RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Avis n° 06-A-18 du 5 octobre 2006
relatif à un projet d'indicateur d'occupation des hôtels de la région de Mulhouse

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la demande d'avis en date du 14 décembre 2005, enregistrée sous le numéro 05/0102 A, de la Chambre de commerce et d'industrie Sud Alsace Mulhouse du 14 décembre 2005, en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 02-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 11 avril 2006 ;

Le représentant de la Chambre de commerce et d'industrie Sud Alsace Mulhouse entendu en application de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes.

1. La Chambre de commerce et d'industrie (CCI) pour le sud de l'Alsace a saisi pour avis le Conseil de la concurrence de la question de la compatibilité avec les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce d'un projet d'indicateur d'occupation destiné aux hôtels de la région de Mulhouse.
2. Le projet de la CCI consiste à organiser un échange d'informations nominatives sur les résultats obtenus en matière d'occupation entre les hôtels de la région de Mulhouse volontaires pour participer au dispositif. Au moment de l'examen de la demande d'avis, 24 des 52 établissements de la région avaient accepté de s'associer à cet échange d'informations.
3. Selon le dispositif envisagé, la CCI collectera mensuellement, auprès des hôtels participants, le nombre de jours d'ouverture et de fermeture, celui des chambres disponibles, ainsi que des chambres louées, et le chiffre d'affaires hébergement. Elle leur restituera avant la fin du mois suivant : le taux d'occupation, le nombre de jours d'activité et celui des chambres louées pour chacun des hôtels.

4. Il faut noter que le dispositif actuel d'observation du marché diffuse des moyennes calculées à partir des données individuelles collectées et que la modification essentielle introduite par le nouveau projet réside dans le fait que seront diffusées non plus des valeurs moyennes mais des données individuelles, qui deviendront ainsi accessibles aux hôteliers adhérents.

5. Avant d'examiner cette demande, le Conseil rappelle que si l'article L. 462-1 du code de commerce ouvre la possibilité à une organisation professionnelle de saisir pour avis le Conseil de la concurrence de toute question de concurrence, il n'a pas pour objet de permettre un examen pré-contentieux d'une pratique. Les réponses apportées à une demande d'avis ne sauraient en rien préjuger de l'appréciation que le Conseil de la concurrence pourrait porter sur des faits identiques ou comparables, dont il pourrait être ultérieurement saisi dans le cadre d'une affaire contentieuse. Seule une procédure contradictoire est de nature à permettre de qualifier des pratiques au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

6. De même, l'avis rendu ne saurait en aucune façon être interprété comme valant exemption d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, en application de l'article L. 420-4 du code de commerce ou de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE.

I. Le cadre général de l'analyse concurrentielle

7. Le libre exercice du jeu de la concurrence repose sur l'autonomie de chaque entreprise dans ses décisions de prix et sa politique commerciale, ainsi que sur un degré d'incertitude suffisant concernant le comportement de ses concurrents sur le marché.

8. La jurisprudence distingue entre les informations accessibles à tous les opérateurs présents sur le marché, ainsi qu'aux clients, et les informations individuelles que les opérateurs gardent normalement secrètes pour ne pas renseigner leurs concurrents sur leur stratégie et leurs résultats. Cette dernière catégorie fait d'ailleurs souvent l'objet de demandes de confidentialité par les entreprises qui peuvent, dans certains cas, invoquer la protection du secret des affaires.

9. Ainsi, un échange d'informations commerciales confidentielles entre concurrents suppose l'existence d'un accord de volonté des entreprises pour révéler, sous réserve de réciprocité, des données qu'elles n'auraient pas spontanément rendues publiques sur le marché. Ces échanges constituent ainsi des pratiques concertées qui sont *prima facie* contraires aux dispositions de l'article 81 du traité européen et l'article L. 420-1 du code de commerce, comme l'a indiqué la Cour de justice : "*L'exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents. Elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact 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, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché*" (CJCE, Züchner contre Bayerische Vereinsbank, 14 juillet 1981).

10. L'échange régulier et organisé de ces informations confidentielles conduit nécessairement les entreprises bénéficiaires à ne plus fixer leurs prix et leur politique commerciale en pleine autonomie. Le risque pour la concurrence est que les informations mises en commun aboutissent à une harmonisation artificielle des prix ou crée une situation de coopération

propice à la mise en œuvre de pratiques collusives pour obtenir le respect d'un niveau de prix par les entreprises.

