés à une peine faible (1 an de prison). Si tous deux avouent, ils seront condamnés à une peine plus élevée (2 ans de prison). Enfin, si l'un avoue et que l'autre garde le silence, le premier sera acquitté tandis que celui qui a été dénoncé sera condamné lourdement (5 ans de prison).

	B ne dénonce pas A	B dénonce A
A ne dénonce pas B	A : 1 an / B : 1 an	A : 5 ans / B : acquitté
A dénonce B	A : acquitté / B : 5 ans	A : 2 ans / B : 2 ans

En l'absence de communication entre les parties, chacune anticipe la trahison et choisit de dénoncer son complice. En anticipant la défection de leur complice, les parties aboutissent à un résultat qui n'est pas optimal. En sens inverse, la communication et la collaboration entre parties permettent d'éviter que l'une d'entre elle ne trahisse l'autre, et permet d'atteindre un résultat optimal. Dans le cas qui nous occupe, l'optimum de Pareto aurait été atteint par une collaboration entre les opérateurs pour répercuter de concert la TVA.

²⁶ La théorie des jeux est bien connue des économistes. Elle est d'application fréquente en droit de la concurrence en matière de collusion. La Commission en a notamment tiré les enseignements pour l'élaboration de son programme de clémence. F. Leveque, "L'efficacité multiforme des programmes de clémence", *Concurrences*, n° 4-2006, p. 31.

²⁷ Albert W. Tucker, *A Two-Person Dilemma*, unpublished notes, Stanford University, mai 1950.

2. Théorie des jeux et utilisation opportuniste du droit de la concurrence

Cet « idéal économique » se heurte toutefois au droit de la concurrence. En effet, lorsque la collaboration a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché, celle-ci constitue une entente sanctionnée par le droit de la concurrence²⁸. De même, l'acteur en position de force ne peut pas utiliser son pouvoir sur le marché pour imposer à ses concurrents un comportement « économiquement optimal » sous peine de subir une condamnation pour abus de position dominante²⁹. Orange et SFR ne pouvaient donc ni conclure d'accord avec Bouygues Telecom, objet de concessions réciproques, ni imposer à Bouygues Telecom de répercuter la taxe sur ses clients. C'est d'autant plus vrai que ces trois opérateurs ont été condamnés en 2005 par l'Autorité de la concurrence française à payer une amende record de 534 millions d'euros pour entente³⁰. Prendre part à une nouvelle entente signifierait risquer une condamnation renforcée pour récidive.

Dans une situation répondant au dilemme du prisonnier, les parties doivent faire un choix au même moment, sans connaître la décision de l'autre joueur. Dans le cas qui nous occupe, la situation des parties s'analyse plus précisément comme un jeu dynamique séquentiel³¹. Toute collaboration est interdite et chaque partie se détermine librement sans devoir faire son choix au même moment que les autres joueurs. Le second joueur bénéficie d'un avantage puisqu'il connaît la décision de son concurrent. Pour Bouygues Telecom, il est alors souhaitable d'attendre que ses rivaux clarifient leur position commerciale avant de définir sa propre stratégie. La position de faiblesse de Bouygues Telecom et son appartenance à un groupe diversifié deviennent alors un avantage. En effet, la téléphonie mobile représente le cœur de l'activité d'Orange et de SFR. Bouygues Telecom, par contre, est membre d'un conglomérat comprenant notamment des activités de construction ou de télévision. Déjà en 2000, lorsque le gouvernement français avait lancé des enchères pour la commercialisation de licences UMTS permettant l'utilisation de la 3G dans la téléphonie mobile, Bouygues Telecom avait pu prendre le risque de ne pas participer à l'enchère initiale de 4,9 milliards d'euros et avait obtenu fin 2001 une révision de son montant à 619 millions d'euros assortie d'un pourcentage du chiffre d'affaires³². Par cette stratégie particulièrement risquée, Bouygues Telecom modifiait considérablement les conditions de la concurrence future sur ce marché.

La décision de ne pas répercuter la TVA constituait un manque à gagner particulièrement important pour les opérateurs en position de force alors que Bouygues pouvait se permettre plus facilement d'attendre, voire de ne pas répercuter cette hausse. Orange et SFR ont été forcés de prendre les premiers la décision de répercuter la hausse de la TVA. Profitant de l'opportunité créée par ses concurrents, Bouygues Telecom décide de ne pas augmenter ses tarifs. Bien au contraire, à grand renfort de publicité, Bouygues Telecom incite les clients de ses concurrents à rompre leur abonnement et à le rejoindre. Confrontés à un mouvement de résiliations, Orange et SFR n'ont finalement d'autre choix que de renoncer à répercuter la TVA. Les deux leaders du marché ont ainsi doublement perdu. Non seulement doivent-ils imputer la TVA sur leurs marges et réduire leurs bénéfices, mais encore ont-ils perdu de nombreux clients en quelques jours en tentant de répercuter la TVA.