11. De manière générale, on peut considérer qu'une des conditions, nécessaire mais non suffisante, pour qu'une diffusion de données individuelles soit admise, est que la transparence artificielle du marché instaurée bénéficie aussi aux demandeurs et ne soit pas réservée au cercle étroit des offreurs concurrents et utilisée à leur seul profit.

II. La compatibilité des échanges d'information entre entreprises concurrentes avec les règles de concurrence

12. Pour apprécier l'impact des pratiques d'échanges d'information sur le jeu de la concurrence, la jurisprudence prend en considération trois critères : la situation spécifique de la concurrence sur le marché concerné, la nature des informations échangées et leur utilisation. Ces critères sont examinés dans chaque cas d'espèce, individuellement et de manière cumulative.

A. LA PRISE EN COMPTE DES CARACTÉRISTIQUES DU MARCHÉ CONCERNÉ

13. La transparence accrue du marché résultant des échanges d'informations entre entreprises normalement concurrentes a un impact différent en fonction du nombre d'entreprises présentes sur le marché, de leurs forces commerciales respectives et de l'intensité de la compétition les opposant.

14. En pratique, les caractéristiques concurrentielles d'un marché sont évaluées en examinant la nature des produits échangés, la zone géographique d'activité et la part du marché des différentes entreprises notamment la place prépondérante éventuelle détenue par un opérateur. Ces éléments sont ensuite rapprochés de la nature et de la périodicité des échanges d'informations, afin d'apprécier leur impact sur la concurrence.

15. Si des échanges limités d'informations sont généralement considérés comme étant peu susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels dans le cas d'un marché atomisé entre un grand nombre de petites entreprises, les échanges d'informations sensibles à intervalle fréquent sur un marché oligopolistique permettent à l'ensemble des concurrents de connaître les positions et les stratégies de chaque entreprise. Ce type d'échange s'analyse comme une action concertée entre entreprises concurrentes afin de réduire l'intensité de la compétition sur le marché.

16. Dans l'hypothèse d'un marché comprenant un grand nombre de petites entreprises, le risque d'interactions stratégiques entre elles est faible mais un effet "*prescripteur*" ou de coordination volontaire par des organismes professionnels sectoriels est à craindre, les opérateurs étant incités à calquer leur politique commerciale sur les informations reçues, ce qui peut avoir pour objet et pour effet de "*discipliner*" la concurrence dans le secteur.

17. Le Conseil a ainsi sanctionné ce type de pratiques dans les secteurs de l'artisanat ou du bâtiment : "*Considérant que la taille modeste de la plupart des offreurs et la capacité limitée de chacun d'eux d'accroître son offre sur le marché en cause, (…), restreignent de façon*

structurelle l'intensité de la concurrence ; que l'examen du marché et les constatations effectuées dans la présente décision montrent que les opérateurs n'ont pas toujours une connaissance suffisante de leurs propres coûts ; que dès lors, ces mercuriales peuvent conduire les opérateurs à définir les conditions de leur offre non pas selon leurs propres conditions d'exploitation mais à partir des prix mentionnés dans la mercuriale" (décision n° 95-D-74 du 21 novembre 1995 concernant le secteur de la réparation automobile dans le département de l'Indre).

18. De ce point de vue, le fait que les échanges d'information interviennent directement entre les entreprises intéressées ou passent par l'intermédiaire d'un organisme professionnel centralisateur qui ne serait pas lui-même un opérateur économique est sans incidence sur la licéité de cet échange : "*C'est la nature économique de l'activité affectée et non la qualité de l'opérateur ou la forme selon laquelle il intervient qui détermine l'application des règles de concurrence*" (Cour d'appel, arrêt du 8 février 2000, Académie d'architecture).

B. LA NATURE DES INFORMATIONS ÉCHANGÉES

19. L'indépendance de chaque entreprise dans ses décisions de prix, et plus généralement dans sa stratégie commerciale, représente une condition indispensable pour que se développe le libre jeu de la concurrence.

20. La jurisprudence du Conseil demande donc que la nature des informations échangées ne permette pas d'identifier la stratégie des entreprises qui sont en concurrence sur un marché : "*Ces échanges d'informations* (taux d'occupation et prix moyens) *ont pris place à l'intérieur d'un marché dans lequel la transparence sur les prix est déjà élevée* (…). *Dans ces circonstances, la mise à disposition d'informations sur les performances individuelles assure une transparence quasi totale de l'ensemble des paramètres du marché. Il n'existe ainsi plus aucune incertitude*" (décision n° 05-D-64 du 25 novembre 2005 concernant le marché des palaces parisiens).

21. Cette préservation de l'incertitude sur le comportement et les résultats des concurrents conduit à exclure les échanges d'informations individuelles confidentielles, c'est-à-dire qui ne peuvent être obtenues par les entreprises autrement que par l'échange. A titre d'illustration, le volume des ventes réalisées et la part de marché détenue par une entreprise constituent des informations relevant du secret des affaires, particulièrement lorsqu'il s'agit des performances récentes.

22. Il faut insister sur le fait que les restrictions attachées aux échanges d'informations individuelles ne sont pas limitées aux données purement financières. Par exemple, le volume d'activité instantané ou la répartition des clients peuvent constituer des données stratégiques. Dans le cas du secteur hôtelier, le Conseil de la concurrence a considéré que le taux d'occupation constituait une des données stratégiques échangées par les palaces (au côté du prix et du revenu moyen par chambre), qu'il était impossible d'obtenir sans échange entre les concurrents.

23. De plus, il est souvent possible de reconstituer ou d'évaluer avec une précision suffisante les résultats individuels des concurrents à partir de données de nature non financière, dès lors que l'appartenance au secteur fournit une connaissance intime des conditions d'exercice d'une activité. Par exemple, dans un secteur d'activité où les prix sont publics et les prestations relativement standardisées, les chiffres d'affaires de chaque entreprise peuvent être calculés, dès le moment où les quantités vendues font l'objet d'un échange d'information.

24. En outre, des informations sont considérées comme individuelles même si elles ne sont pas directement associées au nom d'un concurrent dès lors que ce dernier peut être facilement identifié compte tenu des autres données de marché. Cette situation est d'autant plus probable que le marché est étroit, les membres d'un oligopole disposant de moyens de recoupement efficaces pour identifier leurs concurrents.

25. Certes, on ne peut exclure que des échanges d'informations puissent avoir un effet pro-concurrentiel et, le plus souvent, les participants soutiennent que cette transparence accrue permet aux opérateurs de mieux évaluer leurs performances et les incite à améliorer leur efficacité. C'est d'ailleurs ce motif que le saisissant met en avant au soutien de son projet d'indicateur d'occupation des hôtels.

26. Mais il est généralement admis que la diffusion de données agrégées ou de moyennes et, le cas échéant, de valeurs extrêmes qui permettent d'apprécier la dispersion des performances individuelles, suffit à la mise en œuvre de ces techniques de comparaison ou d'étalonnage (benchmark), sans qu'il soit nécessaire de révéler ces performances individuelles. En pratique, les entreprises sont le plus souvent incapables de fournir un argument sérieux permettant de soutenir que le but pro-concurrentiel recherché ne peut être atteint que par la révélation de données individuelles confidentielles.

27. Il est donc nécessaire que la mise en forme des informations permette de garantir l'anonymat des entreprises participant à l'échange et celui des informations mises en commun. Pour ce faire, plusieurs recommandations peuvent être formulées à l'aide de la jurisprudence rendue.

28. La mise en commun d'informations individuelles sensibles est à proscrire, le degré de confidentialité des informations diffusées dépendant des conditions de fonctionnement particulières à chaque secteur d'activité. Par exemple, tout échange d'informations récentes sur les prix de vente pratiqués par les entreprises est strictement interdit lorsque ces prix ne sont pas publics et résultent de négociations commerciales confidentielles, de même que l'échange des chiffres d'affaires réalisés par zone géographique et par catégorie de clientèle est exclu (décision n° 88-D-20 du 3 mai 1988 relative au marché du sel).