Pour le consommateur, le but est atteint. Le droit de la concurrence a interdit toute collusion entre les entreprises, permettant une diminution substantielle du prix de la téléphonie mobile en France. En revanche, pour les deux principaux opérateurs, le résultat est moins heureux. Le droit de la concurrence a restreint les choix d'Orange et SFR et limité leur marge de manœuvre. Bouygues Telecom de son côté a su profiter de la situation pour en tirer un profit personnel plutôt que d'atteindre l'optimum économique pour l'ensemble des concurrents présents sur le marché.

On relèvera que Bouygues Telecom était également en 2008 à l'origine d'une plainte introduite devant l'Autorité de la concurrence. L'autorité française a été mise à contribution pour briser l'accord d'exclusivité dont bénéficiait l'opérateur de téléphonie Orange pour la vente d'iPhones. L'Autorité de la concurrence considéra que la durée de l'exclusivité était disproportionnée au regard des investissements publicitaires réalisés par Orange pour le lancement de l'iPhone en France. Statuant au provisoire, elle ordonna aux parties de suspendre l'application des dispositions litigieuses³³. Par cette manœuvre, les concurrents d'Orange purent accéder à un marché que les ressources du titulaire du contrat avaient contribué à créer et développer³⁴. Bouygues Telecom semble bien se faire une habitude de recourir à toutes les opportunités qu'offre le droit de la concurrence pour soutenir son activité commerciale. ■

28 TFUE, article 101. Les échanges d'informations sur l'évolution des prix sont plus précisément prohibés dans les lignes directrices : Communication de la Commission – Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale. Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO, 14 janvier 2011, C 11/1.

29 TFUE, article 102.

30 Autorité de la concurrence, Décision n° 05-D-65 relative aux pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

31 B. Guerrien, *La théorie des jeux*, Paris, Économica, 4ème éd., 2010, p. 49.

32 A. Van Eeckhout, "L'affaire des licences UMTS", *Concurrences*, n° 1-2004, p. 108.

33 Cette décision fut intégralement confirmée en appel : Paris, 4 février 2009, RG n° 2008/28828. Ce dernier arrêt fut partiellement cassé sur pourvoi : Cass. Com., 16 février 2010, inédit, pourvois n° 09-11968 et 09-65440.

34 Autorité française de la concurrence, Décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones, para. 178.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par dix chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadia Calvino, Thierry Dahan, John Fingleton, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Doug Melamed, Mario Monti, Viviane Reding, Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott, Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, John Connor, Dominique de Gramont, Damien Gérardin, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Penelope Papandropoulos, Etienne Pfister, Francisco Rosati, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel DEBROUX, Nathalie JALABERT-DOURY, Laurence NICOLAS-VULLIERM, Cyril SARRAZIN

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY, Anne-Lise SIBONY, Anne WACHSMANN

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel CHAGNY, Mireille DANY, Jean-Louis FOURGOUX, Rodolphe MESA, Marie-Claude MITCHELL, Laurent ROBERVA

DISTRIBUTION

Nicolas ERESEO, Dominique FERRÉ, Didier FERRIÉ

CONCENTRATIONS

Dominique BERLIN, Olivier BILLIARD, Jean-Mathieu COT, Jacques GUNTHER, David HULL, Igor SIMIC, David TAYAR, Didier THÉOPHILE

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves CHÉROT, Jacques DERENNE, Bruno STROMSKY

PROCÉDURES

Pascal CARDONNEL, Alexandre LACRESSE, Christophe LEMAIRE, Agnès MAÏTREPIERRE

RÉGULATIONS

Hubert DELZANGLES, Emmanuel GUILLAUME, Jean-Paul TRAN THIET

SECTEUR PUBLIC

Bertrand DU MARAIS, Stéphane RODRIGUES, Jean-Philippe KOVAR

POLITIQUE INTERNATIONALE

Jean-Christophe RODA, François SOUTY, Stéphanie YON

Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN, Emmanuel FROT, Alain RONZANO, Bastien THOMAS

Bibliographie

Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	455 €	465,55 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	405 €	484,38 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	655 €	783,38 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	705 €	843,18 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	755 €	902,98 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	855 €	1022,58 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France