29. Le nombre d'entreprises participant à l'échange doit être pris en compte, une activité fortement concentrée autour d'un nombre réduit d'opérateurs ne permettant pas d'assurer l'anonymat des données : "*La généralisation, entre les principaux offreurs, d'un échange d'informations précises et selon une périodicité rapprochée, est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré, où, par suite, la concurrence est déjà fortement atténuée et l'échange d'informations facilité, à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques*" (Cour de justice européenne, John Deere Ltd, 28 mai 1998).

30. L'exigence d'anonymat conduit à privilégier les formes agrégées de diffusion de l'information, telles les mercuriales de prix, les valeurs moyennes, ou les indices (avis n° 03-A-09 du 6 juin 2003 relatif à un indice du coût de la réparation automobile).

31. Les données doivent être collectées a posteriori et avec un délai suffisant par rapport à leur constatation, pour que l'échange d'informations ne donne pas aux entreprises la possibilité de connaître et surveiller en temps réel la politique commerciale de leurs concurrents et d'adapter en conséquence la leur propre.

32. La périodicité optimale dépend ainsi des caractéristiques propres à chaque marché, à savoir le nombre d'entreprises, la répartition des parts de marché, et le degré de transparence existant déjà : "*Sur un marché sur lequel les offres et changements tarifaires se succèdent à un rythme rapide, l'évaluation des résultats des opérateurs selon une périodicité très rapprochée était de nature à réduire significativement l'incertitude sur le comportement des concurrents*"

(décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile).

C. L'UTILISATION FAITE DES INFORMATIONS

33. Les informations échangées ne doivent pas constituer une norme ou une restriction d'accès au marché pour les entreprises.

34. Les règles, posées à l'article L. 420-1 du code de commerce, de libre fixation des prix par le jeu du marché et de libre accès, interdisent de donner tout caractère obligatoire à l'information diffusée. Dans le cas contraire, ces informations prendraient le caractère de normes venant entraver le jeu normal de l'offre et de la demande : "*La diffusion de documents professionnels en matière de prix, dans la mesure où ils fournissent à chaque entreprise une indication sur les prix ou les taux de hausse considérés comme normaux dans la profession, peuvent avoir pour effet d'inciter les concurrents à aligner leur comportement sur celui des autres*" (avis n° 88-A-14 du 27 septembre 1988 - Fédération du BTP des Pyrénées-Atlantiques).

35. Parallèlement, l'échange d'informations ne doit pas avoir pour effet de créer des barrières artificielles pour l'accès au marché des entreprises ne participant pas au dispositif. Le fait de réserver les informations aux seules entreprises parties à l'échange leur apporte une meilleure connaissance du marché, aux dépens des autres opérateurs éventuels et des clients. Une asymétrie et un déséquilibre dans le jeu de la concurrence seraient ainsi créés au profit exclusif des seuls offreurs participant à l'échange d'informations.

36. En outre, une entreprise adhérant ultérieurement à ce dispositif serait également pénalisée, si la nature des informations diffusées a pour conséquence de révéler immédiatement sa stratégie et ses performances commerciales à l'ensemble des entreprises participant déjà au dispositif.

Conclusion

37. En réponse à la demande d'avis de la CCI Sud Alsace Mulhouse à propos de son dispositif d'échange d'informations nominatives entre les hôtels de la région sur leurs résultats en matière d'occupation, le Conseil tient à souligner les points suivants :

- l'échange d'informations individuelles présentant un caractère de confidentialité commerciale n'est envisageable que sous une forme agrégée ne permettant pas d'identifier directement ou indirectement les performances individuelles des entreprises ;
- d'une manière générale, un dispositif se limitant à présenter les résultats d'une entreprise par rapport à ceux du marché pris dans son ensemble, pour des besoins d'étalonnage apparaît préférable au regard des règles de la concurrence.
- compte tenu de la périodicité de l'échange, des délais suffisants doivent séparer la publication de la date de l'échange, pour qu'une entreprise ne puisse pas appréhender en temps réel les choix de gestion faits par ses concurrents et les résultats qu'ils obtiennent ;
- l'intensité de la concurrence existant sur le marché en cause, notamment le pouvoir de marché des principaux opérateurs, doit être prise en compte pour apprécier le caractère licite du dispositif d'échange d'informations mis en place.

Délibéré sur le rapport oral de M. Debrock, par M. Lasserre, président, Mme Aubert et M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,	Le président,
Thierry Dahan	Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence