Université Paris Ouest Nanterre la Défense
Université d'Hambourg

École doctorale de sciences politiques et juridiques

La puissance d'achat en droit européen de la concurrence

Contextes européen, français et allemand

par
Claire FREYTAG

Thèse en cotutelle
soutenue publiquement le 26 juin 2014 à Hambourg

Directeurs :
Jean-Sylvestre BERGÉ, Professeur à l'Université Jean- Moulin, Lyon III
Reinhard ELLGER, Professeur à l'Université d'Hambourg,

Rapporteurs :
Muriel CHAGNY, Professeur à l'Université de Versailles
Cyril NOURRISSAT, Professeur à l'Université Jean- Moulin, Lyon III

Autres membres du jury :
Jürgen BASEDOW, Professeur à l'Université d'Hambourg
Emmanuelle CLAUDEL, Professeur à l'Université Paris Ouest - La Défense
Marian PASCHKE, Professeur à l'Université d'Hambourg

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....3

Titre 1. la puissance d'achat, l'expression d'un phénomène économique . .3

Titre 2. La puissance d'achat dans la politique économique de l'Union européenne.....21

PARTIE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT, EXPRESSION DU DEGRÉ DE POUVOIR DE MARCHÉ 43

Titre 1. la puissance d'achat comme effet anticoncurrentiel en droit européen des ententes et des concentrations.....44

Titre 2. la puissance d'achat comme effet proconcurrentiel en droit des ententes et des concentrations.....138

Titre conclusif de la première partie.....169

PARTIE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME EXERCICE DE POUVOIR DE MARCHÉ.....174

Titre 1. la puissance d'achat comme abus de domination.....175

Titre 2. la puissance d'achat comme potentiel effet pro-concurrentiel en droit des abus de domination.....237

Titre conclusif de la partie 2.....249

CONCLUSION GÉNÉRALE.....252

BIBLIOGRAPHIE.....265

ANNEXES.....288

TABLE DES MATIERES.....299

INTRODUCTION

« Ce qui est équitable, bien qu'il soit juste, n'est pas exactement conforme à la loi »[1].

Orienté par une finalité politique, le droit européen de la concurrence tente d'encadrer l'économie en traduisant ses concepts. La puissance d'achat est un phénomène économique que le droit tend à saisir. Il s'agit de définir la puissance d'achat dans son acception économique (titre 1) afin de situer l'importance de son appréhension dans la politique économique de l'Union européenne (titre 2).

TITRE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT, L'EXPRESSION D'UN PHÉNOMÈNE ÉCONOMIQUE

La puissance d'achat est l'expression d'un phénomène économique que l'on peut définir par sa matérialisation (chapitre 1) et par les théories économiques qui la sous-tendent (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA TENTATIVE DE DÉFINITION DE LA PUISSANCE D'ACHAT

La puissance d'achat peut se définir par sa matérialisation, à raison de ses causes (section 1) mais également de ses effets (section 2).

SECTION 1. LA DÉFINITION DE LA PUISSANCE D'ACHAT PAR SES CAUSES

La définition de la puissance d'achat par ses causes nécessite que l'on détermine préalablement cette notion. La puissance d'achat

1 ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, X.

ne répond à aucune définition légale ; il s'agit plus d'un phénomène économique pouvant se manifester sous des formes diverses et dans des secteurs très variés. En américain, la puissance d'achat est comprise comme le « *buying power* », « *bargaining power* » ou bien « *bargaining strength* » ou encore « *buyer's power* ». En allemand, puissance d'achat s'entend de « *Nachfragemacht* », ce qui, traduit littéralement s'entend du « pouvoir de la demande ». En économie, l'achat est « l'acte par lequel un agent économique entre en possession d'un bien ou d'un service moyennant le paiement d'un prix. (…) L'achat est le fondement même de la demande et constitue la base de toute activité économique de production ou de distribution, c'est à dire de l'offre »[2]. La demande s'entend de la « quantité d'un bien ou service qui peut être achetée pour un prix défini, pendant une unité de temps donnée, sur un marché »[3]. La puissance est comprise communément comme la force ou l'intensité d'un phénomène, l'efficacité de quelque chose en rapport avec les moyens disponibles l'état de pouvoir ou d'autorité.[4] La puissance ne se confond pas avec le pouvoir, ni avec la domination. Le pouvoir est la « puissance particulière de quelqu'un ou de quelque chose »[5], ce qui implique la comparaison de deux états dans des conditions semblables. La domination est le fait de dominer, à savoir « d'avoir plus de force ou d'intensité que le reste »[6] et s'analyse dans un rapport d'inégalité. L'hyperonymie est la relation sémantique hiérarchique d'une unité lexicale à une autre selon laquelle l'extension du premier terme, plus général, englobe l'extension du second, plus spécifique. Le premier terme est dit hyperonyme de l'autre, ou superordonné par rapport à l'autre. L'hyponymie est son contraire. Le pouvoir apparaît donc comme l'hyperonyme de la puissance mais comme l'hyponyme de la domination. La puissance d'achat est ainsi un pouvoir économique pouvant conduire à une domination[7].

La puissance d'achat est un phénomène répondant à des définitions diverses. L'O.C.D.E. a tenté de la définir comme :
« la situation qui existe lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises, soit parce qu'il détient une position dominante en tant qu'acheteur d'un produit ou service, soit parce qu'il dispose d'avantages sur le plan de la stratégie commerciale ou d'un pouvoir de marchandage par suite de sa taille ou autres caractéristiques, est à même d'obtenir d'un fournisseur des conditions plus favorables que celles qui sont offertes aux autres acheteurs. Le degré de puissance d'achat que détient une entreprise est fonction de l'ampleur des coûts supplémentaires ou des autres désavantages qu'elle peut infliger à ses

2 BERNARD Y. et COLLI J.C., Vocabulaire *économique et financier, 8*eme édition, Seuil, 2003, p. 17.
3 *Ibid.*. p. 225.
4 Dictionnaire LAROUSSE, http://www.larousse.fr/
5 *Ibid.*.
6 *Ibid.*.
7 Voir section 2 sur le pouvoir de marché.

fournisseurs en cessant de s'approvisionner auprès d'eux et inversément des coûts supplémentaires et des autres désavantages qu'elle peut elle même ressentir à la suite du changement de fournisseur »[8]. C'est « la capacité qu'a l'acheteur d'influencer les conditions auxquelles il acquiert des biens ».[9] L'on a pu démontrer qu'il y a puissance d'achat lorsqu'un vendeur dépend davantage d'un acheteur que celui-ci ne dépend de lui[10].

Une explication sémantique des termes conditionnant la notion de puissance d'achat s'impose. Les relations de vente de produits et de services s'opèrent en principe entre un fournisseur et un distributeur, dans une relation de distribution[11]. Par exception, le producteur est lui- même distributeur. En amont le fournisseur ou fournisseur – distributeur, également appelé « vendeur » ou « offreur », est en relation avec un distributeur et en aval, le distributeur est en relation avec un utilisateur ou un consommateur, acquéreur du produit ou bénéficiaire du service. Le fournisseur s'entend du producteur ou grossiste[12]. La production est l'acte de création de biens ou de prestation de services. L'acheteur contracte en amont du marché avec le fournisseur. A l'aval du marché se trouve le client final : le « consommateur». Le consommateur obéit à une multitude de définitions et répond à l'idée d'utilisation finale du bien ou service. La distribution se situe entre ce deux relations et se définit selon le professeur CORNU comme la « fonction économique consistant à assurer l'écoulement des produits, du stade de la production à celui de la consommation »[13]. Les termes « acheteur » et « distributeur » sont ici utilisés au sein de cette étude pour décrire la position d'une entreprise dans sa relation en amont du marché. L'acheteur correspond à une notion globale dont le distributeur est une catégorie. La notion de distributeur a pu être définie en droit européen comme « le professionnel de la chaîne de commercialisation »[14] et s'entend communément de la personne physique ou morale qui commercialise un produit ou un service[15]. C'est la commercialisation de produits ou services qui caractérise la qualification de distributeur. Le distributeur est en pratique un grossiste ou un détaillant[16]. Le grossiste est considéré comme un distributeur intermédiaire en relation verticale entre le fournisseur, en amont, et le distributeur, en aval. Il a pour fonction de commercialiser des produits ou des services auprès

8 OCDE, Rapport du 13 juin 1980, *Le pouvoir économique exercé par les acheteurs ayant une position dominante*, p.10.

9 *Ibid.*. p.73.

10 ARNDT H., *Macht und Wettbewerb*, in: COX, JENS, MARKERT, Handbuch des Wettbewerbs, 1981, p. 51

11 FERRIER D., D*roit de la distribution,* Lexis Nexis, 2012, p. 139.

12 FERRIER D., *op. cit.,* p. 279.

13 CORNU G., *Vocabulaire juridique,* PUF, 2007.

14 Directive CE 2001/95/du 3 décembre 2001, JOCE n°L11, 15 janvier 2002.

15 FERRIER D., *op. cit,* p. 5.

16 FERRIER D., *op. cit.*, p. 279.

de professionnels et intervient dans le commerce « *B to B* »[17] à savoir de professionnel à professionnel, concrètement comme intermédiaire entre un producteur et d'autres producteurs ou des utilisateurs professionnels ou d'autres revendeurs grossistes ou des détaillants ou bien des centrales d'achat. Le détaillant, lui, commercialise les produits ou services en quantité correspondante aux besoins du consommateur et intervient auprès d'un consommateur final. Il s'agit d'un rapport « *B to C* »[18], c'est à dire un rapport de professionnel à consommateur. Le détaillant peut être lui-même producteur lorsqu'il commercialise le produit ou service dans un point de vente qui lui appartient ou par une relation à distance avec le consommateur, comme cela peut être la cas par l'Internet. Cet acheteur contracte en amont du marché avec un « vendeur » qui peut s'entendre d'un « fournisseur » ou d'un « producteur ». A l'aval du marché se trouve le client final : le « consommateur ».

La puissance d'achat revêt sa concrétisation dans relation de l'acheteur au vendeur. La définition de la puissance d'achat se trouve alors principalement dans les causes qui la constituent. La puissance d'achat, d'un point de vue économique, trouve sa cause principale dans la concentration dans les branches d'industrie de fabrication mais surtout de distribution[19]. Les concentrations provoquées par des fusions horizontales, verticales et conglomérales constituent des facteurs de croissance externes et la distribution constitue une croissance interne. La concentration au niveau de la demande ne répond pas nécessairement à une concentration de l'offre et peut exister indépendamment. La concentration de la distribution s'explique notamment par des modifications structurelles liée à des accords de coopération, une croissance interne, ou des concentrations horizontales ou verticales.

La puissance d'achat trouve sa cause également dans le comportements des vendeurs mais également dans celui des acheteurs. La première cause de puissance d'achat afférente au comportement des vendeurs est liée au fait que les fournisseurs se spécialisent et se trouvent ainsi dépendants d'un acheteur important. Les secteurs d'industrie dits de haute spécialisation tels que l'outillage de précision, les appareils électriques, la mécanique générale, les appareils électriques ainsi que le matériel de transport aérien, automobile et naval sont particulièrement concernés. L'acheteur doit représenter un débouché important pour les produits ou services du fournisseur en achetant par exemple une part importante de sa production, de sorte qu'il ne peut se reporter qu'avec difficulté sur d'autres acheteurs. Il n'y a pas de possibilité de report lorsque les autres vendeurs n'ont pas de capacité suffisante et ne sont pas des

17 « *B to B* » s'entend de l'anglais « *buyer to buyer* ».
18 « *B to C* » s'entend de l'anglais « *buyer to consumer*».
19 O.C.D.E., *op. cit.*, p. 23.

concurrents potentiels. La puissance d'achat peut également se révéler lors d'une situation de concurrence parfaite : lorsque le niveau des vendeurs correspond à celui des acheteurs. La puissance trouve sa cause également dans le comportement des acheteurs. Des barrières à l'entrée peuvent favoriser une situation de puissance d'achat en raison notamment de réglementations dans un secteur donné ou d'une implantation géographique particulière. Celles-ci peuvent favoriser une situation de monopsone. La puissance d'achat peut alors s'exercer sous forme des pouvoirs publics qui est l'unique acheteur. Ceci concerne potentiellement de nombreux secteurs tels que la poste et les télécommunications, l'eau, l'énergie, le matériel ferroviaire et militaire[20]. D'autres comportements d'acheteurs peuvent entraîner une puissance d'achat. Un acheteur donné peut être en mesure de s'adresser facilement à d'autres fournisseurs et reporter ses achats sur d'autres vendeurs. Il peut fabriquer lui- même les éléments qui entrent dans la composition des articles qui lui sont fournis. La puissance d'achat peut toutefois être neutralisée ou tempérée si le fournisseur possède un pouvoir de monopole, soit en raison de la part élevée de marché qu'il détient, soit parce qu'il possède une solide image de marque qui lui permet de différencier efficacement ses produits[21]. Un fort attachement de la clientèle en raison des coûts afférents au changement de fournisseur ou les économies de l'approvisionnement de plusieurs produits réalisés auprès d'un fournisseur peuvent faire obstacle à un report sur d'autres vendeurs. Il peut également résulter une dépendance au fournisseur en raison de préférences de consommateurs finaux : le retrait d'un produit entraînerait une perte de clients pour des détaillants et de ce fait des pertes de bénéfices auprès d'autres biens.

La puissance d'achat trouve sa plus grande cause dans la grande distribution. En France, en 2001, elle représente 35 % des produits commercialisés, 20 % des produits non-alimentaires et 66 % des produits alimentaires. Les cinq premiers groupes de la grande distribution alimentaire concentrent aujourd'hui 64 % des débouchés de la distribution alimentaire contre 33,5 % en 1993[22]. La grande distribution est née en France dans les années 1950[23]. Elle a permis la suppression d'environ douze intermédiaires entre l'agriculteur et le consommateur, réduisant ainsi les prix de vente finals. E. LECLERC ouvre le premier libre-service en 1957. Les consommateurs bénéficient alors de remises de 20 à 70 % sur des produits de consommation courante, en libre-service. L'hypermarché CARREFOUR ouvre

20 Les pouvoirs publics sont alors considérés comme étant des entreprises soumises aux dispositions du droit européen de la concurrence.

21 O.C.D.E., *op. cit.*, p. 10.

22 BERGES- SENNOU F. , CAPRICE S., *Les rapports producteurs-distributeurs : fondements et implications de la puissance d'achat* Economie rurale, 2003, n°277-278, p. 192.

23 BERGES- SENNOU F. , CAPRICE S., *loc. cit.*

en 1963, première « grande surface », avec le concept du « tout sous un même toit » à savoir des produits frais à l'électroménager. CARREFOUR devient rapidement le plus important distributeur européen. La France a battu en 1950 tous les records de densité en Europe : en moins de trente ans, ont été crées plus de 5.000 supermarchés et plus de 1.200 hypermarchés. Les distributeurs n'ont plus commandé directement les marchandises, mais se sont regroupés en centrales d'achat pour peser davantage lors des négociations avec leurs fournisseurs. L'ère des fusions et des concentrations a abouti à la constitution d'un oligopole. Le regroupement à l'achat représentait en France en 1995, 47, 2% du marché[24]. En Allemagne, les opérateurs allemands de la grande distribution ont dominé le marché dans les années 1990. Le groupe METRO a réalisé 225, 6 milliards de francs de chiffre d'affaires, TENGELMANN : 169, 6, REWE : 149, 8, EDEKA- AVA : 137, 8 et ALDI : 110[25]. ALDI innove fin 1995 en créant le « hard discount ». Les magasins situés en périphérie de ville, proposent un choix restreint et affichent des prix très bas tout au long de l'année en gérant de façon drastique les coûts d'exploitation selon la méthode de gestion de gros « *cash and carry* ». Les centrales d'achat peuvent être regroupées en supercentrales européennes comme COOPERNIC, EMD, CARREFOUR EUROPE, ALIDIS/ AGENOR etc. Aujourd'hui, la grande distribution est un phénomène mondial trouvant une grande partie de sa concrétisation dans les « grandes surfaces »[26].

L'effet de « regroupement » permet d'obtenir une puissance d'achat de plus en plus forte au profit de distributeurs liés entre eux par des accords. De grands distributeurs mais également des distributeurs isolés et donc en situation de faiblesse devant la concurrence des réseaux se regroupent entre détaillants, entre grossistes, parfois entre détaillants et grossistes pour appliquer la formule pertinemment utilisée par le Professeur FERRIER: « l'union fait la force »[27]. De là peuvent découler d'autres regroupements tels que ceux entre petits distributeurs, producteurs et consommateurs qui cherchent à se substituer aux distributeurs traditionnels. La puissance d'achat trouve ainsi sa source en particulier par les petites et moyennes entreprises (P.M.E.) Une P.M.E. au sein de l'Union européenne est une entreprise de moins de 250 salariés réalisant moins de 43

24 Rapport d'information de la Commission de la production et des échanges sur l'évolution de la distribution, de DEAUT (JY) rapporteur. Site internet : http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i2072-1.asp

25 PAGOT A., Thèse, Montpellier, *Grande distribution, commerce traditionnel : quelle concurrence ?* , 2011, p. 10.

26 TARONDEAU J.C. / XARDEL D., *La distribution,* PUF, 1995, p. 19 : On parle de supérettes de 120 m² à 400 m², de supermarché de 400 à 1500 m² et d'hypermarché au-delà. La loi francaise LME du 4 aout 2008 prévoit qu'un supermarché alimentaire ou non a une superficie de 300 à 1.000 m². La loi allemande sur la réglementation de la construction (BauNVO) prévoit en son article 11 § 3 que la superficie d'un supermarché est de 800 à 1.200 m².

27 FERRIER D., *op. cit.,* p. 399.

millions d'euros de chiffre d'affaires[28]. En France, il y avait 3,2 millions P.M.E. inscrites en 2010, soit 99,9% des entreprises et 52 % de l'emploi salarié[29]. En Allemagne, en 2010, les P.M.E. représentaient 99,6 % des entreprises et 54,7 % des emplois salariés[30]. Le regroupement s'opère de manière conventionnelle : parfois à travers l'organisation contractuelle d'actions de concert entre distributeurs, le plus souvent à travers la constitution d'une personne morale dont les distributeurs seront membres ou associés. Il permet à des distributeurs de se répartir la charge des coûts d'approvisionnement et surtout d'obtenir des conditions d'entrée en relation, de négociation, de livraison, de paiement intéressantes pour améliorer leur taux de marque ou de marge. La concurrence s'exerce d'abord sur les prix d'achat, ensuite sur les prix de revente. Le regroupement favorise également les fournisseurs en diminuant leurs frais de traitement des offres, de facturation, de livraison mais les place sous la dépendance du regroupement. La distribution des produits ou services peut s'opérer par des achats et ventes ponctuels mais aussi dans le cadre d'accords qui aménagent des relations durables entre le fournisseur et le distributeur. Ces accords portent sur une opération qualifiée de complexe car elle combine plusieurs conventions et visent à développer l'activité des distributeurs grâce à deux stratégies, l'une de dispersion, l'autre de concentration[31]. Il est à noter qu'elles ne sont pas exclusives l'une de l'autre car il peut y avoir une certaine intégration de la grande distribution dans les réseaux classiques. La première stratégie répond aux exigences du succursalisme en jouant sur un effet de dispersion pour obtenir la couverture d'un marché au sens géographique de plus en plus vaste. Il s'agit de créer un effet de synergie commerciale au profit du fournisseur et de l'ensemble des distributeurs qui lui sont contractuellement liés par des accords de réseau. La seconde stratégie est la concentration, notamment par regroupement à l'achat.

Les causes de puissance d'achat tenant à l'acheteur lui-même concernent premièrement les économies d'échelle. Les économies d'échelle notamment en terme de distribution multimarques sont également une source de cette puissance d'achat. Dans un tel système de distribution, les coûts de commercialisation sont optimisés, l'usage des locaux rationalisé et les stockages facilités. Ce système permet une meilleure efficacité et rentabilité dans la distribution ce qui bénéficie aux

28 Données Commission européenne 2013 : http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/sme-definition/index_fr.htm accédé juin 2013.
29 Données INSEE 2013 : http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asppage=definitions/petite-moyenneentreprise.htm et http://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme accédé juin 2013.
30 Institut pour la recherche des P.M.E. »Institut für Mittelstandforschung Bonn », http://www.ifm-bonn.org/statistiken/unternehmensbestand/ accédé juin 2013.
31 FERRIER D., *op. cit.* p. 278.

consommateurs notamment par l'abaissement des prix. La création de marques de distributeurs est également une source importante de puissance d'achat tenant à l'acheteur. Les marques de distributeur (M.D.D.) sont des produits qui sont commercialisés non sous la marque du fournisseur mais sous celle du distributeur, ou bien sans marque, de sorte que l'identité est ignorée des consommateurs[32]. Ceci a pour effet de rendre le fabricant du produit, sous- traitant du distributeur. Les fabricants restants sont alors directement concurrencés par le distributeur. La puissance d'achat peut certes entraîner des effets positifs mais également être nocive pour la concurrence, des atteintes à la libre concurrence pouvant en résulter.

La puissance d'achat trouve une autre cause dans les places de marchés Internet depuis les années 2000. Internet offre des plates-formes *« B2B »* et *« B2C »* qui sont des lieux de transaction sur lesquels se rencontrent l'offre et la demande[33]. Cette forme de matérialisation est un facteur d'amplification du phénomène de la puissance d'achat en ce qui concerne les accords d'achat, en raison de l'informatisation. Ces plates-formes sont segmentées selon la nature des produits et services échangés. L'on distingue les places de marché horizontales qui fournissent des services et des biens généraux tel que des fournitures de bureau, du matériel informatiques d'une part et les places de marché verticales, spécifiques à une secteur donné tel que le secteur automobile, aérien, alimentaire d'autre part. Ces places de marché virtuelles permettent de combiner les avantages des portails verticaux et des marchés électroniques en mettant en relation plusieurs acheteurs et vendeurs. Elles proposent une offre globale comprenant des fonctions d'expertises et de gestion des ventes. Les acheteurs accèdent à des catalogues en ligne constitués de listes précisant la fonctionnalité et le prix des produits. Les catalogues proposés peuvent être paramétrés en fonction du profil de l'utilisateur et des prix qu'il peut avoir préalablement négocié. L'ensemble de la recherche et la prise de commande s'effectuent en ligne. Le processus du choix des produits au sein des catalogues jusqu'à l'achat est automatisé. Ces plates- formes pratiquent l'enchère inversée, à savoir la mise en concurrence électronique de plusieurs fournisseurs, menée par un ou plusieurs acheteurs dans le but de faire diminuer au maximum le prix d'achat du bien ou du service recherché. L'acheteur sélectionne ensuite son ou ses fournisseurs. Les formes de vente permettent de développer la puissance d'achat des distributeurs ainsi que celle des consommateurs. La problématique liée à une puissance d'achat semble plus marquée dans les plates-formes B2B, dans les rapports entre opérateurs, en raison du volume d'achat représenté[34].

32 *Ibid.* p. 11.

33 Voir VOGEL L. sur site internet : http://www.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet3.htm, accédé juin 2013.

34 VOGEL L., *loc cit.*. Ainsi le Professeur VOGEL dans l'article précité : «

SECTION 2. LA TENTATIVE DE DÉFINITION DE LA PUISSANCE D'ACHAT PAR SES EFFETS

S'il est délicat d'appréhender la définition de la puissance d'achat, l'on ne peut en ignorer les effets qui sont mitigés et se concrétisent sur les prix et les quantités. Outre une définition par ses causes, la puissance d'achat peut se définir également par les effets qu'elle engendre sur les marchés concernés. Les effets économiques de la puissance d'achat concernent notamment les fournisseurs, les acheteurs et les consommateurs.

La structure de la branche est essentielle pour déterminer les effets de la puissance d'achat. Dans la situation où la concentration de vendeurs est forte, la concentration des distributeurs s'accroît et peut permettre d'obtenir des prix plus favorables et concurrentiels. Ceci permet une augmentation de la production et peut conduire à plus d'efficacité des fournisseurs. Un acheteur puissant peut faciliter l'entrée d'un fournisseur nouveau sur le marché notamment lorsqu'il prend à son compte des frais de promotion et de distribution de produits ou services. Ceci peut être le cas des marques dites de distributeur qui peuvent ouvrir l'accès à des P.M.E.. Les acheteurs puissants peuvent en outre permettre une intégration verticale afin de dépasser la problématique des conditions d'approvisionnement.
Par ailleurs selon la théorie des pouvoirs compensateurs, la concentration des acheteurs, peut dans certains secteurs être suscitée par la forte concentration des fournisseurs et elle peut faire contrepoids à la possibilité dont ceux-ci disposent sur des marchés concentrés d'exploiter la puissance commerciale qu'ils détiennent. Dans des structures de marché de type oligopole bilatéral, même lorsque les avantages obtenus ne correspondent pas exactement aux économies de coûts réalisés par le fournisseur, la puissance d'achat peut provoquer une réduction des prix oligopolistiques demandés par les fournisseurs. Cela peut également favoriser l'entrée sur le marché de nouveaux fournisseurs en levant les obstacles à l'entrée imputables à la différenciation des produits, celles-ci étant encouragées par des contrats à long terme consentis par des acheteurs importants ou par les commandes de produits vendus et fabriqués sous leurs

(L)'existence de plates-formes B2B peut être un facteur d'amplification du phénomène de la puissance d'achat, à propos de laquelle les lignes directrices sur la coopération horizontale indiquent : « on peut supposer qu'il y a puissance d'achat lorsqu'un accord d'achat porte sur une partie suffisamment importante du volume total d'un marché d'achat de produits de telle sorte que les prix peuvent être ramenés au-dessous d'un niveau d'équilibre concurrentiel ou que l'accès au marché peut être fermé aux acheteurs concurrents ». Le principe de regroupement à l'achat est vu avec un a priori favorable lorsqu'il concerne des petites et moyennes entreprises ; en revanche, lorsqu'il ne s'agit pas de P.M.E., les achats groupés sont considérés avec méfiance. Ce principe général vaut pour les plates-formes B2B. »

propres marques. L'exercice de la puissance d'achat peut produire des transferts de revenus des fournisseurs aux acheteurs. Dans certains cas, ceci peut signifier que les profits monopolistiques de quelques fournisseurs sont réduits ou éliminés. Cela peut contribuer à réduire le déséquilibre dans le pouvoir de marchandage entre acheteurs et fournisseurs et mener à terme au développement de la concentration dans le secteur de l'offre, notamment par des fusions. Les consommateurs peuvent bénéficier de la puissance d'achat lorsque la structure du marché des acheteurs agissant comme vendeurs transfèrent aux consommateurs les avantages obtenus, notamment une baisse des prix. Le risque est néanmoins de voir un renforcement de la concentration du marché favorable aux acheteurs sous l'effet des avantages permanents accordés aux plus importants d'entre eux amenant à ce que ceux-ci pratiquent une politique de prix monopolistique entraînant ainsi une hausse des prix à la consommation et une limitation de l'offre pour les consommateurs, les petits acheteurs ne pouvant à terme résister à la concurrence des gros acheteurs.

Les effets de la puissance d'achat peuvent être corollairement négatifs pour les différents acteurs du marchés. En théorie, sur un marché oligopolistique, les avantages concédés par les fournisseurs à un acheteur puissant sont concédés à leur tour à terme, par le jeu de la concurrence également aux autres acheteurs. Un oligopole est la situation d'un marché sur lequel la concurrence est imparfaite du côté de l'offre du fait de la présence d'un nombre très limité de vendeurs[35]. Néanmoins en raison de cette puissance d'achat, ces avantages concédés peuvent être discriminatoires, à savoir sans rapport avec les quantités achetées et non rattachables à des économies de coûts réels. Le secteur de la demande est incité à se constituer en unités de grande dimension sans lien avec des considérations économiques. Les distributeurs parviennent à faire pression sur leurs fournisseurs afin d'obtenir des avantages qui ne correspondent pas à des économies réelles sur les coûts d'approvisionnement et qui sont indirectement financés par l'élévation des prix facturés aux petits détaillants. Les acheteurs puissants ont alors tendance à se développer au- delà du niveau où l'efficacité est optimale afin de bénéficier de ce traitement préférentiel. La puissance d'achat peut ainsi se manifester sous la forme « d'avantages directs ou indirects consentis à un acheteur ou à un groupe d'acheteurs puissants, ou obtenus par eux et dont ne bénéficient pas d'autres acheteurs moins puissants »[36]. Il peut s'agir d'avantages de formes très variées tels des remises, rabais, ristournes, basées le plus souvent sur le chiffre d'achat prévu, auxquels ne peuvent prétendre tous les acheteurs mais également des déductions pour promouvoir les ventes,

35 BERNARD et COLLI, *Vocabulaire économique et financier, 8*eme édition, Seuil, 2003, p. 414.
36 O.C.D.E., *op. cit.,* p. 25.

ainsi que des avantages plus occultes tels que des formes de livraison préférentielle en période de pénurie, d'un allongement de facilités de crédit et de prestations de services qui ne sont pas du ressort du fournisseur comme le marquage des prix sont autant de pratiques manifestant la puissance d'achat. Il peut s'agir également de primes, tels des droits d'entrée versés par certains fournisseurs, ou également des mises à disposition sans contrepartie de personnel ou de place de vente. De même, les conditions de paiement constituent des avantages dans la mesure où des délais de paiement peuvent être consentis à certains fournisseurs. Les exigences des distributeurs à l'égard de leurs fournisseurs se sont corollairement accrues et les fournisseurs sont souvent obligés de réduire d'autant leurs prix, éventuellement de manière arbitraire. Les distributeurs peuvent réclamer des ristournes, rabais injustifiés ou une rémunération complémentaire telle que la « remise de fin d'année » correspondant en pratique en moyenne à 2% de l'ensemble des achats des douze mois précédents[37]. La puissance d'achat a également pour effet de permettre à des acheteurs importants d'imposer à leurs fournisseurs des normes de fabrication destinées à la distribution dans leurs propres points de vente. Le fournisseur est ramené à un rôle de sous- traitant. Dans ce cas, le fournisseur devient dépendant de l'approvisionnement au distributeur puisqu'il ne produit que pour lui. Parfois, ces produits sont distribués également sous la marque du fournisseur par d'autres détaillants de sorte que ces produits marqués distribution sont en concurrence avec de mêmes produits estampillés producteurs. Cette situation peut mener à une baisse de l'innovation des fournisseurs partenaires et à terme à une réduction des produits ou services offerts. La puissance d'achat peut alors conduire à l'éviction de fournisseurs efficients notamment lorsque l'acheteur puissant obtient des avantages non justifiés par rapport aux coûts. Des fournisseurs spécialisés et non intégrés peuvent connaître des difficultés à vendre leurs produits. De même, les réductions de prix consenties à l'acheteur puissant peuvent faire obstacle à l'entrée sur le marché de nouveaux fournisseurs car ces entreprises ne peuvent obtenir la clientèle d'un gros acheteur pour réaliser un volume de vente rentable.

Les marchandises achetées à des prix avantageux sont en théorie revendues avec une marge bénéficiaire destinée à couvrir les charges et la rémunération du distributeur. Les distributeurs achètent en grandes quantités et obtiennent d'importantes remises qu'ils pourraient répercuter au moins partiellement à leurs clients, pour le bénéfice des consommateurs. Toutefois ceci n'est pas le cas et d'autre part en accroissant les vente, plus les stocks tournent, plus les profits s'accumulent. La puissance d'achat entraîne alors un « effet de spirale »[38]. Le renforcement

37 Autorité de la concurrence, Avis du 19 juin 2012, points 56 et suivants http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12a14.pdf

38 Autorité Fédérale allemande des cartels, Rapport du 18 septembre 2008,

de la position du distributeur en aval entraîne son renforcement en amont, et ainsi de suite menant *in fine* à une hausse des prix du marché et à long terme à la baisse du degré de concurrence et à l'éviction des concurrents en amont et en aval. La puissance d'achat peut alors mener à un effet dit « *waterbed* »[39] selon lequel la position privilégiée consentie à l'acheteur puissant est compensée par d'autres acheteurs qui ne peuvent qu'acheter de plus petites quantités et doivent payer des prix d'approvisionnement plus élevés. En ce sens les fournisseurs intégrés peuvent se fermer aux acheteurs non intégrés en terme de fourniture, évinçant ainsi les acheteurs concurrents jusqu'à leur disparition.

La situation de puissance d'achat emportant des comportements négatifs de l'acheteur puissant peut susciter à son tour des réactions négatives de la part des fournisseurs. Ceux ci peuvent se concerter afin de fixer des prix ou de répartir des commandes des acheteurs puissants. Ces pratiques peuvent notamment avoir lieu lors d'appels d'offre publique notamment dans le secteur de la construction. La puissance d'achat peut en outre inciter le développement de marques dites fournisseurs afin de faire face aux marques distributeurs. Les fournisseurs peuvent également conclure des contrats d'approvisionnement à long terme avec l'acheteur afin d'assurer leur sécurité.
La puissance d'achat peut également être exercée par verrouillage en amont afin de réduire les possibilités des acheteurs concurrents en les privant d'accéder aux marchés d'approvisionnement ou en limitant leur accès par des accords liés, d'exclusivité, boycottage, distribution agréée, ou en contrôlant les moyens de production par des prises de participation ou des accords de sous- traitance.
Concernant les consommateurs, les effets de la puissance d'achat concernent essentiellement le prix final à la consommation. Ceci constitue le critère déterminant du bien être économique vers lequel tend la politique de concurrence. Les acheteurs puissants obtenant des conditions favorables peuvent, comme décrit ci-dessus, à court terme répercuter cette baisse de prix sur les consommateurs finals. Ceci est le cas si les acheteurs puissants disposent également d'une puissance de vente en aval. A long terme, les effets de spirale et *waterbed* influent également en aval sur le marché à la revente. Si la puissance d'achat permet l'octroi d'avantages permanents, celle-ci peut s'en trouver renforcée et à terme mener à la disparition des petites entreprises concurrentes en amont et en aval, de sorte que les acheteurs puissants peuvent fixer eux- mêmes les prix, ce qui peut amener à une hausse des prix à la consommation et à un amenuisement de la gamme des produits. La puissance d'achat peut toutefois se concentrer au niveau des acheteurs finals. Cette situation concerne notamment les plateformes Internet dites « *B to C* ».

p. 3 et 4.
39 *Id.*

L'enchère inversée permet notamment d'améliorer la performance du processus achat en réalisant des gains et en réduisant la durée des négociations. Si la rapidité de l'échange d'informations est accrue par ce biais, les risques d'atteinte à la concurrence peuvent être concomitamment multipliés. Internet augmente la transparence des prix sur les marchés en cause, les transactions pouvant être conclues et suivies en temps réel, de sorte que les adhérents de la plate-forme elle-même peuvent facilement s'entendre. La portée anticoncurrentielle ne concernent néanmoins que les plateformes Internet dites « *B to B » ;* les entreprises adhérentes de cette plate-forme peuvent avoir connaissance de ces informations au détriment des autres opérateurs : concurrents, partenaires et éventuellement autres adhérents[40].

La puissance d'achat peut être définie dans sa matérialisation par ses causes et par ses effets sur les acteurs économiques. Toutefois au-delà la puissance d'achat peut s'expliquer par les différentes théories économiques la sous-tendant.

CHAPITRE 2. LES THÉORIES ÉCONOMIQUES SOUS TENDANT LA PUISSANCE D'ACHAT

Plusieurs théories économiques peuvent expliquer la puissance d'achat : la théorie du monopsone et du monopole bilatéral (section 1) ainsi que la théorie du pouvoir de marché (section 2).

SECTION 1. LE MODÈLE DE MONOPSONE ET LA PUISSANCE D'ACHAT

Le monopsone est le terme utilisé dans la théorie économique pour désigner la situation d'un marché sur lequel la concurrence est imparfaite du côté de la demande du fait de la présence d'un seul acheteur[41]. Le monopsone peut être institué par la loi, peut être l'effet d'une entente, résulter de circonstances géographiques ou bien naître de caractéristiques techniques du bien ou du service concerné intéressant un acheteur en particulier. Le modèle du monopsone implique que de nombreux vendeurs sont supposés être confrontés à un seul acheteur qui détermine le prix. Contrairement à la concurrence pure et parfaite, l'acheteur est faiseur de prix ou « *price maker* » et les vendeurs sont preneurs de prix ou « *price takers* »[42]. Il peut également s'agir

40 VOGEL L., *Les places de marché et le droit,* Ateliers de la concurrence DGCCRF, 2003.

41 Certains auteurs parlent également de « monopole d'achat ou de la demande ».

42 BEITONE A., CARZOLA A., DOLLO C., DRAI A.M., *Dictionnaire des Sciences économiques,* 2ème édition, Armand Colin, 2007, p.336.

d'un oligopsone qui est la situation de marché sur lequel la concurrence est imparfaite du côté de la demande du fait de la présence d'un nombre très limité d'acheteurs[43]. Le concept de concurrence monopsonistique fait face à celui de concurrence pure et parfaite selon laquelle le marché doit remplir cinq conditions : l'atomicité du marché, la fluidité du marché, l'homogénéité du produit, la transparence du marché et la mobilité parfaite des facteurs de production. La concurrence est dite imparfaite lorsqu'une de ces cinq conditions n'est pas vérifiée.

Le monopsone peut résulter également d'un monopole bilatéral si un acheteur unique ou un groupe d'acheteurs font face à un vendeur unique ou un groupe de vendeurs. Chaque partie tente de réaliser des profits maximums. De la sorte, le prix varie en fonction de la force de marchandage de chaque partie. Il est assez rare que l'on se trouve dans une situation de monopole bilatéral parfait. L'existence d'un monopsone pourrait trouver sa source dans l'existence d'un monopole de vendeurs. STIGLER a démontré l'importance de la structure du marché du côté des acheteurs[44]. GALBRAITH a démontré la théorie des pouvoirs compensateurs selon laquelle la puissance commerciale d'un côté du marché incite la stimulation d'une puissance commerciale de l'autre côté[45]. La théorie du monopole bilatéral correspond assez peu à la réalité des marchés où les agents se trouvent fréquemment en situation imparfaite.

Le détenteur du monopsone cherche à maximiser ses profits et limite les quantités qu'il achète. Un client unique fait face à tous les vendeurs et ceux ci ne peuvent faire autrement que d'accepter le prix que cet acheteur va déterminer. En effet, si les décisions de l'acheteur sont exclusivement commandées par la recherche du profit maximal, l'analyse théorique démontre que son intérêt le conduit à fixer le prix en fonction de la courbe de l'offre, au niveau qui assure l'égalité du coût marginal et de la recette marginale du monopsoneur[46]. Si l'offre atomisée et que l'acheteur peut tenir compte de la personnalité des vendeurs sans substitution possible entre eux, l'acheteur pourra différencier ses prix selon les catégories de vendeurs. Son intérêt est alors de différencier les prix en tenant compte des réactions différentes des divers vendeurs exprimées dans plusieurs courbes d'élasticité inégale.

La puissance d'achat se trouve être l'hyperonyme du monopsone et de l'oligopsone. La puissance d'achat induit un généralement une puissance de vente contrairement au monopsone, qui ne

43 BERNARD et COLLI, *op. cit.,* p. 414.
44 STIGLER G, *A theory of oligopoly*, Journal of political Economy, n°72, 1964.
45 GALBRAITH J.K., *American capitalism, the concept of countervailing power*, Boston Houghton Milton Company, 1952.
46 BERNARD et COLLI, *op. cit.,* p. 25.

conduit que dans les situations dites imparfaites, à la puissance de vente. En effet, le monopsone - imparfait - conduit à une puissance de vente si le distributeur est seul sur le marché aval mais non s'il partage le marché avec d'autres entreprises sur le marché aval. Par ailleurs, le monopsone implique que le marché amont soit parfaitement concurrentiel et que les fournisseurs alignent leurs coûts marginaux sur les prix du marché fixés par ce monopsone. Or la puissance d'achat, elle, « n'implique pas nécessairement une aptitude à faire baisser les prix des fournisseurs au- dessous du niveau concurrentiel. Elle ne suppose pas non plus que la modification des prix des fournisseurs soit liée à des changements des coûts unitaires découlant de l'évolution du volume total des ventes. La puissance d'achat est en fait censée décrire des situations dans lesquelles à long terme des fournisseurs sont amenés à diminuer leur prix sans qu'il y ait baisse de leurs coûts unitaires. Ce concept de puissance d'achat est difficilement envisageable, si les fournisseurs ne jouissent pas d'une certaine position de force, c'est à dire si leurs prix ne sont pas initialement supérieurs au niveau de pleine concurrence »[47]. La puissance d'achat est également prise en compte lorsqu'un ou plusieurs acheteurs se trouvent face à un monopsone ou un oligopsone de vendeurs à fort pouvoir de marché. La puissance d'achat intègre donc les notions de monopsone et d'oligopsone puisqu'il s'agit d'une situation à terme de diminution de prix sans nécessairement de baisse des coûts unitaires. La puissance d'achat n'implique donc pas une capacité à faire diminuer les prix des fournisseurs mais sous entend généralement une situation concurrentielle en amont. La puissance d'achat dite dans ce cas « puissance d'achat compensatrice » limite alors les comportements concurrentiels des vendeurs qui se trouvent face à un monopsone ou un oligopsone et également ceux des acheteurs qui n'appartiennent pas au monopsone ou à l'oligopsone.

La puissance d'achat peut être également appréhendée à l'aune de la théorie du pouvoir de marché.

SECTION 2. LA THÉORIE DU POUVOIR DE MARCHÉ ET LA PUISSANCE D'ACHAT

La puissance d'achat se distingue des différentes formes de pouvoirs tels que le pouvoir d'achat ou le pouvoir de marché.

La puissance d'achat se distingue tout d'abord du pouvoir d'achat. Le pouvoir d'achat est quantité de biens ou services qu'une somme d'argent permet d'acheter[48]. Le pouvoir d'achat s'applique à une somme d'argent, un revenu ou élément du revenu tel que le salaire. L'évolution du pouvoir d'achat dépend de l'évolution du revenu nominal et de l'évolution du niveau

47 OCDE, *op. cit.,* p. 69.
48 BERNARD et COLLI, *op. cit.*, p. 440.

général des prix. La formule de calcul est la suivante :

$$\frac{\text{indice de revenu nominal}}{\text{indice des prix}} \times 100$$

La puissance d'achat est aussi définie comme un « pouvoir de marché considérable sur le marché d'achat »[49]. La puissance d'achat se distingue pourtant du pouvoir de marché. En concurrence pure et parfaite, les entreprises sont preneuses de prix et ne disposent d'aucun pouvoir de marché. En effet, un agent économique est preneur de prix pour un produit ou service donné s'il ne dispose pas d'un pouvoir de marché car il lui est impossible de fixer son prix. Le prix du marché s'impose à cette entreprise quelle que soit la quantité achetée. Il y a pouvoir de marché lorsque des entreprises se trouvent dans une situation telle qu'elles peuvent influencer par leurs comportements, la détermination du prix ou des quantités d'un bien échangé sur le marché. Cette situation reflète un degré certain de concentration. Le pouvoir de marché se manifeste donc par la possibilité de fixer un prix supérieur au coût marginal sans encourir de perte de clientèle[50]. La Commission définit le pouvoir de marché comme « la capacité de pratiquer des prix supérieurs à un niveau compétitif, soit à court terme, au coût marginal, et à long terme au coût total moyen. En d'autres termes, une entreprise possède un pouvoir de marché si elle est capable d'influer de manière notable sur ses prix de vente et si, en pratiquant des prix supérieurs à un niveau compétitif, elle peut, au moins à court terme, réaliser des bénéfices exceptionnels »[51]. Il se mesure par l'indice de LERNER selon la formule[52] :

$$L = \text{prix} - \frac{\text{coût marginal}}{\text{prix}}$$

Le coût marginal signifie le coût supplémentaire ou additionnel entraîné par le fait de fabriquer une unité supplémentaire de produit[53]. Le pouvoir de marché peut disparaître avec les marchés contestables, à savoir la possibilité d'entrer et de sortir du marché, ou bien avec le développement d'innovations. Le pouvoir de marché résultant d'un monopole légal ne peut logiquement être remis en cause que par une déréglementation. Un pouvoir de marché conduit à un prix trop élevé et à une perte de bien être notamment par la faible qualité des produits ou

49 Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01, point 202.

50 TIROLE J., *Théorie de l'Organisation Industrielle,* Tome I, Economica, 1993, p. 127.

51 Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01, point 204.

52 BEITONE A., CARZOLA A., DOLLO C., DRAI A.M., *Dictionnaire des Sciences économiques,* 2ème édition, Armand Colin, 2007, p.380.

53 *Ibid.*

services et l'absence d'innovation dans l'activité considérée.
L'on distingue trois types de pouvoir de marché[54]. Le premier est un pouvoir de marché horizontal qui caractérise la situation d'entreprises qui, sur un marché de type oligopolistique, s'entendent pour fixer un prix de marché proche d'un prix de monopole ou pour ériger des barrières à l'entrée. Le deuxième type de pouvoir de marché est vertical. Il découle de l'intégration verticale d'une firme et lui confère un avantage par rapport à ses concurrents non intégrés verticalement. Le troisième type est un pouvoir de marché conglomeral qui résulte de la diversification des activités d'une entreprise.

La doctrine économique a connu une évolution en terme de définition du pouvoir de marché pour prendre en compte le pouvoir de marché du distributeur. Initialement, l'analyse économique des effets anticoncurrentiels dans le contrôle concurrentiel était basée sur la prise en compte du pouvoir de marché du vendeur. Le pouvoir de marché de l'acheteur était analysé de manière accessoire et analogue au pouvoir de marché du vendeur. En effet, au sens de l'École de Chicago, seule compte la situation concurrentielle sur le marché amont. Selon cette théorie, le marché aval fonctionne dans des conditions de concurrence parfaite. Or la seule prise en compte du pouvoir de marché des fabricants sur le marché amont exclut la réalité de comportements sur les marchés avals. En effet, le distributeur peut disposer d'un pouvoir de marché sur le marché aval de sorte que ce marché ne sera, par nature, pas parfaitement concurrentiel. Cette situation de pouvoir de marché du distributeur peut être à la source d'effets restrictifs pour la concurrence. Le pouvoir de marché est donc une notion qui a migré en prenant compte d'une réalité de situation concurrentielle imparfaite et recouvre à présent la puissance des vendeurs et des acheteurs[55]. Il en résulte qu'un distributeur peut disposer d'une puissance de vente mais également d'une puissance d'achat. La puissance de vente doit donc être dissociée de la puissance d'achat. La puissance de vente consiste en la capacité d'une entreprise d'augmenter les prix au- dessus du niveau concurrentiel et ainsi d'augmenter ses profits. Cette expression de pouvoir de marché concerne le marché dit aval, dans la relation au consommateur. La puissance d'achat concerne, elle, le marché amont dans la relation au fabricant ou fournisseur. Ces deux notions sont souvent liées et interdépendantes car un distributeur ayant une puissance de vente dispose généralement d'une puissance d'achat. Toutefois, la puissance d'achat peut exister sans puissance de vente dans le cas notamment où le marché aval n'est pas concurrentiel, à la différence du marché amont. La mesure de la puissance d'achat est plus large que celle de la puissance de vente puisque l'on prend en compte des facteurs extérieurs au marché pertinent

54 *Ibid.*
55 La notion de pouvoir de marché est un « hyperonyme ».

notamment tels que la puissance financière, l'impact d'une chaîne de distribution. Conséquemment, la puissance d'achat se trouve être une forme de pouvoir de marché. La part de marché des distributeurs, expression du pouvoir de marché, n'est pas le facteur déterminant d'une puissance d'achat. Il existe toutefois des critères communs à l'appréciation de la puissance de vente. En effet le distributeur n'a pas besoin de disposer d'une part de marché importante pour être en situation de puissance d'achat, celle-ci résultant d'une multitude de facteurs assimilables à une situation monopsonistique tels que, par exemple, l'élasticité de l'offre mesurant le pourcentage de la variation de la quantité offerte en réponse à une variation de prix, l'élasticité de la demande de la frange concurrentielle, des barrières à l'entrée, le fait de posséder une marque importante, une situation géographique isolée, un lien particulier au consommateur notamment par une puissance de vente. Il en résulte que la part de marché est alors un indice de la puissance d'achat mais ne saurait être un critère déterminant de l'appréciation de cette puissance d'achat. En ce qui concerne l'élasticité de l'offre, plus elle augmente plus la puissance d'achat diminue car les fabricants concentrent leurs offres sur des biens ayant des prix plus élevés afin d'augmenter leur marge. Plus l'élasticité de la demande augmente, plus la puissance d'achat diminue. En effet, le plus le prix diminue, le plus les entreprises concurrentes à l'acheteur achètent ces produits. Ceci réduit la part de marché de cet acheteur et augmente ainsi celle des concurrents. Les barrières à l'entrée représentent les contraintes juridiques à l'ouverture d'un magasin de grande distribution ou les barrières à la sortie telle que la « capture »[56]. Il s'agit de l'absence pour un fabricant de sortir librement du marché lorsqu'il est face à une puissance d'achat sans encourir de coûts irrécouvrables[57]. De même la substituabilité de la part des consommateurs à une marque de distributeur est importante. Si le consommateur substitue une enseigne pour une autre, le distributeur pourra subir une perte de marché importante.

Si la puissance d'achat est la matérialisation d'un phénomène économique, elle tend à être prise en compte dans la politique de l'Union européenne.

56 Traduction libre de « *hold up* » en anglais.

57 Le fabricant a pu engager des coûts pour répondre à une demande spécifique du distributeur et ne peut réengager ces investissements auprès d'un autre distributeur. Il est donc captif du distributeur en puissance d'achat et se trouve contraint à lui vendre sa production à un coût inférieur au coût total moyen.

TITRE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT DANS LA POLITIQUE ÉCONOMIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

Le droit de la concurrence s'inscrit dans une dynamique politique qu'il convient de définir (chapitre 1) afin de déterminer la place qui est accordée à la puissance d'achat en son sein (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LE RÔLE DE LA POLITIQUE ÉCONOMIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

L'Union européenne obéit à une politique économique et la concurrence s'inscrit comme moyen de se mise en œuvre (section 1) selon des finalités déterminées (section 2).

SECTION 1. L'ACCEPTION D'UNE POLITIQUE DE CONCURRENCE DANS L'UNION EUROPÉENNE

La notion de « politique de concurrence » correspond à des conceptions diverses de la concurrence s'inscrivant dans des traditions économiques distinctes. Les mesures relevant d'un système juridique de concurrence obéit à des objectifs politiques propres qui doivent être dégagés, préalablement à toute étude. De manière générale, à une thèse politique structuraliste dite de HARVARD, s'oppose celle de l'autorégulation du marché, dite de CHICAGO.
L'École de HARVARD des années 1950 conçoit le bon fonctionnement du marché comme dépendant des structures de la concurrence, l'objectif de la politique de concurrence étant de combattre les comportements susceptibles de réduire le niveau de concurrence. Cette thèse défend le principe d'une intervention active des autorités de concurrence pour corriger les structures du marché. Une certaine méfiance a été instaurée face aux regroupements d'entreprises et concentrations de marché.[58] Un marché concentré comprend un petit nombre de firmes protégées par de fortes barrières à l'entrée. Ce type de marché est propice à l'exercice d'un pouvoir de marché au détriment des consommateurs[59]. Ce pouvoir de marché résulterait de la mise en

58 MALAURIE- VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen,* Dalloz, 2014, p. 35.
59 COMBE E. *Economie et politique de concurrence,* Dalloz, 2014, p. 28-

œuvre de stratégies anticoncurrentielles des entreprises. Partant, le paradigme S.C.P. (Structures, Comportements, Performances) conçoit la concurrence comme étroitement liée au pouvoir de marché, lui- même dépendant de la structure de marché et du comportement des entreprises[60]. La situation optimale résulte a priori de l'application de la théorie des prix et de sa conséquence juridique à savoir la lutte contre le pouvoir de monopole[61].
Selon l'École de CHICAGO initiée par R. POSNER dans les années 1980, le seul but du droit antitrust est de combattre les comportements qui portent atteinte à la libre fixation des prix et à l'objectif d'efficacité. Les monopoles ou positions dominantes ne sont a priori pas néfastes pour l'économie. L'École de CHICAGO remet en cause la causalité entre concentration et pouvoir de marché en démontrant que les structures ne déterminent pas mécaniquement les résultats des entreprises[62]. La concentration résulterait de la supériorité temporaire de certaines entreprises, du processus de concurrence lui- même et ne pourrait en conséquence pas être tenu pour suspect. L'intérêt des consommateurs serait respecté notamment lorsque l'efficience dynamique est tenue, par la mise au point de nouvelles technologies ou de nouveaux procédés pour accroître la productivité, réduire l'intensité de ressources ou les produits. Il s'agit ici d'efficacité allocative car on privilégie l'offre. Ainsi le marché serait suffisamment robuste pour opérer par lui- même une sélection efficace et remettre en cause les positions acquises à savoir le pouvoir de marché des entreprises si cela était nécessaire. Certains tenants de cette thèse peut aller jusqu'à remettre en cause la légitimité des règles de concurrence.

Ces deux thèses connaissent des points communs dans le processus concurrentiel en matière de trois éléments caractérisant un marché : la structure, le comportement et les résultats issus du marché. Les différences des thèses énoncées correspondent aux différents accents mis sur ces éléments. L'Ecole de HARVARD attribue une importance certaine à l'analyse des structures qui conditionnent tout le reste alors que l'Ecole de CHICAGO se préoccupe essentiellement des performances. En ce sens, la structure s'entend du nombre d'acheteurs et de vendeurs présents sur le marché, les parts respectives des entreprises de même que leurs coûts de production. Elle s'entend en outre du sujet des produits substituables tant du côté de la demande que de l'offre tout en cherchant à appréhender les barrières qui s'opposent à l'entrée de concurrents potentiels ou qui érigent des obstacles à la sortie des producteurs qui voudraient quitter le marché. Afin de caractériser ces structures, il convient d'obtenir des informations

29.
60 *Ibid..,* p.27.
61 VOGEL L., *Droit européen des ententes et abus de position dominante,* LawLex, 2010, p. 9.
62 COMBE E., *loc. cit..*

relatives à la politique de différentiation des produits pratiquée par les entreprises pour connaître en particulier une des nombreuses barrières que des concurrents potentiels ont à surmonter pour pouvoir pénétrer sur le marché[63]. Les performances, elles, correspondent aux résultats réalisés par les entreprises participant au marché en se concentrant en particulier sur le taux de rendement obtenu sur les capitaux qu'elles sont parvenues à mobiliser. Pour ce faire, l'on analyse les profits réalisés par une entreprise au cours d'une certaine période ainsi que son évolution au cours du temps. Ainsi un marché concurrentiel obéit à des fluctuations du taux de rendement déterminées par des cycles économiques alors que des structures non compétitives maintiennent constante la rentabilité des entreprises. Le troisième élément commun à ces théories est le comportement, à savoir si les entreprises se comportent de manière indépendante les unes des autres ou si elles ont tendance à suivre l'évolution des décisions prises par l'ensemble des acteurs du marché ou par certains d'entre eux en terme de stratégies de prix, de publicité ou d'innovation. Il s'agit de déterminer la force innovatrice entre les producteurs sur un marché donné découlant des pressions concurrentielles.

Le débat selon lequel les politiques de concurrence portent par principe atteinte à la liberté d'entreprendre et donc au libre marché n'est pas décliné dans cette étude. L'analyse et la critique économique du fondement de la concurrence européenne sont repris sur la base de l'acception selon laquelle l'existence de l'Union européenne implique la réalisation d'un marché intérieur notamment par une politique de concurrence. Le professeur COMBE indique à ce titre que : « la politique de concurrence (…) de l'Union européenne (…) a été perçue dès le départ comme un instrument essentiel d'intégration économique des marchés et à ce titre prioritaire par rapport à une politique industrielle visant à créer des « champions européens » capables de concurrencer les firmes américaines et japonaises »[64]. La doctrine qualifie le droit économique de « droit neutre »[65] celui-ci partant de situation de fait pour contrôler les abus, sans choisir une forme ou une autre de marché que la théorie économique a identifié, se bornant à garantir une coexistence loyale entre acteurs économiques. Ceci ne suppose pas nécessairement une égalité entre partenaires de sorte que les situations de concurrence imparfaite, tels que les monopoles, sont acceptées dans la mesure où elle ne constituent pas d'entrave à la création d'un marché unique européen. Le droit européen n'a pas de vocation de justice distributive ni de « préoccupation d'équité car il ne vise qu'à accroître le surplus global de l'économie »[66].

63 COMBE E., *op. cit.,* p. 27.
64 *Ibid.*
65 MALAURIE- VIGNAL M., *L'abus de position dominante,* LGDJ, 2003, p.12.
66 VOGEL L., *op. cit.,* p. 15.

La C.J.U.E. a elle- même reconnu l'impossibilité d'un marché auto-régulé et admet que l'organisation de la société marchande nécessite une intervention extérieure qui porte sur des échanges économiques créateurs de liens sociaux. L'entretien de ce lien social exigerait la poursuite des échanges par l'intervention d'une autorité politique extérieure[67]. En effet, l'objet du traité CECA prévoyait en son article 5 que « (l)a Communauté assure l'établissement, le maintien et le respect de conditions normales de concurrence et n'exerce aucune action directe sur la production et le marché que lorsque les circonstances l'exigent »[68]. Le marché de l'Union est ainsi fondé sur la concurrence « celle-ci s'entendant d'un régime de liberté, régime assorti cependant de règles considérées comme nécessaires pour assurer cette liberté même et qu'il appartient à l'autorité publique de faire respecter. La concurrence est un jeu mais c'est un jeu qui a ses règles »[69]. L'intervention d'une autorité politique dans l'activité économique ne contredirait donc pas le dessein libéral. Selon VON HAYEK, fervent partisan du libéralisme : « pour que la concurrence puisse jouer un rôle bienfaiteur, une armature juridique soigneusement conçue est nécessaire »[70].

La politique de concurrence constitue en ce sens un élément préalable et nécessaire à la mise en place d'une économie de marché. Les politiques de concurrence nationales et européenne ont tenté d'analyser la puissance d'achat et les phénomènes afférents à celle-ci ainsi que les effets ambivalents en découlant. Le but de la politique de concurrence, la concurrence et le droit y afférent sont définis par l'Union européenne. Cette dernière connaît une tradition moins ancienne en la matière que les États Unis avec son SHERMAN ACT de 1890[71] qui tendait à limiter le pouvoir de monopoles d'un groupe pétrolier. Cet acte a symbolisé le lancement du droit de la concurrence outre-atlantique, dit « *antitrust* ». L'Union européenne a adopté une ligne de conduite propre en s'inspirant du droit américain. Le processus a été long, les politiques nationales de concurrence divergeant selon les pays. L'économie de la France était fondée sur le principe de l'intervention directe par la main visible de l'État. Il n'existait pas de tradition concurrentielle, celle-ci devenant concrète à partir de 1945 avec la première ordonnance sur les prix. En 1923, l'Allemagne comptait encore 1.500 cartels. Or une politique de concurrence harmonisée suppose une adhésion commune aux mécanismes de marché. Le droit de la

67 MADDALON P., *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes,* LGDJ, 2007, p. 205 à 209.
68 Traité CECA, 1953, article 5.
69 Conclusions de l'avocat général LAGRANGE Maurice dans l'arrêt C.J.C.E. 21 décembre 1954, 1/54, « *France / Haute Autorité CECA »* cité in MADDALON P., *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes,* LGDJ, 2007, p. 207.
70 VON HAYEK F., *La route de la servitude,* PUF, 2ème édition, 2013, p. 63.
71 SOUTY F., *Le droit et la politique européenne de la concurrence de l'Union européenne,* Montchrestien, 2003, p. 19.

concurrence européen et les droits nationaux obéissent à des priorités politiques propres. Afin de comprendre le système européen actuel il n'est pas inintéressant d'énoncer les principes sous - jacents à la politique menée. L'on constate que l'économie a fait une place à la politique de marché et par là influencé le droit applicable. La politique économique demande une planification économique en trois temps: la définition du but c'est à dire l'état idéal souhaité - en quantités économiques- , le diagnostique de l'état actuel et enfin la thérapie par l'emploi d'instruments politico- économiques[72]. La politique économique est influencée par différents courants doctrinaux et nécessite que soient définis des finalités.

SECTION 2. LA DÉFINITION DE LA CONCURRENCE PRATICABLE COMME BUT DE LA POLITIQUE ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE

D'une manière générale, l'on rencontre deux thèses en terme de restrictions de concurrence répondant aux orientations de politiques de concurrence vues précédemment. La première est basée sur l'efficacité économique et considère que les restrictions à la concurrence doivent être interdites ou contrôlées parce qu'elles peuvent faire obstacle à l'utilisation optimale des ressources économiques. La deuxième est fondée sur la loyauté dans les rapports commerciaux entre concurrents. Elle prévoit qu'un des aspects essentiels de la politique de la concurrence est de promouvoir une concurrence déloyale entre entreprises et de défendre la liberté économique des concurrents sur le marché. Ces deux thèses peuvent coexister au sein d'un même système politique. Ainsi concernant la politique de concurrence européenne, certains auteurs parlent d' « École de BRUXELLES »[73].

Si l'Union européenne garde une attache plus forte à la thèse structuraliste[74], sa politique a été influencée par ces deux visions économiques. L'École dite de BRUXELLES est en cela particulière qu'elle définit des objectifs de concurrence effective et libre. Toutefois la finalité de la politique européenne est d'ordre économique et social. Ceci amène certains auteurs à penser que « le droit européen est désormais l'espace naturel du droit économique, à tout le moins en ce qui concerne les règles qui gouvernent les marchés, mises en place dès 1958 par le Traité de Rome»[75]. Il s'agit de créer une économie de marché efficace fondée sur le processus concurrentiel. Cette thèse est corroborée par l'idée selon laquelle « (d)ans les pays européens les politiques de coopération et d'intervention gouvernementale

72 HERDZINA K., *Wettbewerbspolitik*, Lucius & Lucius, 1999, p. 2.
73 SOUTY F., *op. cit.,* p.20.
74 Commission/ Microsoft, 2009/ C166/ 08.
75 FRISON- ROCHE M.A. Et BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique,* p.59.

ont souvent été considérés comme une meilleure manière d'atteindre les objectifs économiques et sociaux plutôt que le libre jeu des forces du marché, bien que les formes précises de ces politiques alternatives aient bien sûr varié d'un pays à un autre »[76]. Dès lors, l'efficacité concurrentielle n'est pas la finalité première de la politique de concurrence de l'Union. C'est l'efficacité économique qui est recherchée englobant ainsi l'efficacité concurrentielle[77]. L'efficacité économique se comprend comme ayant d'autres fonctions que celles de pure productivité. Elle tient compte de l'efficacité distributive c'est à dire des transferts de revenus des producteurs vers les distributeurs, de l'équité envers le consommateur, de la croissance et de l'emploi[78]. Selon la Commission, « une concurrence effective au sein du marché intérieur améliore la productivité et l'innovation, et contribue ainsi à la compétitivité de l'industrie européenne ». Les P.M.E. sont, dans la lancée de la stratégie de Lisbonne, favorisées par la politique de concurrence européenne[79]. L'École de BRUXELLES paraît dès lors appliquer une approche mixte. Le droit des pratiques anticoncurrentielles dont le contrôle est exercé a posteriori se combine avec une régulation par un contrôle a priori en droit des concentrations. Le but du droit européen est de « protéger l'ordre économique étatique ou supra- étatique de troubles dus aux restrictions de concurrence. La protection de la concurrence n'est pas un but en soi. La concurrence est protégée, en premier lieu, pour ses effets sur l'économie nationale (…) elle doit contribuer à ce que l'offre et la demande s'équilibrent par le mécanisme de formation du prix (…) et favoriser l'utilisation optimale des ressources économiques. (…) La concurrence est en second lieu, protégée pour ses effets sociaux parce qu'elle limite les positions de puissance et qu'elle augmente la liberté (…) matérielle de contracter de tous les acteurs du marché (…) c'est à dire la liberté de choix du partenaire lors de la conclusion du contrat et la liberté du contenu du contrat »[80]. Le décloisonnement des marchés nationaux et l'intégration économique et sociale justifiant une politique européenne[81] ont permis l'établissement d'une politique européenne de concurrence transcendant les objectifs poursuivis par les législateurs nationaux.

Le droit européen assure une concurrence non faussée et ses règles s'opposent d'une part aux atteintes qui suppriment ou réduisent la concurrence entre les entreprises et d'autre part

76 GEORGE K. et JACQUEMIN A. in F. SOUTY, *Le droit et la politique de l'union européenne,* p.21.
77 Commission européenne, *23e rapport sur la politique de concurrence*, BRUXELLES, 1994, p.24.
78 SOUTY F., *op. cit.,* p.25.
79 Commission, Communication sur une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive, COM (2004) 293 final, p. 8.
80 BASEDOW J., *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de concurrence,* p. 36.
81 LUCAS DE LEYSSAC C., PARLEANI G., *Droit du marché,* PUF, 2002, p.790.

empêchent les agissements fautifs à l'égard de concurrents sans porter atteinte au marché lui- même, protégeant selon la doctrine la concurrence et non les concurrents, le droit européen ne comportant pas de dispositions sanctionnant la concurrence déloyale[82]. Selon cette acception, le droit européen, dans l'inspiration du droit antitrust américain, a pour but de lutter contre le pouvoir de monopole ou de marché et vise l'efficacité économique et le bien être du consommateur mais non exclusivement. La notion de « concurrence praticable » ou « *workable competition* », « concurrence efficace », « concurrence viable » selon J. M. CLARK vient en affaiblissement de cette thèse structuraliste. Cette notion dépasse celle de la concurrence imparfaite car l'on estime qu'il y a concurrence dès que la condition de fluidité est satisfaite. Ce concept désigne une situation de marché où la concurrence demeure suffisante malgré l'écart entre cette situation et le norme du modèle de concurrence pure et parfaite. C'est un modèle empirique dans lequel les entreprises cherchent à obtenir des résultats qu'elles jugent satisfaisants, le principe de satisfaction étant substitué au principe de maximisation[83]. La concurrence praticable peut autoriser des pratiques commerciales a priori anticoncurrentielles lorsque ces dernières paraissent nécessaires au bon fonctionnement du marché, dans la mesure où une concurrence suffisante est maintenue. Elle permet de privilégier à la concurrence par les prix, la concurrence par la qualité, en intégrant d'autres finalités à la politique de concurrence telles que la protection de l'environnement ou la lutte contre les abus de puissance d'achat[84]. La recherche du progrès économique n'est donc pas la seule fin du droit européen. Il importe que subsiste toujours une « concurrence suffisante » lorsque celle-ci ne peut être maintenue que partiellement. Le droit européen conçoit ainsi que l'absence de concurrence puisse être parfois plus favorable à l'économie que la libre concurrence impérative. En ce sens, l'autonomie de chaque agent économique garantit la dépendance généralisée. Chaque entreprise doit décider seule de son comportement sur le marché ; à défaut, une entité ne peut être tenue pour un concurrent. Pour autant cette autonomie doit se concilier avec une dépendance généralisée dans la mesure où elle doit tenir compte de l'ensemble des autres entreprises du marché pour déterminer son comportement en matière de prix, de volume de production ou de choix de gammes de produits[85]. C'est dans cette lignée que la dissociation entre la position dominante et le monopole prend tout son sens. Les arrêts

82 VOGEL L., *op. cit.,* p. 8.
83 BEITONE A., CARZOLA A., DOLLO C., DRAI A.M., *Dictionnaire des Sciences économiques,* 2ème édition, Armand Colin, 2007, p.86.
84 VOGEL L., *op. cit.,* p. 10.
85 MADDALON P., *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes,* LGDJ, 2007, p. 239.

Hoffmann- La Roche[86] et United Brands[87] précisent que la position dominante se distingue des parallélismes de comportements propres aux situations d'oligopole. Dans un oligopole, les comportements s'influencent réciproquement alors que dans le cas d'une position dominante, quand bien même une concurrence subsiste, le comportement de l'entreprise dans cette position est déterminé unilatéralement. De la sorte, le droit européen sanctionne l'entreprise qui utilise le pouvoir qu'elle détient afin d'ignorer les forces du marché, que le marché soit atomisé ou oligopolistique. La puissance d'un seul agent ne doit pas anéantir l'autonomie de tous les autres.

La politique concurrentielle de l'Union européenne permet d'appréhender certains phénomènes économiques tels que la puissance d'achat.

CHAPITRE 2. LA PLACE DE LA PUISSANCE D'ACHAT DANS LA POLITIQUE ÉCONOMIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

La politique de l'Union européenne permet d'adopter une certaine ligne de concurrence afin d'appréhender la puissance d'achat (section 1). Une fois la conception politique établie, l'Union a pu adopter des normes afférentes (section 2).

SECTION 1. L'APPRÉHENSION DE LA PUISSANCE D'ACHAT PAR LA POLITIQUE DE CONCURRENCE EUROPÉENNE

La politique européenne conçoit la puissance d'achat comme pouvoir de marché, ce qui revêt une approche de concurrence particulière (§ 1). La réception de ce principe en droit de la concurrence reflète cette vision politique de concurrence (§ 2).

§ 1. LA CONCEPTION DU POUVOIR DE MARCHÉ DANS LA POLITIQUE DE CONCURRENCE EUROPÉENNE

La politique européenne est d'inspiration dualiste, les Écoles de HARVARD et de CHICAGO ayant fortement inspiré la notion de concurrence praticable. Pour autant, ces visions sont très différentes en terme d'appréhension de pouvoir de marché. La

86 C.J.C.E., 13 février 1979, *Hoffman-La -Roche / Commission*, aff. C 85/76, point 39.
87 C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands / Commission*, aff. C 27/76, point 65.

politique de concurrence de l'Union a du définir sa propre ligne de conduite quant à l'appréhension du pouvoir de marché et de la puissance d'achat.

L'idée centrale de la conception structuraliste de la concurrence comme de la conception ordo- libérale sous - tend que le pouvoir de marché peut être dangereux. Au sens de la thèse structuraliste, le pouvoir de marché dépend de la structure de marché et du comportement des entreprises. Un marché concentré et fermé est selon cette thèse, propice à l'exercice d'un pouvoir de marché, au détriment des consommateurs. Le pouvoir de marché résulte de stratégies anticoncurrentielles des entreprises et à ce titre il appartient à la politique de concurrence de protéger les consommateurs en limitant la concentration industrielle par des actions préventives et également répressives quant aux entreprises dominantes. L'École de CHICAGO réfute la causalité entre pouvoir de marché et concentration au motif que les structures de marché ne déterminent pas automatiquement les performances des entreprises. La concentration de marché en ce sens résulte du processus de concurrence lui- même décliné par la supériorité intrinsèque et temporaire de certaines entreprises. Le pouvoir de marché n'est pas suspect et ne va pas à à l'encontre de l'intérêt des consommateurs si l'efficience dynamique est prise en compte. Le marché est assez robuste pour contester par lui- même les positions acquises, de sorte que les règles de concurrence ne sont pas souhaitables en la matière.

Selon la thèse ordo- libérale, la puissance d'achat est conçue comme un pouvoir de marché pouvant être dangereux pour le marché. La politique européenne a adopté des règles en terme de pouvoir de marché basée sur ces influences même si l'attache structuraliste reste la plus forte. « Le structuralisme dogmatique considère que le pouvoir de marché résulte de certaines caractéristiques du marché et qu'il est toujours dangereux (…) (Cette) conception n'est pas très éloignée de celle qui prévaut en matière d'abus de position dominante. En matière d'ententes en revanche, on peut parler de structuralisme bien tempéré dans la mesure où les juges tiennent compte du pouvoir de marché dans l'appréciation de la restriction de concurrence mais en procédant à une appréciation concrète et sans exclure les arguments économiques issus d'autres approches »[88]. De même, le droit des concentrations considère le pouvoir de marché de manière préventive et structurelle.

Le déséquilibre d'une situation de marché comme celle résultant d'une puissance d'achat conduit le législateur européen et ainsi le juge européen[89] dans un premier temps à la méfiance et à envisager que la situation peut relever d'une restriction de concurrence. Toutefois, ce structuralisme est tempéré en droit

88 SIBONY A.L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence,* Thèse, LGDJ 2008, p.271.

89 Le juge est entendu ici largement au sens d'autorité de concurrence et également de juge judiciaire.

des ententes et des concentrations. En effet, dans l'appréciation de la restriction de concurrence, le pouvoir de marché est pris en compte *in concreto.* L'on apprécie donc le pouvoir de marché mais également son degré dans une perspective dynamique, en prenant en compte le rôle de contrepouvoir de ce pouvoir de marché. Partant, ce n'est donc pas la puissance d'achat dans la structure en elle- même qui est dangereuse mais son degré. Le droit des ententes et le droit des concentrations contrôlent « l'ampleur du pouvoir de marché »[90]. Si l'appréhension du pouvoir de marché de manière générale a pu trouver un écho structurel en droit des pratiques anticoncurrentielles et en droit des concentrations, la question de son appréhension a été moins évidente en terme d'abus de domination. Les règles européennes en matière de droit des abus de domination ont conçu initialement que le comportement abusif de l'acheteur pris en raison de son pouvoir de marché doit être sanctionné. La puissance d'achat peut produire des effets anticoncurrentiels en raison d'abus réalisés sur la base d'un pouvoir de marché, ceci pouvant relever d'une approche moins structurelle que comportementale. L'approche comportementale a évolué vers une approche plus structurelle puisque l'on considère à présent que c'est la situation de marché à savoir la position dominante en raison du pouvoir de marché qui déclenche le contrôle. Le comportement abusif devient une simple condition de ce contrôle a posteriori. Il se peut en effet que fort de sa puissance économique, le distributeur adopte des comportements considérés comme abusifs à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes. Ces comportements abusifs afférents à une puissance d'achat découlent d'une domination de marché conçue comme un rapport de forces sur un marché donné. La domination est conçue comme un dérèglement du marché créant un déséquilibre entre un dominant, celui qui dispose d'un pouvoir de marché ou ici d'une puissance d'achat, et un dominé. L'on part de l'acception selon laquelle s'il y a une domination de marché absolue ou relative, le degré de concurrence est déjà affaibli. Le pouvoir économique est fondé sur la puissance économique lui permettant son exercice. Le pouvoir de marché ou la situation de puissance est perçu *ab initio* comme l'instrument de la domination présumée nocive pour la concurrence. La prise en considération de l'efficience du comportement n'est que très relative. En droit des abus de domination, le postulat serait alors fortement structuraliste, contrairement au droit des pratiques anticoncurrentielles et au droit des concentrations. Cette conception entraînerait une responsabilité particulière des entreprises dominantes. La domination est contrôlé afin qu'il n'y ait pas d'abus de pouvoir de marché. « L'entreprise dominante exploite son pouvoir de marché pour obtenir des conditions qu'elle n'aurait pu obtenir à

90 FRISON ROCHE M.A. et PAYET M.S., *Droit de la concurrence,* 1ère édition, Dalloz, 2006, p. 296.

défaut de cette exploitation »[91]. C'est en raison de la structure de marché de domination, en raison notamment d'une puissance d'achat que le comportement est réprimé.

L'axe de politique concurrentielle en terme de pouvoir de marché étant dégagé, il convient de déterminer l'acception que revêt le pouvoir de marché. Afin de contrôler les problèmes de concurrence en résultant, la notion de pouvoir de marché au sens de la politique européenne a du être précisée. Le contrôle du pouvoir de marché est efficace en raison de l'esprit des normes prises sur la base de la politique de concurrence.

§ 2. LA CRITIQUE DE LA DUALITÉ DE NOTION DE POUVOIR DE MARCHÉ

Le pouvoir de marché est conçu en droit européen des abus de position dominante comme un pouvoir de marché dit « absolu » car il concerne la structure de marché dans son ensemble. Le pouvoir absolu est fondé sur une puissance dont l'étendue dépasse les seuls rapports contractuels ou concurrentiels, conférant, ainsi, à l'entreprise une domination du marché vis à vis de l'ensemble des acteurs du marché. Le droit européen ne prend en compte les pratiques abusives en tant que pratiques anticoncurrentielles que si elle nuisent à l'efficience globale. Il vise à corriger l'imperfection liée au déséquilibre et rétablir une certaine neutralité concurrentielle entre les parties en diminuant les droits de l'entreprise dominante. Toutefois le comportement abusif de puissance d'achat peut trouver sa source dans une domination de marché, indépendamment d'une position dominante sur un marché donné. En effet, des entreprises n'étant pas en position dominante sur un marché peuvent exploiter à leur profit le rapport de forces à l'égard de leurs partenaires contractuels. Il s'agit alors du pouvoir de marché dit « relatif » car il ne concerne que les deux cocontractants dans leur relation bilatérale[92]. L'entreprise détient un pouvoir qui, sans être absolu, lui donne la capacité d'agir sur la volonté d'une autre entreprise, partenaire économique, en raison du déséquilibre du rapport de puissance économique. Ce déséquilibre peut résider en une relation de dépendance économique dans laquelle peut se trouver le partenaire. Cet abus de puissance d'achat n'a pas d'effet direct sur l'efficience globale au sens de la politique de concurrence européenne, mais plutôt sur la répartition des ressources, ce qui ne relève pas du droit européen. La dissociation de pouvoir de marché absolu et relatif résiderait dans la considération dans le premier cas du dominant et dans le second du dominé. La relation de domination s'exerce sur un marché donné et un dominant est dominant « par rapport à toute entreprise opérant sur ce marché (…) alors qu'un dominé l'est

91 FRISON ROCHE M.A. et PAYET M.S., *op. cit.*, p. 219.
92 *CHONE A.S., Les abus de domination,* Economica, 2010, p. 28.

par une ou plusieurs entreprises et non par toutes ce qui impose d'entrer dans l'analyse des relations bilatérales entre entreprises »[93]. Le droit européen considère donc uniquement la domination comme expression de pouvoir de marché absolu. Il appréhende les abus de puissance d'achat comme la manifestation structurelle de ce pouvoir de marché dont le comportement abusif est l'élément déclenchant le contrôle.
Les droits nationaux se sont saisis de la notion de domination au sens du pouvoir de marché relatif, la notion de position dominante au sens de l'article 102 T.F.U.E. n'épuisant pas toutes les formes d'exploitation abusive d'une puissance économique. Les abus résultant de puissance d'achat peuvent se révéler autrement que par l'exercice abusif d'une position dominante. Un distributeur peut dominer un fournisseur sans pour autant se trouver en position dominante. Les dispositions de droit national, au motif du respect de principe de primauté et de cohérence, ont donc intégré en leur droit des contrats des dispositions prohibant des abus de domination relevant de l'exercice du pouvoir de marché dit relatif.

La traduction normative en droit des pratiques anticoncurrentielles de la concurrence de la politique européenne en terme de puissance d'achat peut refléter une certaine ambiguïté quant à la place qui est réservée à cette dernière.
Il a été exposé que le droit européen de la concurrence a vocation à assurer la préservation de la concurrence et non la protection des concurrents. La protection des concurrents ne fait en principe pas partie des objectifs du droit européen de la concurrence, laquelle intéresse le droit des contrats. L'on pourrait en déduire une légitime absence du droit européen face aux manifestations négatives de puissance d'achat en terme de domination relative de marché, quand bien même son expression en droit national semble importante. Selon le professeur FERRIER, « (l)es particularités du régime des opérations entre fournisseur et distributeur tiennent davantage aux règles relevant du droit de la concurrence qu'aux règles relevant du droit des contrats ». Ceci s'expliquerait par le fait que la considération du contrat est « dépassée par celle de la relation commerciale », l'objectif de « satisfaction des consommateurs et du bon fonctionnement de l'économie » commanderait que soit assuré le libre jeu de la concurrence entre les opérateurs[94]. Le droit de la concurrence ne serait pas là pour « rétablir un équilibre mais pour éviter que la situation de déséquilibre créée par le marché ne lèse non pas une partie en particulier, mais au travers une partie le marché dans sa globalité »[95]. Certains auteurs ont, eux, avancé que le juste équilibre à l'aune de la politique

93 NASSE P., *Concurrence et P.M.E. : Protection de la concurrence ou protection des P.M.E.,* 2007, p.71.
94 FERRIER D., *op. cit.,* p. 140.
95 VOGEL L., *Droit de la concurrence et puissance d'achat : Plaidoyer pour un changement,* 1997, JCP, p. 518.

concurrentielle européenne pourrait être d'augmenter les droits du dominé en instaurant une discrimination positive en faveur des petites et moyennes entreprises, même en l'absence d'un dominant[96].

Toutefois dans les deux situations de domination caractérisant un pouvoir de marché relatif ou absolu, une relation contractuelle en est toujours l'origine. L'appréhension normative de la puissance d'achat passe par la notion de pouvoir de marché et sa définition est la clef de voûte de l'édifice. Néanmoins, la répartition de pouvoir de marché selon les notions d'absolu et de relatif obéit à des considérations économiques pouvant sembler poreuses lors de leur traduction juridique. L'on conçoit difficilement comment un rapport contractuel pourrait ne pas affecter la concurrence et donc le consommateur ainsi que l'efficacité économique, puisque ce contrat s'inscrit dans un processus concurrentiel. Le pouvoir économique se caractérise par un pouvoir factuel d'imposer sa volonté à une entreprise et une inaptitude factuelle de cette dernière à résister à une telle volonté. Il ne s'agit pas d'établir abstraitement une position de force inhérente à une entreprise, mais d'envisager un rapport de forces. Il a pu être estimé que si le pouvoir de marché a des conséquences concurrentielles sur le marché intérieur et concerne *in fine* le consommateur, la puissance d'achat s'inscrit également dans un rapport contractuel et concerne l'allocation de richesses entre partenaires. Ainsi, dans la mesure où les effets de puissance d'achat concernent le marché intérieur, c'est qu'ils résultent en premier lieu de rapports commerciaux entre concurrents et de la promotion de la liberté économique des concurrents sur le marché. En effet, la vente et la prestation de services relèvent des dispositions du droit commun des contrats mais concernent toutefois le droit de la concurrence car ils conditionnent et reflètent le jeu de la concurrence sur le marché[97]. Les effets de comportements abusifs de puissance d'achat peuvent engendrer des restrictions de concurrence dans le marché intérieur quand bien même ils sont initiés par un simple rapport de déséquilibre contractuel. De même l'objectif d'efficience globale est contestable puisque les avantages obtenus par l'efficience globale ne sont pas nécessairement répercutes sur le marché. Il peut être soutenu *a contrario* que le contrôle de la puissance d'achat concerne exclusivement ou essentiellement les relations bilatérales et ainsi les concurrents et non la concurrence, de sorte que les dispositions régulatrices en terme de puissance d'achat ne relèvent pas du droit européen. Le rétablissement du déséquilibre du rapport entre deux parties considérées permettrait de préserver une certaine neutralité concurrentielle globale *ab initio.* La dissociation de pouvoir de marché absolu et relatif mène à s'interroger sur la définition du but de la politique concurrentielle de droit européen en terme de

96 NASSE P., *op. cit.,* p.70.
97 FERRIER D., *op. cit.,* p. 139.

puissance d'achat. L'on peut s'interroger sur l'intérêt concret de la dissociation de la protection de la concurrence relevant du droit européen, de celle de la protection des concurrents, relevant du droit des contrats.
L'on peut donc en conclure que le droit de la concurrence est au service du contrat et de la liberté contractuelle et que le droit des contrats contribue à la protection de la concurrence. Il est établi que la loyauté et l'équité dans les relations contractuelles permettent d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché. De la sorte le droit commun des contrats ferait partie intégrante du droit de la concurrence. L'actuelle dissociation dans la définition de la notion de pouvoir de marché révèle *in fine* une répartition de compétences entre les comportements de grandes entreprises acheteuses en situation de domination et les autres. Il appartiendrait au législateur européen de créer un lien normatif avec le pouvoir de marché relatif, l'exclusion normative apparaissant téléologiquement contestable. La protection de la concurrence de droit européen englobant la protection des concurrents, l'ensemble du droit des abus de domination pourrait être relié au droit européen. Les dispositions de droit internes séparées en deux pans de droit : pratiques anticoncurrentielles et pratiques restrictives de concurrence perdraient alors de leur sens.

Le droit européen a tenté d'appréhender le pouvoir de marché et a connu des évolutions sensible.

SECTION 2. L'ÉVOLUTION DE L'APPRÉHENSION NORMATIVE DE LA PUISSANCE D'ACHAT PAR LE DROIT EUROPÉEN

Le droit de la concurrence s'est construit progressivement dans la réception de données économiques (§ 1) et ses évolutions ont permis d'ajuster l'appréhension de phénomènes économiques (§ 2).

§ 1. LA RÉCEPTION DANS L'ORDRE JURIDIQUE DE DONNÉES ÉCONOMIQUES

Les règles de droit de la concurrence ne sanctionnent pas la puissance d'achat en elle- même mais tendent à contrôler, par un bilan concurrentiel, l'effet anticoncurrentiel sensible potentiel produit sur le marché intérieur par la situation de puissance d'achat. En effet le déséquilibre concurrentiel engendré par le pouvoir de marché peut avoir *in fine* des effets positifs pour la concurrence, contrebalançant les effets restrictifs de concurrence. Le droit européen de la concurrence a développé des concepts afin d'appréhender au mieux les restrictions de

concurrence non nécessairement anticoncurrentielles.

La puissance d'achat entre dans le champ d'application de nombreuses normes de concurrence tant les situations y afférentes sont nombreuses. Dans l'acception normative européenne du droit des concentrations, l'appréhension de la puissance d'achat réalisée tend à prévenir des effets restrictifs de concurrence par un bilan considérant les aspects proconcurrentiels. En droit des pratiques anticoncurrentielles, les effets proconcurrentiels de la puissance d'achat sont analysés dans un second temps. L'ensemble de ces normes obéissent au postulat selon lequel, la situation de déséquilibre de marché lié à la puissance d'achat considérée peut entraîner des distorsions de concurrence. Ce déséquilibre peut être préjudiciable à l'efficience globale considérée notamment par le prisme du consommateur mais aussi du producteur et également du distributeur concurrent. Toutefois, ce déséquilibre concurrentiel lié à la puissance d'achat n'est pas nécessairement restrictif de concurrence et n'est pas sanctionné *per se*. Le législateur prévoit que la puissance d'achat peut avoir des effets proconcurrentiels comme une baisse des prix ou à une amélioration de la qualité des produits ou des services pour les consommateurs[98] et les effets anticoncurrentiels de la puissance d'achat s'en trouvent alors compensés. Les effets proconcurrentiels de la puissance d'achat dépendent notamment de l'existence d'un pouvoir de marché en amont du distributeur mais également de la puissance de vente de ce distributeur sur le marché aval. Dans le premier cas, la puissance d'achat peut contrebalancer un fort pouvoir de marché des fournisseurs. Dans le second cas, le distributeur ne disposant pas nécessairement de puissance en amont pourra toutefois avoir un pouvoir de vente de sorte qu'en raison d'une concurrence suffisante sur ce marché, les avantages obtenus en amont sont répercutés au consommateur[99].

La puissance d'achat est appréhendée par différents processus normatifs européens mais également nationaux qu'il convient de décliner avant des les analyser. Il est nécessaire de remonter à la source de ces normes afin d'en comprendre l'esprit. En effet, il s'agit de saisir comment la puissance d'achat est reçue en droit et comment le juge applique la norme de concurrence alors que le juriste n'est pas par essence formé à l'économie. L'on peut se demander quelles sont les règles de droit de la concurrence afférentes à la puissance d'achat développées sur les raisonnements de politique économique proposés. La traduction en droit peut potentiellement faire obstacle à l'approche économique initiale. Selon le Professeur VOGEL « (l)e droit de la concurrence est une théorie économique mise sous la forme

98 Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01, point 194.

99 Décision de la Commission, 3 février 1999, aff. L 274 / 1, *« Rewe / Meinl»,* point 71.

de règles juridiques »[100], néanmoins l'application de ces règles n'est pas une conséquence logique. Les raisonnements économiques du droit de la concurrence reposent sur des acceptions relatives aux finalités du droit de la concurrence. C'est le législateur qui traduit les finalités du droit de la concurrence définies par les politiciens et les économistes. Le juge applique le droit et non l'économie. Il peut y avoir une dissension entre le phénomène de puissance d'achat entendu par l'économiste, la norme édictée par le législateur et son application par le juge. En ce sens le droit de la concurrence européen connaît une évolution à laquelle répondent différents pans de concurrence législatifs tels que le droit des pratiques anticoncurrentielles et le droit des concentrations en droit européen. Le droit européen a connu une lente mutation vers une appréhension économique de la puissance d'achat. Le droit économique est « un droit de regroupement et de synthèse qui permet aux juristes d'envisager les nécessités de l'économie dans toute leur ampleur et de rendre compte des règles qu'elles ont pu susciter, quelles que soient les disciplines qui sous des aspects divers, régissent l'autorité économique »[101]. Les dispositions législatives doivent protéger la concurrence sans porter atteinte à celle-ci par des conceptions dogmatiques rigides de type conception de restrictions *per se.* Depuis peu, la puissance d'achat est aussi considérée pour ses effets proconcurrentiels, qu'il s'agisse du bilan concurrentiel ou de la puissance d'achat compensatrice. Il s'agit dès lors d'établir un équilibre entre des intérêts divergents, à savoir d'une part pouvoir donner à chaque entreprise la possibilité de prendre part à la concurrence de la même manière que les autres entreprises et d'autre part, ne pas limiter la concurrence effective entre les entreprises[102]. Les droits nationaux ont contribué à cette avancée et l'abus de dépendance économique instauré en droit allemand en est un exemple probant. L'Autorité Fédérale allemande des cartels a été un précurseur en matière de proposition de lois en proposant non une interdiction générale de la discrimination dans le commerce, ni un contrôle rigoureux des prix mais un contrôle des abus dans le domaine de la structure des prix et des comportements restrictifs, un contrôle des entreprises occupant une position dominante sur le marché et pour cela procéder à des enquêtes sectorielles. Selon L'Autorité Fédérale allemande des cartels les causes et les effets afférents à la puissance d'achat ainsi que ses abus doivent être considérés en principe de la même manière que la puissance sur le marché au niveau des fournisseurs[103].

100 VOGEL L., « *L'économie, serviteur ou maître du droit* » in *Mélanges André DECOCQ, Une certaine idée du droit,* Litec 2004, p. 605- 614 n°15, p. 610.

101 KUENGIENDA M., *droit économique du marché,* éditions EDILIVRE APARIS, 2012, p. 17.

102 VOGEL L., *Droit de la concurrence et puissance d'achat, op. cit.,* p. 516- 522.

103 Autorité Fédérale allemande des cartels, Rapport du 18 septembre 2008, p. 2, *op. cit.*

Ainsi le cinquième amendement prévoyait que la discrimination des acheteurs puissants serait sanctionnée de la même manière que la discrimination exercée par les fournisseurs. Une présomption de dépendance d'un fournisseur à un acheteur a été instaurée, subordonnée à l'existence d'une certaine puissance sur le marché des entreprises en cause.

§ 2. L'ÉVOLUTION ÉCONOMIQUE DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE

Le droit européen de la concurrence a évolué entraînant avec lui celle des droits nationaux de la concurrence. Il convient de revenir aux prémisses du droit européen pour en expliquer la portée économique. Les premiers Traités communautaires ne contiennent aucune disposition relative au pouvoir de marché et particulièrement au contrôle des concentrations. Le phénomène expansionniste des concentrations dans l'Union européenne dans les années 1980[104] a amené la question du degré souhaitable de concentration sur un marché. Certaines dates, dénotant une progression dans la réflexion économique, ont marqué l'histoire de la politique de concurrence européenne en particulier concernant les ententes et les concentrations. Le Traité CECA entré en vigueur en 1952[105] lance la création d'un marché commun du charbon et de l'acier dans le but d'éradiquer les cartellisations d'après- guerre constituées principalement en France et en Allemagne. En 1957, le Traité de Rome[106] instaure un titre V sur « Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations » . Le règlement 17/ 62[107] sur l'application des articles 85 et 86 T.C.E. (actuellement 101 et 102 T.U.E.) est adopté en 1962. Les concentrations connaissent une évolution à la fin des années 1980 par l'adoption du règlement 4064/ 89[108] sur le contrôle des opérations de concentration entre entreprises. La Commission européenne développe alors toute une série de communications ayant comme objectif d'aider les entreprises à comprendre sous quelles conditions une opération de concentration pourrait engendrer des effets anticoncurrentiels. La Commission devient compétente pour s'assurer a priori que les concentrations ne mettent pas en danger le processus concurrentiel essentiel au marché unique. Le Livre Blanc de 1999[109] marque un tournant en proposant la décentralisation de la mise en œuvre des anciens

104 BRICIU L., *Mise en perspective d'un siècle de fusions- acquisitions en Europe et aux États- Unis,* p.10.

105 Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, 18 avril 1951.

106 Traité de Rome, 25 mars 1957.

107 Règlement 17/62 de 1962, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité.

108 Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

109 Livre blanc sur la Modernisation des Règles d'application des articles 85 et 86 du TCE- Programme de la Commission n°99/027.

articles 81 et 82 T.C.E. (actuels articles 101 et 102 T.F.U.E.) et de remplacer le système d'autorisation préalable par celui d'exception légale. Le paquet de modernisation a contribué à une certaine évolution du droit de la concurrence. Le règlement 2790/1999 sur l'application de l'article 81 § 3 du TCE (actuel article 101 § 3 T.F.U.E.) à des catégories d'accords verticaux et de pratique concertées[110], les règlements et directives sur les accords horizontaux ou les règlements sur les aides d'État ont marqué un tournant. Le Livre Vert de 2001[111] propose une révision de fonds des critères d'évaluation des concentrations: le règlement sur le contrôle des concentrations reconnaît que, dans certaines conditions une fusion puisse instaurer un abus de position dominante. Ce Livre Vert, tout en reconnaissant la valeur et l'efficacité de la notion de position dominante, ouvre le débat sur les avantages qu'un alignement sur une approche d'évaluation des concentrations pourrait apporter au niveau international[112].

Le règlement n° 1/2003[113] représente une réforme essentielle de la procédure européenne en matière d'ententes et d'abus de position dominantes définissant les modalités d'application des dispositions du T.C.E. Ce règlement décentralise l'application du droit de la concurrence européenne, allège la charge de la Commission européenne, auparavant seule compétente. Il est notamment à souligner que le système d'exception légale remplace l'obligation de notification préalable des entreprises à la Commission. Les entreprises doivent s'assurer que leurs accords n'affectent pas la libre concurrence et n'enfreignent pas les règles européennes. De même la Commission n'a plus le monopole des exemptions, les autorités nationales de concurrence étant compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 101 § 3 T.F.U.E. aux termes desquelles les ententes qui contribuent au progrès économique peuvent bénéficier d'une exemption. Il permet aux autorités de la concurrence des États membres et aux juridictions nationales d'appliquer les dispositions européennes avec leur droit national, dès lors que le comportement concerné a une dimension européenne. Cette décentralisation assure une mise en œuvre efficace des sanctions européennes, applicables immédiatement par les autorités et les juridictions nationales. L'application des articles 101 et 102 T.F.U.E exige que le comportement en cause ait des effets sensibles sur le commerce entre États membres. Lorsque les autorités appliquent le droit national de la concurrence à des

110 Règlement CE n°2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 §3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

111 Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) nº4064/89 du Conseil du 11 décembre 2001.

112 http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26076_fr.htm Accédé mars 2011.

113 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du TCE.

accords, décisions ou pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. ou à une pratique abusive interdite par l'article 102 T.F.U.E., elles doivent également appliquer les règles de concurrence européenne. En effet, l'application parallèle du droit national de la concurrence à des accords ne peut aboutir à des conclusions différentes de celles qui découlent de l'application du droit de l'Union européenne. L'article 3 § 2 du règlement 1/ 2003 interdit aux juridictions et autorités nationales d'appliquer un droit national menant à une solution contraire au droit européen. Ainsi une entente autorisée par la Commission ne peut pas être interdite par les juridictions ou les autorités nationales. De même, si le comportement en cause est interdit par la Commission, il ne pourra pas être autorisé par les juridictions ou les autorités nationales. En ce sens, les autorités nationales sont dessaisies si une procédure est pendante devant la Commission. Si une juridiction nationale se prononce en appel sur une pratique déjà condamnée par la Commission, la juridiction nationale ne peut pas prendre une décision contraire à celle de la Commission selon l'article 16 § 1 du même règlement.

La décentralisation a permis la création de réseau européen de la concurrence (R.E.C.) et les autorités nationales doivent travailler entre elles afin de mettre en œuvre le droit européen de la concurrence, notamment en matière d'enquête ou lors de demandes de clémence déposées devant les autorités respectives et d'y apporter des réponses coordonnées[114]. Le critère de l'autorité la mieux placée pour traiter d'une affaire au sens de la Communication de 2004 sur la coopération entre autorités a également simplifié le traitement des affaires[115]. Depuis la création du réseau communautaire le 1er mai 2004, sur l'ensemble des affaires enregistrées deux tiers sont traitées par les autorités nationales et le tiers restant par la Commission. Sur l'ensemble des affaires traitées par les autorités nationales de concurrence, un tiers sont traités par les autorités françaises et allemande[116]. En France, l'Autorité de la concurrence a remplacé le Conseil de la concurrence en 2009, par application de la loi dite L.M.E[117]. L'Autorité de la concurrence est « une autorité administrative indépendante, spécialisée dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'expertise du fonctionnement des marchés et le contrôle des opérations de concentration. Au service du consommateur, elle a pour objectif de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons

114 LASSERRE B., *Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire*, Concurrences N°3, 2005, p. 43.

115 Commission, Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, 2004/C 101/03, notamment point 14.

116 LASSERRE B., Colloque, Deuxième journée franco- allemande de la concurrence, Concurrences n°2- 2007, p. 65.

117 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite « LME », J.O. du 5 août 2008

européen et international »[118]. L'Autorité de la concurrence est compétente pour appliquer les normes nationales au sens du livre IV du Code de commerce ainsi que les normes européennes, articles 101 et 102 T.F.U.E. Elle prononce des injonctions, prend des décisions, et le cas échéant, inflige des sanctions. Ses décisions sont soumises au contrôle de la Cour d'Appel de PARIS et de la Cour de Cassation. En Allemagne, l'autorité compétente est l'Office fédéral de lutte contre les cartels[119] qui travaille en coopération avec les autorités de concurrence régionales[120]. Tout comme l'Autorité de la concurrence, c'est une autorité administrative indépendante[121], qui applique les normes nationales au sens de la loi fédérale sur les restrictions de concurrence[122] ainsi que les normes de droit européen. Les recours judiciaires se font devant un Tribunal régional supérieur[123] sous le contrôle de la Cour Fédérale de justice[124].

L'évolution de droit européen de la concurrence s'est matérialisée également par l'adoption du règlement 139/ 2004[125] sur les concentrations par la notification préalable des opérations de concentration en suivant le principe de subsidiarité, corollaire de la décentralisation. En effet, dans l'esprit du règlement 1/ 2003, le règlement 139/ 2004 concerne plus spécifiquement le droit des concentrations et la répartition des compétences au sein de l'Union quant à leur contrôle. Les opérations de concentration de dimension européenne, définie par un seuil de chiffre d'affaires, sont soumises au contrôle exclusif de la Commission. En deçà de ces seuils les autorités nationales de concurrence ont compétence pour contrôler la concentration. Cette décentralisation permet une coopération entre les autorités nationales de concurrence et la Commission. L'article 9 du règlement organise le renvoi d'un dossier de la Commission au profit d'un État membre. De même selon les articles 9 § 2 a ou b du règlement, un État membre peut se voir attribuer compétence concernant une opération relevant en principe du contrôle de la Commission.
Depuis le Traité de Lisbonne[126] entré en vigueur le premier janvier 2009, aussi appelé le Traité sur l'Union européenne (T.U.E.) et Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

118 http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/concurrence/Pratiques-anticoncurrentielles, Accédé le 12/04/13.
119 Traduction libre de « *Bundeskartellamt* ».
120 Traduction libre de « *Landeskartellämter* ».
121 Accédé le 03/02/2013, http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/bundeskartellamt/BundeskartellamtW3DnavidW262.php
122 Traduction libre de « *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* ».
123 Traduction libre de « *Oberlandesgericht* ».
124 Traduction libre de « *Bundesgerichtshof* ».
125 Règlement CE n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations").
126 Traité de Lisbonne du 14 décembre 2007.

(T.F.U.E. succédant au Traité instituant la Communauté européenne dit T.C.E.), la notion de marché intérieur s'est précisée. L'article 3 du T.U.E. énonce les objectifs principaux notamment économiques de l'Union : « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement.(...) ». Par ailleurs, la troisième partie du T.F.U.E. prévoit les politiques et actions internes de l'Union. Le titre VII dispose des règles de communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations. Le chapitre 1 section 1 et 2, à savoir les articles 101 à 108, concernent tout particulièrement cette étude. La concurrence devient un « outil de l'Union permettant de réaliser le marché unique »[127]. C'est dans cette démarche qu'il est notamment fait référence au droit des ententes et des abus de position dominante. Le droit des concentrations fait l'objet d'une étude séparée dans le Traité. La communication du 9 février 2009 sur les abus d'éviction des entreprises en position dominante[128] a contribué a repenser le droit européen de la concurrence et à intégrer une dynamique économique quant au droit des abus de position dominante.

Concrètement, la puissance d'achat peut être appréhendée en droit européen par les dispositions législatives consacrées aux concentrations et celles consacrées aux pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit en particulier des normes afférentes aux ententes anticoncurrentielles au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. sanctionnant notamment l'exclusion par discrimination de certains fournisseurs sans justification objective ou le fait de contraindre les fournisseurs à se soumettre à des conditions commerciales ou à des obligations injustifiées. De même, l'abus de position dominante au sens de l'article 102 T.F.U.E., sanctionne les abus de comportements pris en raison d'une position dominante. Les législations nationales tendent à éclairer cette norme. L'abus de dépendance économique au sens des articles L 420- 2 du Code de commerce et l'article 20 de la Loi fédérale sur les restrictions de concurrence implique une relation entre deux partenaires économiques, et un chiffre d'affaires important réalisé par le fournisseur avec l'acheteur, deux facteurs conduisant le fournisseur à concentrer ses ventes auprès du même acheteur. De manière générale, les dispositions légales encadrent la puissance à l'achat selon des comportements types des acheteurs. L'acheteur puissant peut abuser de sa position dominante en exigeant des conditions discriminatoires des

127 SAURON Jean- Luc, *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Gualino Editeur, Paris 2008, 351 p., p.30.

128 Communication de la Commission du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 du traité CE (devenu article 102 T.F.U.E.) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes.

vendeurs ou en exerçant des pressions sur un vendeur particulier pour l'obliger à ne traiter qu'avec cet acheteur. De plus, une concentration entre acheteurs ou entre fournisseurs et acheteurs peut créer ou renforcer une position de puissance d'achat, entraînant de nombreux effets concentratifs sur le marché. En outre, la puissance d'achat peut résulter d'un accord entre acheteurs quant à des achats concertés entre entreprises détenant une puissance d'achat. Ces accords entre acheteurs puissants peuvent porter sur les prix d'achat, des conditions d'exclusivité consenties par les fournisseurs, des pratiques de boycottage ou de discrimination par les acheteurs. Le droit européen appréhende les situations de puissance d'achat par différentes normes correspondant à autant de représentations concrètes. Des dispositions de droit national tendent à compléter cet encadrement juridique européen. Dans le but de la politique européenne concurrentielle, il apparaît que la puissance d'achat doive être contrôlée. Il s'agit de promouvoir l'efficacité concurrentielle et de sanctionner un déséquilibre structurel potentiellement préjudiciable à la concurrence praticable. Les normes tendant à appréhender la puissance d'achat doivent conséquemment être aptes à saisir ce phénomène économique et le sanctionner en cas de dérive restrictive de concurrence.

La présente étude s'attache à déterminer si les différentes normes applicables à la puissance d'achat permettent de l'appréhender dans son entière acception économique au sens de la politique de concurrence définie. Les normes et les applications afférentes doivent servir utilement la concurrence comme définie par la politique économique de l'Union. Si la puissance d'achat fait l'objet de différentes appréhensions normatives, il convient d'établir dans quelle mesure celles-ci servent les intérêts de concurrence. L'analyse des dispositions juridiques mène à étudier comment la puissance d'achat est appréhendée et si elle est réellement saisie dans son entière acception économique. L'étude mène à vérifier que les outils normatifs de concurrence sont adaptés aux objectifs européens visés.
Il en ressort que l'appréhension normative de la puissance d'achat peut être scindée en deux catégories. La première catégorie normative à laquelle appartiennent le droit des ententes et le droit des concentration, implique un attachement à la puissance d'achat comme degré de pouvoir de marché à raison de ses effets de concurrence anti - et également proconcurrentiels (Partie 1). La seconde catégorie concerne la puissance d'achat comme pouvoir de marché pris en son acception de déséquilibre structurel de marché duquel l'exercice abusif est prohibé. Le droit des abus de domination tend en ce sens à considérer moins le pouvoir de marché et degré que l'exercice de celui-ci, même si une approche pro-concurrentielle tend à se dégager (Partie 2).

PARTIE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT, EXPRESSION DU DEGRÉ DE POUVOIR DE MARCHÉ

En matière d'ententes et de concentrations, le structuralisme tempéré de la politique de concurrence implique que l'on contrôle le pouvoir de marché en raison de son degré, ses effets pouvant être ambivalents. Une puissance d'achat n'est pas répréhensible par son existence même mais engendre potentiellement des effets anticoncurrentiels en raison du degré qui la constitue. L'atteinte potentielle à la concurrence est constituée par le fait que l'entreprise créée ou augmente sa puissance d'achat, de sorte que ne subsiste plus une concurrence suffisante. Le pouvoir de marché n'est pas considéré comme étant *per se* mauvais pour la concurrence ; le juge n'infère pas une entrave à la concurrence à partir de l'existence du pouvoir de marché et donc d'une puissance d'achat. L'appréhension normative des effets anticoncurrentiels de puissance d'achat obéit à un contrôle *a priori* en droit des concentrations et *a posteriori* en droit des ententes. De la sorte, tout accord ou opération ayant pour objet de créer ou de renforcer une puissance d'achat ne saurait être considérée comme étant intrinsèquement restrictif de concurrence. La logique du droit des ententes et des concentrations implique que le juge contrôle le degré de pouvoir de marché afin d'en déduire si la structure de marché modifiée est *in fine* entravée. La puissance d'achat peut également engendrer des effets bénéfiques de concurrence corollairement aux effets anticoncurrentiels ou par l'équilibre de marché qu'elle constitue. Dans le premier cas, il s'agit d'appréhender la puissance d'achat au sein d'un bilan économique. Dans le second cas, la puissance d'achat est saisie à raison du pouvoir compensateur qu'elle constitue. L'ensemble des éléments anti - et proconcurrentiels permet d'appréhender la puissance d'achat comme expression de pouvoir de marché dont le degré engendre des effets variables.

La puissance d'achat peut engendrer des effets anticoncurrentiels de concurrence (titre 1) et la considération de ses effets bénéfiques de concurrence permet de relativiser une entrave à la concurrence (titre 2).

TITRE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME EFFET ANTICONCURRENTIEL EN DROIT EUROPÉEN DES ENTENTES ET DES CONCENTRATIONS

Le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (T.F.U.E.) a comme but la protection de la concurrence au sein du marché intérieur de l'Union. Il a vocation à protéger une concurrence efficace afin que ne soit pas entravé le fonctionnement du marché intérieur. Le droit européen protège en ce sens la concurrence et la liberté de concurrence non de façon universelle mais afin de maintenir un ordre économique et social. Le droit européen s'attache ainsi aux effets d'une entente ou d'une opération de concentration à l'intérieur du marché intérieur, sur la structure de concurrence, et non aux comportements en eux- mêmes. La matérialisation de la puissance d'achat par des ententes (chapitre 1) ou des concentrations (chapitre 2) peut constituer une restriction de concurrence.

CHAPITRE 1. L'APPRÉHENSION DE LA PUISSANCE D'ACHAT EN DROIT DES ENTENTES AU SENS DE L'ARTICLE 101 § 1 T.F.U.E.

Le règlement 1/ 2003 pose une présomption de licéité de l'entente. C'est à l'autorité nationale ou européenne de prouver la violation de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et à l'entreprise qui invoque le bénéfice de l'article 101 § 3 T.F.U.E. de prouver que l'entente remplit les conditions d'une restriction.
La présente étude nécessite le rappel liminaire des règles afférentes aux pratiques anticoncurrentielles. L'article 101 § 1 T.F.U.E. suppose un accord, pratique, décision anticoncurrentiel d'une ou plusieurs entreprise ou d'un État, affectant sensiblement le commerce entre États membres. L'affectation du commerce entre États membres ne concerne pas un élément constitutif de la violation de la règle européenne mais détermine les domaines respectifs d'application du droit européen et du droit national[129]. Cette question est cruciale concernant la puissance d'achat qui peut recouvrir une réalité nationale ou bien européenne, comme ceci s'est illustré dans la grande distribution. La communication

129 DUBOUIS L., BLUMANN C., *Droit matériel de l'Union européenne,* Domat, 2012, p. 522.

de la Commission sur la notion d'affectation du commerce éclaire le justiciable sur la matérialisation de l'affectation[130]. Si le commerce entre États membres n'est pas susceptible d'être affecté, seul le droit national est applicable. Lorsque la condition d'affectation est réalisée, en raison du principe de la double barrière[131], la Cour a admis qu'une entente pouvait faire l'objet de deux procédures parallèles, nationale et européenne, et ainsi être sujette à une application cumulative de droits, à la condition que l'application de droit national ne porte pas préjudice à l'application uniforme des règles européennes ni au plein effet des actes pris en vertu de ces règles. Les autorités nationales ne peuvent déclarer une entente licite si elle est contraire au droit primaire et à l'inverse la Commission doit tenir compte de la sanction nationale pour déterminer le montant de l'amende qu'elle va infliger. En pratique, les autorités nationales sont tenues d'appliquer les articles 101 et 102 T.F.U.E. qui priment les règles nationales. Une entente valide au regard du droit européen le sera au regard du droit national. En revanche, selon l'article 3 § 2 du règlement 1/ 2003, une loi nationale plus stricte visant un objectif différent de celui visé par les articles 101 et 102 T.F.U.E. sera applicable[132]. En raison du principe de territorialité, un accord conclu en dehors de l'Union européenne peut tomber sous le coup de l'interdiction posée par l'article 101 § 1 T.F.U.E. s'il menace de fausser la concurrence à l'intérieur du marché commun. Toutefois, la Cour ne semble sanctionner uniquement les ententes mises en œuvre sur son sol[133]. Concrètement, l'affectation du commerce par les ententes répond à trois types de situation. En effet, l'entente peut être conclue par des entreprises ayant leur siège dans l'Union et porte sur l'importation ou l'exportation de produits entre États membres. Dans ce cas, l'entente sera susceptible d'affecter le commerce entre États membres. Par ailleurs, l'entente peut être conclue par des entreprises établies dans un même État membre et ne concerne que cet État. Si cette entente a pour effet d'opérer un cloisonnement en rendant plus difficile l'accès du marché national à des entreprises établies dans les autres États, l'entente sera susceptible d'affecter le commerce entre États membres. Ce cloisonnement peut être opéré par des accords d'exclusivité d'approvisionnement, ou fixant des prix minimums. En outre, des accords concernant des échanges avec des pays tiers peuvent être susceptibles d'affecter le commerce entre États membres lorsque un accord d'exclusivité a été conclu entre un producteur hors Union et un distributeur dans l'Union ne pouvant réexporter

130 Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, 2004/C 101/07, points 12, 13 et 18.

131 C.J.C.E., 13 février 1969, 14/68, Rec. p. 1,« Walt Wilhelm/ Commission », et article 3 du règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

132 Tel est le cas pour la législation française sur les prix abusivement bas.

133 C.J.C.E., 27 septembre 1988, 89/85, Rec. 1988 p. 5193, « Ahltsröhm/ Commission » connu sous « Pâte de bois ».

dans d'autres États membres, ou lorsqu'un producteur dans l'Union exporte exclusivement vers un pays tiers. Cette étude traite au sens du droit européen essentiellement les décisions rendues par la Commission européenne, en raison de l'importance particulière que revêtent ces affaires.

La restriction de concurrence est prohibée selon les termes l'article 101 § 1 T.F.U.E. lorsqu'elle a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. S'il n'existe pas de définition propre de la restriction[134], cette notion implique le fait pour une entente d'empêcher,de restreindre ou fausser la concurrence et met en lumière le fait que l'engagement pris par les cocontractants limite la liberté d'action des parties concernées. Selon la lettre de l'article 101 § 1 T.F.U.E., l'entente se définit comme l'« accord, décision d'association et pratique concertée » . L'entente peut être constituée entre des entreprises se situant ou non au même niveau du marché et concerne respectivement l'hypothèse des restrictions horizontales ou verticales pouvant avoir un objet anticoncurrentiel ou entraîner des effets anticoncurrentiels. « Toute restriction n'est pas restrictive de concurrence »[135] au sens où la restriction ne sera pas nécessairement interdite au sens de l'article 101 §1 T.F.U.E.. Le terme « restriction » est repris dans cette étude comme étant un terme générique induisant la matérialisation de la restriction potentielle par un accord, une décision ou une pratique. Cette acception permet le rattachement à la notion de concurrence efficace selon laquelle des situations concurrentielles dites imparfaites peuvent être souhaitables pour le marché intérieur. Une restriction est dite par objet lorsqu'elle restreint par nature la concurrence. Le législateur européen considère que c'est une restriction, qui au regard des objectifs du traité, est tellement susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence qu'il est inutile aux fins d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. de démontrer qu'elle a un effet concret sur le marché. Il s'agit d'une présomption reposant sur la gravité de la restriction. Une restriction est dite par effet lorsqu'elle affecte la concurrence réelle ou potentielle de manière sensible de sorte qu'il est possible de prévoir avec une bonne probabilité qu'elle aura des effets négatifs sur le marché. Il n'existe pas de présomption d'effets anticoncurrentiels. Une analyse des effets concrets de la restriction horizontale ou verticale à l'aune de l'article 101 § 3 T.F.U.E. permet de renverser la présomption d'effet anticoncurrentiel ou de vérifier si le fonctionnement du marché est *in fine* mis en danger.

La problématique de puissance d'achat revêt deux réalités en terme de restrictions de concurrence. La détention d'une puissance d'achat matérialisée dans une restriction peut poser des problèmes de concurrence en raison de son objet ou de son effet. Dans le premier cas, la détention d'une puissance d'achat est couplée à une clause litigieuse. La nature anticoncurrentielle

134 DEMME G., *Le droit des restrictions verticales,* p.2.
135 DEMME G., *loc. cit.*

de la clause n'est pas étrangère à la puissance d'achat. C'est la détention structurelle de puissance d'achat qui permet la conclusion de clauses litigieuses ayant un objet anticoncurrentiel. Ce n'est certes pas la détention de puissance d'achat qui est sanctionnée mais les restrictions réalisées en raison de l'existence de celle-ci. La puissance d'achat peut être conçue comme renforcée par une clause prohibée : le critère économique du contrôle de la restriction sous-tend le critère juridique. La clause prohibée est le moyen d'expression de la puissance d'achat. C'est parce qu'il est puissant que le distributeur va imposer des clauses illicites. Dans le second cas, l'effet potentiellement anticoncurrentiel de la restriction est fonction du degré d'expression de puissance d'achat. Les restrictions peuvent devenir litigieuses en raison du degré de puissance d'achat détenue par les parties. Le critère d'appréciation de la potentielle restriction est essentiellement économique car basé sur la puissance d'achat des parties et le degré de leur concentration. Une restriction horizontale ou verticale matérialisant une puissance d'achat peut néanmoins être exemptée de la prohibition de l'article 101 § 1 T.F.U.E. si elle remplit les conditions de l'article 101 § 3 T.F.U.E..

Les restrictions horizontales et verticales de concurrence matérialisant une puissance d'achat doivent être étudiées d'une part à raison de leur objet (section 1) et à raison de leur effet d'autre part (section 2).

SECTION 1. L'APPRÉHENSION DE LA PUISSANCE D'ACHAT PAR L'OBJET DE LA RESTRICTION

La nature d'une clause associée à une puissance d'achat peut engendrer une restriction de concurrence au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Les restrictions par objet matérialisant une puissance d'achat peuvent être horizontales (§ 1) et verticales (§ 2).

§ 1. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME MATÉRIALISATION D'UNE RESTRICTION HORIZONTALE ANTICONCURRENTIELLE PAR OBJET

L'expression de puissance d'achat conçue comme degré de pouvoir de marché des entreprises, peut faciliter la conclusion de restrictions horizontales prohibées par nature par l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Les restrictions sont dites horizontales lorsqu'elles sont formés entre opérateurs situés sur le même marché, au même stade du circuit économique. Elles concernent les relations de distribution d'un ou plusieurs distributeurs horizontalement avec un ou plusieurs de leurs concurrents, comme les accords d'achat

groupé ou les décisions adoptées par l'alliance, entre les membres d'un même groupement[136]. Il convient de voir comment la puissance d'achat se matérialise dans les restrictions horizontales (A) afin de dégager les restrictions caractérisées constituées sur la base de cette matérialisation pouvant porter atteinte à la concurrence en raison de leur objet (B).

A. L'EXPRESSION DE PUISSANCE D'ACHAT DANS LES RESTRICTIONS HORIZONTALES

Au sein des restrictions horizontales, la puissance d'achat se matérialise entre concurrents autonomes (1) et peut revêtir plusieurs formes juridiques (2).

1. UNE RESTRICTION ENTRE CONCURRENTS

La restriction horizontale exprimant une puissance d'achat, au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. est conclue entre des concurrents autonomes juridiquement, concurrents existants ou potentiels sur les mêmes marchés. Les accords horizontaux entre entreprises non concurrentes, comme c'est le cas en matière de recherche et développement, ne posent pas en principe de problème de concurrence car ils ne nécessitent aucune coordination de comportement ; ils ne concernent pas non plus de problématique d'achat *stricto sensu*. Les concurrents sont souvent des P.M.E. qui par le biais d'une entente vont souhaiter renforcer leur position en tant qu'acheteurs afin de concurrencer de plus grandes entreprises. La situation de puissance d'achat est appréhendée par l'article 101 § 1 T.F.U.E. dans la mesure où des entreprises acheteuses indépendantes et autonomes, concurrentes, opèrent a priori sur le même marché d'achat et de vente des produits, respectivement les marchés « amont » et « aval »[137]. Le critère de l'indépendance est essentiel puisqu'il délimite le champ d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E..
Les restrictions horizontales ne s'intéressent qu'aux relations entre membres d'un regroupement, d'une centrale ou d'une association. Il y lieu d'analyser les accords conclus entre les membres d'un même groupement ou les décisions adoptées par lui[138]. Les relations des membres avec l'entité du groupement obéissent aux règles sur les restrictions verticales. Les achats groupés doivent donc être vérifiés selon les règles sur les restrictions horizontales. S'ils ne révèlent aucune atteinte, l'analyse se poursuit selon les règles sur les restrictions verticales. L'on examine alors les accords conclus entre le regroupement avec un ou plusieurs membres ou bien avec un ou plusieurs fournisseurs.

136 Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01, point 194.
137 *Ibid.*
138 *Ibid.*

L'article 101 § 1 T.F.U.E. suppose l'existence d'un concours de volontés émanant d'entreprises qui disposent d'une autonomie de décision afférente à leur comportement sur le marché. Les formes qui peuvent être empruntées par ce concours de volontés sont très diverses et correspondent à des éléments constitutifs communs. Dès lors, le principe d'interdiction de l'article 101 § 1 T.F.U.E. s'applique à toute forme de concertation entre entreprises, les autorités de concurrence s'attachant non à la forme juridique mais à la réalité du comportement entre entreprises. En l'absence de concours de volontés économiquement indépendantes, les relations au sein de l'unité économique ne sauraient constituer une entente soumise à l'article 101 § 1 T.F.U.E.[139].

Les accords d'achat peuvent potentiellement relever du droit des ententes au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. mais également du droit des concentrations. La délimitation du champ d'application peut être ténue dans la mesure où il peut s'agir d'une entreprise commune. Il existe des accords horizontaux entre concurrents, notamment entre distributeurs, qui permettent de créer une entreprise commune aux différentes parties à l'accord. Ces accords relèvent potentiellement de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et des dispositions en matière de concentration. La qualification de plein exercice ou non revêt une importance concrète particulière pour les parties. En effet, l'exemption relative à l'article 101 § 3 T.F.U.E. est limitée dans le temps, contrairement à l'autorisation de concentration[140]. Afin de déterminer la disposition applicable, il faut déterminer si les entreprises communes sont dites « coopératives » ou de « plein exercice»[141]. Une entreprise commune est dite de plein exercice si elle accomplit « de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ». Pour cela, elle doit répondre à quatre critères[142] : l'entreprise commune doit avoir accès à toutes les ressources nécessaires, elle doit être conçue pour fonctionner durablement. En outre, ses activités ne doivent pas se limiter à une fonction spécifique pour les sociétés mères. Enfin, sont prises en compte les relations commerciales que l'entreprise commune entretient avec ses sociétés mères. Si l'entreprise remplit ces conditions, elle est considérée comme étant de pleine exercice et relève du droit des concentrations. Ainsi une opération est appréciée au regard du droit européen des concentrations si les entreprises dépassent les seuils de contrôle de dimension européenne et si l'entreprise commune accomplit de manière durable toutes les

139 C.J.C.E., 14 juillet 1972 , C 48/69, Rec. p. 619, « *ICI* »; C.J.C.E., 24 octobre 1996, C 73/95, Rec. p. I-5457, « *Viho Europe BV* ».

140 Voir chapitre suivant sur les exemptions.

141 Cette question pouvant faire l'objet d'une étude complète séparée sera abordée ici schématiquement.

142 Dans son article 3, paragraphe 2, le règlement sur les concentrations aborde la notion d'entreprises communes de plein exercice de la manière suivante: «La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, constitue une opération de concentration au sens du paragraphe 1, point b).»

fonctions d'une entité économique autonome. Dans le cas contraire, elle sera analysée comme une entente.

A ce sujet, la Commission considère qu'une entreprise commune n'est pas de plein exercice lorsqu'elle « ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économique de ses fondatrices sans avoir accès au marché »[143]. L'entreprise commune est considérée comme étant simplement coopérative et relève de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. La Commission afin de déterminer si une entreprise commune est ou non de plein exercice, précise que : « Lorsque les ventes de l'entreprise commune à ses fondatrices doivent revêtir un caractère durable, la question essentielle est de savoir si l'entreprise commune est appelée à jouer un rôle actif sur le marché indépendamment de ces ventes. À cet égard, la part relative de ces ventes dans la production totale de l'entreprise commune est un facteur important. Un autre facteur à prendre en considération est de savoir si les ventes aux entreprises fondatrices se font ou non sur la base de conditions commerciales normales »[144]. Ainsi, si l'entreprise commune vend durablement aux entreprises fondatrices, il faut analyser si elle a un rôle actif sur le marché.

Le droit allemand se distingue des droits européen et français en terme de qualification d'entreprise commune en droit des concentrations, puisque le champ d'application du droit des concentrations est plus large que le droit européen. Ainsi un même accord est analysé par la Commission à l'aune de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et par l'autorité fédérale allemande à l'aune du droit des concentrations[145]. L'accord nécessite alors autant d'autorisations de la part des différentes autorités de la concurrence.

2. LA MATÉRIALISATION DE LA PUISSANCE D'ACHAT

Les restrictions horizontales associées à une puissance d'achat peuvent recouvrir différentes réalités notamment comme des pratiques entre distributeurs ou des accords. L'accord d'achat est la pratique la plus répandue quant à l'expression de puissance

143 Commission, Communication relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice, JO 98/C 66/01, point 13.
144 Commission, JO 98/C 66/01, *op. cit.,* point 14.
145 Décision de la Commission, 15 février 2001, affaire COMP/38.064/F2, 2001 C 49/04, Rec. p. 4. et lettre de classement du 26 juillet 2001, « Covisint » : DaimlerChrysler AG/Ford Motor Company/General Motors Corporation/Nissan Motors Co. Ltd/Renault. Décision sur une bourse de commerce automobile électronique pour l'approvisionnement de constructeurs automobile. Le projet Covisint n'a pas été retenu comme étant une opération de concentration car les entreprises qui ont créé la bourse de commerce n'exercent pas de contrôle commun ou exclusif sur la nouvelle entreprise. L'opération a été analysée à l'aune de l'article 101 T.FUE. et on a conclu à l'absence de restriction de concurrence).

d'achat. S'il « vise généralement à créer une puissance d'achat »[146], n'est pas prohibé *per se* au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. L'article 101 § 1 T.F.U.E. condamne les accords horizontaux qui ont notamment pour objet d'empêcher, de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence.

Les accords d'achat peuvent être souhaitables pour la concurrence. Un accord d'achat est révélateur d'une puissance d'achat « susceptible de conduire à une baisse des prix ou à une amélioration de la qualité des produits ou services pour les consommateurs.(...) Toutefois (…) dans certains cas, (*elle*) peut poser des problèmes de concurrence»[147]. Les entreprises, parties à l'accord, tentent de créer une puissance d'achat en s'alliant entre elles ou avec un fournisseur afin d'obtenir notamment des conditions de vente plus avantageuses en amont de la part de leurs fournisseurs, notamment par l'achat de quantités importantes. Cette baisse des prix peut être répercutée vers le marché aval de sorte que le consommateur en soit bénéficiaire. Selon la Commission ces accords d'achat visent « à créer une puissance d'achat susceptible de conduire à une baisse des prix ou à une amélioration de la qualité des produits ou des services pour les consommateurs »[148]. Sans cet accord créateur de puissance d'achat, de petites et moyennes entreprises ne pourraient pas se positionner sur le marché comme concurrentes d'entreprises plus importantes et ne pourraient pas s'aligner en terme de bas prix. L'accord d'achat groupé peut permettre une concentration de pouvoir de marché sur le marché de la demande. Cette concentration peut être créée par l'accord d'achat ou bien renforcée[149] et influencer les prix d'achat. Les petites et moyennes entreprises sont donc concernées majoritairement par la problématique de puissance d'achat car elles tentent principalement par des achats groupés, d'obtenir des rabais aussi importants que ceux obtenus par des concurrents importants[150]. Toutefois, ces accords peuvent corollairement restreindre la concurrence en raison de la constitution puissance d'achat[151]. La concurrence peut se trouver limitée, le marché se trouvant fermé aux acheteurs concurrents car ils peuvent ne pas accéder librement aux fournisseurs efficients. Cette situation peut entraîner une perte de bien être et des prix élevés pour les consommateurs. Les entreprises ayant un fort pouvoir de marché sur le marché de la vente pourraient ne pas répercuter les économies réalisées au niveau des coûts d'achat mais plutôt les

146 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* point 194.
147 *Ibid.*
148 *Ibid.* ; Commission, lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01, point 116.
149 ZIMMER in IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht, EG,* Tome I, 4ème édition, Beck, 2007, p.249 n°326.
150 MOREAU F., *Restrictions horizontales de concurrence*, Rép. Communautaire DALLOZ, mars 2010, p.2.
151 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* point 194 ; Commission, 2010/C 130/01, *op. cit.* point 116.

conserver. Cette situation peut avoir pour conséquence une hausse des coûts pour les concurrents si les fournisseurs des acheteurs puissants compensent les réductions de prix accordées aux distributeurs en augmentant les prix facturés à d'autres distributeurs. De plus, l'accord peut mener à un nivellement des prix de revente car tous les membres d'un groupement achètent au même prix[152]. De même, la puissance d'achat peut engendrer une baisse d'innovation, une moindre diversité des produits et services ainsi que des quantités insuffisantes. Toutefois, les effets anticoncurrentiels de la puissance d'achat résultant de l'accord peuvent être contrebalancés par des effets proconcurrentiels au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E. et ainsi permettre à la restriction d'échapper à la prohibition légale de l'article 101 §1 T.F.U.E..

Les différentes formes d'accords horizontaux sur des achats communs entre entreprises répondent au terme d'accords d'achat groupé[153]. Les formes juridiques, expression de la puissance d'achat de distributeurs sont variées car elles obéissent à la liberté contractuelle des parties. Les autorités de concurrence ne contrôlent pas la forme de ces ententes ; elles s'assurent que ces structures restent concurrentielles. Il peut s'agir d'un accord contractuel, d'une coopération, d'une association d'entreprises ou une entreprise dans laquelle diverses autres ont des participations minoritaires ou que plusieurs entreprises contrôlent conjointement[154]. Les formes juridiques d'accords d'achat choisies répondent le plus souvent aux exigences économiques et pratiques des parties. Il s'agit généralement d'une société contrôlée conjointement ou d'une société dans laquelle un grand nombre d'entreprises détiennent des participations minoritaires[155]. L'entreprise conjointe gère les achats communs de produits pour des entreprises concurrentes sur les marchés d'achat des produits. Le regroupement, terme générique, s'opère entre des distributeurs isolés comme entre des distributeurs en réseau. Il peut s'agir d'une centrale d'achat qui est juridiquement indépendante des différents distributeurs et va agir pour eux pour notamment l'approvisionnement, un groupement d'achat où tous les distributeurs sont associés au sein d'un groupement d'intérêt économique, d'une société à responsabilité limité, une société anonyme ou une société par actions simplifiées où il y a lieu à des achats communs sous une enseigne commune. Le regroupement agit en tant que grossiste lorsqu'il se borne à acheter des produits auprès de fournisseurs pour les revendre aux distributeurs. Le cas le plus répandu est celui où le regroupement agit comme représentant des distributeurs auprès des fournisseurs : il négocie et conclut des achats pour leur compte en sa qualité de mandataire,

152 ELLGER R. in IMMENGA, MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht,* Tome I, EU, Beck, 2012, p.407 n°204.
153 Commission, 2011/C 11/01, *loc. cit.*
154 *Ibid.*
155 *Ibid.*

commissionnaire ou courtier. Il existe des magasins exploités par des commerçants indépendants et affiliés à un groupement coopératif ou à un groupe intégré par un contrat de franchise ou autre contrat assimilé. Les magasins intégrés sont détenus et gérés directement par un groupe de distribution, qui décide de la politique commerciale des magasins et emploie ses propres salariés. Les magasins indépendants disposent d'une certaine liberté commerciale, dans les limites de la politique commerciale fixée par la tête de réseau et spécifiée dans les statuts et les règles de fonctionnement. Le groupe peut ainsi limiter sa prise de risque et s'appuyer sur des commerçants ayant une connaissance détaillée des caractéristiques des marchés locaux. L'opérateur autonome, quant à lui, a tout intérêt à développer son activité commerciale, puisqu'il conserve les revenus qui en résultent, après versement des paiements dus au groupe auquel il est affilié.

L'accord horizontal ainsi conclu entre distributeurs peut avoir pour objet de restreindre la concurrence. En raison de la puissance d'achat constituée, les parties s'accordent sur des clauses dont il est à présumer qu'elles portent atteinte à la concurrence au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et ne remplissent pas les conditions de l'article 101 § 3 T.F.U.E..

B. LA DISSIMULATION DE RESTRICTIONS CARACTÉRISÉES DANS LES RESTRICTIONS HORIZONTALES

La Commission procède à l'analyse des restrictions horizontales au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. lorsque celles-ci ne contiennent pas de clauses interdites par nature. Toutefois lorsque de telles clauses sont existantes, la restriction est présumée d'une part produire des effets restrictifs de concurrence et tomber dans le champ d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et d'autre part ne pas pouvoir remplir les conditions de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. Une entreprise en situation de puissance d'achat peut être tentée de profiter de sa position afin de conclure des clauses illicites au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E., de sorte que la puissance d'achat se retrouve être la source de la clause litigieuse. Dans ce cas, ce n'est pas le pouvoir de marché qui est directement en cause en raison de son degré, mais l'association de la puissance d'achat avec une clause de nature illicite. La puissance d'achat peut induire en ce sens des effets restrictifs.

L'article 101 § 1 T.F.U.E. énumère une liste non limitative d'accords et de pratiques prohibées par nature. Une restriction horizontale peut porter atteinte à la concurrence par son objet, à savoir la nature de ses clauses. Cette restriction ayant un objet illicite sera prohibé quand bien même cet accord n'est pas suivi d'effets. Le critère de l'objet anticoncurrentiel correspond au but

poursuivi par les parties sans recherche de l'intention des parties. Il s'agit d'une « nature anticoncurrentielle » de l'objet, se déduisant du contexte juridique et économique de la pratique par rapport aux données du marché en cause. Les accords créateurs de puissance d'achat peuvent dissimuler un accord ou pratique interdits. Il s'agit alors d'une ou plusieurs clauses au contrat considérées comme restrictives de concurrence. De la sorte, une restriction horizontale matérialisant une puissance d'achat tel qu'un accord d'achat n'est pas interdite au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. quand bien même cet accord créé une puissance d'achat « susceptible de poser des problèmes de concurrence »[156]. L'accord d'achat n'est pas restrictif de concurrence lorsqu'il porte sur des achats en tant que tels, comme un accord permettant un regroupement, une centrale d'achat ou de référencement. Le fait pour des entreprises de réaliser des achats en commun peut tomber dans le champ d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. en raison notamment de la puissance d'achat significative de ces entreprises. Certaines restrictions horizontales matérialisant une puissance d'achat peuvent restreindre la concurrence en raison de leur objet au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Ceci est le cas s'il s'agit en fait des restrictions horizontales *a priori* injustifiées, appelées « restrictions caractérisées ». En effet, certaines actions de groupements ou distributeurs en situation de puissance, menées auprès d'autres distributeurs s'appuient sur des pratiques ayant notamment pour objet potentiel de restreindre le jeu de la concurrence. Il s'agit de clauses stipulant une fixation des prix, une répartition des marchés géographiques ou de clients. L'appréciation de ces clauses nécessite une analyse au cas par cas afin d'en apprécier la teneur. La clause restrictive est alors présumée produire des effets négatifs sur le marché et il n'est pas nécessaire d'établir son effet réel pour établir que la clause tombe sous le coup de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Il est établi qu'en l'absence de cette position de puissance, les groupements ou distributeurs concernés n'auraient pas conclu ces accords ou pratiques prohibées. Dès lors, l'on peut considérer que si la puissance d'achat matérialisée par une restriction n'est pas en soi répréhensible, elle peut servir d'indice permettant la détection de clauses illicites existantes au sein ou autour de cet accord.

Les clauses illicites pouvant être dissimulées par une restriction horizontale associées à une puissance d'achat correspondent à des hypothèses généralisées. L'on pourrait considérer que toutes les pratiques d'échanges d'informations ou d'entente sur le montant des coûts ou des prix nets ou bruts sur le niveau des marges, des remises ou des rabais peuvent potentiellement entrer dans le champ d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. justifié par la fixation d'un prix. L'article 101 § 1 T.F.U.E. interdit à toute entreprise d'offrir en vente ou de vendre des biens à perte en tant que restrictions caractérisées. La revente à perte consiste pour un commerçant à revendre ou à annoncer la revente d'un

156 *Ibid.*

produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. Le calcul du prix d'achat effectif est considérée comme le prix unitaire net figurant sur la facture soit le montant de l'ensemble des avantages financiers consentis par le vendeur exprimés en pourcentage unitaire du prix de vente du produit ajouté de la T.V.A., des taxes spécifiques liées au produit et du prix du transport du produit ou service. Le seuil de revente à perte est considéré selon comme la limite de prix en dessous de laquelle un distributeur ne peut revendre un produit[157]. L'imposition d'un prix de revente est accentué par la détention d'une puissance d'achat. Des distributeurs au sein d'un même réseau peuvent constituer une restriction horizontale en revendant des produits à perte, au détriment de concurrents qui vendront à prix coûtant. Ceci peut concerner l'hypothèse d'une restriction horizontale entre distributeurs d'un même réseau, de sorte que la puissance d'achat constituée mène à l'éviction de concurrents. Certaines dispositions nationales ont prévu l'interdiction de la revente à perte au titre des pratiques restrictives. En droit français, l'article L 442-6- I du Code de commerce interdit expressément la revente à perte comme pratique commerciale restrictive de concurrence. Dans un arrêt *Euronics Belgium CVBA / Kamera Express*[158], la C.J.U.E. a jugé qu'une réglementation nationale, en l'espèce belge, interdisant la revente à perte d'une manière générale, était contraire à la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs[159]. Seules sont autorisées les dispositions nationales « prévoyant une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte (*qui sont compatibles avec le droit européen)* pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ». La Cour explique que la directive, contenant une liste des pratiques commerciales déloyales ne mentionnant pas la revente à perte, protège le consommateur dans le sens du droit européen de la concurrence[160]. Il en résulte que l'interdiction de revente à perte

157 La loi Chatel II du 3 janvier 2008 n°2008-3 a complété la loi Dutreil du 2 août 2005 n°2005-882 et défini ce seuil, modifiant la loi Galland du 1er juillet 1996 n°96-588 en terme de seuil de revente à perte (S.R.P.). Depuis la loi 2008, la notion de prix d'achat effectif s'entend de la déduction des marges arrières réalisées par les distributeurs ainsi que les avantages financiers et réductions acquises.

158 C.J.U.E., 7 mars 2013, aff. C 343/ 12, *« Euronics Belgium CVBA / Kamera Express BV et Kamera Express Belgium BVBA »*, point 32.

159 Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005, («directive sur les pratiques commerciales déloyales ») relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, L149/22.

160 Directive 2005/29/CE, *op. cit.,* préambule point 6 : « (La directive) ne couvre ni n'affecte les législations nationales relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques de concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels ».

ne peut être assimilée à l'interdiction d'une pratique commerciale au sens de la directive de 2005. La revente à perte appartient ainsi au champ de l'article 101 § 1 T.F.U.E., envisagée comme une restriction par objet. Le droit européen primaire et dérivé s'affirme ainsi comme protecteur des consommateurs, excluant *a priori* la protection des relations entre opérateurs économiques. Pour autant, le fait de préserver l'équilibre concurrentiel en protégeant les opérateurs économiques concurrents de pratiques de revente à perte comme le *dumping* sert *in fine* à protéger le consommateur, puisque l'on assure une concurrence viable entre ces opérateurs. La dissociation entre protection des consommateurs et protection des opérateurs économiques ne paraît pas évidente notamment au regard de la directive de 2005 qui reconnaît avoir vocation également à protéger « indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente directive, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne »[161].

Les clauses interdites par objet sont le plus souvent dissimulées dans des statuts ou décisions de groupement ou associations constitués en vue d'achats groupés, en situation de puissance qui imposent des restrictions prohibées à leurs membres. Ces statuts ou décisions se basent sur leurs contiennent des clauses prohibées s'imposant à tous les membres de ce groupement. Dans l'affaire *Vereeniging van Cementhandelaren*[162] (V.C.H. *),* les statuts de l'association V.C.H., celle-ci représentant les intérêts de négociants pour l'achat et la vente de ciment, s'imposaient aux membres et contenaient des clauses afférentes aux fixations de prix et aux conditions de revente du ciment notamment par des restrictions d'approvisionnement. Pour retenir l'application de l'ancien article 101 § 1 TCE, la Commission retient la position de puissance d'achat du regroupement sur le marché néerlandais du ciment en aval[163] et

161 Directive 2005/29/CE, *op. cit.,*préambule point 8 précise : « La présente directive protège expressément les intérêts économiques des consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales des entreprises à leur égard. Dès lors, elle protège aussi indirectement les entreprises légitimes contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la présente directive, garantissant ainsi une concurrence loyale dans le secteur d'activité qu'elle coordonne. Il va de soi qu'il existe d'autres pratiques commerciales qui, si elles ne portent pas atteinte au consommateurs, peuvent néanmoins porter préjudice aux concurrents et aux clients des entreprises. Il convient que la Commission examine attentivement s'il y a lieu d'envisager une action communautaire en ce qui concerne la concurrence déloyale au-delà du champ d'application de la présente directive et formule, si nécessaire, une proposition législative couvrant ces autres formes de concurrence déloyale».

162 Décision de la Commission, 16 décembre 1971, aff. L 13/34, *« Vereeniging van Cementhandelaren »*, points 16 et 17.

163 Décision de la Commission, aff. L 13/34, *op. cit.,* point 16 a : « Considérant que l'importance quantitative de cette restriction n'est pas négligeable, que la part des livraisons inférieures à 100 t. représente 24 % du total des livraisons effectuées par les membres de la V.C.H., que que dernièrement les participants ont évalué à 67,5 % leur part dans le total des

estime que celui-ci est en mesure d'obliger ses affiliés à respecter les statuts définis : « *(sa)* position sur le marché *(aval)* néerlandais est encore assez forte pour qu'elle puisse déterminer ou influencer de façon décisive la politique des prix menée par ses membres » et que cette restriction est susceptible d'affecter – sans référence à la notion de sensibilité - le commerce entre États membres. Dans une affaire *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel* une association néerlandaise regroupant notamment des détaillants en cycles et pièces accessoires de cycles avait stipulé dans son règlement général que la vente des produits par le groupement d'achat agréé ne pouvait vendre qu'à des grossistes agrées à un prix déterminé collectivement et avec des remises concédées de manière discriminatoire. La Commission a estimé qu'il s'agissait d'une décision d'association interdite par objet au sens de l'article (actuellement) 101 § 1 T.C.E. dont l'effet sur le marché est sensible en raison de sa place dans le réseau de distribution communautaire[164]. De même dans une affaire *Socemas,* l'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. a été écartée pour des motifs similaires. La société SOCEMAS était chargée d'approvisionner des maisons d'alimentation (M.A.S.) et gérait pour ces entreprises l'achat de produits étrangers notamment alimentaires. Les M.A.S. étaient néanmoins libres de s'approvisionner ailleurs et de refuser les conditions commerciales négociées pour eux, et la SOCEMAS pouvait s'approvisionner pour son compte[165]. Dans une affaire *Tabac Brut*[166]**,** quatre grands transformateurs de tabac brut italiens avaient conclu des accords visant à fixer des conditions pour l'achat de tabac brut auprès de producteurs italiens par la fixation de prix et partage du marché. Ces accords visaient notamment à fixer les prix d'achat communs payables par les transformateurs à la livraison du tabac et d'autres conditions de transaction, à répartir les fournisseurs et les quantités, échanger des informations pour assurer la coordination de leurs comportements concurrentiels en matière d'achat et déterminer les quantités et les prix pour ce qui est de la production excédentaire. Après avoir analysé leur position de puissance sur le marché d'achat en amont, la Commission a estimé que la coordination en matière d'achat avait influencé des aspects fondamentaux de leur comportement concurrentiel et était également susceptible, par définition, d'affecter le comportement des mêmes entreprises sur tout autre marché sur lequel elles livrent concurrence, dont les marchés en aval[167].

---

ventes sur le marché néerlandais ; considérant qu'on peut estimer qu'un tiers environ de ces livraisons porte sur des ciments importés de Belgique et de la république fédérale d'Allemagne ».

164 Décision de la Commission, 2 décembre 1977, aff. L20/18, *« Centraal Bureau voor de Rijwielhandel »,* points 28 à 30.

165 Décision de la Commission, 17 juillet 1968, aff. L 201/4, « Socemas », point II §5.

166 Décision de la Commission, 20 octobre 2005, aff. L 353/45, « *Tabac Brut - Italie* ».

167 Décision de la Commission, aff. L 353/45, *op. cit.,* p. 3 point 7 : « Ces comportements sont susceptibles, du moins potentiellement, d'avoir une

Dans les cas précités, la puissance d'achat a favorisé l'instauration de clauses restrictives de concurrence. La sanction afférente à ces clauses litigieuses entraîne l'application de l'article 101 § 2 T.F.U.E. selon lequel celles-ci sont réputés nulles. Dans les cas susnommés, les entreprises concernées ou l'association d'entreprises a du mettre fin à ces pratiques, l'accord d'achat sur lesquelles étaient basées certaines de ces clauses litigieuses n'ayant pas été remis en cause par les autorités.

Les restrictions verticales matérialisant une puissance d'achat significative peut également dissimuler des restrictions caractérisées prohibées par l'article 101 § 1 T.F.U.E..

§ 2. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME MATÉRIALISATION D'UNE RESTRICTION VERTICALE ANTICONCURRENTIELLE PAR OBJET

Les restrictions verticales prohibées en raison de leur objet peuvent matérialiser la puissance d'achat (A) et permettre la dissimulation de clauses interdites (B).

A. L'EXPRESSION DE PUISSANCE D'ACHAT DANS LES RESTRICTIONS VERTICALES

Les restrictions sont dites verticales lorsqu'elles sont situées entre opérateurs positionnés à des stades différents du circuit économique. Les restrictions verticales sont des accords conclus pour l'achat et la vente de biens ou de services entre des entreprises dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de distribution. Elles peuvent matérialiser une puissance d'achat lorsqu'elles sont conclues notamment entre un ou plusieurs distributeurs, regroupés ou non, avec un ou plusieurs fournisseurs. Il s'agit généralement d'accords de fourniture ou de distribution tels que des d'accords d'achat groupé, d'achat lié, de distribution ou de fourniture exclusive.

L'article 101 § 1 T.F.U.E. trouve application dans le cas de restrictions verticales dont l'objet est anticoncurrentiel. Ces restrictions peuvent matérialiser une puissance d'achat. Elles se réalisent entre non concurrents (1). Les restrictions verticales matérialisant une puissance d'achat peuvent être propices au développement de restrictions caractérisées (2).

---

incidence sur les échanges de tabac brut entre l'Italie et les autres États membres, car ils portent sur une part importante des achats de tabac brut italien et concernent un produit (le tabac brut) qui est un produit intermédiaire du tabac transformé, lequel est largement exporté ».

1. UNE RESTRICTION ENTRE NON CONCURRENTS

La prohibition de l'article 101 §1 T.F.U.E. s'applique aux restrictions verticales à savoir aux entreprises non concurrentes ayant conclu un accord. Les restrictions verticales concernent généralement des accords entre opérateurs situés à des niveaux différents du processus économique à savoir essentiellement les accords de fourniture et distribution[168]. Il s'agit de deux ou plusieurs entreprises qui se situent à des stades économiques différents de la production et de la commercialisation de biens ou services. Tel est le cas entre deux agents qui ne sont pas en concurrence, tels un fournisseur et un distributeur. Les produits ou *« outputs »* de l'un sont les intrants *« inputs »* de l'autre. L'objectif de ou des entreprises initiant la restriction verticale est de renforcer ou d'établir un pouvoir de marché sur un segment. Selon certains auteurs, il s'agit par ce biais, plus de renforcer la puissance d'achat que de l'étendre[169]. Les restrictions verticales matérialisant la puissance d'achat concernent également les accords conclus entre « l'alliance » et ses membres et l'alliance et ses fournisseurs[170], tel qu'une centrale avec ses membres ou une centrale avec ses partenaires fournisseurs. Il peut toutefois exister des accords verticaux entre concurrents économiques, par exemple entre deux opérateurs situés à un même stade de production économique et l'un serait le distributeur de l'autre[171]. Si l'accord n'est pas réciproque, à savoir que celui qui achète ne vend pas, la relation est considérée comme étant verticale car l'acheteur n'est pas concurrent en tant que fabricant, mais en sa qualité de distributeur.

La doctrine souligne que le caractère de verticalité n'est pas toujours aisé à établir en raison de la puissance d'achat[172]. Ceci peut être le cas avec les marques de distributeur. Dans la grande distribution, les rapports entre fournisseurs de grandes marques et distributeurs sont classiquement verticaux. Or avec les accords de marque de distributeur, le distributeur devient un concurrent de son propre fournisseur, ce qui introduit une dimension horizontale dans l'accord de distribution. En fonction de la puissance d'achat du distributeur, du pouvoir et de la part de marché qu'occupe le fournisseur, les relations peuvent être difficiles à appréhender. La question de la verticalité est impactée par une situation où le distributeur est concurrent de son fournisseur.

---

168 DEMME G., *op. cit.,* p. 1.

169 LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique,* Bruylant, 2007, p. 510.

170 Terme repris des lignes directrices sur les restrictions horizontales.

171 Commission, *Règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution*, 2012, p. 14. La Commission prend l'exemple jurisprudentiel de deux brasseurs situés chacun dans un État différent et dont l'un deviendrait le distributeur exclusif de l'autre.

172 WACHSMANN A., REY P., *Les restrictions verticales,* 2009, Ateliers de la concurrence, D.G.C.C.R.F., p. 12.

Les restrictions verticales sont considérées plus favorablement par les autorités de concurrence que les restrictions horizontales. Selon la Commission : « Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux. Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales et elles peuvent permettre de réaliser des gains d'efficience substantiels »[173]. En effet, les restrictions horizontales peuvent avoir une incidence néfaste sur la concurrence du marché en menaçant la concurrence inter- marques. Les restrictions verticales bénéficient, elles, d'une appréciation *a priori* positive en ce qu'elles permettent aux opérateurs intervenant à des stades différents du processus économiques d'optimiser au mieux leurs activités et de favoriser la concurrence inter - marques et intra - marque. Les restrictions verticales sont considérées d'abord comme contribuant au développement et au renforcement de la position d'un agent économique sur le marché, son interaction avec d'autres agents économiques situés à d'autres maillons de la chaîne de distribution étant favorisée. Deux entreprises vont s'entendre et coordonner leurs activités quant à la fourniture de produits et leur commercialisation, en s'obligeant de manière synallagmatique par des obligations de fourniture, d'exclusivité,... Leur but est de stimuler la demande des produits, ce qui explique que ces accords soient positifs pour la concurrence[174] car « ils contribuent à l'obtention de l'optimum économique »[175]. Les restrictions verticales permettent une meilleure compétitivité du réseau par une baisse des prix et des produits de meilleure qualité. Cette démarche entraîne les réseaux concurrents à devenir plus compétitifs et stimule par ce bais la concurrence inter-marques.

Pour autant ces restrictions verticales peuvent emporter des effets anticoncurrentiels, qu'elles soient restrictives par objet et par effet. « Comme les fournisseurs, les acheteurs peuvent utiliser leur pouvoir de marché afin de mettre en place des restrictions verticales au détriment final des consommateurs (…), des concurrents d'un acheteur puissant ou (…) des fournisseurs incapables de compenser le pouvoir de marché de l'acheteur »[176]. Les restrictions verticales ont des effets restrictifs intramarque, à savoir à l'intérieur d'un même réseau de distribution, entre intervenants à l'intérieur d'une même structure verticale. Les entreprises initialement indépendantes

173 Commission, lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01, point 6.

174 POSNER R. A., *The Rule of Reason and the economic approach,* Volume 45 n°1, The University of Chicago Law Review, 1977.

175 FERRIER D., *Restrictions verticales de concurrence,* Rép. Communautaire DALLOZ, mars 2011, p. 3.

176 Commission, Memo/10/138, IP/10/445, 20 avr. 2010.

coordonnent leur comportement sur le marché au sein d'un même réseau. Ceci restreint *de facto* la concurrence entre ces entreprises à l'intérieur du réseau et affaiblit la concurrence au sein d'une même marque.

L'accord vertical liant le fournisseur au distributeur ne constitue pas en soi une pratique anticoncurrentielle. La puissance d'achat présente dans une restriction verticale peut « renforcer les effets négatifs dans le cas de restrictions du type distribution limitée ou répartition des marchés »[177]. Couplée à des accords de fourniture exclusive, distribution exclusive, et distribution sélective quantitative, la puissance d'achat peut conduire à des effets de verrouillage de marché pour d'autres fournisseurs ou d'autres distributeurs et faciliter des collusions de fournisseurs ou distributeurs. Les entreprises verticalement intégrées peuvent notamment refuser de coopérer avec des entreprises qui sont leurs clients dans un des segments du marché en amont ou en aval, et leurs concurrents dans l'autre segment. Selon la doctrine, il faut distinguer deux sortes de fermeture de marché au sein des restrictions verticales : « Dans la première (*fermeture*), l'un des secteurs (en amont ou en aval) est déjà monopolisé. Le but (...) de l'acheteur monopolistique est alors d'exploiter efficacement ce pouvoir de monopole. L'exclusion des partenaires commerciaux ou la réduction de la concurrence entre ces partenaires peuvent permettre de réaliser cet objectif. Dans le second type de forclusion de marché, aucun secteur n'est monopolisé et la forclusion accroît la monopolisation d'un des deux secteurs »[178]. Ainsi même si la restriction en cause est le résultat d'une relation verticale, elle n'a pas nécessairement pour effet principal d'affecter le marché situé verticalement. L'accès aux fournisseurs peut être réduit en raison d'accords tels que d'exclusivité d'approvisionnement de durée importante ; l'intensité de la concurrence s'en trouve réduite dans la mesure où l'entrée de nouveaux produits et services est freinée. De manière corollaire, ces restrictions peuvent venir renforcer la position d'un distributeur et entraver le développement d'entreprises concurrentes sur le marché aval. Le plus la puissance du distributeur est forte, le plus les effets de forclusion seront importants[179].

2. LA MATÉRIALISATION DE LA PUISSANCE D'ACHAT

L'article 101 § 1 T.F.U.E. s'applique à différents types d'accords

177 Commission, 2000/C291/1, *op. cit.,* point 125.

178 TIROLE J., *Théorie de l'organisation industrielle,* Tome I, p. 389 in LIANOS I., *op. cit.*, p. 510.

179 Autorité de la concurrence, avis du 28 septembre 2009 sur la révision du règlement (CE) n° 2790/99 et des lignes directrices concernant les restrictions verticales, p. 14.

verticaux qui sont liés à une puissance d'achat et constituent une restriction de concurrence à raison de leur objet et également de leur effet. Les restrictions verticales matérialisant une puissance d'achat tombent sous la prohibition de l'article 101 § 1 T.F.U.E. par objet si les restrictions concernées contiennent des clauses interdites par nature.

Il existe différentes restrictions pouvant matérialiser une puissance d'achat. Par un accord de distribution exclusive et parfois d'exclusivité de clientèle, le fournisseur s'engage à ne vendre ses produits qu'à un distributeur sur la zone géographique définie ou à une clientèle particulière[180]. De manière générale, le distributeur s'engage en retour à ne pas distribuer de produit concurrent sur la zone géographique définie ou à une clientèle particulière. Ce type de contrat concerne en particulier les cas de franchise ou de concession, tel que dans le secteur automobile[181]. En s'engageant de manière exclusive avec un distributeur, le fournisseur compense son absence d'image et le manque de possibilité de vente directe[182]. Le distributeur cible, lui, la demande des consommateurs et supporte les dépenses de marketing et de promotion des biens pour en faciliter la vente. Ce type d'accord permet au fournisseur de bénéficier de gains d'efficience. Les avantages résultant de cet accord de distribution exclusive concernent particulièrement les rendements d'échelle. Le fournisseur peut augmenter sa production et produire des quantités élevées d'un même bien et ainsi faire baisser le coût unitaire d'un bien et donc rendre son activité plus rentable. Le fournisseur bénéficie des débouchés du distributeur selon les implantations de ce dernier, locales, nationales ou internationales. Le distributeur effectue généralement des investissements en terme de compétences et d'équipement pour l'élaboration de produits nouveaux afin de construire ou consolider son image de marque. La relation exclusive avec le distributeur peut néanmoins nuire au fournisseur. Son chiffre d'affaires est généralement fonction des débouchés du distributeur. Les contrats peuvent être renégociés au préjudice du fournisseur en fonction de l'aléa de la demande. Selon la technique du « *hold- up* », le distributeur disposant de l'information sur la demande après conclusion du contrat, peut obliger le fournisseur à vendre son bien à un prix moindre que celui prévu dans le contrat initial.

Les accords verticaux concernant les ventes actives dans d'autres territoires ou à d'autres clientèles faisant l'objet d'une exclusivité peuvent engendrer particulièrement une réduction de la concurrence intramarque[183]. Par la fragmentation du marché,

180 Commission, *Règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution*, Office des Publications de l'Union européenne, 2012, p. 8.

181 MALAURIE- VIGNAL M., *Droit de la distribution,* Sirey, 2012, p. 64.

182 BERGES- SENNOU F., CAPRICE S., *Les rapports producteurs-distributeurs : fondements et implications de la puissance d'achat,* Economie rurale, 2003. p. 3.

183 Commission, *loc. cit.*

ce système peut mener à des discrimination des prix selon les territoires ou les clients. Lorsque le distributeur devient distributeur exclusif au niveau du commerce de détail pour l'ensemble ou pour une partie substantielle des fournisseurs du marché, les autres distributeurs sont évincés. La puissance d'achat du distributeur exclusif accroît ce phénomène lorsque les territoires de vente au détail sont étendus. Les consommateurs finals n'ont plus la possibilité de profiter de différences de prix éventuelles pour une marque donnée et ont un choix limité voire inexistant entre les distributeurs. Les fournisseurs concurrents peuvent être pénalisés par ce type d'accord exclusif si les distributeurs sont sous le coup d'une clause de non-concurrence et ainsi interdits de revendre des produits de marques concurrentes. Les accords concernant le commerce de gros entre le grossiste et le détaillant ne produisent d'effets anticoncurrentiels que si le distributeur exclusif contracte avec un nombre important de fournisseurs. Cet effet est amplifié par la puissance d'achat du distributeur. La concurrence intramarque entre fournisseurs peut se trouver considérablement réduite du fait de l'exclusivité et le marché du commerce de gros peut s'en trouver verrouillé. En outre, s'il y a plusieurs distributeurs exclusifs sur un même marché, ces accords peuvent favoriser la collusion horizontale à leur niveau et à celui des fournisseurs : il s'agit là d'une restriction horizontale.

Les accords de distribution sélective permettent au fournisseur de limiter le nombre de distributeurs sur la base de critères de sélection que ceux-ci doivent respecter pour être admis comme distributeurs agréés[184]. Les distributeurs agréés disposent de possibilités de vente limitées puisqu'ils ne sont pas autorisés à vendre à des distributeurs non agréés. Ils ne peuvent vendre qu'à d'autres distributeurs agréés et aux consommateurs finals. Les accords de distribution sélective sont, eux, fondés sur des critères de sélection quantitatifs et ont pour effet de limiter le nombre de distributeurs agréés. La sélection limitée de distribution est liée généralement à des concepts d'image ou de localisation, comme dans le secteur du luxe ou de haute technicité[185]. Ce système permet de cibler une catégorie de consommateurs en particulier pour des biens de consommation durables ou des produits industriels dont la demande est assez faible et concentrée. En contrepartie de contraintes liées à la commercialisation du produit en matière de services, stocks et stratégies de vente, les distributeurs sont protégés de la concurrence. Ces accords verticaux sont susceptibles de réduire la concurrence intramarque, les distributeurs n'étant pas encouragés à se livrer concurrence. Le plus le fournisseur est puissant, le plus la concurrence intramarque est faible. Les accords peuvent être exemptés si le fournisseur est seul sur le marché à pratiquer une telle distribution sélective. Par l'effet de

184 Commission, *op. cit.,* p. 10.
185 MALAURIE- VIGNAL M., *op. cit.*, p. 67.

réseau, la position des distributeurs devient monopolistique sur le marché des achats mais également de la revente, menant potentiellement à l'éviction de distributeurs concurrents. La puissance d'achat de distributeurs peut permettre d'accroître l'effet de verrouillage de distributeurs concurrents en imposant des conditions de sélection au fournisseur, conditions préjudiciables à ces concurrents.

Les accords de fourniture exclusive obligent le fournisseur à ne vendre un bien ou un service donné qu'à un seul acheteur à l'intérieur d'une zone géographique donnée aux fins d'une utilisation spécifique ou pour la revente[186]. Ces accords s'inscrivent dans des conventions- cadres de distribution de produits ou services. Il s'agit généralement d'accords de fourniture industrielle de produits intermédiaires, ou de produits de gros comme le pétrole ou la bière[187]. Les accords de fourniture exclusive génèrent en soi des gains d'efficience en raison des investissements consentis par l'acheteur. Ces accords de fourniture exclusive peuvent entraîner l'éviction d'autres acheteurs notamment lorsque l'acheteur dispose déjà d'une puissance sur le marché aval sur lequel il vend ses produits, qui vient se combiner avec sa part de marché sur le marché amont. Si l'acheteur ne dispose pas ou peu de puissance d'achat sur le marché aval, l'accord n'a en principe pas d'effet négatif sensible sur la concurrence. L'on considère que d'autres acheteurs peuvent le concurrencer. Si les acheteurs concurrents disposent d'une même puissance d'achat, le risque d'éviction est réduit aux acheteurs potentiels nouveaux sur le marché. L'intensité de l'effet de verrouillage du marché est fonction de la part de marché, notamment celle sur le marché aval et d'autres critères tels que de la durée de l'exclusivité. Les risques de verrouillage anticoncurrentiel sont moins élevés pour un produit homogène et intermédiaire; ils sont plus importants pour un produit hétérogène et final de marque. L'effet cumulatif des accords entre distributeurs et fournisseurs est ici aussi pris en compte pour évaluer l'effet anticoncurrentiel. Des accords concernant des distributeurs et des fournisseurs ne disposant pas de fort pouvoir de marché ne produisent pas en principe d'effet anticoncurrentiel.

Ces différentes restrictions verticales ne sont pas exclusives les unes des autres et la distribution sélective peut s'accompagner de distribution sélective. La distribution sélective emporte exclusivité de fourniture : le fournisseur s'engage à n'approvisionner que les distributeurs sélectifs alors que les distributeurs ne sont pas tenus d'une exclusivité d'approvisionnement[188]. Ils peuvent donc s'adresser à d'autres fournisseurs.

186 Commission, *op. cit.,* p. 12.
187 MALAURIE- VIGNAL M., *op.cit*., p. 64.
188 MALAURIE- VIGNAL M., *op. cit.,* p. 68.

B. LA DISSIMULATION DE RESTRICTIONS CARACTÉRISÉES DANS LES RESTRICTIONS VERTICALES

Des accords ou pratiques verticaux créant ou renforçant une puissance d'achat peuvent dissimuler des accords ou pratiques prohibés par l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Il peut s'agir d'une ou plusieurs clauses de l'accord considérées comme des restrictions caractérisées ou exclues en raison de leur objet pour lequel le pouvoir de marché des entreprises renforce les effets anticoncurrentiels. En effet, certaines actions de distributeurs avec des fournisseurs à l'encontre de concurrents en amont ou en aval s'appuient sur des accords ou pratiques ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence. Il peut être considéré que ces restrictions n'existeraient probablement pas en l'absence de puissance d'achat car une forte position de marché des distributeurs incite ces restrictions. L'article 4 du règlement 330 / 2010 énonce une série de restrictions par objet, restrictions verticales considérées comme des « restrictions caractérisées » à raison de leur nature présumées tomber sous le coup de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Selon l'article 5 du même règlement, sont considérées comme des « restrictions exclues », « importantes mais moins graves »[189] que celles de l'article 4. Selon l'article 4 du règlement précité, les restrictions caractérisées sont celles portant sur le prix de revente imposé aux distributeurs ; le territoire sur lequel le distributeur peut revendre ou bien la clientèle qui lui est limitée ; l'interdiction - soumise à exceptions - pour la distribution exclusive et la distribution sélective des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les détaillants d'un réseau de distribution sélective ; les livraisons croisées entre les membres d'un réseau de distribution sélective ; celles afférentes aux reventes pour un fournisseur de composants en pièce détachée. Les effets anticoncurrentiels présumés de ces restrictions verticales associées à une puissance d'achat concernent particulièrement la collusion entre distributeurs pouvant amener à une collusion entre fournisseurs. Ces effets se font sentir sur la concurrence intra- marque car la pratique des prix minimums imposés élimine la concurrence par les prix au niveau de la distribution.

Dans un le cas *Groothandel op Elektronisch Gebied* une association de grossistes néerlandaise en matériel électronique, la F.E.G. en position dominante pour l'achat de ce matériel sur le marché, avait imposé des prix de revente à ses distributeurs ainsi qu'une exclusivité. Ces derniers avaient interdiction de revendre le matériel à des distributeurs hors du réseau. La Commission a retenu une décision d'association interdite par objet en raison de la fixation de prix associée à un régime d'exclusivité, au sens de

189 PRIETO C., *Les ajustements apportés dans un jeu sophistiqué de présomptions,* Revue des droits de la concurrence, n°3, 2010, p. 15.

l'article 81 TCE (actuel article 101 § 1 T.F.U.E.). Pour démontrer l'effet sensible, elle retient la part de marché de la F.E.G. et de ses distributeurs sur les marchés amont et aval[190]. Dans une affaire *Nathan- Bricolux* le producteur de jeux éducatifs français avait conclu des accords sur les territoires et prix de revente avec ses distributeurs. La Commission a retenu que ces accords avaient pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 TCE (actuel article 101 T.F.U.E.) car « en interdisant la commercialisation hors territoire ou en limitant la liberté de fixer les prix et conditions commerciales de revente, (ils) se renforçaient mutuellement »[191]. La Commission part du renforcement d'une position de puissance sur le marché aval pour retenir l'existence d'une restriction caractérisée. C'est au cours de l'analyse de l'effet sensible que la Commission retient la part de marché des distributeurs sur le marché aval. Dans une affaire *British Sugar,* la Commission a retenu que l'accord entre le producteur de sucre et ses distributeurs quant aux prix de revente du sucre blanc cristallisé avait pour objet l'augmentation des prix du sucre blanc cristallise en Grande-Bretagne. Elle retient la puissance d'achat des parties sur le marché de la la vente au détail pour confirmer l'effet sensible de la restriction sur le marché intérieur, notamment auprès des distributeurs de sucre concurrents[192]. A l'aune de ces exemples, l'on constate que la restriction caractérisée est analysée *in fine* à raison de son effet sensible sur le marché. La Commission retient moins l'objet présumé illicite de la restriction que l'impact de cette restriction sur le marché en raison du pouvoir de marché des parties détenu et donc de la puissance d'achat et la puissance de vente. Ainsi reformulée, la restriction est « caractérisée » moins en raison de l'objet de sa clause, que l'association de cette dernière à un pouvoir de marché.

Il n'existe pas de type de restrictions caractérisées ou exclues définies légalement comme étant relatives à une puissance d'achat. Les restrictions caractérisées prises sur la base d'un renforcement de la puissance d'achat sont prohibées au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. car elles sont associées à une puissance d'achat mais non en raison de celle-ci. Il peut sembler regrettable de conserver des infractions légales « types » dont le contrôle est indifférent à toute analyse de pouvoir de marché, alors que celui-ci influe sur la structure de concurrence. La puissance d'achat n'est pas étrangère aux restrictions par objet car c'est en raison de sa puissance qu'un distributeur peut forcer ou bien inciter ses fournisseurs à adopter des comportements prohibés

190 Décision de la Commission, 26 octobre 1999, aff. 72/22, « *Nederlandse Federatieve Vereniging vaoor de Groothandel op Elektronisch Gebied* », points 107 à 111.

191 Décision de la Commission, 5 juillet 2000, affaire L-54/1, COMP.F.1. 36.516, *« Nathan- Bricolux »*, points 90 à 99.

192 Décision de la Commission, 14 octobre 1998, affaire L76/1, affaires jointes IV/F-3/33.708 – IV/F-3/33.709 - IV/F-3/33.710 - ire IV/F-3/33.711, *« British Sugar »*, points 159 à 162 et point 188.

tels que la pratique de prix imposés afin de faciliter une collusion. Même si elle n'est pas contrôlée directement, la puissance d'achat est prise en compte dans la restriction via l'effet sensible et donc le positionnement de marché. Selon l'article 101 § 1 T.F.U.E., l'accord doit affecter le commerce entre États membres de manière sensible. Selon la communication de la Commission sur les accords d'importance mineure[193], les accords qui n'affectent le marché que d'une manière insignifiante ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article 101 §1 T.F.U.E.. Il s'agit d'éliminer les restrictions, qui, en raison de leur faible impact ne pourraient tomber sous l'interdiction de l'article 101 §1 T.F.U.E..L'influence sensible est déterminée en prenant en considération « la position et l'importance des parties sur le marché concerné ». Le pouvoir de marché des parties concerne la part cumulée totale détenue par les parties à l'accord tant sur le marché à l'achat que sur le marché de la vente. Le critère de part de marché est déterminant dans l'appréciation de la puissance d'achat.

Le professeur PRIETO souligne à ce sujet la portée limitée des restrictions caractérisées actuelles en fonction de leur présumée nocivité. Selon cette thèse, il serait opportun d'instaurer des restrictions caractérisées pour saisir les pratiques spécifiques de la puissance d'achat en définissant des présomptions d'illicéité spécifiquement appliquées à la grande distribution[194]. La doctrine a pu établir un catalogue de restrictions associées à une puissance d'achat[195]. Ces restrictions sont des accords ou pratiques selon lesquels les distributeurs puissants exigent des fournisseurs d'effectuer des paiements ou des concessions pour leur permettre d'être présentés ou d'avoir accès à une place déterminée du supermarché. Cette hypothèse correspond aux redevances d'emplacement mais également au refus de stockage, aux commissions ou retrait de catalogue. Par ailleurs les restrictions sont également celles qui imposent des conditions relatives aux relations commerciales du fournisseur avec d'autres distributeurs. Cette hypothèse correspond au niveau minimal de livraison exigé du fabricant en l'empêchant de la même manière de livrer à d'autres détaillants. En outre, les restrictions concernent celles selon lesquelles les distributeurs appliquent

193 Communication de la Commission (« *de minimis*») concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne , 2001/C 368/07.

194 PRIETO C., *op. cit.,* p. 15 à 17. Selon le professeur : « Ce transfert de la charge et du risque de la preuve vers la puissance d'achat aurait été un gage d'efficacité pour la politique de concurrence, tout en ménageant une possible analyse économique renforcée. Par contraste de cette forme d'indulgence pour la grande distribution, les producteurs continuent quant à eux d'être exposés à la restriction caractérisée des prix de revente imposés et sont appréhendés indépendamment de toute preuve ou présomption de leur pouvoir de marché ».

195 LIANOS I., *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique,* Bruylant, 2007, p. 510 ; Rapport OCDE, *op. cit.*, p. 95.

des conditions différentes à leurs différentes relations contractuelles et commerciales avec les fournisseurs. Les autres restrictions sont celles qui imposent un déséquilibre dans la répartition des risques assumés par le fournisseur et le distributeur ; celles qui imposent des changements rétroactifs aux termes du contrat avec les fournisseurs ; celles qui restreignent l'accès des fournisseurs au marché ; celles qui imposent des charges ou transmettent le coût de l'opération au fournisseur comme le refus de détaillants de stocker un produit s'il n'a pas fait l'objet d'un minimum de dépenses de publicité, l'exigence d'investissement à fonds perdus ; celles qui imposent au fournisseur de gros d'utiliser les fournisseurs désignés par le détaillant. Il existerait nombre de restrictions n'étant pas considérées comme caractérisées et pourtant nocives, comme les redevables payables d'avance à l'instar des « primes de référencement » et de « coopération commerciale »[196] ou comme les accords de gestion par catégorie[197]. Les pratiques de boycott[198] peuvent être considérées comme des restrictions caractérisées lorsque l'acheteur puissant, par exemple sous la forme d'un regroupement, organise la suspension des achats de tous les affiliés auprès d'un fournisseur parce qu'il refuse d'accorder des réductions de prix ou parce qu'il approvisionne d'autres distributeurs. Dans l'affaire *Gøttrup- Klim / DLG*[199], une association coopérative d'achat limitait la possibilité pour ses membres de faire partie d'une autre association et les décourageait ainsi de s'approvisionner ailleurs. La Commission a estimé que ces restrictions devaient « être limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement de la coopérative et de soutenir sa puissance contractuelle vis-à-vis des producteurs.» La clause litigieuse ne tombait pas sous l'interdiction de l'article 85 § 1 T.C.E. (actuel article 101 § 1 T.F.U.E.) car les membres pouvaient s'approvisionner ailleurs mais de manière individuelle. De même la discrimination[200] ou

196 Voir ci- dessus les restrictions caractérisées dans les restrictions horizontales.

197 Ces restrictions nocives ne rentrant pas dans la catégories des restrictions par objet sont traitées dans la partie consacrée aux restrictions par effet.

198 Les boycotts constituent des actions concertées qui limitent de manière artificielle l'accès des acheteurs au marché amont et la fixation des prix par le libre jeu du marché. Il s'agit principalement d'éliminer un concurrent en appelant à des mesures de rétorsion collective ou en organisant un refus collectif de contracter par application d'une clause d'exclusivité.

199 C.J.C.E., 15décembre 1994, aff. C-250/92, Rec. 1994 p. 5641, « *Gøttrup – Klim /DLG* », n°35.

200 Concernant la discrimination, un accord entre acheteurs concurrents créateur de puissance d'achat, peut être utilisé pour fermer le marché aux concurrents ou augmenter leurs coûts. L'accord peut en effet prévoir un traitement différent des partenaires commerciaux pour des prestations équivalentes. En outre, un accord entre des distributeurs peut viser à opérer un transfert de marges de l'amont vers l'aval de la filière et les accords peuvent revêtir la forme d'exigences de renégociations de contrats de commercialisation et de ristournes supplémentaires suite à la création d'un regroupement, telle une coopérative ou une centrale de référencement. Si un

limitation de production[201] peuvent être considérées comme des restrictions caractérisées liées à la puissance d'achat à raison de leur fréquence notamment dans le secteur de la grande distribution. L'hypothèse des « marges arrières » est un exemple répandu dans la grande distribution : il s'agit de ristournes de fin d'année exprimées en pourcentage du prix de vente initial que les distributeurs demandent aux fournisseurs concernant un produit ou service en contrepartie au titre d'une coopération commerciale telle que la mise en valeur d'un produit sur un rayon ou catalogue, un volume de vente réalisé sur une période donnée. Ces marges arrières sont souvent des formes de « racket » car il s'agit généralement de rémunérations manifestement disproportionnées au regard des services rendus ou ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu.

En ce sens, les restrictions caractérisées n'ont, selon une partie majoritaire de la doctrine que nous rejoignons, pas d'avenir réaliste en tant que telles[202]. Il semble que les restrictions correspondant à des typologies de restrictions ne puisse en réalité être stigmatisées comme étant anticoncurrentielles. Dans l'approche concernant l'appréhension de la puissance d'achat, il a été constaté que le pouvoir de marché peut être à la fois nocif et bénéfique à la concurrence. La présomption de la nocivité d'une clause ne peut utilement être constatée qu'à l'aune de l'association d'un pouvoir de marché. Dans ce sens M. VERGÉ - qui souligne toutefois le caractère anticoncurrentiel plus probable de certaines restrictions – fait remarquer « (u)ne pratique donnée (prix de revente minimum imposé, contrat d'exclusivité, etc.) pourra être pro-concurrentielle dans une situation donnée, mais anticoncurrentielle dans une autre. » De la sorte, la condamnation générale de certaines restrictions telle que des prix imposés ne correspond plus à la pratique et à la tendance de la Commission de s'ouvrir à une approche plus économique de la concurrence. A l'exemple des prix imposés, ceux-ci peuvent être légitimes notamment en cas de forte concurrence intermarques ou afin de faciliter le lancement d'un nouveau produit. La présomption d'illicéité attachée à ces restrictions caractérisées revêt un caractère réfragable et les entreprises parties à cette restriction peuvent justifier de gains d'efficience au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. L'absence de présomption négative à l'instar des restrictions par effet permettrait de rendre le système d'analyse de l'article 101

alignement des conditions commerciales des membres du groupements est donné, alors la restriction sera caractérisée. Toutefois, si ces pratiques de renégociation participent d'un fonctionnement concurrentiel du marché, compte tenu notamment des informations progressivement obtenues par chacun des opérateurs sur les conditions accordées aux fournisseurs et aux distributeurs concurrents, la restriction ne sera pas constituée.

201 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* point 205.

202 VERGE T., *La réforme des lignes directrices verticales et l'analyse économique,* Revue des droits de la concurrence n°3-2010, p. 10 ; PRIETO C., *op.cit.,* p. 15.

T.F.U.E. plus cohérent en terme de contrôle d'effet anticoncurrentiel, l'association d'un pouvoir de marché n'étant pas étranger à l'effet restrictif. Ceci serait profitable pour les entreprises et pour les autorités de concurrence en terme de coûts et de temps.

SECTION 2. L'APPRÉHENSION DE LA PUISSANCE D'ACHAT PAR L'EFFET DE LA RESTRICTION

Une restriction qui n'a pas pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence peut avoir un tel effet selon l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Afin d'appréhender les restrictions par puissance d'achat, une analyse économique est nécessaire en tenant compte des caractéristiques particulières de la structure d'un marché donné, en plaçant la restriction dans son contexte économique[203]. L'analyse de la restriction porte sur l'effet produit sur le marché. Il ne suffit pas que la restriction limite la concurrence entre les parties. Il faut que les parties soient restreintes dans leur liberté d'action et que cette restriction soit susceptible d'affecter la concurrence de manière sensible. C'est la structure de marché qui détermine si un accord restreint *in fine* la concurrence : si les effets pro-concurrentiels de l'accord au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E. compensent les effets anticoncurrentiels La restriction matérialisant la puissance d'achat n'est pas en soi prohibée mais peut présenter des problèmes de concurrence en raison du degré de la puissance d'achat constituée. L'association d'une puissance d'achat à une restriction de concurrence peut avoir pour effet de la rendre litigieuse au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Le franchissement d'un seuil légal est l'élément déclencheur du contrôle des restrictions au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Il est le premier indicateur de puissance d'achat.

Les seuils de marché de marché constituent un indice important dans la détermination de la puissance d'achat (§ 1). D'autres indices structurels peuvent néanmoins permettre de la déterminer (§ 2).

§ 1. LES SEUILS DE PARTS DE MARCHÉ COMME INDICE DE PUISSANCE D'ACHAT

Les marchés pertinents doivent être délimités pour évaluer la

203 Décision de la Commission, 25 juillet 1977, aff. 77/543, *« De Laval / Stork »,* point II-2 : « Un accord entre entreprises ne doit pas être apprécié sur le seul plan juridique , - création d'une unité nouvelle dotée ou non de la personnalité juridique – mais également dans son contexte économique. »

puissance d'achat (A) afin de calculer la part de marché afférente (B).

A. LA DÉTERMINATION DES MARCHÉS AVAL ET AMONT PERTINENTS

L'effet de la restriction nécessite de délimiter le marché pertinent pour l'appréciation de la part de marché de l'acheteur (1) à l'aide du critère de substituabilité (2).

1. L'INTÉRÊT DE LA DÉTERMINATION DU MARCHÉ PERTINENT

Afin d'établir l'effet de l'accord lié à une puissance d'achat potentiellement restrictif de concurrence, la Commission retient que le marché en cause sur lequel opèrent les parties doit être déterminé. La puissance d'achat des parties est établie notamment par un seuil de part de marché sur un ou plusieurs marchés délimités. Pour autant, la détermination du marché pertinent en droit des ententes paraît discutable pour certains auteurs car elle n'est pas une condition préalable à l'établissement de la restriction[204]. Selon eux, la thèse de l'inutilité de la délimitation de marché en droit des pratiques anticoncurrentielles peut être retenue. Il s'agit de définir le comportement, le marché et l'effet du comportement. « Le marché doit être défini afin d'apprécier l'effet causé par le comportement. Si le marché est défini à partir du comportement, le raisonnement devient circulaire »[205]. Selon cette thèse, l'on détermine le marché à partir d'un comportement en cause ce qui induit une présomption d'effet de ce comportement : rechercher le lieu où se produit la potentielle restriction. C'est parce que l'effet du comportement est présumé que le marché est défini comme le lieu de cet effet. L'effet serait inféré par le comportement sans passer par le marché de sorte que le marché apparaît comme un préalable alors qu'il est une conséquence.

Il apparaît que le pouvoir de marché n'existe que par la délimitation artificielle du marché. L'on présume certes une restriction éventuelle mais la seule analyse de la pratique ou de l'accord litigieux n'aurait aucun sens s'il n'était effectué à l'aune d'un marché pertinent. La détermination du marché pertinent paraît donc essentielle dans l'approche des effets de puissance d'achat si ceux-ci peuvent fausser le jeu de la concurrence et affecter le commerce entre États membres.

2. LE CRITÈRE DE SUBSTITUABILITÉ

La délimitation des marchés pertinents importe dans l'appréhension de la puissance d'achat car selon une délimitation

204 MALAURIE VIGNAL M.., *L'abus de position dominante, op. cit.,* p. 22.
205 SIBONY A.L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence,* Thèse, 2008, p.355.

plus ou moins étroite, l'appréciation de la part de marché notamment celle de l'acheteur, diffère sensiblement. Les règlements et les lignes directrices ne livrent que peu d'indices quant à la délimitation préalable du marché pertinent, un renvoi à la communication sur la définition du marché en cause étant opéré[206]. Le marché est délimité quant à sa matérialité pour les produits ou services d'une part et la zone géographique d'autre part concernés. Les lignes directrices de la Commission établissent les critères de délimitation de ces marchés[207]. Le marché géographique comprend « le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable » [208]. Les frontières peuvent être liées à la nature du produit ou du services, tel qu'un standard mondial ou national. De même le coût de transport, les barrières réglementaires constituent autant de délimitation géographique du marché. Le marché de produits ou services en cause comprend « tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »[209]. La délimitation du marché obéit ensuite au test de substituabilité selon lequel si deux produits ou services sont substituables, c'est qu'ils sont en concurrence et donc qu'ils appartiennent au même marché sur lequel les parts de marché des entreprises pourront être déterminées. La détermination du degré de substitution des produits ou services permet en ce sens d'établir un pouvoir de marché[210]. La substituabilité est une transposition dans l'ordre juridique du concept économique d'élasticité croisée. L'élasticité croisée de la demande permet de mesurer la tendance des acheteurs à délacer leur demande d'un bien à un autre quand le prix du premier change[211]. Selon le professeur BOUTARD-LABARDE, « (l)a théorie économique suggère une analyse empirique des réactions de la demande aux variations de prix des concurrents, supposés opérer sur un même marché, semblable analyse pouvant seule permettre de définir les contours de la demande et donc du marché »[212]. La théorie de l'élasticité croisée de la demande tend à considérer que si elle est

206 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.* ; Commission, 2010/C 130/01, *op. cit.* ; Commission, Communication sur la définition du marché en cause aux fin du droit communautaire de la concurrence, 9 décembre 1997, C 372/05.

207 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* points 197 et 198 ; Commission, 2010/C 130/01, *op. cit.,* point 86, renvoyant toutes deux à la communication de la Commission sur la définition du marché en cause C 372/05 *op. cit.*

208 Commission, 1997/ C 372/05, *op. cit.,* point 8.

209 Commission, C 372/05, *op. cit.,* point 7.

210 BIDAUD L., *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence,* Litec, 2001, p.265.

211 *Ibid.* p.251.

212 BOUTARD- LABARDE M.C. in , *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence,* Litec, 2001, p.251.

élevée entre deux produits, ils appartiennent au même marché. Une diminution dans le prix d'un bien A entraîne une diminution dans le prix d'un bien B. Dans le test de substituabilité, l'élasticité est parfois complétée par la notion de similarité ou d'interchangeabilité du produit ou service. L'ensemble permet de vérifier si les produits ou services sont en concurrence sur un même marché et donc de mesurer le pouvoir de marché exercé par les entreprises concernées et ainsi et de délimiter le marché pertinent[213]. Une entreprise dispose d'un pouvoir de marché, si elle peut fixer durablement son propre prix de produits ou services au dessus du niveau concurrentiel, sans perte importante de clientèle. Dans ce cas, ceci constitue un indice de substituabilité et peut révéler un marché indépendant des autres marchés du secteur. En principe, la Commission réalise le test de substituabilité du côté de la demande et parfois du côté de l'offre[214]. Selon la communication sur la définition du marché en cause, la substituabilité du côté de la demande est un « exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients ». L'on recherche si « les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés ». Parfois, il est nécessaire d'envisager la substituabilité du côté de l'offre en recherchant si les fournisseurs peuvent « réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs ». L'analyse de la substituabilité dans la dimension de produit ou service repose sur un faisceau d'indices dont font partie les caractéristiques du produit ou service. La nature ou la fonction organique d'un produit ou service de même que les caractéristiques physiques et matérielles importent, au même titre que la fonction et l'utilisation. Les coûts associés à un transfert de la demande ou de la production du produit ou service sont analysés. D'autres facteurs de substituabilité entrent en ligne de compte comme les différents types de distribution : les stratégies de commercialisation telles que la grande distribution, la consommation à domicile ou la restauration. De même les contraintes juridiques liées au produit ou service, comme une norme ou une certification et les préférences des clients constituent autant de facteurs. La Commission prend également en compte un certain nombre de tests économétriques et statistiques comme l'estimation des élasticités croisées de la demande d'un produit, la similitude des variations de prix au cours du temps, les liens de causalité entre des séries de prix. Pour conforter ses analyses, la Commission procède à des tests

213 BIDAUD L., *op. cit.,* p.261.
214 Commission, C 372/05, *op. cit.,* points 15 à 24.

de marché qui reposent sur des questionnaires adressés aux clients et aux concurrents des entreprises en cause. L'analyse de la substituabilité dans la dimension géographique repose sur plusieurs données : l'importance des préférences locales et nationales, les habitudes d'achat des clients, la preuve de transferts par le passé, la localisation des produits ou services, les courants d'échange, les coûts associés à une réorientation des commandes.

La matérialisation d'une puissance d'achat nécessite d'évaluer la substituabilité de manière différenciée de celle établie classiquement par la Commission mentionnée ci- dessus. L'évaluation des restrictions horizontales matérialisant une puissance d'achat nécessite de prendre en compte la substituabilité sur le marché amont, directement concerné par l'accord, sur lequel les parties opèrent en tant qu'acheteurs. La substituabilité sur le marché aval ou « marché de vente »sur lequel elles opèrent en tant que vendeurs n'est prise en compte que dans la mesure où les entreprises sont concurrentes[215]. En premier lieu, la substituabilité sur le marché amont ou « marché d'achat » est définie du point de vue de l'offre. La Commission observe « les solutions de remplacement dont disposent les fournisseurs afin d'identifier les pressions concurrentielles qui s'exercent sur les acheteurs. Ces solutions de remplacement pourraient être analysées, par exemple, en examinant la réaction des fournisseurs à une diminution des prix faible, mais durable»[216]. Les fournisseurs doivent pouvoir réorienter la production des produits en cause et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire ou substantiel en réaction à des variations légères mais permanentes des prix relatifs. La Commission fait référence à la notion d'immédiateté et d'efficacité pour la substitution. L'on en déduit que l'absence ou le peu de solutions de remplacement pour les fournisseurs indique une faible substituabilité et donc une puissance d'achat des clients. A ce stade, l'élasticité de l'offre ne se préoccupe pas de la capacité de substitution du produit ou service. En second lieu, la substituabilité sur le marché aval ou « marché de vente » est définie du point de vue de la demande afin d'identifier les pressions que peuvent subir les distributeurs. La Commission précise que : « (s)i les parties sont également concurrentes sur un ou plusieurs marchés de vente, ceux-ci sont également considérés comme des marchés en cause aux fins de l'appréciation. Les marchés de vente doivent être définis en appliquant la méthodologie exposée dans la communication sur la définition du marché en cause »[217]. Les critères exposés quant à la délimitation de produits ou services sont à reprendre pour le marché de la vente. La nature de la demande est prise en compte et le consommateur n'est pas assimilé au distributeur en matière

215 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* points 197, 198 et 207.
216 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* point 198.
217 *Ibid.* point 199.

d'achat. En droit des restrictions verticales, la substituabilité n'est pas réalisée du point de vue des offreurs. L'évaluation de la substituabilité est ainsi dissociée selon que le distributeur est un acheteur direct ou bien un intermédiaire vers le consommateur final. La Commission précise que « (l)a définition du marché de produits dépend en premier lieu du caractère substituable des produits aux yeux des acheteurs »[218]. Dans le premier cas, la substituabilité de produits intermédiaires est établie selon les préférences de l'acheteur direct. Dans le second cas, il est considéré que les achats du distributeur sont orientés en fonction de la demande du client final, de sorte que la substituabilité des produits ou services finals est à considérer au niveau de ce dernier. Il en résulte une dissociation géographique entre les marchés de gros, plus vaste car nationaux ou internationaux, et les marchés de détail locaux ou régionaux.La Commission précise que « (t)ransposée à la situation de distributeur, acheteurs non utilisateurs des produits initialement achetés, la substituabilité doit donc être examinée du côté de la demande en analysant la réaction des consommateurs face à une variation à la hausse légère mais durable des prix »[219] .

B. LE SEUIL DE PARTS DE MARCHÉ

L'appréhension de la puissance d'achat au sens du droit des ententes se réalise d'abord par l'appréciation de seuils dont le calcul diffère selon qu'il s'agit d'une restriction horizontale (1) ou bien verticale (2). Il est à noter que le seuil de parts de marché délimite le champ d'application des articles 101 et 102 T.F.U.E., puisqu'en deçà des seuils afférents à la position dominante, c'est l'article 101 T.F.U.E. qui trouve application. Au delà des seuils définis au titre de l'article 102 T.F.U.E., l'application normative est cumulative.

1. LE SEUIL DE PARTS DES MARCHÉ DES RESTRICTIONS HORIZONTALES

a. Les marchés concernés par le calcul du seuil

Lorsqu'une restriction horizontale ne comporte pas d'objet interdit, il convient de vérifier si son effet peut être restrictif de concurrence au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Le degré de parts de marché des parties à une restriction détermine si celle-ci est potentiellement restrictive de concurrence au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.[220]. En effet, à l'exemple d'un accord d'achat,

218 Commission, 2010/C 130/01, *op. cit.,* points 88 et 89.
219 Commission, 1997/C 372/03, *op. cit.,* point 15.
220 L'importance de la part de marché est soulignée par le professeur IDOT : « Alors qu'il y a eu pendant très longtemps une tendance à voir dans toute restriction à la liberté d'action des parties une restriction de concurrence, l'analyse est désormais essentiellement fondée sur le pouvoir de marché des entreprises. Une même clause sera jugée ou non restrictive en fonction de la

celui-ci en créant une puissance d'achat au profit du groupe peut avoir des effets restrictifs de concurrence et réduire la concurrence en affectant indirectement les prix, la production, l'innovation, la variété ou la qualité des produits. La Commission explique que « la puissance d'achat est susceptible d'être anticoncurrentielle lorsqu'un accord d'achat groupé porte sur une partie du volume totale d'un marché d'achat de produits suffisamment importante pour que l'accès au marché puisse être fermé aux acheteurs concurrents »[221].

Au sens des restrictions horizontales, l'article 101 § 1 T.F.U.E. s'applique aux entreprises qui sont des acheteurs concurrents sur le même marché amont et souvent sur le même marché en aval. Le marché amont est le marché d'achat du produit ou service. Le marché aval est le marché sur lequel les parties opèrent en tant que vendeurs[222]. Les accords « présumés non contraires »[223] à l'article 101 § 1 T.F.U.E., sont les accords entre non concurrents sur le marché aval, sauf dans l'hypothèse d'une forte puissance sur le marché. Les marchés amont et aval sont liés par des relations d'interdépendance, car ils sont impactés tous deux par la puissance d'achat ce qui implique une analyse duale dans la détermination économique du marché pertinent. Généralement, les entreprises disposant d'une puissance d'achat disposent également d'une puissance de vente. Il est donc peu probable qu'une restriction ait des effets restrictifs de concurrence lorsque les acheteurs concurrents en amont n'opèrent pas sur le même marché aval. Ceci est le cas lorsque des détaillants opèrent sur des marchés géographiques différents, à moins que les parties ne bénéficient sur les marchés d'achat, d'une position importante pouvant nuire à la position concurrentielle d'autres opérateurs sur leur marché de vente[224].

La part de marché en amont et en aval est prise en compte dans l'établissement de cette puissance d'achat. La puissance de vente peut apparaître comme un élément de la puissance d'achat en raison de l'interdépendance qui les lie. Sur le marché amont, la puissance d'achat des parties à l'accord d'achat groupé peut être utilisée pour « fermer le marché aux acheteurs concurrents et augmenter leurs coûts en limitant l'accès aux fournisseurs efficients, surtout si les fournisseurs sont en nombre limité et qu'il existe des barrières à l'entrée sur le marché en amont »[225]. Les fournisseurs peuvent vouloir compenser les réductions de

part de marché détenue par l'opérateur ». In IDOT L., « *La qualification de restriction de concurrence : à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 CE* » in CANIVET G., *La modernisation du droit de la concurrence,* Paris, L.G.D.J., 2006, p.88.

221 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* point 210.

222 La délimitation des marchés pertinents amonts et avals est détaillée au B de cette section.

223 Terme cité de POILLOT-PERUZETTO S., *La réforme des accords horizontaux en droit communautaire de la concurrence*, Contrats Concurrence Consommation, Lexis Nexis, 2001, n°4, p.6

224 ELLGER R. in IMMENGA, MESTMÄCKER, *op. cit.,* p.357 n°395.

225 Commission, *op. cit.,* 2011/C 11/01, point 203.

prix consenties aux acheteurs puissants en augmentant les prix facturés à d'autres clients. Ils peuvent être également moins incités à développer la qualité de leurs produits et l'innovation[226]. Sur le marché aval, plus la puissance globale des parties est grande, plus celles-ci peuvent être tentées de coordonner leur comportement. Du fait d'un approvisionnement commun pour une grande partie des produits, les entreprises sont moins incitées à se faire concurrence en prix[227]. Les achats groupés permettent également aux parties de mettre une grande partie de leurs coûts en commun, de sorte que le pouvoir de marché en aval peut être développé.

b. La fixation du seuil sur les marchés d'achat et de vente

Selon l'article 101 §1 T.F.U.E., l'accord doit affecter le commerce entre États membres de manière sensible. La notion d'affectation est explicitée au sein de la communication de la Commission sur les accords d'importance mineure[228]. Les accords qui n'affectent le marché que d'une manière insignifiante ne tombent pas sous l'interdiction prévue par l'article 101 §1 T.F.U.E.. Il s'agit d'éliminer les restrictions, qui, en raison de leur faible impact ne pourraient tomber sous l'interdiction de l'article 101 §1 T.F.U.E.. L'influence sensible est déterminée en prenant en considération « la position et l'importance des parties sur le marché concerné ». Le pouvoir de marché des parties concerne la part cumulée totale détenue par les parties à l'accord tant sur le marché à l'achat que sur le marché de la vente.

Le critère de part de marché est déterminant dans l'appréciation de la puissance d'achat car l'article 101 § 1 T.F.U.E. ne concerne que les entreprises ayant un pouvoir de marché. En effet les accords d'achat groupé conclus entre P.M.E. sont considérés comme bénéfiques à la concurrence, les entreprises parties pouvant alors s'aligner avec leurs concurrents importants en terme de volume d'achat et donc de rabais[229]. La puissance d'achat est ainsi un critère décisif dans la détermination de l'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. surtout si elle est associée à une forte position sur le marché de la vente. La Commission fixe le seuil de part de marché à 15 % pour l'ensemble des parts des parties à la restriction, sur les marchés concernés : tant le marché amont que le marché aval. En deçà de 15%, la restriction est présumée ne pas avoir d'effet sensible et donc ne pas se voir appliquée la prohibition de l'article 101 §1 T.F.U.E.[230].

226 Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, 2001/C3/02, point 129.
227 *Ibid.*, point 128.
228 Commission, 2001/C 368/07, *op. cit.*
229 ELLGER R. in IMMENGA, MESTMÄCKER, *op. cit.,* p. 416 n°498.
230 Voir section suivante.

Antérieurement à l'adoption de Lignes Directrices Horizontales[231], les accords d'achat groupé étaient appréciés négativement par la Commission[232]. Le principe était l'application de l'article 81 §1 TCE (*ex article 101 §1 T.F.U.E.*) aux accords horizontaux notamment aux accords d'achat, seuls certains accords pouvant bénéficier d'une autorisation[233]. Depuis cette modification, les accords horizontaux sont considérés comme étant « généralement favorables à la concurrence »[234]. Dès lors, la prohibition de l'article 101 §1 TUE ne trouve pas effet automatique, le législateur ayant instauré une présomption négative réfragable selon laquelle un tel accord n'est pas sensé restreindre la concurrence. En effet, dans la mesure où les parties à l'accord détiennent des parts de marché cumulées, tant sur les marchés d'achat que sur les marchés de vente, à hauteur indicative de moins de 15 %, l'accord est supposé ne pas porter atteinte à la concurrence au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.[235]. L'accord peut ainsi échapper à l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Le franchissement du seuil de parts de marché 15 % n'entraîne pas l'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Ce seuil correspondant aux parts de marché de l'ensemble des parties à l'accord, cumulées sur les marchés amont et aval, entraîne la présomption que la restriction n'est pas sensible[236]. L'on en déduit qu'une atteinte à la concurrence semble improbable lorsque la part de marché cumulée des parties à l'accord, détenue sur le marché amont et aval n'atteint pas ce seuil. Le législateur a en effet souhaité favoriser les accords conclus entre P.M.E. en instaurant ce seuil de sensibilité en deçà duquel la puissance d'achat n'est pas sensée avoir d'effets négatifs sur la concurrence. Au- delà de 15%, l'accord pourrait engendrer l'interdiction de l'article 101 § 1 T.F.U.E. dont il serait exempté individuellement.

Le franchissement du seuil des 15% peut emporter une

231 Commission, 2001/C3/02, *op. cit.*

232 VERBRAEKEN E:, *Les accords de coopération, vecteur de concurrence : un malentendu.*, RTD Com. 1995, p. 39 : « La politique de la concurrence de la Commission à l'égard des accords de coopération semble parfois être assez rigide dans son application. Qu'une coopération entre deux ou plusieurs entreprises entraîne une certaine restriction de leur liberté absolue de planifier leur stratégie de produit, et que les conditions contractuelles puissent brider la marge de manœuvre des partenaires est une chose certaine. Pourtant, chaque contrat entre deux parties entraîne une restriction de leur liberté commerciale ou de leur marge de manœuvre ; l'essence d'un contrat même est de restreindre la liberté de l'autre partie !»

233 Peuvent être citées en exemple les décisions suivantes : Commission, 21 décembre 1973, 74/42/CECA, *« Autorisation d'un accord d'achat en commun entre plusieurs entreprises danoises de distribution de produits sidérurgiques. »* ; Commission, 14 novembre 1977, 77/737/CECA, *« (Autorisation) d'un accord d'achat en commun de minerais de fer préréduits entre plusieurs entreprises sidérurgiques italiennes. ».*

234 Commission, 2001/C3/02, *op. cit.,* point 116.

235 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.* point 208 : « Il est peu probable qu'un pouvoir de marché existe si les parties à l'accord d'achat groupé détiennent une part de marché cumulée n'excédant pas 15 %, tant sur le ou les marchés d'achat que sur le ou les marchés de vente.»

236 Commission ,2001/C 368/07, *op. cit.,* points 7 et 9.

imprécision quant à son application. Ce seuil peut constituer un chiffre exact ou bien être un simple indicateur. Pour le professeur ELLGER que rejoignent d'autres auteurs, le seuil est indicatif et il s'agit d'un ordre de grandeur en terme de position de marché[237]. Pour d'autres, le franchissement de ce seuil entraîne l'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et l'accord ne peut sortir de la prohibition que par l'exemption de l'article 101 § 3 T.F.U.E.[238]. La première analyse semble aller dans le sens de l'esprit d'approche économique du texte. Le législateur n'a pas instauré de présomption positive selon laquelle l'article 101 § 1 T.F.U.E. trouve application au- delà d'un seuil. Selon la Commission, le seuil de 15 % n'est pas absolu car l'appréciation de la hauteur du seuil varie selon les caractéristiques du marché[239]. En outre, la présomption négative semble manifester une certaine tolérance pour les restrictions non sensibles. L'on peut en déduire qu'il s'agit d'un ordre de grandeur pour lequel le franchissement du seuil n'implique pas l'automaticité d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et dont seule l'absence d'effet sensible peut être déduite. En outre, le seuil des 15% ne peut être un chiffre exact car il ne correspond généralement pas à la réalité des faits. En effet, les P.M.E. possédant une part cumulée supérieure à ce seuil ne peuvent généralement pas s'autoriser à ne pas répercuter leurs économies sur les consommateurs. Leur but est de faire face aux grandes entreprises avec des prix de vente plus bas[240]. Il s'agit de trouver « un équilibre de manière à favoriser les accords d'achat groupé conclus entre P.M.E. sans toutefois que ce regroupement prenne une taille trop importante qui pourrait alors porter atteinte à la position des fournisseurs en exerçant sur eux une forte pression »[241]. Au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E., la nocivité de la puissance d'achat au sein d'une restriction par effet dépend donc notamment du franchissement de ce seuil. Ce franchissement de seuil de 15 % détermine la prétendue nocivité de la puissance d'achat et il y a lieu de compléter l'indice des parts de marchés par d'autres indices. En deçà de ce seuil, il y a une présomption d'absence de restriction de concurrence.

Le franchissement du seuil de 15 %, s'il ne permet pas de présumer une restriction de concurrence, établit toutefois un

237 WASCHSMANN A., *op. cit.,* p.6.; FRISON ROCHE M.A. et PAYET M.S., *Droit de la concurrence,* 1ère édition, Dalloz, 2006, p. 247.

238 ELLGER R. in IMMENGA, MESTMÄCKER, *op. cit.,* p.517 n°498 ; MOREAU F., *loc. cit.*

239 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* point 44 : « Étant donné la diversité des accords de coopération horizontale et des effets qu'ils peuvent produire sur les marchés en fonction des conditions qui y règnent, il n'est pas possible de définir un seuil de part de marché général à partir duquel on pourrait présumer l'existence d'un pouvoir de marché suffisant pour causer des effets restrictifs sur la concurrence.» Voir également point 208 : « Il n'existe pas de seuil absolu au-delà duquel on peut présumer que les parties à l'accord d'achat groupé ont un pouvoir de marché tel que l'accord d'achat groupé est susceptible de produire des effets restrictifs sur la concurrence au sens de l'article 101 §1 ».

240 MOREAU F., *loc. cit..*

241 POILLOT- PERUZZETTO S., *loc. cit.*

indice de la puissance d'achat des entreprises parties à la restriction. L'appréciation doit alors se faire *in concreto*, notamment par l'analyse de la concentration de marché, afin de déterminer si le pouvoir de marché des parties est bien l'expression d'une puissance d'achat. La position selon laquelle ce franchissement de seuil est un indice de puissance d'achat, apparaît corroboré par la position de la Commission : « Une part de marché supérieure à ce seuil (*de 15 %*) n'indique pas automatiquement que la coopération a des effets négatifs sur le marché, mais elle nécessite une appréciation plus détaillée de l'impact d'un accord d'achat groupé sur le marché, portant notamment sur des facteurs tels que la concentration du marché et l'existence éventuelle d'un pouvoir compensateur de la part de fournisseurs importants. Des accords d'achat groupé réunissant des parties qui possèdent une part de marché cumulée nettement supérieure à 15 % sur un marché concentré sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article *(101 § 1 T.F.U.E.)* et les parties devront montrer que ces accords entraînent des gains d'efficience susceptibles de contrebalancer leurs effets restrictifs »[242]. Le critère déterminant pour l'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. est ainsi plus la structure des marchés que le franchissement du seuil.

Il est à noter qu'une part de marché très nettement supérieure à 15% sur le marché en amont induit une présomption de puissance d'achat[243]. Selon la Commission, les effets de la puissance d'achat sont potentiellement restrictifs lorsqu' « un accord d'achat groupé porte sur une partie du volume totale d'un marché d'achat de produits suffisamment importante pour que l'accès au marché puisse être fermé aux acheteurs concurrents »[244]. La Commission n'a pas explicité plus avant la notion de « volume total d'un marché d'achat suffisamment importante », toutefois l'on peut avancer qu'elle fait référence au chiffre d'affaire ou à la position en parts de marché des entreprises sur le marché amont au regard de la situation des autres concurrents.

Les cas d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. aux restrictions horizontales associées à une puissance d'achat sont rares. Il est plus répandu que les parties détiennent une puissance d'achat d'un seuil inférieur à 15 % et qu'ainsi celle-ci n'ait pas d'effet sensible. L'on peut s'interroger si la fixation du seuil à 15 % est pertinente. Il paraît possible que la restriction horizontale d'acheteurs dont la part de marché est inférieure à ce seuil ait un effet restrictif de concurrence, par exemple en conservant les gains obtenus auprès de fournisseurs sans en faire bénéficier les consommateurs ou en limitant les débouchés des fournisseurs. La seule part de marché paraît être un indice nécessaire mais

242 Commission, 2001/C3/02, *op. cit.,* point 131.
243 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* point 202 : « Lorsque les parties possèdent un pouvoir de marché considérable sur le marché d'achat (puissance d'achat), (*cela*) peut produire des effets restrictifs sur la concurrence. »
244 *Ibid.* point 210.

insuffisant.

Dans l'affaire *Socemas*[245], l'effet sensible de l'accord régissant l'achat groupé de cette société pour ses affiliés n'a pas été retenu au motif que les achats réalisés à l'étranger susceptibles d'être vendus par les affiliés ne représentent qu'une partie « très peu importante », soit 0,1 % du chiffre d'affaire global des affiliés,des différents marchés de produits en cause. Le chiffre d'affaire global des affiliés ne représentait que 9 % du marché français. Dans une affaire *Intergroup*[246], *l*a Commission n'a pas retenu l'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. en raison de l'absence d'effet sensible. La société du même nom créée par accord entre les chaînes SPAR agissait en tant qu'intermédiaire dans l'achat non exclusif de produits alimentaires à importer pour différentes chaînes nationales SPAR. La Commission a retenu que le volume global des importations réalisé par l'intermédiaire d'INTERGROUP représentait 0,06 % du chiffre d'affaires global réalisé par les affiliés des chaines SPAR. Le chiffre d'affaire de chaque chaine SPAR représentait moins de 3,82% du commerce de détail alimentaire de chacun des pays membres de l'Union. Elle en a déduit que l'accord n'avait pas d'effet sensible sur le marché entre États membres.

La prise en compte des parts de marché est réalisée différemment pour les restrictions verticales au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E.

2. LE DOUBLE SEUIL DE PARTS DE MARCHÉ POUR LES RESTRICTIONS VERTICALES

Selon la Commission « (l)'incidence d'une puissance d'achat sur les effets anticoncurrentiels possibles varie d'une restriction verticale à l'autre. La puissance d'achat peut en particulier renforcer les effets négatifs dans le cas de restrictions du type de distribution limitée et répartition des marchés, telles que la fourniture exclusive, la distribution exclusive et la distribution sélective quantitative »[247]. Ces accords verticaux peuvent être restrictifs de concurrence en raison du degré de pouvoir de marché du distributeur. En effet, la puissance d'achat de l'acheteur vient renforcer les effets potentiellement restrictifs de ces accords verticaux. Il convient de détailler les effets potentiellement restrictifs de ces accords et le rôle de la puissance d'achat au sein de ceux-ci. Selon l'article 101 § 1 T.F.U.E. l'effet anticoncurrentiel d'une restriction verticale dépend du pouvoir de marché des parties et donc de la puissance d'achat du distributeur. Une restriction verticale fixant uniquement le prix et le volume d'une transaction de vente et d'achat n'est pas considérée comme étant anticoncurrentielle.

245 Commission, L 201/4, « Socemas », *loc. cit.*
246 Commission, L 212/23, « *Intergroup* », *op. cit.* point 7.
247 Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales de 2000, 2000/C 291/01, point 125.

Elle est en premier lieu restrictive de concurrence car elle impose des restrictions au fournisseur et parfois à l'acheteur. Les restrictions de concurrence verticales s'expriment par des engagements contractuels tels que l'obligation d'achat, de fourniture, accord d'exclusivité, obligation d'exécuter certains services, obligation de respecter des prix de revente. L'effet anticoncurrentiel de ces pratiques varie en raison des différentes incidences anticoncurrentielles de la puissance d'achat concernée[248].

a. La prise en compte d'un double seuil

Plus la part de marché est élevée, plus la puissance d'achat est susceptible d'être importante[249]. La part de marché sur un marché donné est un indice de puissance d'achat. En principe, plus la part de marché des parties est élevée, moins la position des concurrents est forte et donc plus il y a de risques que la restriction affecte la concurrence. Afin de contrôler une restriction verticale selon l'article 101 § 1 T.F.U.E., l'on considère la part de marché du distributeur et celle du fournisseur, parties à la restriction verticale. Un seuil est fixé pour chacune de ces parties et nécessite de déterminer le mode de calcul et ainsi les marchés pertinents retenus. Les lignes directrices dissocient toutefois le cas de la double distribution des biens finals, de la fabrication interne. Dans le cas de la fabrication interne à savoir la fabrication par une entreprise de produits intermédiaires pour sa propre production, la production n'est pas prise en compte. Dans le cas d'une double distribution, à savoir lorsque le producteur d'un bien final distribue lui-même, les parts de marché du producteur et du distributeur sont prises en compte[250]. De même un franchiseur fournit des biens contractuels matériels ou immatériels aidant l'acheteur à vendre ses biens, il s'agit d'une revente de ces biens à des utilisateurs finals et la part de ce franchiseur doit être prise en compte au même titre que celle des franchisés.
Le calcul des seuils détermine l'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. La restriction verticale est présumée ne pas avoir d'effet sensible au sens de l'article 101 §1 T.F.U.E. lorsque les seuils dits *de minimis* ne sont pas atteints[251]. La Commission

248 *Id.*
249 *Ibid.,* point 114.
250 Commission, 2010/C 130/01, *op. cit.,* points 94 et 95.
251 Commission, 2001/C 368/07, *op. cit.,* point 7 : « La Commission considère que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre États membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité: a) si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels sur l'un quelconque de ces marchés (accords entre concurrents) (4), ou b) si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui ne sont des concurrents existants ou potentiels sur aucun de ces marchés

prévoit, concernant les accords entre entreprises entre non concurrents, que lorsque la part de marché de chacune des parties en cause sur chaque marché concerné n'excède pas 15% l'accord ne produit pas en principe d'effet sensible restrictif de concurrence. Il en est de même si la part de marché totale des entreprises en cause ne dépasse pas 5 % ou si le chiffre d'affaire annuel moyen réalisé par les entreprises en cause ne dépasse pas les 40 millions d'euros[252]. L'accord est considéré comme n'affectant pas sensiblement le commerce entre États membres dans ces deux cas, et la problématique de la puissance d'achat n'est pas à questionner. Un seuil inférieur ou égal à 30% de parts de marché du fournisseur et du distributeur chacun, permet l'application du règlement d'exemption, sauf exclusions expressément prévues afférentes à certaines restrictions caractérisées dont dispose le règlement en son article 4. Si le fournisseur et le distributeur détiennent chacun une part de marché inférieure ou égale à 30 %, l'accord est présumé produire des « avantages objectifs » compensant des effets anticoncurrentiels et les exemptions par catégorie peuvent s'appliquer à l'accord. Un seuil supérieur à 30% pour le distributeur et le fournisseur respectivement n'entraîne aucune présomption de restriction au sens où l'accord tomberait sous le coup de l'article 101 § 1 T.F.U.E., mais l'exemption par catégorie n'est pas applicable. Le règlement 330 / 2010 en son article 3 § 1 et les lignes directrices disposent que si la part de marché en cause dépasse le seuil de 30 % soit pour le fournisseur soit pour l'acheteur, ce franchissement du seuil de 30 % implique un examen *in concreto* afin de vérifier si l'accord entraîne des effets anticoncurrentiels et relève de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. L'appréciation concrète implique que le franchissement du seuil n'entraîne pas un examen automatique et que les petites et moyennes entreprises soient épargnées quand bien même elles dépassent ce seuil[253]. En effet, un dépassement de plus de 5 % permet à l'exemption de s'appliquer pendant encore un an. Ainsi, le franchissement substantiel du seuil de 30 % au niveau du distributeur permet de déduire un indice de puissance d'achat au

(accords entre non concurrents) ».

252 Communication de la Commission, Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, 2004/C 101/07, point 52.

253 Commission, 2010/C 130/01, *op. cit.,* point 11 : « De plus, la Commission estime que, sous réserve de l'absence d'effet cumulatif et de restrictions caractérisées, les accords verticaux entre petites et moyennes entreprises telles qu'elles sont définies dans l'annexe de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises sont rarement de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres ou à restreindre sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et ne relèvent donc pas, d'une manière générale, de cette disposition. Lorsque de tels accords remplissent néanmoins les conditions d'application de l'article 101, paragraphe 1, la Commission s'abstient normalement d'ouvrir la procédure en raison de l'absence d'un intérêt suffisant pour l'Union européenne, à moins que les entreprises concernées ne détiennent, collectivement ou séparément, une position dominante sur une partie substantielle du marché intérieur ».

sein de la restriction verticale et donc une application probable de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Suite à cet examen, la restriction peut éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E..

Le calcul du seuil des 30 % diffère pour le fournisseur et pour le distributeur en raison des marchés pertinents retenus. Le seuil appliqué au distributeur a pu être contesté en raison des marchés retenus. De manière générale, les lignes directrices sur les restrictions verticales précisent que la prise en compte des parts dans l'estimation du seuil concerne la part de marché de chaque opérateur pris individuellement. La Commission précise : « la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les produits contractuels à l'acheteur et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les produits contractuels doivent être chacune inférieures ou égales à 30 % »[254]. Au sein de la relation verticale, il s'agit de calculer deux seuils, d'une part celui afférent à la part de marché du fournisseur détenu sur le marché amont, d'autre part celui afférent à la part de marché du distributeur. La Commission a justifié l'élargissement du double seuil par le fait que l'instauration d'un seuil de part de marché pour le distributeur est particulièrement utile aux petites et moyennes entreprises qui sont plus susceptibles d'être lésées par les restrictions verticales imposées par un acheteur puissant. Ces P.M.E. en tant que concurrents d'acheteurs puissants de ceux-ci, distributeurs ou fournisseurs, ne pourraient résister à cette puissance d'achat[255]. Cette difficulté s'est particulièrement exprimée dans la grande distribution et explique la prise en compte de la part de marché de l'acheteur. Le but du double seuil est donc de contrôler la puissance d'achat sur ces deux marchés et a priori de simplifier l'évaluation de la restriction pour les entreprises ainsi que l'application pour les autorités de concurrence.
La prise en compte de la part de marché concernant le distributeur a évolué. Le règlement 2790 / 1999 accordait l'exemption dès que la seule part de marché du fournisseur sur le marché de ses ventes de biens et services était inférieure au seuil de 30%[256]. La part de marché du distributeur était considérée

254 Commission, 2010/C 130/01, *op. cit.,* point 87 : « En vertu de l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sont déterminantes pour l'applicabilité de l'exemption par catégorie. Pour que l'exemption par catégorie s'applique, la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les produits contractuels à l'acheteur et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les produits contractuels doivent être chacune inférieures ou égales à 30 %. Dans le cas d'accords entre des petites et moyennes entreprises, il n'est généralement pas nécessaire de calculer les parts de marché (voir le point 11) ».
255 Commission, Memo/10/138, IP/10/445, 20 avr. 2010.
256 Commission, règlement n°2790/1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29.12.1999, article 3 ; Commission, 2000/C 291/01, *op. cit.,* point 21 : « En vertu de l'article 3 du règlement, c'est

uniquement dans l'hypothèse d'un accord de fourniture exclusive selon lequel le fournisseur s'engageait à ne vendre les biens ou services désignés dans l'accord qu'à un seul acheteur à l'intérieur de l'Union européenne. Le marché retenu était le marché aval[257]. Par le règlement 330 / 2010, le seuil de 30 % appliqué aux fournisseurs a été élargi aux distributeurs. L'on considère à présent un double seuil de parts de marché. En plus de la part du marché du fournisseur sur le marché amont, l'on relève la part de marché du distributeur sur le marché amont sur lequel il achète ses produits ou services. Selon l'article 3 § 1 du règlement 330 / 2010, « (l)'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition (…) que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels ». Initialement la Commission avait prévu que la part de marché du distributeur serait prise en compte sur le marché aval sur lequel le distributeur vend ses produits ou services[258]. Cette hypothèse n'a pas été retenue.

De nombreux auteurs pensent que le calcul sur le marché aval aurait engendré une insécurité juridique[259]. A cet appui, prévalent deux arguments, l'un relatif au mode de calcul, l'autre à la pertinence du calcul. Il est argué d'une part que la prise en compte du marché aval nécessiterait la réalisation d'une analyse détaillée de la position du distributeur concerné sur le marché de la revente de ses produits ou services avant la signature de chaque contrat de distribution afin de savoir si une disposition particulière est susceptible d'ôter le bénéfice de l'exemption. Or une telle analyse serait difficile à mettre en place en pratique car la part de marché du distributeur sur le marché aval est plus fluctuante que sa part de marché sur le marché amont. Certains ont évoqué l'insécurité juridique pour les fournisseurs, qui ne connaissent pas nécessairement la part de marché des distributeurs et qu'au demeurant chaque partie à l'accord doit pouvoir rassurer le cocontractant sur la réelle applicabilité de l'exemption[260]. Les entreprises seraient plus à même d'auto-évaluer les risques sur le marché amont, la part du marché sur lequel le distributeur se fournit étant plus aisée à déterminer.[261]

---

en général la part que détient le fournisseur sur le marché où il vend les produits ou les services contractuels qui détermine l'applicabilité de l'exemption catégorielle. Pour que l'exemption puisse s'appliquer, la part de marché du fournisseur ne doit pas dépasser le seuil de 30 % ».

257 Commission règlement n°2790/1999, *op. cit.,* article 3 § 2 : « Dans le cas d'accords verticaux contenant des obligations de fourniture exclusive, l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part du marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il achète les biens ou les services contractuels. »

258 Commission, projet de communication, BRUXELLES, SEC(2009) 946/3, point 83.

259 Notamment : TOUSSAINT- DAVID G., *Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution,* 2010, p.4 ; VERGE T., *op. cit.,* p. 10.

260 IDOT L., *Aperçu du nouveau régime des accords verticaux,* Revue Europe, Lexis Nexis, 2010, p.4.

261 VERGE T., *loc cit.*

D'autre part, en terme de pertinence, la problématique de la structure du marché a été évoquée. En effet, le calcul de la part de marché du distributeur peut s'effectuer de manière nationale ou bien alors pour chaque zone de chalandise. Les zones de chalandise locales sont plus confinées et ce sont par essence des situations d'oligopsone. La part de marché du distributeur peut s'élever à plus de 30 % sur ces zones de chalandises alors que cette même part de marché calculée à un niveau national serait substantiellement inférieure à 30 %[262]. De nombreuses restrictions peuvent dans un cas massivement tomber dans le champ d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et dans un autre cas être tout autant exclues du bénéfice de l'exemption. Ceci pose en pratique de nombreux problèmes notamment dans le secteur de la grande distribution. Le seuil calculé à un niveau national peut être inférieur à 30 % mais dépasser largement ce seuil s'il est calculé par zone de chalandise, celles-ci étant très nombreuses. Dès lors se pose la question de l'interdiction des accords en pratique[263]. Ceci a mené certains à penser qu'en raison d'une réduction sensible du champ d'application du règlement à craindre, la modification du marché de référence de l'acheteur serait pertinente[264]. Le marché amont retenu finalement, revêt une acception plus large que le marché aval, ce dernier concernant souvent des zones de chalandises locales.

Une doctrine minoritaire était tenante de retenir le marché aval pour le calcul de la part de marché du distributeur. Il a été soulevé que le marché intermédiaire serait pertinent pour capter une éventuelle contrainte de débouchés pour les fournisseurs mais en matière d'effets concurrentiels, ce serait le calcul du pouvoir de marché du distributeur sur le marché aval qui est pertinent[265]. Certains ont argué que si la part de 30 % du distributeur n'est pas certaine, la réciproque est vraie pour la détermination de la part de marché des fournisseurs, mais qu'en pratique la question ne se pose pas car les parties connaissent l'identité des acteurs majeurs du secteur. Il est expliqué que les effets anticoncurrentiels potentiels comme les risques de verrouillage proviennent souvent du fait que le distributeur puisse contrôler une part substantielle des ventes aux consommateurs finals[266]. L'effet anticoncurrentiel de certaines restrictions verticales dépendrait exclusivement de la puissance d'achat du distributeur sur le marché aval, dans le rapport au client final. Les clauses de monomarquisme, clauses de distribution exclusive ou clauses de fourniture exclusive seraient des exemples de la pertinence de la mesure de la part de marché du distributeur sur le marché aval. Le monomarquisme est le fait pour un distributeur de ne pas produire, acheter, vendre ou

262 TOUSSAINT- DAVID G., *loc. cit.*
263 VERGE T., *op. cit.,* p. 5.
264 DEMME G.,*op. cit.,* p. 104.
265 FLOCHEL L., *Un point de vue d'économiste,* Revue concurrence, 2010, p. 13 et 14.
266 VERGE T., *loc. cit.*

revendre des produits en concurrence avec les produits contractuels du fournisseur, ou de devoir s'approvisionner pour au moins 80 % de ses achats auprès d'un même fournisseur. Dès lors, il existe un risque de verrouillage du marché pour les fournisseurs concurrents du marché, une facilitation de la collusion entre les fournisseurs en cas d'utilisation cumulée. Dans le cas où l'acheteur est un distributeur, il existe une réduction de la concurrence inter-marques entre les distributeurs sur le point de vente et ainsi un risque de collusion tacite entre distributeurs. Le distributeur monomarque peut abaisser ses prix de sorte à capter la demande auprès des autres marques des distributeurs, de sorte qu'à terme s'il y a peu de concurrents, les effets négatifs sur la concurrence intermarques sont réalisés sur le marché aval. La distribution exclusive serait un autre exemple de la pertinence de la mesure de la part de marché du distributeur sur le marché aval. La distribution exclusive est un mode de distribution qui garantit une exclusivité territoriale au distributeur, ayant pour contrepartie une exclusivité de la marque pour le distributeur et le respect de certaines obligations relatives au point de vente et aux services apportés aux clients. Un seul distributeur pouvant distribuer les produits de la marque sur une même zone géographique, il n'est pas soumis à une concurrence intramarque d'autres distributeurs vendant les mêmes produits. Le nombre de distributeurs est faible et ceux-ci ne sont donc pas incités à baisser les prix, renforçant le risque de collusion tacite. Dès lors, ce serait la concurrence entre distributeurs sur le marché aval qui prévaudrait pour l'analyse et ainsi leur part de marché respective.

Pour certains auteurs encore, l'instauration du double seuil n'affecte en rien la potentielle nocivité de la puissance d'achat. Il est soutenu qu'en dehors des restrictions caractérisées pour lesquelles il n'est besoin d'aucun seuil, la Commission n'a pas relevé jusqu'à aujourd'hui de pratiques restrictives de concurrence relevant d'une puissance d'achat.[267] Par ailleurs, le calcul reposerait sur une démarche volontariste des entreprises, la Commission et les autorités n'étant pas à même d'apporter la preuve de la nocivité. Ainsi, seule la voie des restrictions caractérisées élargies à la grande distribution serait pertinente pour encadrer les pratiques anticoncurrentielles verticales liées à la puissance d'achat. Pour certains, l'instauration d'un seuil sanctionnerait l'efficacité économique elle-même ce qui serait contraire aux objectifs de politique européenne[268]. Les seuils auraient un effet de désincitation auprès de entreprises à innover et à prospérer car si l'entreprise dépasse le seuil fixé, c'est qu'elle est efficiente. Si la Commission constate alors une infraction au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et que l'entreprise doit justifier des conditions d'exemption au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E., l'on confère un avantage aux entreprises qui détiennent des parts

267 PRIETO C., *op. cit.,* p. 27.
268 DEMME G., *op. cit.,* p. 111.

de marchés inférieurs aux seuils et par principe moins efficientes.

L'article 7 du règlement 330 / 2010 aborde les questions techniques liées au calcul de la part de marché du distributeur[269]. Le calcul de la part de marché du distributeur s'opère sur la base de données correspondantes à la valeur des achats sur le marché amont réalisés pendant l'année civile précédente. Le règlement précise qu'à défaut, la détermination de la part de marché du distributeur peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur des informations fiables relatives au marché comme le volume des ventes et des achats sur celui-ci[270].

b. Bilan quant au marché retenu pour le calcul de la part de marché du distributeur

Le calcul de la part de marché du distributeur sur le marché en amont se comprend aisément par la facilité d'application qu'il entraîne et la sécurité juridique associée. En raison de la multitude des marchés avals à prendre en compte, la réalisation pratique de ce type de calcul au sein des restrictions verticales

269 L'article 7 du règlement 330 /2010 prévoit : « Aux fins de l'application du seuil de part de marché prévu à l'article 3, les règles suivantes s'appliquent: a) la part de marché du fournisseur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des ventes sur le marché et la part de marché de l'acheteur est calculée sur la base de données relatives à la valeur des achats sur le marché. À défaut, la détermination de la part de marché de l'entreprise considérée peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes et des achats sur celui-ci; b) la part de marché est calculée sur la base de données relatives à l'année civile précédente; c) la part de marché du fournisseur inclut les biens ou les services fournis aux distributeurs verticalement intégrés aux fins de la vente; d) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 %, mais franchit ensuite ce seuil sans dépasser 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année pendant laquelle le seuil de 30 % a été dépassé pour la première fois; e) si la part de marché est initialement inférieure ou égale à 30 % mais dépasse ensuite 35 %, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant une année civile suivant l'année pendant laquelle le seuil de 35 % a été dépassé pour la première fois ; Publications Office f) le bénéfice des points d) et e) ne peut pas être combiné de manière à dépasser une période de deux années civiles; g) la part de marché détenue par les entreprises visées à l'article 1 er , paragraphe 2, second alinéa, point e), doit être imputée à parts égales à chaque entreprise disposant des droits ou des pouvoirs énumérés à l'article 1 er , paragraphe 2, second alinéa, point a).

270 Il convient de préciser que le calcul du seuil diffère dans le cadre d'un accord multipartite. Selon l'article 3 § 2 du règlement 330 / 2010, lorsque l'acheteur est un « intermédiaire qui achète les biens ou services à l'une des parties à l'accord pour les revendre à la troisième partie à l'accord, les parts de marché de l'intermédiaire sont prises en compte à la fois sur le marché amont en sa qualité d'acheteur, et sur le marché aval en sa qualité de fournisseur ». L'hypothèse de la prise en compte du marché aval ne concerne donc le distributeur pris en tant que fournisseur. Le législateur a donc conçu ici l'appréhension de la puissance d'achat comme pouvoir de marché amont et aval et donc intrinsèquement comme puissance de vente.

paraît effectivement malaisé à mettre en place pour les entreprises concernées en raison du temps et des coûts engendrés. Les entreprises les plus efficientes sur le marché seraient pénalisées par ce type de contrôle. Avant la conclusion d'un accord, le fournisseur devrait calculer la part de marché de son distributeur sur chacun des marchés avals sur lequel ce dernier procède à la revente des produits ou services. Toutefois il semble que si cette disposition est d'application facilitée pour les entreprises et les autorités, celle-ci se trouve vidée de son sens initial qui était d'appréhender de manière globale la puissance d'achat. Or il a pu être démontré que la puissance d'achat peut impliquer une puissance de vente. Les restrictions horizontales prennent d'ailleurs en compte les parts de marché détenues par l'acheteur détenues sur le marché aval, de même que celles détenues en amont. La seule appréhension sur le marché amont relève d'une approche partielle indifférente aux réalités de secteur en aval. En effet, ce type de calcul occulte la diversité des réseaux de distribution. A cet exemple, la concrétisation de puissance d'achat en aval d'un acheteur puissant en matériel aéronautique est à différencier de celle d'un acheteur spécialisé dans la distribution alimentaire. Dans les deux cas , il est possible que les distributeurs aient des parts de marché en amont inférieures à 30 % mais seul dans le second cas la part de marché sera importante en aval, entraînant des effets de verrouillage. La puissance sur le marché aval est donc un élément décisif de l'appréhension de la puissance d'achat et des effets nocifs liés. Le fait de l'occulter entraîne l'ignorance de ses effets et donc l'efficacité de la concurrence. Il paraît pertinent de privilégier le calcul de la part de marché du distributeur sur le marché aval plutôt que sur le marché amont. La difficulté afférente à la fluctuation du marché aval liée à la variation des zones de chalandise peut être écartée par l'instauration de seuils en aval adaptés à chaque secteur de distribution.

§ 2. LES AUTRES FACTEURS DE PUISSANCE D'ACHAT

Le structuralisme tempéré du droit européen nécessite qu'afin d'établir un pouvoir de marché telle une puissance d'achat, l'on analyse le degré de ce pouvoir de marché. La puissance d'achat doit être établie afin d'être intégrée dans l'analyse globale de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. La Commission précise que l'analyse des critères doit rester multifactorielle afin d'être la plus objective possible et afin de vérifier si la restriction créé une puissance d'achat ayant un effet restrictif de concurrence[271].

La part de marché est le premier indice et le plus significatif de

271 Commission, 2010/C 130/01,*op. cit.,* point 112 : les parts de marché ne sont par exemple pas de bons indicateurs du pouvoir de marché lorsque les barrières à l'entrée sont faibles.

la puissance d'achat. La part de marché ne saurait à elle seule indiquer une puissance d'achat emportant des effets restrictifs de concurrence. En effet, l'évaluation de la puissance d'achat ne saurait reposer sur la seule part de marché car ceci nécessiterait que les parties concernées déterminent avec exactitude le marché pertinent. Or ceci est difficile notamment en raison de la fluctuation de des marchés. Les entreprises parties à la restriction doivent se contenter d'une analyse du marché au moment de la mise en place de leur système. Il est souvent difficile pour les entreprises d'établir les parts de marché des concurrents en raison de l'absence d'information sur la stratégie commerciale de ces dernières. La position des parties et des concurrents constitue l'un des indices nécessaire mais non suffisant permettant de caractériser une restriction. Par ailleurs, la part de marché constitue un critère rigide et peu adapté aux réalités économiques. La détermination d'un seuil unique est souvent arbitraire et l'importance de la part de marché ne constitue pas une référence absolue pour conclure à l'existence d'un pouvoir de marché[272]. La Commission souligne que certains accords verticaux, en deçà des seuils fixés, peuvent avoir des effets restrictifs de concurrence notamment en raison de leur effet cumulatif. Elle recommande d'examiner chaque accord concrètement à l'aune de l'article 101 § 1 T.F.U.E.[273]. Les seuils de parts de marché constituent une « présomption réfutable de compatibilité » avec l'article 101 § 1 T.F.U.E.[274]. En théorie, le contrôle de l'article 101 § 1 T.F.U.E. s'applique donc en deçà des seuils établis, en dehors de l'hypothèse des restrictions caractérisées. Le critère de part de marché est donc déterminant dans l'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. qui, au départ, ne concerne pas les pratiques ou accords entre P.M.E., considérés comme bénéfiques à la concurrence. La conception structurelle tempérée trouve là sa concrétisation puisque le pouvoir de marché ne se résume pas à une appréciation en part de marché. Des entreprises en situation de puissance d'achat ne franchissant pas les seuils établis peuvent adopter des comportements entrants dans le champ d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. s'ils ont objectivement pour effet de fausser le jeu de la

272 Commission, Livre Vert sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, JOCE n°286 du 22 septembre 1997.

273 Commission, Livre Vert *op. cit.,* point 22 : « Si un accord vertical n'est pas d'importance mineure ou ne comporte pas l'une des deux restrictions qui déclenchent l'application automatique de l'article 85 paragraphe 1, il faut procéder à une analyse au cas par cas pour déterminer si les dispositions de cet article s'appliquent. Il est tenu compte, dans cette analyse, du cadre économique réel dans lequel s'inscrit l'accord, de manière à évaluer s'il en découle une restriction sensible de la concurrence. Même si, considéré isolément, l'accord en cause ne tombe pas sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, l'effet cumulatif de plusieurs accords similaires est susceptible de limiter sensiblement la concurrence. C'est notamment le cas des réseaux d'accords d'achat exclusif qui créent des liens exclusifs entre un grand nombre de détaillants et les producteurs existants. Ce type de réseaux peut fermer l'accès d'un marché aux nouveaux producteurs ou empêcher les producteurs d'autres États membres d'entrer sur un marché ».

274 Commission, Livre Vert *op. cit.,* point 43.

concurrence. L'on peut ainsi imaginer une situation oligopsonistique où chaque acheteur détiendrait moins de 30 % de part de marché et concluant un contrat de fourniture exclusive avec des fournisseurs essentiels. L'effet de verrouillage lié à la puissance d'achat constitué serait majeur en amont comme en aval et pourrait être appréhendé au titre de l'effet cumulatif par l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Les parts de marché ne se confondent pas avec le pouvoir de marché. Les parties n'ont aucune assurance que leur calcul rejoigne celui de la Commission qui sanctionne a posteriori l'accord le cas échéant, ce que cette dernière confirme : « La part de marché ne se substitue évidemment pas au pouvoir de marché »[275] de sorte que les parts de marché constituent une démarche simplifiée afin d'éviter aux entreprises des frais trop élevés et une insécurité juridique que générerait la prise en compte de « toute la panoplie des composantes du marché »[276]. L'article 7 a du règlement 330 / 2010 prévoit d'ailleurs que la détermination de la part de la part de marché de l'entreprise peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, y compris le volume des ventes et des achats sur celui-ci. La part de marché n'est donc pas un critère fixe.

Le pouvoir de marché et donc la puissance d'achat est déterminée d'une part par la part de marché mais également par les avantages structurels ou concurrentiels. Les lignes directrices en matière de restrictions verticales énoncent comme avantages à titre d'exemple : avoir été le premier à pénétrer sur le marché, détenir des brevets essentiels, une technologie supérieure ou une marque dominante ou une gamme de produits supérieure[277]. La situation de puissance d'achat peut être corroborée par d'autres indices, tels que la position d'acheteur sur le marché de distribution, la couverture géographique des points de vente, l'utilisation de marques propres, la notoriété auprès des consommateurs finals, la maturité du marché, le stade commercial, la nature du produit[278]. Ainsi, si l'entrée sur un marché est aisée, le pouvoir de fixation des prix est limité, quand bien même l'entreprise installée sur le marché possède une part de marché importante. De même un marché à évolution très rapide, tel que celui des nouvelles technologies, montre qu'une part de marché exprimée a une importance toute relative car elle peut être éphémère si d'autres entreprises se présentent très rapidement sur le marché.
La Commission précise dans ses lignes directrices en matière de restriction horizontale que la puissance d'achat peut résulter du nombre et de l'intensité des liens des parties : « Pour déterminer

275 Commission, communication n°98/C365/03 sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales, p. 16.
276 PRIETO C., *La nouvelle politique de la Commission européenne en matière de restrictions verticales*, *in* BRUNET F. / CANIVET G., *Le nouveau droit communautaire de la concurrence,* 2008, L.G.D.J., p. 141.
277 Commission, 2010/C 130/01, *op. cit.,* point 114.
278 *Ibid.* point 116.

si les parties à un accord d'achat groupé possèdent une puissance d'achat, il y a lieu d'examiner le nombre et l'intensité des liens - par exemple d'autres accords d'achat - entre les concurrents sur le marché »[279]. L'effet cumulatif d'accords similaires constitue ainsi un autre indice de la puissance d'achat en raison du degré concentré. La Commission évoque des facteurs tels que « la concentration du marché et l'existence éventuelle d'un pouvoir compensateur de la part de fournisseurs importants »[280]. La position des fournisseurs apparaît comme un indice essentiel de constitution de puissance d'achat. Lorsque des acheteurs puissants concluent des contrats de fourniture exclusive avec une majorité des fournisseurs sur le marché amont, le risque d'éviction à raison d'effet cumulatif concerne particulièrement les intrants potentiels.

CHAPITRE 2. LE CONTRÔLE DE LA PUISSANCE D'ACHAT EN DROIT DES CONCENTRATIONS AU SENS DU RÈGLEMENT 139/2004

Les dispositions sur le contrôle des concentrations ont pour vocation de contrôler le degré de puissance d'achat en amont pour éviter un excès d'oligopsonisation ou de monopsonisation de la demande. L'idée sous- tendant l'analyse est qu'un marché sur lequel une ou plusieurs entreprises ont acquis une puissance économique trop importante est un marché où ne joue pas une concurrence suffisante. Selon cette acception, la croissance externe à l'entreprise est artificielle à savoir lorsque l'acquisition d'une puissance est le résultat d'une concentration entre entreprises et non du jeu naturel de l'offre et de la demande[281]. Ceci justifie un contrôle de ces opérations afin de maintenir des structures suffisamment concurrentielles sur le marché. Le contrôle des concentrations « a vocation à n'appréhender que la modification de la structure des entreprises et donc du marché et non celle de le comportement sur le marché »[282]. Les modifications de la structure des entreprises sont surveillées afin d'éviter un effet de bouleversement durable de la structure concurrentielle. Seules les modifications et affectations durables de la structure des entreprises font l'objet d'un contrôle préventif, soumis à l'approbation des autorités de concurrence compétentes pour lesquelles la répartition s'effectue *rationae materiae* selon des seuils de compétence communautaire. C'est donc la

279 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* points 209 à 211.
280 *Id.*
281 DESCOCQ A. et G., *op. cit.,* p.172.
282 BERLIN D., *Contrôle des concentrations,* 2009, Editions de l'université de BRUXELLES, p. 49

modification structurelle qui déclenche le contrôle de sorte qu'une concentration au sein d'un même groupe de sociétés ne constitue pas une modification structurelle du marché car la dépendance était préexistante. Les restrictions concernant le comportement d'entreprises font l'objet des dispositions anticoncurrentielles répressives du T.F.U.E..

Le contrôle préventif des concentrations concerne les effets de l'opération sur la concurrence qui existent sur le marché au moment de l'examen mais également celle qui est susceptible d'exister, à savoir la concurrence potentielle. L'objet du contrôle porte sur la restriction de concurrence potentielle engendrée par la concentration. Le critère de la compatibilité d'une concentration avec le marché commun est fixé aux articles 2 § 2 et 2 § 3 du règlement n° 139 / 2004 du Conseil[283]. La concentration vise trois types généraux d'opération : la fusion comme concentration entre deux entreprises indépendantes, l'acquisition à savoir la prise de contrôle d'une entreprise indépendante par une autre et la prise de participation comme création d'une entreprise commune par deux entreprises indépendantes. Les formes de concentration engendrent toujours le même résultat en ce qu'apparaît de ce fait une entreprise puissante ou une entreprise à la puissance renforcée[284]. Cette puissance émergente peut mettre la concurrence potentiellement en danger en raison de la modification structurelle de marché. L'on distingue les concentrations horizontales par exemple entre acheteurs, des concentrations verticales entre fournisseur et acheteur, des concentrations conglomérales. L'on parle de concentration horizontale lorsque les parties à la concentration sont des concurrents actuels ou potentiels sur un ou plusieurs marchés pertinents. La concentration peut revêtir la forme d'un regroupement, lorsqu'elle s'opère par fusion ou acquisition de contrôle entre distributeurs ou par création d'une entreprise commune chargée des achats si l'entreprise commune accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Le regroupement peut encore constituer une concentration lorsqu'il opère par conventions entre distributeurs et centrales d'achat. Pour les autorités de concurrence ces conventions « sont considérés comme une concentration si elles organisent entre adhérents une liaison stable et étroite d'intérêts tels que la solidarité financière face à des tiers, la responsabilité de ducroire ou la caution mutuelle, la copropriété d'importants

283 L'article 2 § 2 du règlement de base dispose : « Les concentrations qui n'entraveraient pas de matière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun ».
L'article 2 § 3 du règlement de base dispose : « Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun ».
284 FRISON ROCHE M.A. et PAYET M.S., *op. cit.,* p. 297.

moyens logistiques, l'utilisation d'une enseigne commerciale ou le respect d'une politique commune d'achat et de vente »[285]. La concentration est dite verticale lorsque les parties à la concentration sont actives sur des marchés différents de la chaîne de valeur. Concrètement, il s'agit des chaînes de distribution ou de distribution dite intégrée, sous forme de groupes. La concentration est dite conglomérale lorsque l'entreprise qui résulte de l'opération est présente sur un marché différent de celui sur lequel les parties sont actives, mais la connexité des marchés peut leur permettre d'accroître leur pouvoir de marché pouvant porter atteinte à la concurrence sur les marchés soit par des effets non coordonnés, résultant de comportements des acteurs du marché agissant indépendamment les uns des autres, et par des effets coordonnés lorsque les entreprises seront en mesure de coordonner leurs comportements.

Les concentrations créant ou renforçant une puissance d'achat sont d'origine multifactorielle. La concentration peut être directement liée à la concurrence en amont : plus la concurrence entre les fournisseurs est forte, plus les incitations à fusionner entre les acheteurs est vive[286]. Elle peut être également liée à la situation de concurrence en aval entre distributeurs, ceux-ci étant incités à fusionner entre eux lorsqu'ils sont en situation d'oligopsone, de façon à renforcer leur puissance d'achat sur les marchés de la vente[287]. Les effets de création ou de renforcement de la puissance d'achat sont intrinsèquement potentiellement positifs et négatifs pour la concurrence. Ces effets sont pro-concurrentiels lorsque la puissance d'achat renforcée permet d'obtenir notamment une baisse des prix à l'approvisionnement. Il s'agit, on l'a vu, d'un transfert de marge de l'amont à savoir le fournisseur, vers l'aval à savoir le distributeur. Si la concurrence est suffisante en aval, la baisse des prix acquise à l'approvisionnement est reportée et profite aux consommateurs. Les concentrations créant ou renforçant une puissance d'achat peuvent équilibrer la puissance détenue par des fournisseurs en évitant une baisse de qualité ou une hausse des prix. *A contrario* la création ou renforcement de de la puissance d'achat par concentration peut engendrer des effets anticoncurrentiels lorsque la baisse des prix en résultant conduit à une réduction de la production en amont, menant ainsi à une hausse des prix en amont qui se répercute alors en aval et donc sur le consommateur. Cette puissance d'achat peut engendrer d'autres effets anticoncurrentiels s'il conduit à l'éviction de concurrents en aval, qui n'ont plus accès aux fournisseurs et ainsi ne peuvent

285 Commission de la concurrence, Avis 14 mars 1985 sur la situation des centrales d'achat et leurs groupements, BOCCRF 19 avril 1985, p. 128

286 CHAMBOLLE C., MUNIESA L., RAVON M.-A., *Concentrations horizontales et puissance d'achat,* Economie et prévision - Economie industrielle et politiques microéconomiques, n°178, La documentation française, 2007, p.79.

287 MARTIN S., *Concentrations,* Concurrences n°2-2009, p. 139.

plus exercer leur activité, ou en amont par effet de verrouillage.

Afin de caractériser la restriction de concurrence causée par création ou un renforcement de puissance d'achat résultant de l'opération de concentration, l'on doit déterminer si cette opération de concentration entrave significativement la concurrence. Le bilan concurrentiel permet d'analyser l'ensemble des effets engendrés par cette opération de concentration. Le critère de notion ou renforcement de puissance d'achat doit être dégagé (section 1) afin de déterminer dans quelle mesure il constitue une entrave significative de la concurrence (section 2).

SECTION 1. LA NOTION DE CRÉATION OU RENFORCEMENT DE PUISSANCE D'ACHAT

Selon l'article 2 § 3 du règlement 139 / 2004, les concentrations qui entravent la concurrence effective de manière significative notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun. Il convient de déterminer comment le critère de création ou de renforcement s'applique à la puissance d'achat en s'intéressant d'une part à la détermination du marché pertinent (§ 1) et d'autre part à la prise en compte du pouvoir de marché (§ 2).

§ 1. LA DÉTERMINATION DU MARCHÉ PERTINENT DANS LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

La puissance d'achat est appréhendée en droit des concentrations à raison de ses effets sur un marché préalablement délimité (A) . Il peut ensuite être procédé à l'évaluation de la puissance d'achat par un test de concurrence déterminé (B).

A. L'ÉVALUATION DU MARCHÉ PERTINENT DANS L'ANALYSE PROSPECTIVE DE CONCENTRATION

La délimitation du marché pertinent dans le droit des concentrations est basée sur les critères définis par la Commission dans sa communication sur le marché en cause[288]. Il est fait référence au même marché en cause pour les concentrations horizontales et non horizontales[289]. Afin que puisse être relevée l'entrave potentielle à la concurrence en cas de création ou de renforcement de la puissance d'achat résultant d'une concentration, il est nécessaire d'établir sur quel « marché

288 Commission, 1997/C 372/05, *op. cit.*.

289 Commission, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOUE C 31/5 du 5 février 2004, point 5 ; Commission, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, JOUE C 265 / 6 du 18 octobre 2008, note de fin n°18.

commun ou partie substantielle de ce dernier » l'opération de concentration est susceptible d'entraver le marché. Cela consiste en la détermination économique du marché de référence d'une part et en l'établissement du marché pertinent avec ses dimensions matérielles et géographiques et d'autre part. Le procédé de délimitation est commun à la fois pour la mise en œuvre du contrôle des concentrations et pour celle des articles 101 et 102 T.F.U.E.. Le marché pertinent doit être délimité quant à sa matérialité pour les produits ou services concernés et la zone géographique[290]. Toutefois cette méthode générale induit une possibilité de résultats distincts pour les concentrations et les pratiques anticoncurrentielles. Les lignes directrices sur la définition du marché en cause soulignent que le marché géographique utile est apprécié différemment dans une analyse prospective et dans l'analyse de comportements passés[291]. En effet, les résultats obtenus peuvent différer selon que l'on raisonne dans le champ du contrôle de changements structurels ou dans celui de la vigilance à l'égard de comportements. La délimitation du marché pertinent au titre des pratiques anticoncurrentielles obéit à une approche statique dite « descriptive », différemment du droit des concentrations où la méthode est dynamique dite « prospective » ou « d'investigation ».

La méthode descriptive est fondée sur la description des caractéristiques des produits ou services et se fonde essentiellement sur le côté qualitatif des produits[292]. L'on recherche en effet des critères de similarité ou de différences entre les produits ou services qui déterminent le choix des demandeurs en fonction de leurs préférences, au regard de leur nature et de leur fonction. Le cadre temporel de l'analyse correspond à la période des faits reprochés et les données économiques s'y rapporteront exclusivement. La Commission précise généralement que l'interchangeabilité s'apprécie « au cours de la période de référence »[293]. Les possibilités entrevues pour l'avenir ne sont prises en compte que dans la mesure d'un avenir très proche afin d'évacuer toute incertitude afférente au temps futur.
La méthode prospective, adoptée en droit des concentrations, s'intéresse davantage aux réactions des parties qui sont en lien avec les produits ou services substituables, qu'aux caractéristiques même des produits. La substituabilité est appréciée principalement par rapport aux réactions du comportement des demandeurs : consommateurs, acheteurs ou utilisateurs[294]. La méthode s'attache donc à la réactivité des demandeurs afin de mesurer leur comportement. Le test de

290 Commission, 1997/C 372/05, *op. cit.,* point 9.
291 *Ibid.,* point 12.
292 BIDAUD L., *op. cit.,* p.304.
293 Voir par exemple T.P.I.C.E. 6 octobre 1994, T 83/91, Rec. II, 755, «Tetra Pak».
294 Communication, 1997/ C 372/05, point 17.

substituabilité diffère de celui appliqué dans les pratiques anticoncurrentielles dans la mesure où la méthode s'inspire de celles prévues par les M*ergers guidelines* américains[295]. La méthode est celle du « SNIPP test » ou « monopoleur hypothétique » et consiste à interroger les demandeurs afin de déterminer si, dans l'hypothèse où le produit en cause dit A augmente de 5 à 10 %, ils reporteraient complètement ou partiellement leur demande sur le fournisseur du produit B[296]. Par ce test, l'on cherche à mesurer l'incidence de la variation de prix. La méthode retient comme hypothèse qu'un marché est le plus petit groupe de produits et la plus petite zone géographique qui permettrait à un monopole hypothétique d'élever le prix au-dessus des niveaux courants ou futurs probables d'un pourcentage de 5 à 10. Dans l'affirmative les produits A et B sont considérés comme étant substituables et donc appartenant au même marché. La Commission vérifie ainsi si la stratégie du producteur du bien A est très influencée par la stratégie du prix du producteur B ou bien si elle est indépendante. Cette méthode revient à évaluer les contraintes que les autres entreprises et les autres produits ou services font peser sur la politique de prix des parties à la concentration et donc à évaluer le pouvoir de marché. Toutefois il faut souligner que cette méthode, si elle met en exergue le pouvoir de marché, se base également sur la détermination de l'attitude probable des demandeurs en cas d'augmentation des prix hypothétiques futurs. Cette méthode se base sur un cadre temporel futur d'au moins un an, à partir de données estimatives. Il s'agit « d'un regard sur l'avenir destiné à éclairer l'action présente »[297]. C'est ainsi que l'étendue du marché géographique peut différer selon que l'on examine une concentration classiquement de manière prospective ou avec des outils afférents à un comportement passé. En effet, selon que l'on examine un changement structurel comme dans le cas d'une création d'entreprise commune ou bien le marché suite à des comportements passés, le résultat quant aux marchés géographiques peut différer pour les mêmes produits.

Les données utilisées, ne sont pas, comme en matière de pratiques anticoncurrentielles, des données retraçant des faits réels mais bien des hypothèses basées sur des estimations. Cette analyse revêt une certaine faiblesse car, fondée sur des données et notamment des hausses de prix hypothétiques, la valeur des résultats s'en trouve affectée. Cette analyse est rejointe par de nombreux auteurs qui déplorent la fiabilité des données fournies par les parties et soulignent un problème de crédibilité au regard de la preuve lié à l'insuffisance d'information, à l'inexactitude des données et aux erreurs d'interprétation[298]. De la sorte, la

295 Jurisclasseur Europe, *Le droit des concentrations,* Lexis nexis, 2011.
296 BIDAUD L., *op. cit.,* p.307.
297 GODET M. cité in BIDAUD L., *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence,* Litec, 2001, p.309.
298 BLAISE J.B., IDOT L., *Chronique concurrence,* 1999, RTDE 2000, p. 768 ; BIDAUD L., *op. cit.,* p.311.

délimitation du marché pertinent varie sensiblement selon les hypothèses retenues, et est de nature à influencer la part de marché de l'acheteur retenue. L'on pourrait avancer qu'il est probable que ce type d'analyse, de nature subjective, soit en mesure de faciliter des calculs modulés permettant à une délimitation de marché pertinent favorable et ainsi de conclure à la négative quant à la création ou au renforcement d'une puissance d'achat. Les calculs étant soumis par les parties afin de solliciter une autorisation de la Commission, l'on peut concevoir que cette dernière ne contredira qu'avec difficulté le test de substituabilité basé sur les chiffres fournis. Étant donné l'envergure de ce type de concentrations, les parties disposent de moyens d'analyses économiques importantes que les pouvoirs d'enquête et d'investigation des autorités peuvent difficilement égaler.

Il existe une autre méthode en terme de délimitation de marché pouvant être considérée comme plus fiable. Les autorités de concurrence ont parfois recours cette méthode dite « rétrospective » qui est considérée comme une méthode dynamique. Cela consiste à traiter les données passées d'évolution de prix relatifs et des quantités vendues des biens susceptibles d'être considérées comme étant en concurrence afin de déterminer si l'accroissement ou la baisse du prix relatif à l'un d'entre eux s'est effectivement traduit par un accroissement ou une baisse substantielle de la demande de l'autre[299]. Toutefois cette méthode repose sur des données économétriques dont les autorités ne disposent que rarement. Par ailleurs, la fiabilité de la méthode est également relative ; il peut être allégué que l'accroissement du deuxième prix est due à un facteur étranger à l'accroissement du prix relatif du premier bien. Cette méthode ne représente donc pas une réelle alternative à la méthode d'investigation et il convient d'être prudent quant à la détermination du marché pertinent retenu.

B. LES MÉTHODES DE SEGMENTATION DES MARCHÉS PERTINENTS

La Commission délimite les marchés pertinents au sein des concentrations horizontales et non horizontales afin de contrôler la création ou le renforcement de la puissance d'achat. La délimitation des marchés en cause est le préalable notamment au calcul des parts de marché et autres indices afférents à une puissance d'achat. La Commission explicite au sein de ses lignes directrices la délimitation du marché en cause selon le type de concentration concerné. Pour les concentrations horizontales, la Commission fait expressément référence aux conditions de

299 BIDAUD L., *op. cit.,* p.314.

concurrence sur les marchés en cause situés en amont[300]. Concernant les concentrations non horizontales, la Commission ne mentionne pas explicitement dans ses lignes directrices les marchés en cause pouvant être envisagés dans le cadre d'une opération de concentration créant ou renforçant une puissance d'achat. Elle vise globalement l'augmentation du pouvoir de marché[301]. En pratique, la Commission distingue le marché aval (1) et le marché amont (2) quant aux potentiels marchés en cause.

1. LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ AVAL

En aval, l'on considère d'une part les catégories de produits selon les types de distribution au consommateur et d'autre part les zones géographiques de chalandise ou la dimension nationale.
La différenciation des produits d'un même marché est expliquée par la volonté des autorités d'appréhender au mieux le commerce de détail. La Commission segmente ainsi de manière détaillé en premier lieu les marchés de produits. Elle s'attache à définir si ceux-ci sont alimentaires ou non. Dans une affaire *Carrefour / Promodes*, la Commission a définir le marché est comme étant alimentaire si « (l)es produits alimentaires faisant partie du panier de biens de consommation courante représentent une part importante des produits offerts et achetés »[302]. Les produits peuvent relever du commerce de détail dit « non alimentaire »[303], comme les articles ménagers non alimentaires de consommation courante et peuvent être associés au marché de produits alimentaires si la distribution de détail alimentaire est la dominante[304]. Il existe également le commerce dit « spécialisé » à savoir si plus de la moitié du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée est réalisé sur une seule gamme de produits, tel que ceci peut être le cas avec les magasins de jouets, de bricolage, de jardinage, de l'habillement, des stations-service ou de l'automobile.
La Commission définit en second lieu les types de distribution

300 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* points 61 à 63 et notamment point 63 : « Pour déterminer si une concentration entraverait de manière significative la concurrence effective par création ou renforcement d'une puissance d'achat, il convient donc d'analyser les conditions de la concurrence sur les marchés en amont et d'évaluer les éventuels effets positifs et négatifs décrits plus haut ».
301 Commission, 2008/C 265/ 6, *op. cit.,* point 47 : « En général, une opération de concentration posera des problèmes de concurrence pour cause de verrouillage du marché des intrants lorsqu'elle entrave de manière significative la concurrence effective sur le marché situé en aval ».
302 Décision de la Commission, 25 janvier 2000, COMP/M. 1684, *« Carrefour / Promodes »,* point 9.
303 *Id.*: « (C)e marché (des produits alimentaires) s'oppose au commerce de détail dont la vente de produits alimentaires n'est pas la dominante (comme les stations services). Il ne comprend pas non plus le commerce spécialisé d'articles alimentaires et non alimentaires, qui ne fournit pas le panier de biens de consommation courante ».
304 Décision de la Commission, 28 septembre 2000, aff. COMP/M. 2115, « *Carrefour / GB »*, point 7.

concernés reliés à la taille des magasins. Il s'agit de relier un format de distribution tel que des supermarchés ou hypermarchés à une aptitude particulière à vendre un nombre de produits et services et ainsi de délimiter la concurrence. L'on considère en effet qu'une supérette n'est pas à même de distribuer la même gamme de produits ou services qu'un hypermarché. La Commission s'attache à déterminer « le mode d'exercice du point de vente (en libre service ou par l'intermédiaire d'un vendeur), la diversité des familles de produits offerts, la largeur des assortiments et la taille des surfaces de vente. Une distinction peut être ainsi effectuée entre les petites surfaces de proximité (petits libres services et supérettes), les moyennes et les grandes surfaces (supermarchés et hypermarchés) et les magasins pratiquant le discompte »[305]. La Commission analyse *in concreto* les différents types de distribution : « (s)eule une appréciation concrète de l'environnement géographique, concurrentiel, ainsi que des formats de magasins présents, concernant chaque zone locale, peut permettre de conclure qu'un format de point de vente donné doit être ou non distingué des autres formats du commerce de détail à dominante alimentaire »[306]. C'est ainsi que dans une affaire *Toys'R'Us / Bloker*[307], la Commission a contesté le marché en cause retenu par les parties à savoir « tous les canaux de distribution (des jouets) » tels que des supermarchés et drugstores pour retenir un marché plus restreint des points de vente spécialisés tels que les magasins de distribution de jouets[308]. Pour retenir une spécialisation, la Commission retient notamment que la vente de ces produits ou services a lieu toute l'année, l'éventail de choix est important et le chiffre d'affaires réalisé majoritairement par la vente d'un même types de produits ou services.

La Commission analyse ensuite le marché géographique pour retenir que la zone de chalandise ne correspond pas

305 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 10.

306 *Ibid.* point 11 :« (s)eule une appréciation concrète de l'environnement géographique, concurrentiel, ainsi que des formats de magasins présents, concernant chaque zone locale, peut permettre de conclure qu'un format de point de vente donné doit être ou non distingué des autres formats du commerce de détail à dominante alimentaire »

307 Décision de la Commission, 26 juin 1997, aff. L 316 /1, *« Blokker / Toys'R'Us »*, points 27 à 37, notamment point 28 et point 30 : « Conformément au règlement sur les concentrations, un marché de produits comprend les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Même si la définition du marché était restreinte à la vente au détail de produits à caractère de divertissement, elle inclurait la vente au détail de produits pour lesquels une concurrence s'exerce sur d'autres marchés. Dans le cas de la vente au détail, la définition du marché en cause ne peut être étendue à toutes les options d'achat possibles du consommateur ».

308 *Ibid.* point 31 : « Les magasins spécialisés dans le jouet peuvent être considérés comme distincts des autres canaux de distribution, car ils proposent tout au long de l'année un assortiment complet de produits spécialement destinés aux enfants ».

nécessairement au marché géographique, qui peut être plus large. La zone de chalandise est définie comme « la distance qu'un consommateur est disposé à parcourir pour atteindre (un point de vente) *(qui est)* de taille locale ou régionale[309] » et est délimitée géographiquement par « un rayon ne dépassant guère 10 à 30 minutes de transport en voiture. Ce rayon variera en fonction de divers critères tels que la taille du point de vente (dont dépendent la variété des assortiments et des produits), les infrastructures commerciales qui lui sont associées, les voies de communication et la qualité de leur desserte »[310]. Ainsi le temps de transport est conçu plus largement lorsqu'il s'agit d'un hypermarché, soit trente minutes, et est plus court pour un supermarché soit vingt minutes[311]. Toutefois les facteurs de concurrence se situent sur un marché national lorsque plusieurs chaînes de détaillants gèrent des réseaux de magasins à l'échelle du pays[312]. Cette conception géographique vient conforter la jurisprudence initiée par l'affaire *Kesko / Tuko* dans laquelle la Commission avait retenu un marché national national en raison du « réseau de détaillants conçu comme une chaîne organisée à l'échelon national »[313]. La Commission expose que cette conception s'applique au secteur de commerce de détail alimentaire car « du point de vue immédiat du consommateur, les marchés géographiques concernés par une concentration dans le marché du commerce de détail à dominante alimentaire étaient des marchés locaux (zones de chalandise) dans lesquels les parties exploitent leurs points de vente. Cependant, (…) un certain nombre d'éléments de l'analyse concurrentielle peuvent être examinés dans un contexte plus large que le niveau local. En effet, les rapports de concurrence entre les grandes chaînes de détail ne se limitent pas à une concurrence sur le plan local mais recouvrent, en réalité, une dimension géographique plus large, c'est-à-dire régionale ou nationale »[314].

2. LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ AMONT

En amont, la Commission procède à la délimitation du marché à l'approvisionnement également par le marché de produits et le marché géographique.

La délimitation du marché de produits est réalisée classiquement du point de vue du fournisseur ou producteur quant au degré de flexibilité du point de vue de l'offre. La Commission s'attache à déterminer le degré de flexibilité dans la modification de l'offre des fournisseurs et l'existence de débouchés alternatifs pour eux.

309 *Ibid.*, point 38.

310 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 24.

311 Décision de la Commission, 20 novembre 1996, aff. L110 / 53, *« Kesko / Tuko »*, point 21.

312 Décision de la Commission, *« Blokker / Toys'R'Us »*, *op. cit.,* point 38.

313 Décision de la Commission, *« Kesko / Tuko »*, *op. cit.* point 23.

314 Décision de la Commission, « *Carrefour / GB »*, *op. cit.* point 10.

Les fournisseurs ou producteurs doivent pouvoir se « reconvertir facilement dans la fabrication d'autres produits »[315]. L'importance des différents débouchés varie en fonction des groupes de produits. La Commission retient qu'il existe plusieurs marchés à l'approvisionnement dans le secteur du commerce de détail à dominante alimentaire en raison de l'absence de débouchés alternatifs réalistes. Pour le commerce de détail à dominante alimentaire, ce type de commerce constitue une forme de débouché, ainsi que les magasins spécialisés, les libres services de gros, d'autres grossistes, le secteur de la restauration, les drogueries spécialisées, ou bien l'exportation. L'on distingue les marchés selon les catégories de produits pour définir autant de marchés pertinents. Il existe donc autant de marchés que de familles de produits et les fournisseurs sont en concurrence entre eux dans la relation au distributeur sur chacun de ces marchés. C'est ainsi que la Commission a pu retenir vingt trois produits distincts pour cinq groupes de produits comme autant de marchés afférents au commerce de détail à dominante alimentaire dans l'affaire *Carrefour / Promodès*. La Commission a précisé pouvoir préciser plus avant l'analyse de la segmentation en évoquant la possibilité de prendre en compte également le type de distribution : « certains marchés de l'approvisionnement peuvent également être définis en fonction des canaux de distribution, de telle sorte que l'approvisionnement du secteur du commerce de détail à dominante alimentaire pourrait constituer un marché autonome »[316]. Pour connaître la flexibilité des producteurs, il s'agirait de détailler les différents débouchés par produit en raison également des types de distribution par exemple selon les conditionnement ou des stratégies de ventes afférentes. Ce type de précision dans la segmentation n'a pas encore été appliqué par la Commission.

La délimitation géographique prend en compte le point de vue de la demande et de l'offre. Du point de vue de la demande, la Commission analyse la position des distributeurs à savoir leur implantation locale ou nationale. Elle se base sur les préférences

315 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.* point 15 : « Le degré de flexibilité dans la modification de l'offre des fournisseurs et l'existence de débouchés alternatifs pour eux constituent des facteurs déterminants de l'analyse. D'une manière générale, les producteurs fabriquent des produits ou groupes de produits particuliers et ne sont pas en mesure de se reconvertir facilement dans la fabrication d'autres produits. Un fabricant de produits d'épicerie sèche, par exemple, ne peut bien évidemment pas commencer à fabriquer des boissons alcoolisées sans des investissements considérables et l'acquisition d'un savoir-faire supplémentaire. C'est pourquoi il n'est pas possible de considérer qu'il existe un seul marché de l'approvisionnement dans le secteur du commerce de détail à dominante alimentaire. Ce secteur achète, certes, un assortiment complet, dans la mesure où la demande de ses clients porte sur ce type d'assortiment. Toutefois, il n'est pas en mesure d'acheter un assortiment complet à un seul producteur ».

316 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* points 16 à 21. La Commission a retenu cinq groupes de produits : les produits de grande consommation, les frais traditionnels, le bazar, l'électroménager et le textile.

de distributeurs en terme de produits et leurs assortiments sont sensés refléter la position des consommateurs[317]. Du point de vue de l'offre, la Commission retient généralement l'implantation des fournisseurs au niveau national afin de saisir la puissance d'achat des distributeurs. Elle précise que « l'approche nationale des marchés semble être plus appropriée compte - tenu du fait que c'est plutôt la position d'un distributeur au niveau national, plutôt qu'au niveau local, qui détermine la puissance d'achat qu'il exerce sur ses fournisseurs ». La Commission précise : « plus le volume des achats est important, plus les conditions d'achat accordées à la société de distribution par ses fournisseurs sont, en règle générale, favorables »[318]. Il n'est pas exclu de retenir une délimitation plus étroite que le marché national pour certains produits tels que les produits périssables, ou plus large par exemple pour certains produits non alimentaires. Ainsi, la Commission a retenu dans l'affaire *Rewe / Meinl que* le marché de l'approvisionnement est essentiellement national. Ceci a été confirmé dans l'affaire *Carrefour / Promodes*[319]. Dans l'affaire *Carrefour / GB*[320], la Commission confirme que le marché à l'approvisionnement à retenir est national « compte tenu du fait que c'est plutôt la position d'un distributeur au niveau national, plutôt qu'au niveau local, qui détermine la puissance d'achat qu'il exerce sur ses fournisseurs ».

§ 2. LE CONTRÔLE DE LA PUISSANCE D'ACHAT DANS LE TEST DES CONCENTRATIONS

La puissance d'achat en droit des concentrations est évaluée à l'aune du test économique développé par la jurisprudence (A). Ce test nécessite que l'on s'interroge sur la place laissée au contrôle de la puissance d'achat en tant que telle (B).

A. L'OUVERTURE DU TEST ÉCONOMIQUE À LA PUISSANCE D'ACHAT

L'évolution du test de droit européen des concentrations vers un test économique (1) a engendré une évolution conséquentes bien que non évidente des droits nationaux dans l'appréhension de puissance d'achat (2).

1. LE TEST DE DOMINATION ET LE TEST S.L.C. EN DROIT EUROPÉEN

L'article 2 § 2 du règlement 139 / 2004 dispose que « les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative

317 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 45.
318 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 30.
319 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.* point 28.
320 Décision de la Commission, « *Carrefour / GB »*, *op. cit.,* point 15.

une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante doivent être déclarées compatibles avec le marché commun. » L'élément constitutif légal de l'entrave à la concurrence est la position dominante et la lettre du règlement de base ne fait pas mention de la puissance d'achat. L'on peut s'interroger sur la place de la puissance d'achat face à la position dominante dans le contrôle des concentrations. Pour cela, il convient de déterminer la valeur de la notion de position dominante ; à savoir si elle constitue un hyperonyme impliquant que la puissance d'achat fait également l'objet du test de domination ou bien si la position dominante a valeur d'exemple légal et constitue un critère indépendant de la puissance d'achat.

La notion de la position dominante[321] est reprise du droit des abus de position dominante au sens de l'article 102 T.F.U.E.[322]. La notion est transposée dans la jurisprudence du contrôle des concentrations en référence à la jurisprudence *Hoffman-La Roche*[323]. La position dominante suppose que l'entreprise concernée se trouve dans une situation de puissance économique à savoir qu'elle bénéficie d'un pouvoir de marché tel qu'il lui permet de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause et de rester indifférente aux réactions des autres opérateurs économiques. Au sens de l'article 102 T.F.U.E., il s'agit d'établir un comportement indépendant de la part de l'entreprise ou de l'entité issue de la concentration. La position dominante au sens de l'article 102 T.F.U.E. ne fait pas référence à un autre facteur de pouvoir de marché telle que la dépendance économique, telle que prévue expressément en droit français des concentrations[324]. Concernant la puissance d'achat, les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales n'en donnent pas de définition. La notion de puissance d'achat est mentionnée à plusieurs reprises notamment concernant les effets anticoncurrentiels possibles d'une concentration horizontale et les mécanismes de dissuasion[325]. Selon le règlement de base, une opération qui crée ou renforce le pouvoir de marché d'un acheteur peut entraver de manière significative la concurrence

321 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* point 2. Selon la Commission, une position dominante est « une situation économique détenue par une ou plusieurs entreprises qui leur donnerait le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs. »

322 Voir Partie II titre I section 1 sur les abus de domination.

323 C.J.C.E., 13 février 1979, aff. C 85/76, *« Hoffman-La -Roche / Commission»*. La définition de la position dominante a été reprise dans le contrôle des concentrations : T.P.I.C.E., 25 mars 1999, aff. T-102/96, Rec. C.J.C.E. 1999, II, p. 753, *«Gencor / Commission»* point 200 ; T.P.I.C.E., 23 févr. 2006, aff. T-282/02, Rec. C.J.C.E. 2006, II, p. 319, *« Cementbouw Handel »*, points 198 à 254.

324 Voir point 2 du même paragraphe ci après.

325 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit*., point 57.

effective, *notamment* en créant ou en renforçant une position dominante »[326]. Les lignes directrices consacrent une partie sur la puissance d'achat sur les marchés en amont : « La Commission peut aussi chercher à déterminer dans quelle mesure la nouvelle entité issue de la concentration renforcera sa puissance d'achat sur les marchés en amont. Ainsi l'on a pu déduire que la situation de domination en droit européen, entendue principalement d'une position dominante absolue, s'applique aux vendeurs et aux acheteurs. Selon certains auteurs la position dominante serait l'hyperonyme de la puissance d'achat et le truchement de la notion de position dominante serait nécessaire afin d'appréhender la puissance d'achat[327]. Une analyse littérale du règlement rejoindrait cette analyse et permettrait d'affirmer qu'il n'y a pas à distinguer là où le législateur ne distingue pas. Le critère de position dominante constituerait un critère général englobant diverses formes de pouvoir de marché dont la puissance d'achat, d'où l'adverbe *notamment*[328]. De la sorte, une puissance d'achat ne pourrait pas être appréhendée en dehors d'une domination absolue de marché, de sorte que la seule appréhension s'effectuerait par les effets. Pour d'autres auteurs, l'adverbe *notamment* corrobore la thèse de la valeur d'exemple légal de la position dominante[329]. La puissance d'achat pourrait constituer un autre exemple de ce pouvoir de marché. Selon certains auteurs, le champ légal du règlement sur le contrôle des concentrations aurait été élargi par le règlement de base et ne se limiterait pas une conception de position dominante[330]. L'on pourrait concevoir la position dominante comme pouvoir de marché absolu et relatif. Une opération de concentration pourrait en ce sens créer ou renforcer une puissance d'achat indépendamment d'une domination de marché absolue ; la disposition s'entendrait de tous les cas de création ou de renforcement de pouvoir de marché en raison d'une domination de marché ainsi que de tous les effets unilatéraux de marchés oligopolistiques quand bien même il n'a

326 *Ibid.* point 61 : « (...) une opération qui crée ou renforce le pouvoir de marché d'un acheteur peut entraver de manière significative la concurrence effective, *notamment* en créant ou en renforçant une position dominante. La nouvelle entité peut être en mesure d'obtenir de meilleur prix en diminuant ses achats de biens ou de ressources destinés à la production. Cela peut la pousser ensuite à réduire sa production sur le marché des produits finals au détriment du bien être des consommateurs. Pareils effets peuvent notamment survenir lorsque les vendeurs en amont sont relativement dispersés. Une concentration pourrait aussi produire des effets préjudiciables à la concurrence sur les marchés en aval, en particulier si la nouvelle entité issue de l'opération était susceptible de faire usage de sa puissance d'achat vis à vis de ses fournisseurs afin d'évincer ses concurrents. »

327 BERLIN D., *op. cit.,* p. 51.

328 LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché,* Thémis, PUF, 2002, p. 782.

329 KELLERBAUER in MÄSCH G., *Praxiskommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht,* 1ère édition, Beck, 2009, n°20.

330 LOEWENHEIM U., MEESEN K., RIESENKAMP A., *Kartellrecht, GWB Kommentar,* 2ème édition, Beck, 2009, n° 110.

a pas de domination[331]. Dès lors qu'il y aurait atteinte au marché, toutes les formes de pouvoir de marché seraient condamnables. D'un avis doctrinal majoritaire, l'appréhension de la puissance d'achat en droit européen a évolué par l'introduction du test dit S.L.C.[332]dans le règlement 139 / 2004. Le test de domination européen a été remplacé par celui de l'entrave significative de la concurrence. Selon le test S.L.C., le critère est à présent mixte et regroupe la domination entendue comme exemple de pouvoir de marché, et les effets de ce pouvoir de marché sur la concurrence. Ce test permet de prendre en compte les entreprises qui sont en situation de domination de marché et celles qui ne sont pas en situation de domination de marché mais qui expriment un pouvoir de marché à raison de leurs effets sur le marché suite au bilan économique. La domination n'est plus le seul critère d'appréciation du pouvoir de marché. A l'aune du bilan économique, certaines opérations qui auraient été interdites avant le test S.L.C. En raison de la domination absolue, peuvent être autorisées sur cette base. *A contrario* des entreprises n'étant pas en situation de domination absolue peuvent voir leur opération interdites sur le fondement de ce bilan, en raison de leurs effets. Au sens de la lettre de la norme, la domination absolue reste toutefois le critère privilégié du législateur du test S.L.C. si ce premier critère n'est pas constitué, les autorités vérifient subsidiairement si l'opération de concentration envisagée a pour effet d'entraver la concurrence. Dès lors, des opérations qui n'entraînent pas de risque de domination peuvent être interdites sur le fondement de l'analyse du bilan économique dans la mesure où elles constituent une entrave significative. L'existence d'une puissance d'achat n'impliquant pas la détention d'une position dominante de l'acheteur, le test de pouvoir de marché permet de sanctionner la puissance d'achat comme puissance de marché anticoncurrentielle en prenant en compte l'ensemble des indices qui la constitue et ses effets sur le marché à l'aune du bilan économique.

A l'aune de la jurisprudence, la mouvance d'autonomisation de la puissance d'achat vers l'appréhension générale d'un pouvoir de marché est explicite. La puissance d'achat serait saisie comme pouvoir de marché, au même titre que la position dominante. De la sorte, il semble que le juge européen intègre la notion de dominance relative. La création ou le renforcement de la puissance d'achat ne serait pas à saisir dans les effets du test mais bien comme pouvoir de marché global autonome, modalité de l'entrave significative. Initialement au sein des contrôle de concentrations, la puissance d'achat créait ou renforçait la position dominante. Dans l'affaire *Rewe / Meinl* « La puissance d'achat confère […] à une entreprise commerciale une influence considérable sur le choix des produits mis sur le marché[…].

331 BARON M. in BUNTE H.J., LANGEN H. , *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht,* Tome II, p. 1088.

332 S.L.C. vient de l'anglais « *substantial lessening of competition »* ou, en français « réduction substantielle de la concurrence ».

Des produits qui ne sont pas achetés par une entreprise disposant d'une forte puissance d'achat n'ont pratiquement aucune chance d'atteindre le consommateur final, dans la mesure où pour le fournisseur les autres débouchés sont rares. De ce fait, c'est finalement la société en position dominante qui décide des chances de succès des nouveaux produits »[333]. Dans l'affaire *Promodes / Casino* le critère de la position dominante a été utilisé pour contrôler en réalité un renforcement de puissance d'achat de deux distributeurs suite à une opération de concentration[334]. La notion de position dominante a lentement glissé pour ne devenir qu'une forme d'atteinte à la concurrence. La Commission a utilisé progressivement la notion de puissance d'achat pour établir l'entrave, notamment en intégrant le test de dépendance économique dans sa jurisprudence. Dans une jurisprudence *Sovion / Südfleisch* [335], la Commission a vérifié littéralement le renforcement d'une puissance d'achat issu de la concentration, sans référence à la notion de position dominante. La puissance d'achat a été saisie comme pouvoir de marché constituée d'un ensemble de facteurs concernant notamment les parts de marché des parties à la concentration – en l'espèce situées entre 30 et 40% - , la situation du marché et en particulier celle des concurrents, l'absence de dépendance économique des fournisseurs, une puissance de vente compensatoire. A cette issue, la Commission a vérifié les effets de l'opération en considérant l'ensemble des effets pro et anticoncurrentiels en résultant pour en conclure, en raison du bilan positif qu'il n'y avait pas renforcement de puissance d'achat[336].

Ainsi la Commission saisit les situations de pouvoir de marché globalement considérés et analyse leurs effets. Les pouvoirs de marchés considérés représentent ainsi autant d'effets possibles constitutifs d'une entrave. Le test de pouvoir de marché permet de contrôler les entités issues de concentration qui ne sont pas nécessairement en situation de position dominante mais qui, en raison de leur pouvoir de marché, ont un effet certain sur le marché concerné. L'appréhension du pouvoir de marché n'est utile que dans le contrôle de ses effets. A ce titre, la puissance d'achat apparaît comme un autre facteur constitutif de pouvoir de marché. Le test de dépendance économique pour appréhender

333 Décision de la Commission, 3 février 1999, aff. L 274 / 1, *« Rewe / Meinl »,* point 74.

334 Décision de la Commission, 30 octobre 1997, aff. IV M.991, *« Promodes / Casino »*, point 37.

335 Décision de la Commission, 21 décembre 2005, aff. COMP/M.3968, *« Sovion / Südfleisch »*, points 37 à 56.

336 *Ibid.* point 37 : « The markets for the slaughtering of pigs and cattle are purchasing markets. Therefore, the Commission.s market investigation has verified whether the concentration could confer significant buyer power on the merged entity in the upstream markets for the purchase of live pigs and cattle. The Commission.s market investigation indicated that such is not the case. In any event, a merger that leads to increased buyer power is liable to significantly impede effective competition only under specific circumstances, in particular where it is likely to lead to a reduction in output of the final products or the foreclosure of competitors of the merged entity ».

ce pouvoir de marché renvoie à la définition d'une domination relative du droit des abus de domination. Le juge européen, en élargissant plus avant l'ouverture du test des concentrations permet de saisir la position de l'acheteur puissant, dans l'ensemble de ses matérialisations, à raison de ses effets sur le marché. Cette mouvance jurisprudentielle dans le sens d'une ouverture économique au pouvoir de marché conçu globalement, n'a pas été la même dans tous les États membres.

2. L'ÉVOLUTION DES TESTS NATIONAUX EN DROIT DES CONCENTRATIONS

Comme le droit européen, le droit allemand des concentrations ne distingue pas dans sa lettre, la position dominante de la puissance d'achat. Antérieurement au huitième amendement de la loi contre les restrictions de concurrence du 29 juin 2013[337], l'article 36 § 1 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence interdisait une concentration « s'il y *(avait)* lieu de s'attendre qu'elle créée ou renforce une position dominante sur le marché »[338]. La jurisprudence a précisé que la position dominante s'entend de la domination de marché absolue des vendeurs et également des acheteurs[339]. L'article 36 de la loi précitée reprenait en effet la définition de l'ex article 19 de la loi précitée pour la position dominante. Le test allemand de la position dominante de l'acheteur était à concevoir en miroir de celle du vendeur car les causes d'atteinte au marché étaient considérées comme étant les mêmes[340]. La puissance d'achat était conçue comme un pouvoir de marché des acheteurs au même titre que celui des vendeurs et pour laquelle la part de marché est un critère déterminant. Les critères d'analyse servant au contrôle de la position dominante servaient de manière analogue au contrôle de la puissance d'achat. L'ex- article 19 alinéa 2 de la même loi concernait une position prépondérante de l'entreprise dans sa relation quant à l'ensemble de ses concurrents, en excluant toutefois le critère de dépendance économique du champ d'application de l'article 36 précité[341]. La domination d'acheteurs était appréhendée comme un pouvoir de

337 Loi du huitième amendement (« *8. GWB- Novelle* ») Bundesgesetzblatt 2013, Partie I, n°32, p. 1738.

338 L'article 36 § 1 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence dispose : « L'Office fédéral des ententes doit interdire toute opération de concentration susceptible de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché à moins que les entreprises concernées ne démontrent que l'opération de concentration engendre en même temps une amélioration du jeu de la concurrence et que cette amélioration surpasse les inconvénients résultant de la position dominante sur le marché ».
Traduction de l'Office fédéral des ententes sur le site :
http://www.bundeskartellamt.de/wFranzoesisch/download/pdf/GWB_F.pdf

339 Décision du Bundeskartellamt, 30 novembre 1989 « Nordfleisch – CG Hannover », revue WuW p. 2428 à 2430.

340 RAMRATH A.A. in IMMENGA U., MESTMÄCKER E.J.,*Wettbewerbsrecht, EG,* Tome I, 4ème édition , Beck, 2007n°130 et 131.

341 *Id.*

marché absolu exprimé en parts de marché (*« Marktmacht »*) comme celui des vendeurs[342]. La domination d'acheteurs conçue comme appréhendant un rapport contractuel dualiste de dépendance (*« Partnermacht »*) appréhendée par le concept de dépendance économique en droit des concentrations était perçue comme reposant sur un rapport contractuel renvoyant au droit des contrats et n'était pas compatible avec l'esprit du contrôle des concentrations qui repose sur la structure de marché[343]. La conception de dépendance économique était exclue en tant que telle du droit des concentrations au motif de finalités concurrentielles divergentes. Cette notion renvoyait à l'ex article 20 de la loi, au sens des relations contractuelles et n'était pas compatible avec le droit des concentrations. Pour certains auteurs toutefois, cette conception restrictive de la domination revenait à nier la particularité de la situation de concurrence des acheteurs et du marché de la revente pour lesquels la position de négociation en aval vis à vis des clients ainsi que la position en amont est essentielle dans l'appréciation de ce pouvoir de marché. La particularité de la puissance d'achat était envisagée au titre de la délimitation du marché à l'approvisionnement. Il s'agissait d'envisager la position dominante de l'acheteur sur le marché selon deux critères d'une part quant aux possibles reports pour l'offreur et d'autre part quant au degré de flexibilité envisageable[344]. Le test allemand des concentrations se distinguait ainsi de l'évolution du test européen en ce qu'il était plus restrictif et se basait sur la position dominante entendue comme absolue.

Les critères d'appréciation de la position dominante en droit des concentrations national allemand a connu une évolution par le huitième amendement de la loi de 2013. Actuellement, l'article 36 de la loi prévoit que « L'Autorité Fédérale allemande des cartels prohibe les opérations de concentrations par lesquelles la concurrence effective serait entravée de manière significative, en particulier lorsque l'on peut prévoir qu'elle crée ou renforce une position dominante »[345]. Le droit allemand s'est aligné sur le test européen S.L.C.. L'article 36 de la loi précitée, s'il reprend la définition de la position dominante établie actuellement au titre des actuels articles 18 et 19 de la même loi, n'exclut pas en principe que la concurrence significative soit entravée par un autre facteur que la position dominante absolue. Au titre de

342 *Ibid.* n°127.

343 Notamment, BERGMANN H., *Nachfragemacht in der Fusionskontrolle,* 1989, Berlin, p. 39 et 40 ; IMMENGA, MESTMÄCKER, *op. cit.,* n°310.

344 Respectivement en allemand *« Ausweichmöglichkeiten »* et *« Umstellungsflexibilität ».*Voir ci-a près la partie II, section I, chapitre 1 sur la domination absolue en droit allemand.

345 Dans la version originale allemande l'article 36 § 1 phrase 1 de loi fédérale allemande contre les restrictions de concurrence prévoit : « *Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen* ».

l'article 36 § 1 de la loi précitée, la position dominante apparaît être appréhendée comme une des formes de pouvoir de marché et la puissance d'achat pourrait en être une autre. La concurrence en ce sens peut être entravée significativement par des acheteurs en situation de domination absolue. La puissance d'achat est conçue comme un pouvoir de marché absolu et il n'est fait aucune référence à l'actuel article 20 de la domination relative qui intègre la définition de la dépendance économique et une présomption de dépendance économique à l'acheteur[346]. L'Office Fédérale allemande des cartels prévoit qu'au sens du huitième amendement, la puissance d'achat en droit des concentrations est appréhendée par le prisme de la position dominante. L'on contrôle si les acheteurs créent ou renforcent une position dominante au sens de l'ex article 19 § 2 phrase 2, au même titre que celle des vendeurs[347]. La dominance des acheteurs est établie sur les marchés à l'approvisionnement et l'on analyse, sur les marchés pertinents, les possibilités que détiennent les vendeurs de se reporter sur d'autres acheteurs. L'Office précise bien en ce sens qu'en droit des concentrations, l'on ne considère pas le rapport bilatéral entre vendeur et acheteur mais l'ensemble de la situation des vendeurs sur le marché. Dès lors, la notion dépendance économique continue à être exclue du contrôle des concentrations. Toutefois l'Office précise qu'un danger structurel résulte du fait qu'un nombre important de fournisseurs soit assigné pour la vente à un acheteur ou un groupe d'acheteurs en raison du manque d'alternatives suffisantes et envisageables. L'Office précise également que dans le test de la domination prépondérante dans la relation horizontale aux autres concurrents, l'on procède à une analyse par faisceau de la structure de marché et donc l'on considère la force de négociation dans un rapport bilatéral vertical : « La force de négociation relative entre les deux parties opposées du marché dans leurs relations bilatérales revêt un caractère particulier. Cette force de négociation dépend des conséquences économiques dans le cas de l'échec des négociations et des alternatives restantes. Ces alternatives se définissent par les menaces potentielles représentées dans la relation bilatérale qui sont différentes selon les fournisseurs »[348].

346 Voir partie II sur les abus de domination et la définition de la position dominante en droit national.

347 Office Fédéral allemand des cartels, lignes directrices sur la position dominante dans le contrôle des concentrations, 29 mars 2012, p. 55 n°124. http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Publikationen/2012-03-29_Leitfaden_Endfassung_neu.pdf

348 Office Fédéral allemand des cartels, lignes directrices sur la position dominante dans le contrôle des concentrations précitées, p. 53. L'Office Fédéral poursuit : « Le cas d'un monopsone serait particulièrement parlant à ce titre. Si l'acheteur prépondérant en amont dispose d'une position de puissance sur le marché aval, il peut utiliser cette dernière pour renforcer sa position sur les marchés avals, lorsque ses concurrents ne peuvent tirer de pareils avantages des tels rapports de dépendance. Ceci vaut en particulier lorsque les prix d'approvisionnement représentent un paramètres déterminant pour la position de marché en aval. De la même manière une position

En droit français, depuis l'apport de la loi NRE de 2001 de l'article L. 430 - 6 § 1 du Code de commerce, le contrôle des concentrations porte littéralement sur la création ou le renforcement d'une position dominante d'une part et sur la création ou le renforcement d'une puissance d'achat d'autre part[349]. L'article L. 430 - 6 du Code de commerce mentionne expressément la dépendance économique du fournisseur en raison de la puissance d'achat de son client. L'article L 420 - 2 alinéa 2 du Code de commerce, afférent à l'abus position dominante, fait mention « de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur ». La doctrine s'est interrogée sur la pertinence de l'ajout normatif en droit national des concentrations de la notion de puissance d'achat conjointement à un test de dépendance économique. Une partie de la doctrine a retenu que le test de puissance d'achat français du droit des concentrations est aligné sur le test de domination européen S.L.C. avec comme point convergent une conception large de l'atteinte à la concurrence[350]. En effet, l'article L. 430 - 6 du Code de commerce consisterait à considérer que le renforcement de la puissance d'achat plaçant les fournisseurs en situation de dépendance économique constitue un problème s'il constitue une atteinte à la concurrence, c'est-à-dire s'il conduit *in fine* à dégrader le surplus des consommateurs. Cette atteinte est constituée si la création ou le renforcement de la puissance d'achat place les fournisseurs en situation de dépendance économique, ayant des effets potentiellement anticoncurrentiels tels que la réduction de la production en amont ou des effets d'éviction en aval au détriment des consommateurs. Ainsi, dans le cas de l'absence d'une atteinte à la concurrence, il y aurait atteinte aux intérêts du consommateur et la dépendance économique relèverait des pratiques restrictives de concurrence traitées au livre II titre IV du Code de commerce. De la sorte, le test de puissance d'achat

---

renforcée en aval peut de la même manière renforcer la puissance d'achat en amont. Ceci peut mener à un effet spiral à savoir un processus de concentration a accéléré en amont comme en aval, menant à terme à l'éviction des petits concurrents. En outre, l'expansion de la puissance d'achat peut mener à une effet « *waterbed* » à savoir la réduction de l'intensité de la concurrence si les concurrents payent plus cher à l'approvisionnement parce qu'un fournisseur compense les conditions favorables concédées à l'acheteur puissant. Les conditions favorables disparates peuvent toutefois avoir d'autres origines et ne constituent pas un indice de position dominante ».

349 L'article L 430- 6 alinéa 1 du Code de commerce dispose : « Lorsqu'une opération de concentration fait l'objet, en application du dernier alinéa du III de l'article L 430-5 (du Code de commerce), d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. » Voir à ce sujet IDOT L, *La deuxième partie de la loi NRE*, JCP G, Dalloz, septembre 2001, p.8 ; CLAUDEL Emmanuelle, *Mutations récentes du droit de la concurrence,*RTD Com. 2000 p. 877.

350 MARTIN S., *op. cit.*, p. 144.

« à la française » ne serait pas contraire à l'esprit du test européen car les tests nationaux et européens coïncideraient.

Une autre partie de la doctrine a estimé que le test de dépendance économique du droit des concentrations avait été juxtaposé au test de domination. Selon cette théorie, le test européen *de lege lata* ne concerne pas la création ou le renforcement d'une puissance d'achat comme forme d'entrave à la concurrence. De la sorte, le test de dépendance économique national serait un ajout inopportun et contraire à l'esprit du traité selon lequel la répartition du profit entre les différents opérateurs n'importe pas, mais seul le surplus du consommateur[351]. Les auteurs arguent que la notion de dépendance vise l'équilibre des relations entre fournisseurs et distributeurs[352]. Certains auteurs ont souligné l'incertitude apportée par cette notion, trouvant sa source en droit français en droit des pratiques restrictives de concurrence et dont les objectifs sont différents du droit des pratiques anticoncurrentielles. Les professeurs PARLEANI et LUCAS DE LEYSSAC estiment ainsi que le test de dépendance économique fait doublon avec le critère de position dominante, et que la portée de l'ajout fait référence au droit des contrats. La position dominante du droit des concentrations serait nécessairement absolue car la puissance d'achat est rarement constatée envers tous les fournisseurs[353]. D'autres auteurs soulignent également l'incertitude du champ d'application de la notion dans le test de dépendance. L'article L 430- 6 du Code de commerce vise une dépendance des « fournisseurs » alors que le texte de l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce relatif aux abus de dépendance vise « une entreprise cliente ou fournisseur ». Or les critères d'appréciation de la dépendance économique issus de la pratique jurisprudentielle sont différents s'il s'agit d'un acheteur ou d'un fournisseur. [354]. Pour d'autres, la transposition dans le contrôle des concentrations de l'ensemble du système de l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce relatif à la sanction des abus de dépendance économique serait malvenue et

351 VOGEL L. ,*Droit de la concurrence et puissance d'achat : Plaidoyer pour un changement*, JCP, 1997, p. 518, n°18.

352 L'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce dispose : « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur ».

353 LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *op. cit.,* p. 782 : « « La puissance d'achat est habituellement prise en compte au travers du concept de position dominante. Il y aura donc souvent un doublon avec ce critère traditionnel. Ensuite, il est certain que l'on peut rencontrer des situations dans lesquelles la puissance d'achat créée ou renforcée par une concentration peut placer certains fournisseurs en situation de dépendance économique»

354 Notamment décisions C.A. Paris, 1ère ch., 12/07/1990, BOCCRF 20 juillet 1990 ; CA Paris, 13/06/1991, BOCCRF 5 juillet 1991 ; C.A. Versailles, 27/01/2000, BOCCRF janvier 2000. Pour l'analyse économique de ces critères, GLAIS M., *L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre*, *loc. cit.*

contraire à l'esprit du droit des concentrations. Le contrôle des concentrations ne considère pas les comportements et donc pas les abus qui peuvent être individuels. Le contrôle effectué antérieurement à la concentration s'attache uniquement à la création ou au renforcement d'une puissance d'achat et contrairement aux dispositions sur l'abus de dépendance économique, ne vise pas les abus postérieurs.

Il apparaît ainsi que le seul critère de position dominante de l'article 102 T.F.U.E. interprété à raison d'un pouvoir de marché absolu n'était pas adapté pour contrôler un pouvoir de marché tel qu'une puissance d'achat pouvant s'exprimer de manière verticale, en deçà de seuils déterminés. Le test S.L.C. a ouvert la voie à une appréhension plus générale du pouvoir de marché, dans la logique d'une atteinte anticoncurrentielle structurelle par les effets. L'adverbe *notamment* apparaît comme une juxtaposition du test de domination et d'autres formes de test. L'introduction d'un test de dépendance économique et par là l'introduction de la considération d'un pouvoir de marché relatif a pu être questionné. Le critère de dépendance économique n'apparaît pas dans la lettre de la norme européenne, comme en droit français, mais est appliqué dans les faits par la Commission de manière autonome. L'atteinte à la concurrence du droit des concentrations résultant d'un pouvoir de marché doit être démontrée dans tous les cas, à raison de ses effets, afin de conclure à un problème de concurrence. Au sens du droit allemand, la dépendance économique est un concept prohibé en droit des concentrations car il est considéré comme faisant référence à une relation bilatérale, se situant hors du champ de préoccupation du droit de la concurrence. La notion de position dominante prépondérante reste malgré la modification légale, l'unique critère permettant de saisir la puissance d'achat au titre du droit des concentrations. Toutefois le contrôle de la position dominante prépondérante d'acheteurs verticale est réalisée d'une part par le critère de possibilités suffisantes et envisageables et d'autre part par le critère de force de négociation avec les critères de report et de flexibilité. Cette appréhension verticale peut correspondre à un moyen détourné d'introduire une forme de test de dépendance économique. Le test français du droit des concentrations introduisant la dépendance économique pour appréhender la puissance d'achat pourrait induire des incertitudes quant à la frontière entre droit de la concurrence et droit des contrats, dans la mesure où la seule différence tient à la démonstration de l'atteinte à la concurrence. Toutefois l'introduction prétorienne de la dépendance économique dans le droit européen des concentrations laisse augurer de son introduction normative, malgré l'opposition dogmatique de surplus du consommateur et de la répartition des ressources.

B. LA PLACE DE LA PUISSANCE D'ACHAT DANS LE TEST DU POUVOIR DE MARCHÉ

Dans le contrôle de puissance d'achat, il convient d'analyser la place laissée à son évaluation de celle-ci dans le test économique (1) puis à son appréhension (2).

1. LA PRISE EN COMPTE DES DIFFÉRENTES EXPRESSIONS DU POUVOIR DE MARCHÉ

Antérieurement centrée sur le critère de domination créée ou renforcée, l'analyse des opérations de concentration est à présent située sur l'entrave significative à la concurrence sur le marché. La Commission vérifie que la concentration ne permet pas à l'entité issue de la concentration de faire abstraction de toute contrainte concurrentielle « et finalement de fixer les prix sur le marché à un niveau supérieur au coût marginal de production ». Le test de domination a été remplacé par celui, plus large, de pouvoir de marché. La notion de domination issue de l'article 102 T.F.U.E. afférente à la lutte contre les abus de puissance économique semblait à elle seule, d'un avis doctrinal quasi unanime, peu adaptée au contrôle des concentrations dont le rôle est plus le contrôle des structures que celui des comportements. Le concept juridique de la position dominante se réfère à « une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »[355]. Au sens de l'article 102 T.F.U.E., la simple détention ou acquisition d'une position dominante ne constitue pas en soi un abus condamnable[356]. Le renforcement d'une position dominante peut, lui, constituer un abus condamnable[357]. La notion d'abus de structure est alors difficilement compatible avec le contrôle des concentrations car l'acquisition d'une participation de contrôle d'un concurrent est un comportement, et non l'abus de structure qui modifie les structures de marché. La notion d'abus laisse présumer que la prise de contrôle d'un concurrent peut constituer un comportement fautif, alors que le droit des concentrations est par essence étranger aux concepts comportementaux.
Le critère de pouvoir de marché est, lui, basé sur le marché et le pouvoir que l'entité issue de la concentration acquiert de ce fait. La définition économique du pouvoir de marché fait allusion à

355 Communication de la Commission du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 du traité CE (devenu article 102 T.F.U.E.) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, point 10.

356 C.J.C.E., 15décembre 1994, aff. C-250/92, « *Gøttrup – Klim /DLG* », point 49 ; T.P.I.C.E. 15 juillet 1994, aff. T 17/93, *« Matra Hachette SA c/ Commission »* point 153.

357 C.J.C.E., 21 février 1973, aff. C 6/72, *« Continental Can »,* point 29.

la capacité pour une entreprise de maintenir durablement son prix au-dessus du coût marginal de production. Il n'y a aucune référence au comportement des entreprises. Au sens de l'article 2 § 2 et § 3 du règlement de base, le pouvoir de marché résultant de l'opération n'est « qu'un élément déclenchant mais non causal »[358] de la prohibition. En effet, l'acquisition d'un pouvoir de marché en elle-même n'est pas prohibée car derrière cette notion, c'est la réduction significative de la concurrence qui est visée. Celle-ci dépend bien évidemment de la structure de marché. Comme ceci a été établi, le contrôle des concentrations se veut ainsi plus objectif et moins tributaire de la qualification de position dominante. Il s'agit moins d'établir un pouvoir de marché que d'analyser ses effets sur le marché, ce qui requiert une analyse de la structure de marché dans laquelle s'inscrit ce pouvoir. Le test est donc ouvert à différents phénomènes économiques tels que la puissance d'achat qui s'accommode peu de comportements préétablis et dont la caractérisation est structurelle et multifactorielle.

2. LA PUISSANCE D'ACHAT CONSTITUTIVE D'UNE ENTRAVE SIGNIFICATIVE

La notion de position dominante du règlement de base fait l'objet d'un compromis entre l'ancien test de domination fondé sur la position dominante et la structure du marché d'une part, et d'autre part le test américain basé sur les seuls effets de l'opération. L'interdiction légale vise directement l'entrave à la concurrence, laquelle peut être réalisée par différentes expressions de pouvoir de marché. La notion de pouvoir de marché vient compléter le critère de domination pour la démonstration de l'entrave significative de l'article 2 § 2 du règlement de base[359]. La domination tend à une caractérisation binaire alors que le pouvoir de marché repose sur une caractérisation continue[360]. La position dominante reste une des illustrations du pouvoir de marché dans le test de pouvoir de marché. La puissance d'achat représente donc une autre illustration de ce pouvoir de marché, sans passer par le truchement de domination, nonobstant la lettre de loi faisant uniquement référence à la notion de position dominante. En ce sens, le préambule du règlement de base[361] dispose que l'entrave significative peut résulter de situations sans rapport avec la domination ; l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante n'est qu'une des possibilités de réduction de la concurrence. Le critère final d'appréciation est bien la réduction significative de concurrence qui découle de l'opération en raison d'un pouvoir de marché et non l'acquisition d'une position

358 BERLIN D., *op. cit.,* p. 418.
359 *Ibid. p.* 414.
360 CURTO MILLET F., *Pouvoir de marché, monopole et concentrations : quelle appréciation au-delà des parts de marché ?*, Revue Concurrences 2010, 1, n° 3.
361 Voir le considérant 25 du préambule.

dominante. Il s'agit pour la Commission de vérifier s'il y a l'opération de concentration permet à l'entité issue de l'opération de se comporter de manière indépendante. D'un contrôle par les effets, l'on est passé à un contrôle par les structures[362]. La puissance d'achat, peut à l'aune de ce texte, être considérée dans son ensemble et non plus comme une simple expression analogue d'une position dominante, permettant dès lors de considérer le marché à l'approvisionnement et le marché de la distribution. Ce pouvoir de marché peut être exercé aussi bien par un vendeur que par un acheteur, même si la Commission réserve les termes de « pouvoir de marché » à celui que détient un fournisseur et celui de « puissance d'achat » au pouvoir de marché d'un acheteur[363]. La puissance d'achat est ainsi considérée comme pouvoir de marché à raison notamment d'une domination de marché ou de la dépendance qu'elle engendre, l'entrave significative n'étant matérialisée que par les effets anticoncurrentiels avérés en découlant. Les lignes directrices de la Commission confirment que la domination n'est qu'une des formes de l'expression de puissance d'achat et qu'il s'agit plus largement de saisir la forme du pouvoir de marché : « (u)ne opération qui crée ou renforce le pouvoir de marché d'un acheteur peut entraver de manière significative la concurrence effective, notamment en créant ou en renforçant une position dominante »[364]. Les notions de création ou de renforcement du pouvoir de marché sont conservés comme élément constitutifs de l'entrave. Le test de pouvoir de marché permet toutefois de ne pas limiter l'appréhension de la puissance d'achat à une expression de parts de marché mais réellement comme pouvoir de marché constitué de différents indices réalisant des effets concrets. Le test de pouvoir de marché démontre ainsi que ce n'est pas l'acquisition de pouvoir de marché qui importe *in fine*, mais l'entrave significative de la concurrence découlant de celui-ci.

SECTION 2. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS D'ENTRAVE SIGNIFICATIVE PAR CRÉATION OU RENFORCEMENT DE PUISSANCE D'ACHAT

La création ou le renforcement de pouvoir de marché est une condition du contrôle de l'entrave significative au sens des articles 2 § 2 et § 3 du règlement de base, et la puissance d'achat est une des hypothèses de ce contrôle. Les autorités vérifient si l'opération de concentration permet à l'entité issue de la concentration de créer ou renforcer un pouvoir de marché et si

362 VOGEL L., *Contrôle européen des concentrations,* 2010, LawLex, p. 52.
363 BERLIN D., *op. cit.,* p. 434.
364 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.* point 61.

cela a pour effet d'engendrer un comportement indépendant de la nouvelle entité. Afin de caractériser l'entrave, les autorités s'attachent à déterminer la puissance d'achat résultant de l'opération (§ 1) et analysent les effets potentiellement anticoncurrentiels de la concentration (§ 2).

§ 1. LES INDICES DE PUISSANCE D'ACHAT RÉSULTANT D'UNE OPÉRATION DE CONCENTRATION

Les indices de création ou le renforcement d'une puissance d'achat diffèrent en leur importance, selon que l'on se trouve en présence d'une opération de concentration horizontale ou non horizontale. Les concentrations qui réalisent des additions de parts de marché sont considérées comme étant plus dangereuses que les autres car elles confèrent un poids important ou excessif à la nouvelle entité. La puissance d'achat, conçue comme pouvoir de marché, est appréhendée en raison de fortes parts de marché (A) mais également d'autres facteurs structurels (B). Dans ces deux hypothèses, il n'y a atteinte à la concurrence que si les effets anticoncurrentiels en résultant sont avérés.

A. LES PARTS DE MARCHÉ COMME INDICE NÉCESSAIRE MAIS INSUFFISANT

Une fois les marchés délimités matériellement et géographiquement, les autorités s'attachent à l'étude des parts de marchés détenues par les parties sur chacun de ces marchés, avant et après l'opération. Le niveau de parts de marché constitue, à défaut de représenter une domination de l'acheteur sur le marché, un premier indice sur le pouvoir de marché significatif pouvant mener à la création ou au renforcement d'une puissance d'achat. Lorsqu'une concentration est horizontale, elle peut aboutir à l'addition de parts de marchés en amont, pouvant constituer une puissance d'achat significative. Les concentrations verticales et certaines concentrations conglomérales ne mènent pas, elles, à une addition de parts de marché mais la détention d'un nombre important de parts en amont ou en aval constitue un indice de puissance d'achat significative pouvant contribuer à engendrer un effet anticoncurrentiel. L'analyse des parts de marché importe ainsi essentiellement dans les concentrations horizontales. Ces parts de marchés, cumulées ou non, sont un indice structurel de puissance d'achat au sens des article 2 § 2 et 2 § 3 du règlement, pour lesquels le degré établi par des seuils fixés par la Commission oriente le contrôle. La méthode d'analyse de ces parts de marché diffère selon que l'on considère le marché amont (1) ou le marché aval (2).

1. LE RÔLE DES PARTS DE MARCHÉS EN AMONT

Les autorités déterminent en premier lieu la part de marché détenue par le ou les acheteurs sur le marché amont ou sur le marché à l'approvisionnement résultant de l'opération. S'agissant des concentrations horizontales, la Commission détermine dans quelle mesure, « la nouvelle entité issue de la concentration renforcera sa puissance d'achat sur les marchés en amont. En effet, une opération qui crée ou renforce le pouvoir de marché d'un acheteur peut entraver de manière significative la concurrence effective »[365]. S'agissant des concentrations non horizontales, la Commission vérifie que « (l)es concentrations non horizontales ne constituent pas une menace pour la concurrence effective, à moins que l'entité issue de la concentration n'ait un degré de pouvoir de marché significatif (qui ne se traduit pas nécessairement par une position dominante) sur au moins un des marchés concernés. (…) Les niveaux de parts de marché et de concentration donnent souvent une première indication utile sur le pouvoir de marché»[366]. La Commission précisent que l'importance de la prise en compte des parts de marchés importe essentiellement pour les concentrations horizontales[367]. La Commission évalue les parts de marché en amont ou à l'approvisionnement de chaque distributeur partie à l'opération, pour chaque marché pertinent. Les différentes parts de marchés sont additionnées entre elles, puis cumulées selon les règles de l'article 102 T.F.U.E.[368]en matière de position dominante[369]. Il s'agit de fourchettes basées sur des données estimatives des parties, de celles des fournisseurs ainsi que de celles des concurrents. La Commission peut déduire de la part de marché que la concentration envisagée ne mène pas *a priori* à un risque de création ou au renforcement d'un pouvoir de marché des parties sur le marché concerné. Il n'existe pas de seuil incontestable pour caractériser une puissance d'achat mais des présomptions négatives quant à une probabilité d'atteinte à la concurrence. Les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales présument une compatibilité avec le marché intérieur lorsque « la part de marché des entreprises concernées ne dépasse 25 % ni dans le marché commun, ni dans une partie substantielle de celui-ci »[370].

365 *Id.*

366 Commission, 2008/ C 265 / 6 , *op. cit.,* points 23 et 24.

367 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* point 27 : « La Commission estime que le fait de présenter les niveaux de part de marché et de concentration visés ci-dessus comme des problèmes de concurrence est moins approprié dans ce contexte. En effet, l'existence d'un degré de pouvoir de marché significatif sur au moins un des marchés concernés, bien que constituant une condition nécessaire, n'est pas suffisante pour conclure à l'existence d'une atteinte à la concurrence ».

368 Voir Partie II, chapitre I, section 1 sur la domination absolue.

369 BARON M. in BUNTE H.J., LANGEN H. , *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht,* Tome II, Luchterhand 2010, p. 1093.

370 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* point 18.

Le seuil de compatibilité est de 30 % pour les concentrations verticales concernant au moins un des marchés concernés[371]. Toutefois la Commission a précisé qu'une part de marché particulièrement élevée soit égale ou supérieure à 50 % peut en elle-même constituer la preuve de l'existence d'une « position dominante » sur le marché concerné[372]. L'on en déduit que ce chiffre s'applique également à la puissance d'achat, même si en pratique une forte détention de parts de marchés en amont est rarement établie. Une part de marché du distributeur sur le marché à l'approvisionnement élevée constitue toutefois indice de puissance d'achat et peut présumer une dépendance du ou des fournisseurs concernés à l'acheteur[373]. La part de marché résultant de l'opération peut être légèrement inférieure à 50 % et soulever des problèmes de concurrence en raison d'autres facteurs, comme la puissance des concurrents et leur nombre, l'existence de contraintes de capacité ou lorsque les produits des parties à l'opération sont des substituts proches. Dans plusieurs affaires, concernant des opérations ayant pour effet de porter la part de marché à 40 - 50 % ou bien même à moins de à 40 %, la Commission a retenu le risque de la création ou le renforcement d'un pouvoir de marché[374]. Ces parts totales « ne sont pas en soi indicateurs d'une position dominante susceptible d'entraver une concurrence significative»[375]. La Commission apprécie également la durée et la stabilité de la détention de ces parts ainsi l'écart avec les autres concurrents, afin d'obtenir une vision d'ensemble[376]. Au-delà de ce seuil de 50 %, la position des parties sur la zone concernée doit être ainsi appréciée plus avant en raison d'autres indices structurels. Si les parties à la concentration ne disposent que de faibles parts de marché, l'opération est sensée ne pas poser de problèmes de concurrence.

2. LE RÔLE DES PARTS DE MARCHÉ EN AVAL

Les concentrations non horizontales ne mènent pas, elles, à une addition de parts de marché mais la détention d'un nombre important de parts en aval peut constituer un indice de puissance d'achat significative pouvant contribuer à engendrer un effet anticoncurrentiel. Concernant les concentrations non

371 Commission, 2008/ C 265 / 6 , *op. cit.,* point 25.
372 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* point 17.
373 Voir ci- après le B. de la présente section.
374 T.P.I.C.E., « *Gencor/Commission »*, *op. cit.,* points 134 et 205.
375 Décision de la Commission, *« Promodes / Casino »*, *op. cit.* point 37. La Commission précise en effet que l'existence d'une domination ne résulte que d'un examen approfondi portant notamment sur la délimitation précise du périmètre de chaque zone en cause, les infrastructures commerciales existantes, la présence des points de vente concurrents, sur la possibilité ou non d'inclure dans le segment des hypermarchés des supermarchés similaires, sur l'existence de barrières à l'entrée, sur les conséquences sur la concurrence effective en cas de position prééminente. Il faut en retenir que le seuil de part de marché en lui- même ne suffit pas à établir un pouvoir de marché, lequel doit être établi sur la base d'un faisceau d'indices.
376 BARON M. in BUNTE H.J., LANGEN H., *op. cit.,* p. 1094.

horizontales, la Commission vérifie également en aval que l'entité issue de la concentration n'a pas un degré de pouvoir de marché significatif qui pourrait s'exprimer par une forte part de marché[377]. La Commission ne dissocie en revanche pas les seuils de parts de marché en aval de ceux fixés en amont.

Concernant les concentrations horizontales, la puissance détenue par les parties en aval peut constituer un indice de puissance d'achat sur le marché amont. Les parts de marché sur le marché aval relèvent du faisceau d'indices quant au renforcement ou à la création d'une puissance d'achat située en amont. En effet, l'augmentation des parts de marché des distributeurs parties à l'opération sur le marché aval ou de la distribution se traduit par une augmentation du volume d'achat des parties. Corollairement, plus le volume d'achat augmente, plus les producteurs deviennent dépendants du distributeur et plus ce dernier peut imposer ses conditions d'achat en évinçant ses concurrents. C'est ainsi qu'une puissance d'achat acquise sur le marché de la distribution à la suite de la concentration renforce sa position sur le marché à l'approvisionnement[378]. Un acheteur peut donc disposer de puissance d'achat en raison de sa position en amont sans avoir de puissance en aval, comme ceci est le cas dans les secteurs de haute spécialisation. Ainsi dans l'affaire *Boeing / Mac Donnell*, la Commission a retenu le seul calcul de parts de marché en amont. Le marché aval n'a été pris en compte uniquement concernant les effets de verrouillage pour le concurrent AIRBUS envers les fournisseurs[379]. Le calcul sur le marché aval importe uniquement concernant le commerce de détail. A ce sujet, la Commission précise que : « (d)ans le secteur de commerce de détail, il existe une interdépendance étroite entre le marché de la distribution et le marché de l'approvisionnement. Ce sont les parts de marché détenues par les sociétés de distribution sur les marchés de la vente qui déterminent le volume de leurs achats, qui sera d'autant plus grand que la part détenue par le détaillant sur le marché de la vente est élevée. Or, plus le volume des achats est important, plus les conditions d'achat accordées à la société de distribution par ses fournisseurs sont, en règle générale, favorables[380] ». Afin d'établir la position du distributeur sur le marché de la distribution, la Commission retient au niveau national la part en chiffre d'affaires de chaque partie à l'opération, le nombre de points de vente - ainsi que la part en surface de magasins dans le cas du commerce de détail à dominante alimentaire[381]. Elle

377 Commission, 2008/ C 265 / 6 , *op. cit.,* points 23 et 24.

378 Décision de la Commission, *« Kesko / Tuko »*, *op. cit.* point 38 ; Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.*, point 115.

379 Décision de la Commission, 30 juillet 1997, aff. L 336/16, « *Boeing / Mac Donnell »*, points 104 à 108.

380 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* point 72 ; Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 45.

381 Il est difficile d'obtenir les chiffres d'affaires lors du test de marché réalisé en raison des délais du contrôle des concentrations,- A défaut ou en sus l'on considère la surface de vente comme un indicateur significatif, dans la mesure où il existe une corrélation entre la surface de vente et le chiffre

calcule l'évolution de la part de marché de la nouvelle structure en additionnant les parts de marché des parties et en calculant le ratio en terme de pourcentage du marché global concerné et bien l'écart avec les autres concurrents[382]. L'importance du marché aval dans le domaine du commerce de détail à dominante alimentaire doit toutefois être relativisé. La Commission a pu retenir que lorsque les distributeurs parties à une opération de concentration ne concentrent pas de points de vente conférant une position de contrôle – moins de 10 % sur le marché national -, il n'y a logiquement pas lieu d'additionner les parts de marché des entreprises sur le marché aval[383]. L'analyse peut-être difficile dans le secteur du commerce à dominante alimentaire en raison des nombreuses zones de chalandise potentiellement affectées. Dès lors, l'application des seuils supérieurs ou inférieurs à 50 % permet de dissocier ces cas laissant présumer un risque de puissance d'achat, des autres cas. Au-delà de ce seuil, la position des parties sur le marché de la distribution doit être appréciée à l'aune d'autres indices structurels.

Les parts de marché des entreprises parties à la concentration, à défaut d'établir une domination de marché, peuvent donc constituer un indice de création ou renforcement de puissance d'achat. Les autorités complètent cette analyse par d'autres critères tels l'évaluation du degré de concentration.

3. LE RÔLE DU DEGRÉ DE CONCENTRATION

Les lignes directrices de la Commission prévoient qu'en dehors des parts de marché, le degré de concentration donne une indication dans l'appréciation du pouvoir de marché[384]. En effet, une entreprise dispose d'un fort pouvoir de marché si elle jouit d'une indépendance de comportement sur le marché pertinent. L'entreprise doit être en mesure de fixer un prix substantiellement supérieur au prix marginal. Ceci ne dépend pas uniquement de la part de marché de la nouvelle entité mais également de la sensibilité de la demande des acheteurs finals

d'affaires. Lorsque la Commission utilise cet indicateur seul, le chiffre d'affaires au mètre carré croît avec la taille des magasins en raison de la productivité afférente.

382 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 40 : La concentration portera la part de marché de Carrefour d'environ (12-17)% à environ (25-30)%. Le nombre de points de vente s'accroîtra de plus de deux fois et demi et passera de 1297 à 3327. La superficie de vente totale augmentera de près de 80 %. La concentration permettra à Carrefour de devenir le numéro un du marché français de la distribution que ce soit en terme de surface de vente ou de chiffre d'affaire avec un écart de 10% par rapport au concurrent suivant, le groupement Leclerc. Au niveau régional, la nouvelle entité Carrefour/ Promodes sera numéro un dans la région parisienne, le Centre-Est et le Sud-Est de la France. »

383 Décision de la Commission, « *Carrefour / GB »*, *op. cit.*, point 17.

384 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* point 16 ; Commission, Commission, 2008/ C 265 / 6 , *op. cit.,* point 25.

aux variations de prix et de l'élasticité d'offre des concurrents sur le même marché. En effet, la relation entre part de marché et pouvoir de marché n'est pas automatique de sorte qu'un calcul du degré de concentration fournit une approche sur l'exercice d'un pouvoir de marché. Afin d'apprécier l'aptitude de l'entité à fixer son prix de vente au- dessus de son coût marginal de production, l'on peut appliquer deux théories de mesure : l'indice de LERNER et l'indice HERFINDAHL-HIRSCHMANN (I.H.H.), ce dernier étant propre aux concentrations. L'indice de LERNER représente le rapport entre la marge bénéficiaire réalisée et le prix pratiqué[385]. Cet indice établit que le pouvoir de marché d'une entreprise, à savoir sa possibilité de fixer des marges de profit élevées, dépend d'une part de sa part de marché mais également de l'élasticité du prix de la demande et des possibilités de ses concurrents d'augmenter leur niveau de production[386]. Ainsi de fortes élasticités de la demande de marché et de l'offre des concurrents réduisent considérablement le pouvoir de marché d'une entreprise, même si elle dispose d'une importante part de marché. Il faut établir les caractéristiques de l'offre et de la demande.
L'I.H.H. est égal à la somme des carrés des parts de marché de chacune des entreprises présentes sur un marché donné. L'I.H.H. donne un poids proportionnellement plus important aux parts de marché des grandes entreprises[387]. La variation de l'I.H.H. ou « delta » indique la modification du degré de concentration qui résulte directement de l'opération. L'I.H.H. est compris entre un chiffre proche de zéro lorsque le marché est atomisé et 10 000 en présence d'un monopole. La valeur I.H.H. prend en compte le nombre d'entreprises en place mais également la dispersion de leurs parts de marché. La valeur de l'indice I.H.H. s'élève lorsque le nombre d'entreprises diminue et augmente avec la dispersion des parts de marché[388]. Le renforcement de la concentration du marché, telle que mesurée par l'I.H.H., peut être calculé indépendamment de la concentration totale du marché en multipliant par deux le produit des parts de marché des entreprises parties à l'opération. Selon les lignes directrices, il est peu probable qu'une opération soulève des problèmes de concurrence sur un marché si l'I.H.H. à l'issue de la concentration horizontale est compris entre 1 000 et 2 000 et que le delta est inférieur à 150 ; et à l'issue de la concentration verticale, inférieure à 2000.

Ces deux théories de calcul du pouvoir de marché ont été contestées par la doctrine au motif que leur mode de calcul paraît contestable et qu'elles ont une portée pratique restreinte[389].

385 Voir la présente étude Introduction Titre II Chapitre 2 Section 1.
386 GLAIS M., *op. cit.,* p. 212.
387 L'absence d'informations sur les très petites entreprises n'est pas nécessairement importante car ces entreprises n'ont qu'une faible incidence sur l'I.H.H..
388 GLAIS M., *op. cit.,* p. 219.
389 BARON M. in BUNTE H.J., LANGEN H., *op. cit.,* p. 1084.

Le coût marginal est un concept économique qui est parfois difficile à estimer en pratique. De la sorte, les calculs découlant menant à établir une indépendance de comportement, à savoir l'élévation du prix au- dessus du prix de la concurrence, peut être biaisé. Ces calculs ne fonctionnent en outre que pour les biens homogènes car il est difficile d'établir de manière étroite les produits substituables. Les biens peuvent être substituables à long terme alors que l'analyse se base sur des délais à court terme. En outre, l'I.H.H. sous-tend une variation de l'indice, or si toutes les entreprises maintiennent les mêmes volumes de production que ceux qu'elles offraient avant la concentration, cette dernière n'a pas d'impact sur les consommateurs et les entreprises ne participant pas à celle-ci. Par ailleurs l'on ne peut présumer qu'une opération de concentration réduit systématiquement le bien être d'équilibre défini comme le surplus des consommateurs et des producteurs[390]. De même les seuils fixés par la Commission sont si bas qu'ils ne sauraient constituer un indice valable de concentration de marché[391]. La Commission prend l'analyse avec prudence puisqu'elle prévoit que « l'I.H.H., combinée avec les variations delta correspondantes, peut servir de premier indicateur de l'absence de problèmes sous l'angle de la concurrence. Toutefois, ces valeurs ne donnent pas lieu à une présomption d'existence ou d'absence de tels problèmes »[392]. Le calcul I.H.H. a donc valeur d'un simple indice négatif de sorte qu'en raison des réserves mentionnées, il ne puisse y être valablement fait référence dans l'analyse économique.

Hormis les parts de marché, il existe dans le contrôle des concentrations d'autres indices structurels permettant d'évaluer la puissance d'achat.

B. LES AUTRES INDICES STRUCTURELS DE PUISSANCE D'ACHAT

Si au sein du contrôle des concentrations, la part de marché constitue un indice prépondérant de puissance d'achat, d'autres indices peuvent établir l'existence de ce pouvoir de marché. A ce titre, la dépendance économique du fournisseur permet de caractériser la puissance d'achat comme pouvoir de marché pouvant entraver significativement la concurrence (1). D'autres indices peuvent s'ajouter à l'analyse (2).

390 FARREL J. et SHAPIRO C. cités dans GLAIS M., *op. cit.,* p. 220.
391 BARON M. in BUNTE H.J., LANGEN H., *op. cit.*, p. 1086.
392 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* point 21.

1. LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE DU FOURNISSEUR

L'opération de concentration peut sans engendrer de position dominante, créer ou renforcer une puissance d'achat en raison de la dépendance qu'elle instaure dans la relation du fournisseur au distributeur. Le fait d'être le principal partenaire économique confère à l'entité émergente une position de puissance inéluctable. L'opération de concentration peut placer les fournisseurs en situation de dépendance économique en raison de la puissance d'achat constituée sur le marché amont. Le « test de dépendance » a été instauré afin de saisir les situations propres à la grande distribution, où les parts de marché à l'approvisionnement ne sont pas nécessairement importantes mais suffisantes pour pouvoir placer les fournisseurs dans une situation de dépendance et entraîner des effets anticoncurrentiels avérés. La démonstration de cette dépendance économique ne suppose pas, on l'a vu, l'existence d'une position dominante.

Le « test de dépendance » tend à déterminer d'une part la dépendance du fournisseur en raison de la menace potentielle du distributeur pour lui et son absence d'alternative. D'autre part, il détermine l'absence de dépendance du distributeur au fournisseur. Pour constituer la dépendance, la Commission caractérise tout d'abord l'importance de l'acheteur car elle peut induire une présomption. Elle considère tout d'abord la part de marché de l'acheteur résultant de l'opération de concentration, sur le marché à l'approvisionnement. La Commission estime qu'une part marché de l'acheteur à hauteur de 20 % ou 30 % de parts de marché peut générer des situations de dépendance économique ; ces seuils de parts la menant au test de dépendance des fournisseurs. Dans l'affaire *Rewe / Meinl*[393], la Commission a retenu une part de 40 % du distributeur sur le marché à l'approvisionnement après l'opération, dans l'affaire *Kesko / Tuko*[394] la part du distributeur s'élevait à 55 %, dans l'affaire *Sovion / Südfleisch*[395], la part cumulée des parties était de 30 à 40 %. La Commission a toutefois retenu que nonobstant une part de marché de 35 % du distributeur après concentration sur le marché à l'approvisionnement, il ne pouvait y avoir de dépendance économique des fournisseurs car ceux-ci étaient déjà intégrés dans la centrale d'achat[396]. La part de marché reste donc un indice de dépendance dont le test reste à l'appréciation des autorités.

Concernant la dépendance du fournisseur au distributeur, la Commission a instauré le critère du « taux de menace ». Ce taux de menace correspond à la part du distributeur exprimée en pourcentage détenue dans l'ensemble du chiffre d'affaire du

393 Décision de la Commission, 3 février 1999, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* point 99.

394 Décision de la Commission, *« Kesko / Tuko »*, *op. cit.,* point 55.

395 Décision de la Commission, *« Sovion / Südfleisch »*, *op. cit.,* point 42.

396 Décision de la Commission, « *Carrefour / GB »*, *op. cit.,* points 16 et 18.

fournisseur. La part correspond à la menace pour l'existence même du fournisseur s'il perdait le distributeur comme client. La Commission a pu également définir ce taux comme « la part de chiffre d'affaire réalisé par un producteur avec un distributeur donné à partir de laquelle il devient difficile de trouver d'autres possibilités d'écoulement (…) Au- delà de ce seuil, un producteur ne pourrait remplacer un client qu'avec des pertes considérables, voire pas du tout »[397]. Les estimations des fournisseurs varient selon les cas et le groupe de produit concerné mais la Commission a retenu qu'en moyenne le taux de menace se situe à 22 %. Les producteurs sont sensés pouvoir absorber une diminution du chiffre d'affaires liée à la perte d'un client jusqu'à 20 %[398]. Lorsque les achats d'un distributeur atteignent ce seuil dans le chiffre d'affaires d'un fournisseur, ce dernier peut être dans l'impossibilité de trouver rapidement des débouchés alternatifs pour des volumes aussi importants, faisant du distributeur un partenaire indispensable. Comme indiqué précédemment, la Commission européenne a identifié à plusieurs reprises, sur la base de déclarations des fournisseurs, un seuil correspondant en moyenne à 22 % de leur chiffre d'affaires. Dans une affaire *Carrefour / Promodes*[399], la Commission a demandé aux fournisseurs d'indiquer à partir de quel pourcentage de leur chiffre d'affaires ils considéraient que la perte d'un client représenterait une menace pour l'existence de leur entreprise. Elle a retenu que lorsqu'un distributeur dépasse le « taux de menace » de 22 % dans le chiffre d'affaire d'un de ses fournisseurs, ce dernier se retrouve en situation de « dépendance économique » vis à vis du distributeur. Ce taux de menace du distributeur a été confirmé ultérieurement notamment dans l'affaire *Rewe / Adeg*[400]. Ce taux constitue un élément d'appréciation pouvant laisser présumer un risque de dépendance et donc de puissance d'achat. Il constitue pas un seuil automatique au- delà duquel la puissance d'achat serait caractérisée. Il convient de compléter l'analyse de la dépendance du fournisseur par l'indice de solution alternative. L'absence de solution alternative du fournisseur ou de solution de remplacement réalisable s'entend selon la Commission d'un passage à d'autres canaux de distribution non difficile et non coûteux, réalisable à court terme[401]. La Commission utilise ainsi le critère du taux de menace et celui de la solution de remplacement de manière cumulative. Par exception, la Commission a fait uniquement référence à la solution alternative. C'est ainsi que sans référence au taux de menace, la Commission a estimé que des éleveurs de porcs disposaient de solutions alternatives suffisantes et n'étaient pas dépendants des

397 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* point 101.
398 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,*point 101.
399 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 28.
400 Décision de la Commission, « *Rewe / Adeg* », *op. cit.,* point 93.
401 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* point 102.

abattoirs partie à la concentration pour écouler leur produit[402]. Dans cette affaire, la Commission n'a pas caractérisé le renforcement de la puissance d'achat quand bien même elle avait conclu retenu que l'opération porterait les parts de marché de l'entité à 30 à 40 %.
Concernant la dépendance du distributeur au fournisseur, la Commission vérifie dans quelle proportion - en terme de pourcentage - le fournisseur couvre les achats du distributeur. En d'autre termes, il s'agit de définir l'importance que revêt le fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur. Le distributeur n'est pas dépendant s'il dispose de solutions de fourniture suffisantes en cas de perte de son fournisseur habituel[403]. En matière de dépendance aux marques, la Commission propose d'analyser les conséquences pour le distributeur qu'entraînerait le fait de ne pas proposer à la vente une telle marque de tel fournisseur. La solution sortante varie selon le type de produits et les autres sources d'approvisionnement. Les solutions de rechange du distributeur occupent une place prépondérante dans l'analyse. Si la dépendance du fournisseur au distributeur est plus importante que la dépendance du distributeur au fournisseur, l'on retient l'absence de dépendance du distributeur à ce fournisseur.

L'on peut donc conclure qu'un acheteur dispose d'une puissance d'achat significative notamment s'il représente une part suffisante du marché de l'approvisionnement en un certain type de produits pour menacer d'infliger des pertes significatives à ses fournisseurs, parce que ceux-ci ne disposent pas à courte échéance de réelles alternatives, et qu'en retour, ces fournisseurs ne représentent pas une part prépondérante de son chiffre d'affaires ou que le distributeur peut aisément leur substituer d'autres partenaires. Le test de dépendance est ainsi basé sur trois indices majeurs : la part de marché du distributeur sur le marché à l'approvisionnement, la dépendance du fournisseur en raison de la menace potentielle ou d'absence d'alternative, l'absence de dépendance du distributeur au fournisseur. L'évaluation de la puissance d'achat par le test de pouvoir de marché est réalisé par l'établissement de la dépendance dans un rapport dual. A ce titre, il n'est plus fait référence à une dissociation entre pouvoir de marché absolu et relatif, le test de domination n'étant plus d'actualité. Il s'agit d'une analyse globale conçue intrinsèquement pour un pouvoir de marché, exprimé de façon absolue ou relative et dont les effets sont déterminants.

2. LA FAIBLE CONTESTABILITÉ DE POSITION DE MARCHÉ

Le test de pouvoir de marché nécessite de prendre en compte la

402 Décision de la Commission, *« Sovion / Südfleisch »*, *op. cit.,* points 45 et 46.
403 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* point 104.

puissance d'achat de la nouvelle entité à raison des différents indices qui la constituent. Cette considération est réalisée par les autorités au stade du bilan concurrentiel, de manière globale et dynamique pour l'ensemble des concurrents. Il paraît nécessaire de déterminer ici les différents facteurs de marché menant à la constitution de la puissance d'achat de la nouvelle entité et dont la position de marché résultants d'avantages concurrentiels est un élément. Il s'agit à ce sujet de considérer les éléments structurels contribuant à favoriser la constitution de la puissance d'achat, en situant l'opération de concentration dans un environnement concret. Le pouvoir de marché de l'entité issue de l'opération de concentration peut résulter d'une situation concurrentielle privilégiée. A ce titre, les autorités analysent l'existence de barrières à l'entrée de nature à limiter la pression concurrentielle exercée par des entrants potentiels, ou au contraire le caractère ouvert du marché. Il peut s'agir de barrières à l'entrée législatives, réglementaires ou économiques, comme les économies d'échelle et des coûts irrécupérables[404]. Les autorités retiennent la gamme de produits ou de brevets de nature à renforcer la puissance économique. De même l'étendue de la gamme de produit, la notoriété de la marque et sa couverture géographique étendue sont prises en compte[405]. Ainsi la position de puissance de l'acheteur est d'autant moins contestable que celui-ci dispose de relations commerciales privilégiées en raison de contrats commerciaux exclusifs, de droits d'usage ou de partage de marques, de réseaux de distribution, d'unités de production. Dans l'affaire *Rewe / Meinl,* la Commission a pu retenir que la présence de marques de distributeur confortent le distributeur dans sa position de puissance, car le producteur effectif des produits n'est pas connu des clients et peut être remplacé par n'importe quel autre producteur[406]. La Commission a pu retenir dans l'affaire *Kesko / Tuko* notamment la propriété de locaux commerciaux, les systèmes de fidélisation du client, les marques de distributeur et les systèmes de distribution[407].

Si la caractérisation de la puissance d'achat est essentielle dans le test de concentration, il convient d'en analyser les effets.

---

404 BERLIN D., *op. cit.,* p. 445. Selon le professeur, l'importance des coûts irrécupérables s'entend des « barrières à la sortie pour apprécier la probabilité d'entrée de concurrents extérieurs à la zone et susceptibles de profiter de hausses de prix pour prendre une partie de la clientèle de l'entreprise qui aurait pratiqué des hausses excessives de prix.(...) (q)uand bien même les parties auraient des parts de marché élevées, (le marché) pourra être qualifié de contestable. »

405 *Ibid.* p. 442.

406 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* point 112.

407 Décision de la Commission, *« Kesko / Tuko »*, *op. cit.,* point 106.

§ 2. LES EFFETS DES OPÉRATION DE CONCENTRATION CRÉANT OU RENFORÇANT UNE PUISSANCE D'ACHAT

Les effets unilatéraux complètent le critère de pouvoir de marché comme entrave significative. Le critère de l'entrave significative permet de prendre en compte l'hypothèse d'oligopoles non collusifs dont les effets unilatéraux peuvent nuire aux consommateurs. Du fait d'une structure oligopolistique de marché, les entreprises parties à la concentration sont en mesure de s'abstraire des contraintes concurrentielles. La concentration a pour effet de créer un contexte oligopolistique dans lequel la nouvelle entité est libérée de certaines pressions concurrentielles et voit sa puissance de marché accrue. La concentration à l'origine de ces effets unilatéraux doit donc être contrôlée même si l'entité issue de cette concentration ne possède pas de position dominante sur le marché. Afin de déterminer l'entrave, si la Commission ne peut caractériser une domination, elle recherche s'il existe d'autres effets unilatéraux ou coordonnés afférents à la concentration[408]. La réduction significative de la concurrence trouve alors sa cause dans les effets de la concentration. Le test de pouvoir de marché nécessite de contrôler l'ensemble des effets résultant de la concentration. Il peut s'agir d'effets unilatéraux lorsque les effets émanent de la décision unilatérale de l'entreprise issue de la concentration même si cette décision est suivie par ses concurrents, tel qu'augmenter ses prix ou réduire sa production. Il peut également s'agir d'effets coordonnés si une telle décision de l'entité est le résultat de la décision préalable des concurrents[409]. La création ou renforcement de la puissance d'achat ne constitue un problème de concurrence que dans deux cas. Le premier cas se concrétise lorsque la baisse des prix conduit à une réduction de la production en amont, conduisant à son tour à une hausse des prix qui se répercute à son tour en aval. Le deuxième cas concerne le verrouillage de marché des intrants L'opération de concentration peut produire des effets sur le marché amont, sur le marché aval et sur les marchés connexes. Les autorités établissent le lien de causalité entre la modification structurelle résultant de l'opération et les conséquences réelles ou probables de cette opération. Les autorités apprécient les effets anticoncurrentiels de l'opération en comparant la situation du marché avec les conditions de concurrence existantes sur le marché avant l'opération avec l'évolution future du marché si la concentration n'intervenait pas[410]. Les autorités analysent ainsi les effets *in concreto*. résultant de l'opération de concentration horizontale (A) ou

408 BERLIN D., *op. cit.,* p. 433.
409 BERLIN D., *op. cit.,* p. 420.
410 La théorie veut toutefois que l'on compare le marché tel qu'il résulterait de la concentration avec les conditions de concurrence existantes sur le marché avant l'opération.

verticale (B).

A. LES EFFETS DE CRÉATION OU RENFORCEMENT DE PUISSANCE D'ACHAT RÉSULTANT D'UNE OPÉRATION HORIZONTALE

Une concentration horizontale créant ou renforçant une puissance d'achat peut engendrer des effets horizontaux et verticaux. Les effets horizontaux résultant de l'opération de concentration peuvent se produire en amont comme en aval. Les concentrations horizontales conduisent à une addition de parts de marché sur un ou plusieurs marchés et à la disparition de pressions concurrentielles qui pesaient avant l'opération sur les entreprises parties à la fusion. Sans recourir à une coordination des comportements, du fait même de la concentration, le pouvoir de marché de l'entité fusionnée est renforcé sur ces marchés. Le renforcement de la puissance d'achat peut alors engendrer des effets unilatéraux en amont et en aval. Les effets unilatéraux sont les effets qui émanent de la décision unilatérale de l'entreprise issue de la concentration, quand bien même cette décision est suivie par les concurrents[411]. La Commission énonce dans ses lignes directrices horizontales que ces effets unilatéraux peuvent entraîner des effets coordonnés au titre des effets anticoncurrentiels possibles résultant des concentrations horizontales. Elle précise que les concentrations peuvent conduire à la réduction du nombre de concurrents en raison du verrouillage des marchés, ce qui est susceptible de créer des conditions plus favorables à une coordination, telle qu'une augmentation du niveau des prix, une répartition de marché, ou encore une limitation de la production[412]. De même, les effets coordonnés d'une opération de concentration peuvent mener à leur tour à des effets unilatéraux en raison du renforcement de pouvoir de marché que ceux-ci entraînent. Dans l'affaire *Carrefour / Promodes*, la Commission a retenu que si les distributeurs parties à l'opération de concentration disposent des mêmes informations tarifaires concernant les coûts des fournisseurs, ils sont à terme en position de demander des conditions d'achat uniformes, de sorte que le position sur le marché s'en trouve renforcée[413]. Les effets unilatéraux restent toutefois les effets les plus répandus en amont (1) comme en aval (2).

411 BERLIN D., *loc. cit.*

412 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* point 39. La Commission précise : « De plus, l'intégration verticale peut modifier les conditions de transparence du marché et les incitations de l'entreprise fusionnée et de ses concurrents. Elle peut aussi avoir un effet sur l'efficacité des mécanismes de surveillance et de représailles. Par exemple, un fournisseur non intégré est moins incité à baisser ses prix lorsqu'il fait face à des concurrents intégrés ».

413 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 104.

1. LES EFFETS UNILATÉRAUX SUR LE MARCHÉ AMONT

L'opération de concentration horizontale peut renforcer la puissance d'achat de la nouvelle entité. Les concentrations horizontales peuvent conduire à la disparition de pressions concurrentielles, sauf lorsque les entreprises parties à la concentration appartenaient déjà à la même centrale d'achat, de sorte que la situation des fournisseurs ne s'en trouve pas modifiée[414]. Ceci peut mener la nouvelle entité à diminuer les quantités achetées auprès des fournisseurs et ainsi diminuer les prix obtenus des fournisseurs, entraînant une baisse de production en amont[415]. Cette baisse des prix qui conduit à une réduction de la production en amont, conduit à son tour à une hausse des prix qui se répercute à son tour en aval. L'entité puissante ne répercute plus en aval les avantages obtenus en amont. La baisse de la production entraîne la baisse de l'innovation des fournisseurs et donc de la qualité, pouvant mener à leur éviction. Dans l'affaire *Rewe / Meinl*, la Commission retient que l'insuffisance de la concurrence en amont mène à une baisse de la production et du choix des produits ce qui entraîne à terme une hausse des prix pour le consommateur final[416].

2. LES EFFETS UNILATÉRAUX SUR LE MARCHÉ AVAL

Les concentrations horizontales créant ou renforçant une puissance d'achat peuvent provoquer également des effets sur les marchés situés en aval. En raison de l'interdépendance des marchés amont et aval, le renforcement de la position de l'acheteur en amont peut renforcer sa position en aval, lui confèrent un avantage au détriment des concurrents[417]. La Commission précise qu'il s'agit notamment d'effets d'éviction des concurrents de l'entité fusionnée : « Une concentration pourrait aussi produire des effets préjudiciables à la concurrence sur les marchés en aval, en particulier si la nouvelle entité issue

414 Décision de la Commission, « *Carrefour / GB* », *op. cit.,* point 18.

415 Commission, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, 5 février 2004, JOUE C 31/5, point 61 : « La Commission peut aussi chercher à déterminer dans quelle mesure la nouvelle entité issue de la concentration renforcera sa puissance d'achat sur les marchés en amont. En effet, une opération qui crée ou renforce le pouvoir de marché d'un acheteur peut entraver de manière significative la concurrence effective, notamment en créant ou en renforçant une position dominante. La nouvelle entité peut être en mesure d'obtenir de meilleurs prix en diminuant ses achats de biens ou de ressources destinés à la production. Cela peut la pousser ensuite à réduire sa production sur le marché des produits finals, au détriment du bien être des consommateurs ».

416 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* points 71 à 74.

417 Cet effet de spirale est décrit par la Commission dans la décision *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 87.

de l'opération était susceptible de faire usage de sa puissance d'achat vis-à-vis de ses fournisseurs afin d'évincer ses concurrents »[418] . Dans l'affaire *Boeing / Mac Donnell*, la Commission retient le renforcement de la puissance d'achat de Boeing suite à la concentration des deux entreprises. Ce renforcement permettrait à la nouvelle entité en accroissant la dépendance des fournisseurs, de réduire la position concurrentielle d'Airbus voire de l'évincer en raison de l'accessibilité réduite ou néante de cette dernière à ces fournisseurs essentiels[419]. Dans l'affaire *Kesko / Tuko*, l'entité issue de la concentration des deux distributeurs aurait été en mesure d'obtenir des prix des producteurs, en raison de sa puissance d'achat renforcée, auxquels aucun concurrent ne pourrait prétendre, de sorte qu'ils ne pourraient plus concurrencer effectivement l'entité et que l'entrée sur le marché aval aurait été verrouillée pour les concurrents intrants[420].

Les opérations de concentration non horizontales matérialisant une puissance d'achat doivent être aussi être étudiées à raison de leur spécificité.

B. LES EFFETS DE CRÉATION OU RENFORCEMENT DE PUISSANCE D'ACHAT RÉSULTANT D'UNE OPÉRATION NON HORIZONTALE

Les concentrations verticales ou conglomérales n'additionnent pas de parts de marché et se contentent de conférer à l'entité issue de la concentration des compétences additionnelles en amont ou en aval dans le cadre d'un même processus de production pour les concentrations verticales ; et des compétences additionnelles d'activités sans lien horizontal ou vertical pour les concentrations conglomérales[421]. La Commission affirme que les concentrations non horizontales ne représentent *a priori* pas de danger pour la concurrence[422]. Les

418 Commission, 2004/C31/5, *op. cit.,* point 61 : « La Commission peut aussi chercher à déterminer dans quelle mesure la nouvelle entité issue de la concentration renforcera sa puissance d'achat sur les marchés en amont. En effet, une opération qui crée ou renforce le pouvoir de marché d'un acheteur peut entraver de manière significative la concurrence effective, notamment en créant ou en renforçant une position dominante. La nouvelle entité peut être en mesure d'obtenir de meilleurs prix en diminuant ses achats de biens ou de ressources destinés à la production. Cela peut la pousser ensuite à réduire sa production sur le marché des produits finals, au détriment du bien-être des consommateurs. Pareils effets peuvent notamment survenir lorsque les vendeurs en amont sont relativement dispersés ».

419 Décision de la Commission, « *Boeing / Mac Donnell »*, *op. cit.,* points 106 à 108.

420 Décision de la Commission, *« Kesko / Tuko »*, *op. cit.,* point 134.

421 BERLIN D., *op. cit.,* p. 478.

422 Commission, 2004/ C 31/5, *op. cit.,* points 23 à 25 : « Les concentrations non horizontales ne constituent pas une menace pour la concurrence effective, à moins que l'entité issue de la concentration n'ait un degré de pouvoir de marché significatif (qui ne se traduit pas nécessairement

concentrations non horizontales afférentes à une création ou renforcement de puissance d'achat concernent une concentration entre un distributeur et un fournisseur en terme d'unité d'entreprises ou de groupes. Il s'agit principalement de fusion - acquisition ou fusion – absorption, d'un fournisseur par le distributeur. Ces opérations peuvent créer ou renforcer une puissance d'achat en amont et par conséquent en aval, entraînant des effets anticoncurrentiels constitutifs d'une entrave à la concurrence. La création ou le renforcement de puissance d'achat dans une concentration peut entraîner deux conséquences en terme de verrouillage et ceci constitue potentiellement une entrave à la concurrence. Dans le premier cas, l'un des marchés, le plus souvent en amont, est déjà monopolisé par l'acheteur. L'opération de concentration permet à l'acheteur de renforcer sa puissance en amont en verrouillant ce marché et éventuellement celui en aval. Dans l'autre cas, aucun marché n'est monopolisé par l'acheteur. La concentration créée une puissance d'achat en amont ou en aval, conduisant potentiellement à un verrouillage sur ces marchés. La situation de verrouillage peut se réaliser en aval vis à vis des intrants, et également en amont, vis à vis de la clientèle, caractérisant ainsi une entrave significative[423]. Dans ces deux hypothèses, c'est uniquement si le consommateur final est lésé que l'on considère qu'il y a atteinte à la concurrence ; non parce que les concurrents sont impactés par la concentration[424].
Il convient de distinguer les effets sur le marché aval (1), des effets sur le marché amont (2).

1. LES EFFETS SUR LE MARCHÉ AVAL : LE VERROUILLAGE DES INTRANTS ET ÉVICTION DE CONCURRENTS

La concentration créant ou renforçant la puissance du distributeur peut entraîner des effets anticoncurrentiels dits « verrouillage d'intrants » en aval. Il s'agit d'empêcher les concurrents potentiels d'entrer sur le marché et d'entraver le développement des entreprises concurrentes actuelles en les empêchant d'être efficaces et en les incitant à quitter le

par une position dominante) sur au moins un des marchés concernés. La Commission examinera cette question avant de procéder à l'évaluation de l'impact de l'opération de concentration sur la concurrence. Les niveaux de parts de marché et de concentration donnent souvent une première indication utile sur le pouvoir de marché et sur l'importance, sous l'angle de la concurrence, des parties à la concentration et de leurs concurrents. Il est peu probable que la Commission conclut à l'existence de problèmes dans le cas de concentrations non horizontales, en termes d'effets coordonnés ou non coordonnés, lorsque la part de marché de la nouvelle entité à l'issue de l'opération de concentration sur chacun des marchés concernés est inférieure à 30 % et que l'I.H.H. à l'issue de l'opération est inférieur à 2000 ».

423 *Ibid.* points 30 à 77. L'on parle également de *« foreclosure effect »* pour le verrouillage du marché d'amont, et de *« lock in effect »* pour le verrouillage du marché d'aval.

424 BERLIN D., *op. cit.,* p. 481.

marché[425]. Les intrants concernent les produits ou services, l'accès aux infrastructures ou aux droits de propriété intellectuelle[426]. Le verrouillage du marché des intrants se traduit par le fait que le nouvel acheteur issu de la concentration, par sa position de puissance sur le marché amont, a la capacité d'évincer les concurrents sur le marché aval en agissant sur la disponibilité générale des intrants en terme de prix ou de qualité. Cette stratégie lui permet d'être libéré de la pression concurrentielle par l'augmentation des coûts à l'approvisionnement en amont, des conditions moins favorables ou des baisses de prix moins importantes pour les distributeurs concurrents situés en aval. Dans cette première hypothèse, la concentration mène à une baisse des prix en amont pour la nouvelle entité et les concurrents en aval subissent une augmentation des coûts d'approvisionnement. A terme la production en amont est réduite et entraîne un accroissement des prix ou une réduction des quantités répercutés sur le marché en aval. Dans une deuxième hypothèse, l'entité peut restreindre l'accès aux intrants en refusant de vendre ou en réduisant ses ventes à ses concurrents sur le marché situé en aval. Les concurrents en aval éprouvent des difficultés à pénétrer sur le marché en raison du manque d'accessibilité à des fournisseurs essentiels ou n'ont plus accès dans des conditions satisfaisantes aux matières premières nécessaires à leur activité. Dans tous les cas, la nouvelle entité bénéficie alors en aval de la stratégie en amont et le verrouillage se produit si sa présence sur le marché aval est suffisamment importante. Ce cas de figure concerne particulièrement les intégrations de fournisseurs par un ou plusieurs distributeurs, renforçant la puissance de ce dernier sur le marché aval et peut entraîner un verrouillage[427].

Dans une affaire *Friesland Foods / Campina*, deux conglomérats laitiers aux Pays- Bas avaient projeté de se concentrer. La Commission a analysé l'impact de la concentration sur l'approvisionnement en lait cru, à raison des spécificités des structures associant les fournisseurs et clients. Elle a retenu un risque d'éviction des concurrents en aval en raison de l'accroissement de la puissance de marché sur les marchés avals, renforçant de ce fait la position de l'entité sur les marchés amont[428]. L'effet de spirale est expliqué par le fait que l'opération de concentration permettrait à la nouvelle entité d'augmenter ses prix en aval et que le profit résultant de cette hausse de prix profiterait aux adhérents producteurs de lait en amont, les incitant à ne pas quitter la coopérative, de sorte que les concurrents à l'aval auraient des difficultés à accéder à l'approvisionnement en lait en amont, renforçant ainsi la puissance d'achat de la nouvelle entité en aval. Ceci permettrait à la nouvelle entité à nouveau d'augmenter ses prix et ainsi de

425 *Id.*

426 VOGEL L., *Contrôle européen des concentrations, op. cit.,* p. 83.

427 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* point 107.

428 Décision de la Commission, 17 décembre 2008, aff. COMP/M.5046, *« Friesland Foods / Campina »*, point 104.

continuer la spirale et d'entamer l'effet d'éviction sur le marché aval. De cette manière s'ensuivrait une éviction sur le marché amont[429].

2. LES EFFETS SUR LE MARCHÉ AMONT : LE VERROUILLAGE DE L'ACCÈS À LA CLIENTÈLE

Une concentration verticale entre un fournisseur et un acheteur puissant sur le marché aval peut conduire au verrouillage du marché en amont aux concurrents actuels ou potentiels qui n'ont plus accès à une clientèle suffisante quant à la commercialisation ou à la distribution de produits ou services. L'incidence sur les concurrents situés en amont résulte de la restriction d'un accès à une clientèle significative située en aval. L'entité issue de la concentration peut, par sa position de puissance sur le marché aval, verrouiller le marché en amont en refusant d'acheter des produits à ses concurrents situés en amont et réduire ainsi leurs débouchés. Cette situation peut porter préjudice au consommateur si la réduction des ventes des concurrents situés en amont se traduit par un accroissement significatif des coûts à l'unité et augmente ainsi les coûts des intrants situés sur le marché aval. Effectivement, une fois la position des concurrents sur le marché aval affaiblie, l'entité est alors en mesure d'augmenter ses prix. La rentabilité du verrouillage de l'accès à la clientèle dépend des coûts entraînés en aval par la réduction en amont des approvisionnements de l'entité. Ces coûts sont influencés par l'offre des concurrents sur le marché amont. Plus l'offre en amont est concurrentielle par les prix ou la qualité, plus les coûts de cette stratégie seront élevés. La rentabilité de ce système s'établit par des gains qui peuvent découler d'une hausse des prix en amont dans la mesure où l'entité en amont peut profiter d'une hausse des coûts de ses rivaux et augmenter ses prix sur le marché. Ces gains peuvent également résulter d'une hausse des prix en aval si les concurrents augmentent leur prix afin de supporter des coûts plus élevés, menant l'entité à une hausse de ses prix.

Le lien de causalité entre le verrouillage et la restriction de

429 *Ibid.* points 131 et 132 : « En conclusion, la fusion rassemblerait les deux principaux acheteurs de lait cru des Pays-Bas, contrôlant à peu près 70-80 % du marché. La puissance exercée sur les marchés en aval leur permettrait de dégager des bénéfices supplémentaires, et donc de payer des prix plus élevés aux producteurs. En conséquence, l'entité issue de l'opération serait en position d'attirer plus d'exploitants, et de maintenir et/ou de renforcer sa base d'exploitants. Cette situation aurait pour effet d'accroître les obstacles à l'accès aux marchés primaires en aval des produits laitiers néerlandais, pour lesquels le lait cru détermine une concurrence effective, et/ou à leur expansion. Pour les raisons exposées ci-dessus, il est conclu que la concentration notifiée est susceptible d'entraver de manière significative l'exercice d'une concurrence effective sur le marché de l'approvisionnement en lait cru aux Pays-Bas, ce qui constitue une part importante du marché commun, du fait de la limitation de l'accès à des sources indépendantes de lait cru ».

concurrence doit être vérifié. Une concentration affaiblissant ou excluant un concurrent n'a pas nécessairement d'effet dommageable à la concurrence. L'impact de chaque stratégie sur le marché doit être vérifiée : « (S)oit les gains d'efficacité, soit les stratégies de verrouillage peuvent rendre la vie plus difficile à certains concurrents, rendant leur offre moins attractive. Néanmoins cette marginalisation ne mène pas nécessairement à une augmentation des prix. Cela dépendra de la présence et la capacité des rivaux, des gains d'efficacité et des possibilités d'entrée sur le marché pertinent »[430].

CHAPITRE CONCLUSIF DU TITRE 1

La puissance d'achat peut être être appréhendée comme ayant des effets restrictifs de concurrence en droit européen des ententes et des concentrations. Tout d'abord au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E., la puissance d'achat peut engendrer des effets restrictifs de concurrence à raison du degré de pouvoir de marché associé ou non à une clause litigieuse. Dans le premier cas d'une restriction en raison de sa nature, la détention d'une puissance d'achat associée à une restriction caractérisée renforce l'effet restrictif de concurrence au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. L'élément déclenchant du contrôle de la restriction est la nature de la clause prohibée ; le degré de puissance d'achat apprécié en parts de marché est considéré comme un critère aggravant. Dans le second cas, la restriction n'est pas interdite pas nature ; c'est le degré de puissance d'achat qui entraîne des effets potentiellement restrictifs de concurrence au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Le seuil de part de marchés est l'élément déclenchant du contrôle de la restriction matérialisant la puissance d'achat.

La logique de l'appréhension de la puissance d'achat comme restriction de concurrence en droit des ententes et des concentrations démontre certaines faiblesses. La confirmation de la considération de la revente à perte du droit européen au sens des pratiques anticoncurrentielles témoigne *a priori* de la volonté du législateur européen de ne pas se préoccuper de relations bilatérales d'opérateurs économiques mais de la seule protection du consommateur. Au sens du droit européen, l'on ne peut interdire de manière globale la revente à perte pratiquée pourtant par de nombreux distributeurs et pouvant constituer une entrave à la concurrence. Il faudrait agir par un contrôle *in concreto* afin de constater que le consommateur est lésé. La notion de protection du consommateur semble revêtir une acception artificielle dont les contours dissociatifs de l'intérêt

430 Commentaires sur l'approche économique adoptée par le projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, RBB Economics, 2009, p. 23.

des opérateurs économiques paraît toutefois tenue. Le droit européen se borne à exclure les pratiques commerciales restrictives de son champ d'application au motif même de la protection téléologique du consommateur. Or dans la pratique de l'analyse concurrentielle la protection du consommateur est recentrée sur l'intérêt général, incluant de la sorte l'ensemble des opérateurs économiques. L'allocation distributive du pouvoir de marché importe en droit européen en cela que l'intérêt du consommateur ne peut être pris en compte isolément, la répartition de ce pouvoir de marché nécessitant l'observation et la protection de l'ensemble des opérateurs et donc la prise en compte de relations bilatérales. L'instauration du test de dépendance dans le contrôle du concentrations témoigne de l'importance de la prise en compte de ces relations bilatérales en droit européen et de l'analyse économique quant à une appréhension globale de pouvoir de marché. Afin d'évaluer la puissance d'achat d'un acheteur sur un fournisseur, l'on considère la proportion des ventes de ce fournisseur à l'acheteur donné, puis on la compare en répercussion, à la proportion des ventes de l'acheteur que représente le fournisseur. Le droit des concentrations européen prend ainsi en compte la relation synallagmatique du fournisseur au distributeur en s'intéressant à la relation contractuelle *in concreto.* Le critère du taux de menace permet de relier un critère issu du droit des contrats au droit de la concurrence. La prise en compte de la dépendance économique constitue un moyen de saisir un pouvoir de marché avec des effets avant tout entre partenaires contractuels. La dépendance économique est issue de la domination relative, concept issu du droit des contrats. Si la notion de dépendance économique n'est pas inscrite dans la lettre de loi, la démarche jurisprudentielle laisse présager d'un dépassement du simple intérêt du consommateur ou d'une acception large de cet intérêt.

Concernant les restrictions non interdites par nature, le degré de puissance d'achat peut entraîner des effets potentiellement restrictifs de concurrence au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Le seuil de parts de marchés est l'élément déclenchant du contrôle de la restriction et il est déterminant dans dans l'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E., le champ d'application de cette norme ne concernant que les entreprises ayant un pouvoir de marché. En deçà des seuils fixés, l'accord est présumé ne pas avoir d'effet restrictif de concurrence. Au delà du seuil fixé, il y a lieu de contrôler si la puissance d'achat engendre des effets restrictifs de concurrence. L'appréhension de la puissance d'achat en terme de parts de marché nécessite une délimitation préalable des marchés pertinents. Pour les restrictions horizontales, l'analyse porte sur les marchés d'achat et la substituabilité est définie du point de vue de l'offre, à savoir les solutions de remplacement dont disposent les fournisseurs en examinant leur réaction à une diminution des prix faible mais durable. Pour les restrictions verticales, l'analyse porte sur les

marchés d'achat. La substituabilité est définie du point de vue de la demande, soit celle du distributeur en tant qu'acheteur non utilisateurs des produits initialement achetés en analysant la réaction des consommateurs face à une variation à la hausse légère mais durable des prix, soit celle du distributeur en tant qu'acheteur direct face à une même variation de prix. Cette appréciation est réalisée *in concreto* et la constitution d'une puissance d'achat dépend d'une délimitation de marché plus ou moins étroite. Des parties à une restriction en situation de puissance d'achat peuvent avoir avantage à alléguer un marché pertinent large, misant sur l'absence de contestation de la Commission.
De même, le calcul de la part de marché du distributeur dans les restrictions verticales lié au marché pertinent retenu fait varier sensiblement l'approche de la puissance d'achat. Le calcul de la part de marché du distributeur est réalisée sur les marchés d'achat, pour des raisons de sécurité juridique, éloignant de ce fait la cohérence du contrôle de puissance d'achat. Cette dernière est appréhendée comme un pouvoir de marché classique et non à raison de sa spécificité d'expression sectorielle sur les marchés avals. Or il a pu être démontré que la puissance d'achat peut impliquer une puissance de vente. Le calcul de la part de marché du distributeur sur les marchés amonts occulte la diversité des réseaux de distribution et des effets de verrouillage afférents. Les restrictions horizontales, elles, prennent en compte les parts de marché détenues par l'acheteur possiblement détenues sur le marché aval de même que celles détenues en amont. L'approche par les effets de la puissance d'achat impliquerait que l'on détermine des seuils aval adaptés à chaque secteur de distribution, permettant de saisir les situations diverses potentiellement restrictives de concurrence.

L'approche par les effets de la puissance d'achat comme pouvoir de marché induit ainsi que la part de marché est un des indices d'une éventuelle restriction. D'autres indices doivent venir compléter l'analyse tels que des barrières à l'entrée, des avantages concurrentiels comme une marque ou une technologie, une situation géographique isolée. Le droit des concentrations considère pleinement, la puissance d'achat comme expression de pouvoir de marché dans son degré. La puissance d'achat est conçue comme manifestation d'une domination de marché mais également d'une dépendance. La puissance d'achat est loin d'être stigmatisée dans une approche structurelle anticoncurrentielle mais bien analysée à l'aune des effets concrets sur le marché, restrictifs de concurrence mais également pro-concurrentiels.

L'appréhension de la puissance d'achat à raison de son degré nécessite de prendre en compte ses effets proconcurrentiels.

TITRE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME EFFET PROCONCURRENTIEL EN DROIT DES ENTENTES ET DES CONCENTRATIONS

Une matérialisation de puissance d'achat considérée comme anticoncurrentielle doit être exemptée lorsqu'elle répond à des impératifs supérieurs qui contrebalancent l'atteinte portée à la concurrence. Dans le cas des concentrations, c'est un bilan concurrentiel qui permet de mettre en balance les conséquences positives et négatives sur le jeu de la concurrence. Dans le cas d'une exemption ou d'un bilan économique positif, l'on considère que le marché sort bénéficiaire, induisant la présomption que l'intérêt du consommateur n'est pas affecté.

La puissance d'achat contrôlée pour ses effets anticoncurrentiels, est mise en perspective de ses effets bénéfiques de concurrence lors de son analyse par les autorités. La considération à raison de ses effets pro-concurrentiels a lieu à raison des gains d'efficience qu'elle engendre (chapitre 1) mais également du contrepouvoir qu'elle constitue (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LES EFFETS PROCONCURRENTIELS RÉSULTANT DE LA PUISSANCE D'ACHAT AU SEIN DU BILAN ÉCONOMIQUE AU SENS DE L'ARTICLE 101 § 3 T.F.U.E. ET DE L'ARTICLE 2 § 2 DU RÈGLEMENT 139 / 2004

La matérialisation d'une puissance d'achat peut intrinsèquement comporter des effets pro- et anticoncurrentiels. La prise en compte des effets proconcurrentiels de puissance d'achat s'effectue de manière différenciée en droit des ententes et en droit des concentrations. L'importance des effets bénéfiques de concurrence en résultant ressortent du régime individuel d'exemption dans le premier cas (section 1), alors que ceux-ci sont appréhendés globalement au sein du bilan concurrentiel dans le second (section 2).

SECTION 1. LA PRISE EN COMPTE DES GAINS D'EFFICIENCE RÉSULTANTS DE LA PUISSANCE D'ACHAT EN DROIT DES ENTENTES

Nonobstant ses effets restrictifs de concurrence, la restriction peut ne pas être prohibée au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E. Une restriction comportant des effets restrictifs ne constitue pas nécessairement une restriction de concurrence si *in fine* ses effets proconcurrentiels l'emportent dans l'analyse de concurrence. En effet, un fort degré de part de marché est un indice de puissance d'achat qui fait échapper la restriction aux exemptions par catégorie mais pour lequel une exemption individuelle peut être adaptée. La restriction matérialisant la puissance d'achat, emportant des effets anticoncurrentiels, peut engendrer des effets favorables pour la concurrence qui viennent compenser ceux-ci. C'est le cas lorsque la restriction comporte des « gains d'efficience » pour la concurrence au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E. si ceux-ci sont significatifs[431].

L'ambivalence des effets de puissance d'achat est considéré dans le droit des ententes au terme d'un bilan concurrentiel. Celui-ci prend en compte la puissance d'achat comme pouvoir de marché à raison des ses effets proconcurrentiels (§ 1) mais aussi restrictifs (§ 2).

§ 1. LA PRISE EN COMPTE DU POUVOIR DE MARCHÉ PAR L'ARTICLE 101 § 3 T.F.U.E.

L'analyse de l'article 101 § 3 TFUE nécessite une prise en compte duale, réalisée en deux temps par l'établissement des effets anticoncurrentiels (B) mais également des effets proconcurrentiels liés à cette puissance d'achat (A).

A. LA NOTION DE GAINS D'EFFICIENCE ET DE BIEN ÊTRE DU CONSOMMATEUR EN DROIT ÉCONOMIQUE

Le puissance d'achat peut engendrer des effets restrictifs de concurrence au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. mais peut avoir pour corollaire des aspects proconcurrentiels au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E. [432]. Tout d'abord, le caractère restrictif au titre

431 Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/01, point 217.

432 L'article 101 § 3 T.F.U.E. prévoit : « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou

de l'article 101 § 1 T.F.U.E. doit être établi. La portée des gains d'efficience est tributaire de la qualification de restriction au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. En ce sens, les effets restrictifs peuvent être difficiles à démontrer concrètement. Si la Commission peut être aidée dans sa quête de preuve par les entreprises victimes de la restriction, il est difficile de retenir l'atteinte à la concurrence et les surcoûts pour le consommateur final liés à la pratique anticoncurrentielle[433]. Les autorités nécessitent des preuves qui ne peuvent être fournies que par des parties à la restriction ou bien des tiers lésés qui auront eu accès à ces informations. Au sens téléologique du droit européen c'est pourtant le consommateur qui est lésé par ces pratiques anticoncurrentielles. Il faut également établir la portée de l'atteinte en déterminant les marchés impactés, ce qui induit de connaître le champ d'action des participants à l'accord. Or la puissance d'achat des entreprises ne se mesure pas nécessairement en chiffres ou en impact sur le marché amont ou aval. Concrètement les opérateurs pourront constater une perte de clientèle, une baisse de chiffre d'affaires ou une perte de capacité concurrentielle. Or la preuve que la situation aurait été différente en l'absence de la pratique est difficile à apporter. Il peut être également allégué que cette situation résulte de la conjoncture économique ou du jeu normal de la concurrence[434]. Toutefois, cette appréciation nécessite une analyse économétrique pointilleuse et qui n'est en pratique pas nécessairement réalisable. Il peut être malaisé de démontrer le lien de causalité, à savoir que les éléments sont imputables à la pratique concernée et constituent en ce sens des effets restrictifs de concurrence au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. La démonstration de l'effet restrictif résulte généralement de la comparaison de la situation en présence de la pratique et l'absence de celle-ci par la comparaison de la situation potentielle avec la situation réelle. L'expertise économique de la Commission trouve là ses limites et ne peut être qu'imparfaite : si une partie de l'analyse repose sur des donnés factuelles, l'autre partie repose sur des éléments subjectifs tenant à une situation hypothétique. De la sorte, il est difficile d'évaluer de façon précise le dommage à la concurrence engendré par la pratique. De plus, il existe une difficulté à établir l'affectation entre les Etats membres lorsque le marché géographique ne concerne qu'un Etat ; les exemples d'application de l'article 101 T.F.U.E. aux entreprises ayant une puissance d'achat sont limités.

économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans : a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause,d'éliminer la concurrence ».

433 DUMARCAY M., *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles »,* Thèse, Litec, 2010, p. 450.

434 LUCAS DE LEYSSAC C., PARLEANI G., *Droit du marché,* PUF, 2002, p.978.

Le juge apprécie les gains d'efficience au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E. résultant d'une restriction de concurrence. La définition des gains d'efficience est liée à la prise en compte d'aspects proconcurrentiels afférents à cette restriction. Il convient de préciser dans quelle mesure le pouvoir de marché est pris en compte dans les gains d'efficience. Ceci induit la question de la définition des gains d'efficience et plus précisément de la finalité du droit européen, à savoir la considération des effets sur l'ensemble de la structure du marché ou bien les effets concernant le seul consommateur final. Dans une première hypothèse, les restrictions associées à une puissance d'achat peuvent être exemptées de la prohibition légale si elles contribuent au « bien être du consommateur », au sens littéral du traité comme but ultime de la concurrence. L'intérêt du consommateur, *« consumer welfare »* est défini comme l'intérêt pécuniaire qu'un consommateur peut tirer d'une opération sur un marché. Ceci fait référence à l'intérêt particulier d'un opérateur qui ne concerne pas le droit européen. Le pouvoir de marché n'est alors conçu que comme un résultat final sur un opérateur. Dans une seconde hypothèse, l'exemption résulte du bien être général, le *« total welfare »,* notion large qui comprend l'intérêt du consommateur et celui retiré par les opérateurs économiques de sorte qu'une pratique pourra alors être sanctionnée si elle porte atteinte à l'économie en général[435]. La répartition du pouvoir de marché doit être envisagée à ce titre. Toutefois ceci concerne la distribution allocative des richesses, ce qui ne concerne *a priori* pas le droit européen. Selon l'acception ordo- libérale, la politique européenne vise, on l'a vu, la « concurrence praticable » qui concentre une approche mixte en terme de protection de structure de marché et de protection des consommateurs. A ce titre, la concurrence apparaît comme un moyen d'atteindre les objectifs de développement de l'Union dans l'établissement du marché intérieur. Le droit de la concurrence peut autoriser des pratiques commerciales anticoncurrentielles lorsque ces dernières paraissent nécessaires au bon fonctionnement du marché, dans la mesure où une concurrence suffisante est maintenue. La puissance d'un seul agent ne doit pas anéantir l'autonomie de tous les autres. Toutefois la politique de concurrence protège également les consommateurs en s'intéressant aux prix, à la qualité, au choix, à l'innovation,.... Le droit européen semble pourtant dissocier les gains d'efficience en terme de structure, de l'intérêt du consommateur. Le règlement d'exemption 330 / 2010 corrobore cette interprétation puisqu'il prévoit au point 10 du préambule que : « Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui risquent de restreindre la concurrence et d'être préjudiciables aux consommateurs ou qui ne sont pas indispensables pour produire les gains d'efficience ».

435 MALAURIE- VIGNAL M., *Le droit de la concurrence et l'analyse économique* , Le concurrentialiste, Colloque mai 2013, p. 54.

Les gains d'efficience pourraient être entendus au sens de l'intérêt général, dont l'intérêt du consommateur serait un élément non exclusivement pécuniaire. En effet, l'efficience économique peut être définie comme la propriété d'un processus de production ou de répartition qui tire le meilleur parti de chaque ressource disponible[436]. D'une manière générale, selon une conception libérale il s'agit de maximiser les richesses. Il existe trois types d'efficience : allocative, productive et dynamique[437]. L'efficience allocative est atteinte lorsque chaque ressource est orientée, grâce aux mécanisme des prix, vers son usage le plus valorisé. L'efficience productive est atteinte lorsque les méthodes de production choisies permettent de produire à moindre coût. L'efficience dynamique concerne l'adaptation des méthodes de production et l'apparition de nouveaux produits comme l'innovation. En droit européen, les finalités de la politique seraient avant tout l'efficience allocative, comme en témoigne l'article 120 T.F.U.E.[438] Il s'agit par exemple de constater en matière de restrictions verticales que l'allocation efficiente des ressources est bien promue auprès des consommateurs. Les gains d'efficience sont donc différents du « bien être du consommateur », notion plus économique que juridique mais pourtant désignée comme objectif des règles du droit de la concurrence. L'efficience relève de l'intérêt général et le bien être du consommateur concerne, lui, l'intérêt particulier de ceux-ci dans l'aspect distributif des richesses[439]. Le droit de la concurrence ne devrait pas se préoccuper de ce dernier, la protection des intérêts particuliers ne relevant pas de son champ d'action. Certains auteurs ont avancé que le consommateur serait une notion globale qui s'entendrait en réalité des producteurs et des consommateurs finals[440]. De la sorte, il y aurait confusion d'intérêt entre l'intérêt du consommateur et celle des entreprises dans un but plus général. Selon A.L. SIBONY, le seul intérêt du consommateur nierait l'existence de tout pouvoir de marché et la justice distributive afférente. La prise en compte de l'intérêt du consommateur dans une acception restrictive se limiterait aux avantages en terme de prix et *a priori* de qualité pour le consommateur mais nierait le bien être préalable des différents opérateurs qui conditionne *in fine* le bien être du consommateur à long terme. Or la prise en compte des intérêts des opérateurs nécessite de prendre en compte leur situation et donc l'incidence d'un pouvoir de marché et notamment d'une puissance d'achat.

---

436 SIBONY A.L., *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence,* LGDJ 2008, p. 91.

437 *Id.* p. 89.

438 L'article 120 2ème phrase T.F.U.E. prévoit : « Les États membres et l'Union agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources, conformément aux principes fixés à l'article 119 ».

439 SIBONY A.L., *op. cit.,* p. 118.

440 Ibid. p. 121.

Il semble que la notion d'intérêt général doive être entendue largement, à la fois des consommateurs, des entreprises et de la structure de marché. Le concept de bien être du consommateur ne fait pas obstacle à la considération de la structure de marché, rejoignant l'approche mixte de l'École de BRUXELLES. Les gains d'efficience renvoient directement à la thèse libérale selon laquelle le pouvoir de marché n'est pas suspect et ne va pas à à l'encontre de l'intérêt des consommateurs si l'efficience dynamique est prise en compte. Au sens de la théorie de SCHUMPETER, l'absence de pouvoir de marché n'entraîne aucunement de manière automatique un surplus pour les consommateurs. Si ceux-ci obtiennent un gain immédiat en terme d'absence de hausse de prix, ils risquent de pâtir à moyen ou long terme de ces mêmes prix bas qui empêchent les producteurs de dégager des profits suffisants pour investir dans l'innovation. Ainsi ce que les consommateurs gagent en matière de prix, ils le perdent en terme de qualité de produits[441]. En outre le bien être du consommateur ne se réduit pas à l'existence de prix bas, la qualité étant un facteur essentiel. L'effet positif du pouvoir de marché dépend donc des gains de coûts de production suffisamment forts pour compenser les effets négatifs des hausses de prix pour les consommateurs. Les effets proconcurrentiels du pouvoir de marché ne sauraient se limiter au seul intérêt du consommateur, lequel découle de la protection de l'ensemble des opérateurs économiques du marché. Les gains d'efficience au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E. répondent à une approche distributive la répartition de pouvoir de marché. De la sorte le pouvoir de marché est conçu comme pro- concurrentiel dans l'intérêt général du marché et doit nécessairement être considéré dans sa globalité. L'on constate que le seul intérêt du consommateur final, ne peut de manière isolée que lui nuire.

L'exemple de la grande distribution dans le secteur agro-alimentaire témoigne en ce sens. Le consommateur peut trouver des produits à bas prix et d'une bonne qualité mais la détention d'une puissance d'achat peut menacer la concurrence à terme de sorte que les prix augmentent de manière artificielle et que la qualité baisse. La répartition du pouvoir de marché est une des conditions du bien être du consommateur et nécessite dès lors le bien être des autres opérateurs de concurrence tels que les fournisseurs ou les distributeurs concurrents. Il semble toutefois difficile d'évaluer le seul impact sur le consommateur, ce dernier résultant de la globalité du processus concurrentiel. L'intérêt du consommateur réside dans un ensemble de critères dont le prix, la qualité. Le droit européen semble toutefois ne pouvoir évaluer efficacement que la concurrence par les prix, et de manière très réduite la qualité. Cette dernière est sensée relever de l'intensité de la concurrence ou bien de restrictions justifiées essentiellement par des investissements ou de meilleures conditions d'approvisionnement ou de distribution, ce qui résulte d'une approche dogmatique économique et reste par essence

441 SCHUMPETER J. in BERLIN D., *op. cit.,* p. 523

difficilement quantifiable. Les gains d'efficience obéissent ainsi à des critères cumulatifs économiques dont l'appréciation par le juge peut se trouver limitée.

L'établissement de gains d'efficience n'a de sens en droit des ententes que si des effets restrictifs sont préalablement démontrés.

B. LA PRÉSENCE D'EFFETS RESTRICTIFS AU TITRE DE L'ARTICLE 101 § 1 T.F.U.E.

Les restrictions horizontales et verticales par objet et par effet peuvent faire contenir des gains d'efficience que les entreprises peuvent s'attacher à démontrer. Leur analyse respective au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E. est toutefois à dissocier.
Les restrictions par objet sont tellement susceptibles de restreindre la concurrence qu'il est inutile de démontrer leur effet au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Ces restrictions caractérisées sont soumises à une double présomption négative. Elles sont présumées avoir des effets restrictifs au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E., de sorte que la Commission n'a pas à prouver leur nocivité. Ces restrictions sont également présumées ne pas avoir d'effet positif au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E., de sorte que c'est aux entreprises parties de renverser la présomption et de démontrer les gains d'efficience. La Commission précise dans ses lignes directrices que cette présomption d'illégalité n'est réfutable que si elle est objectivement nécessaire à l'existence de l'accord. C'est ainsi que dans l'affaire *Tabac Brut*, la Commission a estimé que les accords et pratiques conclus entre les entreprises quant à l'achat de tabac brut aux producteurs et aux tiers tasseurs en Italie visant notamment à fixer les prix d'achat communs payables à la livraison du tabac et à répartir les fournisseurs et les quantités étaient constitutives de l'article 101 § 1 T.F.U.E. ; elle n'a pas procédé à l'examen au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E.[442].
En ce sens les restrictions caractérisées peuvent évoquées à raison de l'analyse de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. Le règlement 330 /2010 en son article 4 prévoit que les restrictions caractérisées peuvent être exemptées par l'article 101 § 3 T.F.U.E. sous conditions ; les lignes directrices sur les restrictions verticales[443] en précisent la portée. L'accord du bénéfice de l'exemption par catégorie est ainsi retiré aux restrictions caractérisées mais elles peuvent faire l'objet d'une exemption individuelle au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. La prise en compte du pouvoir de marché ne se fait que dans un second temps, lorsque les parties invoquent des gains d'efficience. Dans le cas de restrictions caractérisées et exclues, la nocivité de la puissance d'achat est fonction non d'un seuil

442 Décision de la Commission, 20 octobre 2005, aff. L 353/45, « *Tabac Brut - Italie* », point 7.
443 Commission, 2000, 2000/C 291/01, *op. cit.,* point 47 et suivants.

mais de la nature de clauses insérées au contrat. Dans le cas des restrictions verticales analysées par leur effet, l'analyse économique du pouvoir de marché est réalisée en fonction d'un seuil de parts de marché dont le franchissement correspond à une nocivité potentielle de la puissance d'achat. Pour autant, pour le professeur PRIETO la dissociation entre restrictions caractérisées ou exclues et restrictions par effet est d'intérêt plus dogmatique que pratique[444]. Par la suppression des interdictions *per se* et l'introduction d'exemptions sous conditions avec, à la clef, une analyse économique en balance, les deux systèmes se rejoignent. L'approche se veut économique dans les restrictions par effet avec notamment l'analyse des parts de marché, mais les parties souhaitant faire valoir les gains d'efficience d'une restriction par objet liée à une puissance d'achat devront démontrer autant de gains d'efficience. Lorsque les entreprises parties à la restriction, qui ont la charge de la preuve, démontrent des effets proconcurrentiels de la restriction au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E., la Commission doit analyser « l'incidence négative probable »[445] de celle-ci. Dans l'affaire *Groothandel,* la Commission a considéré que la restriction n'était pas nécessaire à l'existence de l'accord : le système d'exclusivité lié à des accords sur les prix ne remplissait pas les conditions de l'article 101 § 3 T.F.U.E. en raison de l'absence d'amélioration de la distribution et de la production face au verrouillage de marché des concurrents à l'aval[446].

Les restrictions par effet nécessitent en premier lieu l'évaluation du pouvoir de marché. Si elles ne contiennent pas de clauses interdites par nature, la Commission procède à leur appréciation au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E. en démontrant leur effet restrictif. La situation de pouvoir de marché est analysée de sorte que les effets négatifs entraînés par la restriction sont pris en compte au sein d'une analyse concurrentielle. Celle-ci a lieu certes à raison de l'entrée du champ d'application du § 1 mais l'exemption dite individuelle au titre du § 3 T.F.U.E. est en réalité une absence d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. Une entente restrictive de concurrence ne fait pas l'objet de la prohibition si la restriction contient des efficacités économiques. Il ne s'agit pas d'un rachat ou d'un rattrapage mais bien d'un bilan économique. Si les effets proconcurrentiels résultant des gains d'efficacité l'emportent sur les effets anticoncurrentiels liés à la restriction de concurrence, la restriction est considérée comme étant globalement favorable à la concurrence et doit bénéficier d'une exemption au titre du § 3.[447] L'absence de franchissement du seuil permet en soi l'application de règlement

444 PRIETO C., *Les ajustements apportés dans un jeu sophistiqué de présomptions, op. cit.,* p.22.
445 Commission, 2000/C 291/01, *op. cit.,,* point 47.
446 Commission, 26 octobre 1999, aff. 72/22, « *Nederlandse Federatieve Vereniging vaoor de Groothandel op Elektronisch Gebied* », point 127.
447 DEZOBRY G., *La théorie des facilités essentielles,* sous la dir. de THOUVENIN J.M., L.G.D.J, 2009, p.347 n°561.

d'exemption par catégorie. Le pouvoir de marché est ainsi au cœur de l'analyse de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. Sans pouvoir de marché, les avantages économiques des restrictions l'emportent sur leurs inconvénients Le franchissement du seuil de part de marchés en droit des ententes n'entraîne pas à lui seul la prohibition de l'article 101 § 1 T.F.U.E. mais l'examen du pouvoir de marché au titre de cette disposition. Le franchissement du seuil n'entraîne pas non plus de présomption d'exclusion de l'exemption individuelle au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E.[448]. De la détention d'une forte de part de marché, les entreprises sont exclues de l'application des exemptions par catégorie. Dans la mesure où le seuil des 30% pour les restrictions verticales et celui de 15 % pour les restrictions horizontales est égalé ou dépassé, les restrictions entrent dans le champ d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. En deçà du seuil, l'exemption s'applique. Dans l'affaire *Intergroup*, la Commission a retenu que le faible volume des achats de la chaîne SPAR compte tenu de leur part sur le marché du commerce de détail alimentaire ne pouvait entraîner d'effet sensible[449]. Par le franchissement du seuil, la restriction peut tomber sous l'interdiction de l'article 101 § 1 T.F.U.E. et c'est à l'entreprise qui invoque le bénéfice de l'article 101 § 3 T.F.U.E. de prouver que la restriction remplit les conditions d'exemption. Les gains d'efficience peuvent en ce sens compenser les effets anticoncurrentiels de sorte que la prohibition du § 1 ne s'applique pas. Les restrictions sont analysées à l'aune des effets du pouvoir de marché dont le franchissement d'un seuil est l'élément déclenchant. C'est bien le pouvoir de marché des entreprises concernées qui fait considérer que la restriction est susceptible d'engendrer des effets anticoncurrentiels et pour lesquels l'article 101 § 3 T.F.U.E. peut trouver application. En effet, les restrictions relevant de l'article 101 § 1 T.F.U.E. à raison de la puissance d'achat peuvent ne pas remettre en cause la concurrence effective du marché dans la mesure où ils génèrent des avantages économiques pouvant a priori bénéficier au consommateur. Pour les restrictions horizontales, les lignes directrices de 2011 fournissent aux fins d'analyse un cadre susceptibles de générer des gains d'efficience[450]. Les gains d'efficience tels issus d'un accord d'achat restrictif de concurrence peuvent contrebalancer les atteintes à la concurrence : « Les accords d'achat groupé qui n'ont pas pour objet de restreindre la concurrence doivent être analysés en fonction de leur contexte juridique et économique, au regard de leurs effets réels et probables sur la concurrence. L'analyse des effets restrictifs sur la concurrence découlant d'un accord d'achat groupé doit couvrir les effets négatifs tant sur les marchés d'achat que sur les marchés de vente »[451].

448 Commission, 2010/C 130/01, *op. cit.,* point 23.

449 Décision de la Commission, 14 juillet 1975, aff. L 212/23, « *Intergroup* », point 7.

450 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.*, points 49 et 217 à 220.

451 *Ibid.* point 207.

Concernant les restrictions verticales, le règlement d'exemption 330 / 2010 est centré également sur les effets du pouvoir de marché. Le point 7 du préambule de ce règlement prévoit : « La probabilité que de tels gains d'efficience l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans les accords verticaux dépend du pouvoir de marché des parties à l'accord et, dès lors, du degré de concurrence que celles-ci doivent affronter de la part d'autres fournisseurs de biens et de services que les clients considèrent comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés ». Le pouvoir de marché est au cœur de l'analyse de l'article 101 § 3 T.F.U.E. et la puissance d'achat est un thème central de l'analyse des restrictions verticales, bien que longuement ignorée. En effet le règlement 2790 / 1999 prenait en considération la seule part de marché du fournisseur[452]. La Commission excluait volontairement la puissance d'achat de sa réflexion[453]. Le système d'examen des restrictions était axé sur l'appréciation de clauses. Les clauses blanches ne portaient pas atteinte à la concurrence, les clauses grises étaient restrictives de concurrence mais bénéficiaient de l'exemption par catégorie et les clauses noires étaient strictement prohibées. Le fait de répertorier des clauses au sein d'un règlement d'exemption était un frein à la liberté contractuelle, les parties préférant éviter de prendre des risques d'interdiction quand bien même des clauses proposées auraient pu être similaires ou moins rigides[454]. Le système du règlement de 2010 permet d'apprécier le pouvoir de marché face aux gains d'efficience démontrant une ouverture économique de la Commission essentiellement fondée sur les effets.

Afin de prendre en compte les gains d'efficience résultant d'une puissance d'achat en droit des ententes, il convient de déterminer les conditions requises pour son application au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E.

452 Règlement CE n°2790 / 1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 § 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, considérants 6 et 7.

453 Commission, Livre Vert sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, 22 janvier 1997, point 6 de l'introduction : « (l)e Livre Vert ne traite pas directement des questions de puissance d'achat, qu'il est préférable d'étudier séparément, bien qu'elles présentent certains points communs avec le sujet ».

454 DEMME G., *Le droit des restrictions verticales,* Economica, 2011, p. 92.

§ 2. LES CRITÈRES CONSTITUTIFS DE GAINS D'EFFICIENCE RÉSULTANT DE LA PUISSANCE D'ACHAT

L'article 101 § 3 T.F.U.E. pose les conditions de l'exemption individuelle et dispose que le principe d'interdiction du § 1 est inapplicable si le bilan économique est positif. L'on considère en effet qu'une restriction à la concurrence peut être justifiée si elle comporte pour l'économie des avantages supérieurs à ses inconvénients. Les parties à une restriction entrant dans le champ d'application de l'article 101 § 1 T.F.U.E. doivent prouver que leur accord bénéficie de l'exemption de l'article 101 § 3 T.F.U.E. en démontrant que les conditions de cet article sont remplies. L'analyse pratique diffère pour les restrictions horizontales (1) et pour les restrictions verticales (2).

1. LES GAINS D'EFFICIENCE DANS LES RESTRICTIONS HORIZONTALES

Les restrictions de concurrence doivent être strictement indispensables pour atteindre les objectifs visés et ne peut pas aller jusqu'à l'élimination de la concurrence. Les ententes doivent « contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique »[455]. Les effets de renforcement de la puissance d'achat sur la concurrence peuvent réaliser des gains d'efficience venant compenser des effets restrictifs de la restriction associant une puissance d'achat. Les accords d'achat peuvent entraîner ce type de gains : « Les accords d'achat groupé visent généralement à créer une puissance d'achat susceptible de conduire à une baisse des prix ou à une amélioration de la qualité des produits ou des services pour les consommateurs »[456]. Par leur coopération horizontale en matière d'achat, les entreprises peuvent notamment prendre part au processus de concurrence, obtenir des prix plus avantageux et des conditions de livraison plus favorables de la part des fournisseurs. La massification des achats permet d'éviter qu'en raison de quantité et de volume moindres, chaque distributeur soit lésé individuellement[457]. Les prix d'approvisionnement obtenus en matières premières peuvent être réduits, conduisant à une baisse du prix des produits finis. La restriction permet alors un transfert

455 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.*, Selon les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, il faut distinguer entre les gains d'efficacité réalisés sur les coûts et les gains d'efficacité de nature qualitative. Cette dissociation correspond à la distinction efficacité productive, correspondant aux économies d'échelle et efficacité dynamique, quant à la rentabilisation d'un investissement destiné à accroître l'efficience d'une entreprise.

456 I*bid.* point 194.

457 ELLGER R. in IMMENGA, MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht EU,* Tome I, Beck, 2012, p.407 n°204.

des avantages obtenus en amont vers l'aval, au bénéfice notamment des consommateurs.

La démonstration de l'article 101 § 3 T.F.U.E. nécessite que l'ensemble des conditions soient remplies. Tout d'abord, il doit résulter un avantage certain pour les entreprises : la restriction doit leur permettre de s'approvisionner sur les marchés à des conditions plus favorables qu'elles ne pourraient le faire individuellement[458]. Ensuite, ces avantages en prix ou conditions doivent être répercutés par les entreprises parties à la restriction, sur les consommateurs[459]. Ces avantages peuvent être des économies d'échelle réalisés grâce aux rabais obtenus[460], une garantie d'approvisionnement en période de pénurie, l'amélioration du service[461] ou l'élargissement de l'offre[462]. En outre, les restrictions ne doivent pas imposer de restrictions de concurrence qui ne sont pas indispensables à la réalisation des avantages. Si l'approvisionnement est exclusif, la Commission s'assure que celui-ci est strictement nécessaire à la réalisation d'économies d'échelle[463]. Dans l'affaire *National Sulphuric Acid Association,* la Commission a retenu que le règlement du groupement d'achat en commun de souffre de cette association avait pour effet de restreindre la concurrence en égalisant les prix à la revente. Les membres de ce groupement s'approvisionnaient en souffre via le groupement pour une partie de leurs besoins et étaient restreints dans l'utilisation de ce souffre à la seule production d'acide. Pour retenir le caractère non indispensable de la restriction, la Commission estime que la disposition du règlement dissimulait en réalité une discrimination de prix entre le souffre dit normal et celui destiné à la production d'acide. Elle s'attache à l'effet sensible de cet accord sur la structure du marché notamment en raison de l'absence de concurrence entre les membres, ceci ayant des incidences sur l'ensemble des marchés concernés[464]. Enfin, la restriction ne doit pas mener à l'élimination substantielle de la concurrence. Les clauses d'approvisionnement sont très contrôlées en l'espèce et une possibilité d'approvisionnement auprès d'autres sources doit exister[465].

---

458 Décision de la Commission, 9 juin 1989, aff. L 190 / 22, *« National Sulphuric Acid Association »,* point 7.

459 Décision de la Commission, 29 décembre 2003, aff. COMP/C2/38.287 , *« Telenor/Canal+/Canal Digital »*, points 32 à 50.

460 Décision de la Commission, *« National Sulphuric Acid Association », op. cit.,* point 49 ; Décision de la Commission, 30 avril 1991, aff. L178/31, *« Scottish Nuclear »*, point 34.

461 Décision de la Commission, 11 juin 1993, aff. L179/23, *« UER/ Système de l'eurovision »*, point 62.

462 Décision de la Commission, 15 septembre 1989, aff. 284/36, *« Achat de films par les stations allemandes de télévision »,* point 54.

463 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* point 133.

464 Décision de la Commission, *« National Sulphuric Acid Association », op. cit.,* point 53.

465 *Id.*

2. LES GAINS D'EFFICIENCE DANS LES RESTRICTIONS VERTICALES

Lorsque l'acheteur est puissant, les restrictions verticales peuvent entraîner le verrouillage de marché.

La puissance d'achat peut avoir des effets restrictifs en raison de la nature de la restriction. Toutefois, si les parties allèguent des gains d'efficience, la Commission vérifie que les conditions de l'article 101 § 3 T.F.U.E. sont remplies. Ceci est rarement le cas pour les restrictions par objet. Dans l'affaire *Nathan Bricolux,* les distributeurs exclusifs n'étaient pas autorisés à revendre la marchandise hors territoire. La Commission a estimé que les conditions de la restrictions ne remplissaient pas les conditions de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. L'interdiction de commercialisation hors territoire n'a pas été considérée comme une restriction indispensable en raison du verrouillage du marché au détriment de distributeurs concurrents et le consommateur ne bénéficiait pas de cette limitation géographique, les distributeurs agréés appliquant des prix fixés artificiellement[466].

Quant aux restrictions verticales par effet, il y a lieu d'examiner la part de marché détenue par le distributeur sur le marché de l'approvisionnement et celle du fournisseur détenue sur le marché des ventes. Si l'acheteur est déjà puissant en amont, la restriction verticale avec le fournisseur renforce sa puissance d'achat et peut amener à un verrouillage du marché en amont ou en aval. Si l'acheteur n'est pas puissant en amont, la restriction verticale avec le fournisseur peut permettre de créer une puissance d'achat et de même verrouillage du marché. L'intensité de l'effet de verrouillage du marché est fonction de la part de marché. Si les parties détiennent une part de marché supérieure à 30 %, la restriction tombe dans le champ de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. La restriction peut être exemptée après l'analyse de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. Les conditions afférentes au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E. énoncées pour les restrictions horizontales s'appliquent également aux restrictions verticales ; les gains d'efficience doivent compenser l'effet restrictif produit par la puissance d'achat.

La fourniture exclusive est le cas le plus représenté en terme de puissance d'achat au sein des restrictions verticales pouvant représenter des gains d'efficience au titre du § 3. Plus la part de marché représentée par les achats réalisés est importante et plus la durée de l'accord est longue, plus le verrouillage du marché est significatif. Toutefois la fourniture exclusive permet normalement de réaliser des gains d'efficience lorsque l'acheteur est amené à réaliser des investissements liés à la relation contractuelle. Lorsqu'un fournisseur et un acheteur qui ne sont pas en situation de puissance sont amenés à réaliser des investissements liés à la relation contractuelle, la combinaison

466 Décision de la Commission, 5 juillet 2000, affaire L-54/1, COMP.F.1. 36.516, *« Nathan- Bricolux »*, point 107.

d'obligation de non-concurrence et d'une exclusivité de fourniture est considérée comme étant justifiée. Les risques de verrouillage sont moindres dans le cas de produits homogènes et intermédiaires contrairement aux produits hétérogènes et finals. Les accords d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas considérés comme nécessaires pour obtenir les gains d'efficience allégués ou bien sont considérés comme produisant des gains d'efficience insuffisants pour compenser l'effet de verrouillage du marché engendré. Si la durée de l'accord de fourniture exclusive est inférieure à cinq ans et que les entreprises parties à la restriction ne disposent pas de fortes parts de marchés, les effets pro concurrentiels l'emportent généralement sur les effets anticoncurrentiels.

Dans l'affaire de la *F.E.G.*, les grossistes membres de l'association étaient soumis à un régime collectif d'exclusivité, de sorte que d'autres distributeurs non membres ne pouvaient s'approvisionner en matériel électronique et que les distributeurs de la F.E.G. ont pu librement s'entendre sur les prix. La restriction afférente au système d'exclusivité tendait, en raison de la position des parties, à verrouiller le marché au détriment des concurrents qui ne disposent d'aucune autre source d'approvisionnement. La Commission a estimé que les conditions de l'article 101 § 3 T.F.U.E. n'étaient pas remplies notamment en terme d'amélioration de la distribution[467]. Dans une affaire *Scottish Nuclear*[468], cette entreprise publique de production électrique au Royaume Uni possédait et exploitait seule les centrales nucléaires. Deux entreprises liées par contrat de fourniture exclusive achetaient toute la production d'électricité nucléaire à des prix fixés par accord. La Commission a retenu le caractère indispensable de la restriction en terme de prix pour l'amélioration de la production et a estimé que les deux entreprises acheteuses pouvaient rester concurrentielles dans leur relation respective d'approvisionnement aux consommateurs. La fourniture exclusive a été considérée comme remplissant les conditions de l'article 101 § 3 T.F.U.E., contribuant à l'amélioration de la production et de la distribution en raison de la gestion de la surcapacité nucléaire, profitant ainsi aux consommateurs. Dans l'affaire *Telenor / Canal+ / Canal Digital*, CANAL+ / CANAL+ NORDIC en sa qualité de fournisseur de contenus de télévision à péage avait conclu des accords d'exclusivité et de non-concurrence conclus avec TBS/CANAL DIGITAL, cette dernière en sa qualité de télédiffuseur et distributeur de télévision à péage par satellite. Malgré l'effet de verrouillage des intrants en raison de la position de puissance des parties, les conditions de l'article 101 § 3 T.F.U.E. ont été considérées comme remplies au motif notamment que l'exclusivité permet des investissements dans la distribution de la télévision à péage

467 Commission, « *Nederlandse Federatieve Vereniging vaoor de Groothandel op Elektronisch Gebied* », *op. cit.,* point 128.
468 Commission, *« Scottish Nuclear », loc cit..*

profitant aux consommateurs [469].

Si la prise en compte de gains d'efficience est réalisée en droit des ententes quant aux effets de puissance d'achat, celle-ci importe également en droit des concentrations.

SECTION 2. LA PRISE EN COMPTE DES GAINS D'EFFICIENCE RÉSULTANTS DE LA PUISSANCE D'ACHAT DANS LE BILAN ÉCONOMIQUE DU DROIT DES CONCENTRATIONS

Une opération de concentration créant ou renforçant une puissance d'achat peut engendrer des effets anticoncurrentiels au titre de l'article 2 § 3 du règlement à l'aune d'effets unilatéraux ou coordonnés. L'opération n'entrave la concurrence qu'après la mise en perspective d'aspects proconcurrentiels résultant de l'opération au sens de l'article 2 § 2 et éventuellement de l'article 101 § 3 T.F.U.E. quant au rachat de pouvoir de marché de filiales communes. Le bilan économique de l'opération dressé par les autorités permet de mettre en lumière les effets anticoncurrentiels liés à la puissance d'achat mais également les aspects proconcurrentiels afférents.

Il convient de déterminer dans quelle mesure les gains d'efficience corollaires à une puissance d'achat sont pris en compte en droit des concentrations (§ 1). Toutefois l'importance pratique de ceux-ci au sein du contrôle doit être relativisée (§ 2).

§ 1. LE BILAN ÉCONOMIQUE POSITIF RÉSULTANT DES GAINS D'EFFICIENCE DE LA PUISSANCE D'ACHAT

Le bilan économique du contrôle des concentrations permet de considérer dans une certaine mesure les effets positifs résultants de la puissance d'achat (A). Les conditions afférentes doivent être établies (B).

A. LA PLACE DU POUVOIR DE MARCHÉ DANS LE BILAN ÉCONOMIQUE DES CONCENTRATIONS

Le bilan concurrentiel au sens de l'article 2 § 1 du règlement de base implique que la Commission procède à un examen global de la concurrence en analysant les effets de la concentration à savoir les effets pro-concurrentiels résultants de l'opération au

469 Décision de la Commission, *« Telenor/Canal+/Canal Digital »*, *op. cit.,* point 207.

même titre que les effets anticoncurrentiels. Leur considération est concomitante et l'on considère qu'il s'agit d'une compensation, différemment des pratiques anticoncurrentielles où les comportements restrictifs de concurrence après avoir été interdits, peuvent être exemptés de l'interdiction. On oppose l'analyse économique en deux temps de l'article 101 T.F.U.E. à la règle de raison qui constitue une des méthodes d'analyse issue du droit américain *« rule of reason »* issue du *Sherman Act*. Cette règle de raison est un principe d'interdiction sans possibilité ultérieure d'exemption. Il s'agit d'un seul bilan des effets pro et anticoncurrentiels dans la phase unique de l'analyse. Le droit des ententes, lui, s'articule en deux phases, à savoir celle du principe d'interdiction suivie de celle de l'exemption. La *rule of reason* permet de faire échapper l'entente au principe général d'interdiction à l'issue d'un bilan concurrentiel. L'appréciation du contrôle des concentrations s'effectue « en un seul temps » au cours duquel les éléments anticoncurrentiels et les effets positifs sont analysés[470]. Ce contrôle s'inscrit dans la logique du bilan non strictement concurrentiel mais économique. Un bilan concurrentiel consiste à faire les comptes entre les effets positifs et les effets négatifs de la concentration au seul regard de son impact sur la concurrence s'exerçant sur les marchés pertinents. Un bilan économique prend en compte au sein des aspects positifs et négatifs, des considérations non strictement concurrentielles, comme l'innovation technologique, la cohésion sociale, la protection de l'emploi[471]. Selon le professeur FRISON- ROCHE de cette considération découle deux méthodes de bilan en droit des concentrations au sein desquelles la prise en compte du pouvoir de marché diffère. Dans le premier cas, les autorités procèdent en premier lieu au bilan concurrentiel et intègrent ensuite les résultats de celui-ci dans un bilan global avec des considérations non concurrentielles[472]. Les gains d'efficience, ciblés précisément, constituent une possibilité de rachat des effets anticoncurrentiels résultant du pouvoir de marché. Dans le second cas, les deux bilans sont confondus et mis en balance de manière simultanée. Le pouvoir de marché résultant de la concentration est envisagé dans son ensemble à l'aune d'une compensation des effets restrictifs. Ce choix est lié à l'objectif de politique concurrentiel et le droit européen des concentrations privilégie une approche d'ensemble. Le droit des concentrations au titre de l'article 2 § 1 du règlement de base concentre un bilan de type concurrentiel avec un bilan de type économique. Au sens de l'article 2 § 1 b du règlement de 2004, la Commission ne s'en tient pas à un bilan strictement concurrentiel et prend en considération « l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à

470 MAINGUY D., RESPAUD J.L, DEPINCE M., *Droit de la concurrence,* Litec, 2010, p. 325.
471 FRISON ROCHE M.A. et PAYET M.S., *op. cit,* p. 316.
472 *Id.*

la concurrence »[473]. Le règlement prévoit explicitement la prise en compte de « gains d'efficacité » pour « contrebalancer les effets sur la concurrence et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs »[474]. Toutefois pour une partie de la doctrine la notion de progrès économique renvoie à l'idée que le droit des concentrations européen ne connaît pas de gains d'efficience en tant que tels. Selon cette thèse, l'efficience n'aurait pas de réelle place en tant que telle en droit des concentrations, la question du bilan tournerait autour de l'évaluation d'un pouvoir de marché et non de gains d'efficacité proprement considérés. A ce titre le droit des concentrations, différemment du droit des ententes, ne prend pas expressément en compte la partie équitable du profit réservé aux utilisateurs et l'absence d'élimination de toute concurrence. L'efficience renverrait à une idée d'instrumentalisation politico- industrielle du droit des concentrations[475] car l'enjeu du bilan du concurrentiel était initialement de faire échapper les accords de distribution sélective à l'article 101 § 1 T.F.U.E.. Il est allégué en ce sens que le règlement de base ne précise pas les éventuels types de gains d'efficience pertinents[476]. De la sorte, il s'agirait d'établir le « progrès économique » entendu comme la contribution suffisante de la concentration du pouvoir de marché, mise en balance d'un résultat défavorable au regard de la concurrence. Il apparaît toutefois que cette dissociation dogmatique importe peu en pratique. Les «gains d'efficience » du droit des concentrations sont entendus largement. La Commission précise qu'elle apprécie les facteurs énoncés à

473 L'article 2 § 1 b du règlement 139 / 2004 dispose : « (Les concentrations visées par le présent règlement sont appréciées en fonction des objectifs du présent règlement et des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun. Dans cette appréciation, la Commission tient compte :) de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence ».

474 Le considérant 29 du règlement 139 / 2004 dispose : « Pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est possible que les gains d'efficacité résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs, qu'elle aurait sinon pu avoir et que, de ce fait, celle-ci n'entrave pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante. La Commission devrait publier des orientations sur les conditions dans lesquelles elle peut prendre en considération des gains d'efficacité dans l'appréciation d'une concentration ».

475 BARON M. in BUNTE H.J., LANGEN H. , *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht,* Tome II, Luchterhand, 2010, p. 1101.

476 Notamment BERLIN D., *op. cit.,* p. 522 ; GLAIS M., *op. cit.,* p. 405.

l'article 2 § 1 b du règlement de base « parmi lesquels l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence ». Les gains d'efficience permettent de contrebalancer le pouvoir de marché dans l'ensemble de ses effets sans pour autant nier l'existence de ce dernier. En considérant que le progrès économique fait partie des gains d'efficience considérée comme l'efficience globale, l'on assure la cohérence du droit européen. Le postulat structuraliste est le même en droit des concentration et des ententes pour lequel le pouvoir de marché à raison de son degré reste à contrôler et les gains d'efficience permettent de le contrebalancer dans l'intérêt du consommateur[477]. L'acquisition ou le renforcement d'un pouvoir de marché par les parties à la concentration n'est pas nié et l'atteinte à la concurrence est envisagée dans l'appréciation globale. Aussi le droit des concentrations se comprend comme assurant l'efficience globale, de même qu'en droit des ententes, celle-ci établie comme but de politique de concurrence englobant l'intérêt du consommateur. L'efficience peut contrebalancer un pouvoir de marché à effets restrictifs dans l'intérêt du consommateur[478]. Les parties à la concentration, comme en droit des ententes rapportent la preuve des gains d'efficience en démontrant qu'ils contrebalancent l'atteinte[479].

B. LA PRISE EN COMPTE DES GAINS D'EFFICIENCE RÉSULTANT DE LA PUISSANCE D'ACHAT

Le bilan concurrentiel prend en compte les effets anticoncurrentiels de concurrence liés à la concentration créant ou renforçant une puissance d'achat. L'appréciation de l'opération de concentration est « globale »[480]. L'on considère l'atteinte à la structure de marché résultant de l'opération de concentration. Le bilan économique impose la prise en compte des aspects pro-concurrentiels résultant de la création ou le renforcement de la puissance d'achat. Les gains d'efficience sont

477 BARON M. in BUNTE H.J., LANGEN H., *op. cit.,* p. 1101.

478 Les deux sont dissociés dans cette étude afin de pouvoir analyser de manière dogmatique les effets anti- et proconcurrentiels de la puissance d'achat, mais il ne constituent qu'un seul et même ensemble au sein de l'analyse du bilan concurrentiel du droit européen des concentrations.

479 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* points 85 à 87 : « Les éléments de preuve utiles pour l'appréciation des gains d'efficacité comprennent notamment les documents internes que les dirigeants des entreprises ont utilisés pour prendre la décision et lancer une telle opération, les déclarations de la direction aux propriétaires et aux marchés financiers concernant les gains d'efficacité escomptés, des exemples de gains d'efficacité et d'avantages pour les consommateurs générés par le passé, ainsi que les études réalisées par des experts extérieurs avant l'opération de concentration et portant sur le type et l'ampleur des gains d'efficacité et sur l'importance des avantages que les consommateurs sont susceptibles d'en retirer ».

480 *Ibid.* point 78 : « Dans son appréciation globale d'une concentration, la Commission analyse les arguments tirés des gains d'efficacité, preuves à l'appui ».

pris en compte si trois critères cumulatifs sont réunis : les gains doivent être à l'avantage des consommateurs, êtres propres à la concentration et être également vérifiables[481]. En premier lieu, l'opération de concentration doit produire des gains pour les consommateurs en raison d'une baisse des prix ou en raison d'une innovation de produits ou services. En deuxième lieu, les gains d'efficience pris en compte doivent être la conséquence directe de l'opération et ne doivent pas pouvoir résulter de moyens alternatifs moins anticoncurrentiels. C'est aux parties à l'opération de rapporter qu'il n'existe pas d'autres moyens moins anticoncurrentiels. Si de mêmes gains d'efficience peuvent être obtenus par des mesures moins anticoncurrentielles, ils ne sont pas pris en compte. En outre la Commission doit être en mesure de vérifier l'ensemble de ces critères et à défaut les gains d'efficience invoqués par les parties ne sont pas pris en compte.

Les gains d'efficience résultant de la puissance d'achat peuvent en théorie se matérialiser dans les concentrations horizontales ou non horizontales. Les lignes directrices sur les concentrations horizontales précisent que : « (l)'augmentation de la puissance d'achat peut être favorable à la concurrence. Si cette puissance accrue fait baisser les coûts des ressources utilisées sans limiter la concurrence ou la production totale en aval, une partie de ces économies sera vraisemblablement répercutée sur les consommateurs sous forme de prix plus avantageux. Pour déterminer si une concentration entraverait de manière significative la concurrence effective par création ou renforcement d'une puissance d'achat, il convient donc d'analyser les conditions de la concurrence sur les marchés en amont et d'évaluer les éventuels effets positifs et négatifs décrits plus haut »[482]. Dans les opérations horizontales, il s'agit essentiellement des baisses de coût marginal liés à l'efficience productive ou dynamique[483]. L'on considère ainsi l'accroissement du surplus, la transmission des gains de productivité aux consommateurs, la prise en compte des effets de la diffusion du progrès technique obtenu par la fusion et l'amélioration de la capacité à innover. En terme de concentration non horizontale, le plus souvent en raison d'une intégration, les gains d'efficience sont constitués notamment lorsque la puissance d'achat permet d'obtenir une baisse des prix à l'approvisionnement. Si la concurrence est suffisante en aval, la baisse des prix acquise à l'approvisionnement est reportée et profite aux consommateurs. Il s'agit d'un transfert de marge de l'amont vers l'aval par l'élimination la réduction de la marge ou l'élimination de la double marge. De même les gains d'efficience peuvent résulter d'une meilleure organisation interne résultant de la concentration ou de la collecte d'informations. Il apparaît toutefois à l'aune de la jurisprudence que la Commission n'ait pas encore retenu de «

481 *Id.*
482 Commission, 2004/C 31/5, *op. cit.,* point 62.
483 GLAIS M., *op. cit.,* p. 405.

gains d'efficience » compensant la création ou le renforcement de puissance d'achat. L'appréciation de ces gains est d'appréciation restrictive par les autorités et il est fréquent que les parties ne fassent pas valoir les avantages découlant de leur opération. L'on peut présumer qu'alléguer de tels gains reviendrait à reconnaître l'existence d'effets restrictifs afférents à la concentration, de sorte qu'il serait risqué de soumettre eux-ci à l'appréciation subjective des autorités.
L'approche structuraliste du droit européen donne la primeur de la prise en compte d'un bilan économique positif par le prisme de mesures correctives.

Les parties à l'opération de concentration matérialisant une puissance d'achat peuvent toutefois arriver à un bilan économique positif autrement que par l'établissement de gains d'efficience.

§ 2. LE BILAN ÉCONOMIQUE POSITIF RÉSULTANT DES MESURES CORRECTIVES LIÉES À LA DÉTENTION DE LA PUISSANCE D'ACHAT

Les aspects anticoncurrentiels liés à une puissance d'achat sont pris en compte dans le bilan économique. L'opération créant ou renforçant une puissance d'achat peut ne pas entraver significativement la concurrence en raison de gains d'efficience ou subsidiairement à raison de mesures correctives prises pour corriger les effets restrictifs découlant d'une puissance d'achat. Si la Commission démontre que l'opération envisagée est de nature à entraver de façon significative une concurrence effective, les parties peuvent chercher à modifier leur projet pour que l'opération soit autorisée. L'opération sera considérée comme n'entravant pas la concurrence si les engagements pris sont estimés satisfaisants et suffisants. La mesure doit faciliter l'entrée sur le marché d'un concurrent effectif et l'opération ne doit pas avoir pour but de créer une position dominante[484]. Il existe pour cela des mesures correctives, structurelles et comportementales. La communication de la Commission sur les mesures correctives pas plus que le règlement de base ne définissent précisément ces engagements. En pratique les parties à l'opération prennent des engagements visant à exclure tout « doute sérieux » quant à une entrave significative de la concurrence[485]. Il s'agit de prévenir l'émergence d'une position dominante et plus largement d'un pouvoir de marché. Les mesures correctives structurelles se concrétisent principalement par une cession totale ou partielle d'actifs. Les engagements comportementaux consistent pour les parties à ne pas abuser

484 Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n°139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n°802/2004 de la Commission, 2008/C 267/01, voir point 5 sur la position dominante.
485 *Ibid.* point 18.

d'une position dominante et de garantir aux concurrents l'accès au marché lorsqu'elles détiennent une facilité essentielle tel qu'un droit de propriété intellectuelle. Cela peut résider dans la mise à disposition d'une infrastructure ou d'une technologie essentielle, ou bien à la mise à la disposition des tiers concurrents d'une partie de la capacité de production de l'entreprise issue de la concentration, ou encore en la non-utilisation d'une marque pendant une certaine période.

Dans l'affaire *Rewe / Meinl*, la Commission avait retenu que la concentration entraînerait la création d'une puissance d'achat de la nouvelle entité sur le marché de l'approvisionnement de sorte que ceci engendrerait une puissance d'achat sur le marché de la distribution[486]. Les points de vente de REWE devait s'ajouter à ceux de MEINL par intégration. La Commission avait retenu des effets de verrouillage à l'aval en exposant que plus la part à l'approvisionnement est élevée, plus la possibilité de conquérir des parts à la distribution est grande et plus ceci renforce la puissance d'achat de l'entité. A cette encontre, les parties n'avaient pas réussi à alléguer de gains d'efficience ni à nier l'absence de lien de causalité entre les effets restrictifs et la concentration. Elles ont en dernier lieu proposé des mesures correctives en s'engageant quant à la cession de commerces de détail des magasins de détail alimentaire ou à la despécialisation alimentaire.

Dans l'affaire *Kesko/ Tuko*, la Commission a estimé que l'acquistion de TUKO par KESKO permettrait à cette dernière de voir renforcée sa puissance d'achat sur le marché de la vente au détail et du libre service de gros, de sorte que cela conduirait à l'éviction de concurrents et au verrouillage de marché en aval[487]. KESKO a proposé de céder 55 % des actifs du commerce de gros de TUKO afin de créer un nouveau groupe de détaillants. La Commission a estimé que la mesure n'était pas suffisante notamment car la faiblesse intrinsèque du nouveau groupe de détaillants permettrait à l'entité issue de la concentration de récupérer à terme la part de marché apparemment cédée, de sorte que la situation de renforcement de puissance d'achat avec effets restrictifs est constituée[488].

486 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* points 55 et 115.

487 Décision de la Commission, 20 novembre 1996, aff. L110 / 53, *« Kesko / Tuko »*, points 146 à 153.

488 Décision de la Commission, 20 novembre 1996, aff. L110 / 53, *« Kesko / Tuko »*, points 169 à 173.

CHAPITRE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME CONTREPOUVOIR EN DROIT DES ENTENTES ET DES CONCENTRATIONS

Pour des raisons symétriques à celles établies pour la puissance d'achat, la concentration des offreurs peut restreindre la concurrence et créer des situations de dépendance ou de domination. La puissance d'achat peut être bénéfique à la concurrence en constituant un contrepouvoir de marché face à des vendeurs se concentrant ou présentant un comportement anticoncurrentiel. La puissance d'achat comme contrepouvoir est issue d'un concept économique (section 1) et sa reconnaissance en droit reste limitée (section 2).

SECTION 1. LE PRINCIPE DE COMPENSATION PAR PUISSANCE D'ACHAT

La puissance d'achat peut constituer un contrepouvoir de marché en raison de l'équilibre de marché qu'elle peut engendrer (§ 1). Toutefois cette considération est limitée à des cas d'application précis (§ 2) .

§ 1. LE CONCEPT ÉCONOMIQUE DE POUVOIR COMPENSATEUR

Selon la théorie économique du contrepouvoir originaire, la puissance des acheteurs est dite compensatrice lorsque les fournisseurs détenant un fort pouvoir de marché résultant d'une situation de puissance ou de domination, font face à un oligopsone ou un monopsone qui fait obstacle à leur capacité de se comporter de manière indépendante[489]. L'indépendance de comportement des fournisseurs s'apprécie dans le rapport aux membres de l'oligopsone ou du monopsone puissant en tant que clients du fournisseur mais également vis à vis des acheteurs plus faibles[490]. L'approche est exclusivement structurelle dans la mesure où il s'agit de contrer un pouvoir de marché par un autre pouvoir de marché à raison d'une situation de concurrence pure et parfaite. Le pouvoir de marché compensateur doit être suffisamment fort pour permettre de faire obstacle aux vendeurs. L'approche économique du pouvoir de marché conçue globalement comme un pouvoir économique ne se limite pas à la seule appréciation en terme de domination par des parts de marchés, la constitution d'un tel pouvoir pouvant résulter de différents facteurs de sorte que le pouvoir compensateur peut s'appliquer en situation de concurrence imparfaite.

489 GALBRAITH J.K., *American Capitalism. The Concept of Countervailing power,* 1952

490 Décision de la Commission, 22 juillet 1992, L 356/1, *« Nestlé / Perrier »*, point 78.

L'existence d'une puissance d'achat équilibre le pouvoir détenu par les vendeurs en évitant une baisse de qualité, en limitant une hausse des prix ou en créant une baisse des prix sur le marché intermédiaire, faisant diminuer les prix sur le marché final. Les vendeurs sont incités à renforcer leur productivité et développer l'innovation technique de sorte que les coûts marginaux de production diminuent. La première hypothèse de puissance d'achat compensatrice concerne la capacité pour les acheteurs de reporter immédiatement leurs achats sur un ou plusieurs fournisseurs différents de celui issu de la concentration[491]. Pour ce faire, la demande doit être suffisamment élastique pour pouvoir se reporter sur des produits concurrents en cas d'augmentation de ses prix par l'entité dominante. Ceci implique que le report ne doit pas engendrer de coûts trop élevés pour les acheteurs[492]. L'élasticité de la demande repose sur l'homogénéité des produits et sur le fait que les concurrents représentent une alternative pouvant être considérée comme réelle[493]. L'acheteur peut également être en capacité de refuser certains achats au fournisseur. Une autre hypothèse de l'expression de cette puissance d'achat compensatrice concerne la possibilité de cet ou ces acheteurs d'intégrer le fournisseur en amont ou en inviter un concurrent de ce fournisseur à s'implanter sur le marché en s'engageant à lui passer d'importantes commandes[494]. Les cas de puissance d'achat compensatrice concernent principalement les domaines de produits ou services homogènes tels que le domaine de l'industrie automobile, des boissons ou des télécommunications[495].

De manière horizontale, l'hypothèse concerne les distributeurs face à des fournisseurs puissants en tant que vendeurs sur le marché à l'approvisionnement. La puissance d'achat compensatrice est la capacité de négociation des acheteurs face à des entreprises fournisseurs en situation de pouvoir de marché créé ou renforcé, de sorte que ceux-ci ne peuvent agir de manière indépendante sur les prix ou la qualité[496]. De même, les clients consommateurs peuvent constituer une puissance d'achat compensatrice en aval face à des distributeurs puissants agissant en tant que vendeurs sur le marché de la distribution. L'on peut considérer que de manière verticale, la puissance d'achat compensatrice est celle que détiennent des concurrents actifs sur le marché aval dont le pouvoir de négociation suffit pour empêcher la partie à la concentration en amont de majorer ses prix, de verrouiller l'accès ou de restreindre la qualité de ses

491 T.P.I.C.E., 6 juillet 2010, T-342/07, « *Ryan Air c/ Commission* »

492 Décision de la Commission du 19 mars 2004, aff. L82/20, « *CVC/ Lenzing* », points 39 , 47 et 192.

493 Décision de la Commission du 19 juillet 2000, aff. L70/35, « *Pirelli /BICC* », point 76.

494 Décision de la Commission, 25 novembre 1998, aff. L254/9, « *Enso /Stora »,* points 89 à 91.

495 LOEWENHEIM U., MEESEN K., RIESENKAMP A., *Kartellrecht*, *GWB Kommentar,* 2ème édition, Beck, 2009, n°113.

496 OCDE, *Intégration et concurrence entre le transport et les activités logistiques*, 2010, p. 155

services. Il est peu probable que des acheteurs concurrents soient évincés s'ils disposent d'une puissance d'achat similaire à celle des parties.

La théorie du pouvoir compensateur semble présenter quelques limites dogmatiques.

§ 2. L'EFFET RELATIF DU POUVOIR COMPENSATEUR DE LA PUISSANCE D'ACHAT

L'existence d'un pouvoir de marché en aval peut venir rééquilibrer la situation de marché liée à un pouvoir de marché significatif. Il apparaît que le modèle du contre-pouvoir ne trouve à s'appliquer en droit qu'en cas de concurrence pure et parfaite. Dans le cas d'une concurrence imparfaite, les acheteurs sont le plus souvent considérés comme étant en situation de faiblesse face aux vendeurs puissants. Or les cas de concurrence imparfaite sont assez largement répandus, la structure de marché ne permettant que rarement un tel équilibre entre vendeurs et acheteurs. La situation de puissance d'achat ne résultant pas nécessairement d'une domination, les autorités peuvent se trouver limiter quant à l'appréciation de cette compensation. Le cas du monopsone ou de l'oligopsone compensateur reste l'exception stigmatisée par la détention d'un monopole publique. La seule preuve probante pour les vendeurs reste, en situation d'une concentration créant ou renforçant une position dominante, de démontrer que celle-ci est compensée par une même situation de domination à l'aval. Ceci nécessite de disposer d'éléments et de données quantitatives sur les acheteurs. Or la considération de la position de puissance d'achat compensatrice liée à une domination est fondée généralement sur des critères quantitatifs de part de marché fondés sur des délimitations de marché malaisées à établir. Un contrepouvoir ne peut s'exercer que lorsque les fournisseurs offrent des produits suffisamment substituables entre eux[497]. Si les produits ne sont pas suffisamment homogènes, l'élasticité de la demande est faible et les concurrents ne représentent pas une réelle alternative pouvant être considérée par les acheteurs. Ceux-ci ne peuvent alors reporter immédiatement leurs achats sur des fournisseurs différents de celui issu de la concentration. De même des vendeurs puissants à raison de la dépendance qu'ils engendrent peuvent difficilement alléguer une puissance d'achat compensatrice.

Le pourvoi compensateur a pu trouver une application concrète bien que limitée notamment en droit des ententes et des concentations.

497 DOBSON, WATERSON, *Vertical restraints and competition policy,* Research Paper, O.F.T., décembre 1996.

SECTION 2. L'APPLICATION JURIDIQUE DU POUVOIR COMPENSATEUR PAR PUISSANCE D'ACHAT

La puissance d'achat peut entraîner des effets pro-concurrentiels au sein du marché en raison de la pression concurrentielle qu'elle exerce sur un marché pertinent. La pression de l'acheteur agit comme un moyen de rétablir un équilibre concurrentiel. Le juge raisonne alors en termes d'équilibre de pouvoirs dans le sens d'un postulat structuraliste selon lequel le pouvoir de marché n'est pas néfaste pour la concurrence s'il est contré par un autre pouvoir. La notion de pouvoir compensateur est une notion issue du droit des concentrations quant à la puissance détenue par des distributeurs face à une concentration de fournisseurs, ou face à une concentration de concurrents concentrés verticalement (§ 2). Le pouvoir compensateur trouve application également en droit des ententes (§ 1).

§ 1. L'APPLICATION DU PRINCIPE EN DROIT DES ENTENTES

En droit des ententes, la puissance d'achat peut constituer un contrepoids au pouvoir de marché des fournisseurs. Il ne s'agit pas ici de considérer la relativisation des aspects restrictifs liés à une puissance des acheteurs au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E., ni même des gains d'efficience constitués par cette puissance d'achat au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. Des accords ou pratiques de fournisseurs peuvent constituer des pratiques anticoncurrentielles au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. découlant directement de leur position de marché. Une restriction constituée par des fournisseurs peut ne pas entraver la concurrence au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E. si l'équilibre concurrentiel est préservé par la détention d'une puissance d'achat[498]. L'on définit si, dans une situation de déséquilibre de forces contractuelles à raison d'un fort pouvoir de marché des fournisseurs, la constitution d'une puissance au niveau des acheteurs peut venir contrebalancer la restriction matérialisée par le pouvoir de marché des vendeurs. L'équilibre concurrentiel est considéré comme étant préservé. La puissance d'achat forme un contrepoids au pouvoir de marché de fournisseurs, de sorte que la restriction des fournisseurs envisagée échappe à la prohibition de l'article 101 § 1 T.F.U.E.. La puissance d'achat sert ici d'instrument de relativisation de la position de marché des fournisseurs par la mise en balance de celle des acheteurs. En effet, la puissance d'achat d'un ou plusieurs distributeurs peut permettre à ceux-ci de former un contrepoids à l'encontre de fournisseurs. Un accord peut être considéré comme ne restreignant pas la concurrence au sens de l'article 101 § 1

498 ZIMMER D. in IMMENGA, MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht,* 2012, Tome I, EU, p. 249 n°327.

T.F.U.E. en raison du contrepoids qu'il constitue face aux fournisseurs. La Commission précise dans ses lignes directrices en matière de restriction horizontale que la part de marché appréciée à l'aune de l'article 101 § 1 T.F.U.E. doit être prise en compte à l'aune de différents facteurs comme la « puissance compensatrice » : « En fonction de la position des parties sur le marché et de la concentration du marché, il faudra également tenir compte d'autres facteurs, comme la stabilité des parts de marché sur la durée, les barrières à l'entrée, la probabilité d'autres entrées sur le marché et la puissance compensatrice des acheteurs/fournisseurs[499] ». Il apparaît cohérent que si la position des fournisseurs apparaît comme un indice essentiel de constitution de puissance d'achat[500], de manière corollaire la puissance d'achat détermine la constitution du pouvoir de marché des fournisseurs. Dans l'affaire *Gøttrup – Klim /DLG,* la Cour a estimé « les opérations des associations coopératives d'achat peuvent, en fonction du nombre de leurs membres, constituer un contrepoids important à la puissance contractuelle des gros producteurs et facilitent une concurrence plus efficace »[501].

La puissance d'achat peut constituer un contrepoids important à celui des fournisseurs dans le cas de restrictions verticales, notamment dans le cas de ventes liées. Il y a vente liée lorsqu'un fournisseur subordonne la vente d'un produit à l'achat, auprès de ce fournisseur ou de quelqu'un désigné par lui, d'un autre produit distinct. Le premier produit est appelé le produit « liant » et le second, le produit « lié ». Une vente liée peut avoir des effets d'éviction anticoncurrentiels sur le marché du produit lié et sur celui du produit liant en fonction du pourcentage des ventes totales sur le marché du produit lié. La vente liée peut notamment mener à une hausse des prix artificielle et à une discrimination par les prix. Les effets anticoncurrentiels sont fonction de la position du fournisseur sur le marché du produit liant. Ils sont peu probables si les concurrents du fournisseur liant sont nombreux et disposent d'un fort pouvoir de marché. En effet, les acheteurs disposent d'autres possibilités pour acheter le produit liant sans le produit lié. De même si les acheteurs disposent d'une forte puissance d'achat faisant objet de contrepouvoir au fournisseur, les risques d'effets anticoncurrentiels résultants de la vente liée diminuent.

499 Commission, 2011/C 11/01, *op. cit.,* point 45.

500 *Ibid.* point 209.

501 C.J.C.E., 15 décembre 1994, C-250/92, Rec. 1994 p. 5641, « *Gøttrup – Klim /DLG* », points 32 et 50.

§ 2. L'APPLICATION DU PRINCIPE EN DROIT DES CONCENTRATIONS

En droit des concentrations, la puissance d'achat de l'entité émergente peut être considérée comme compensant le pouvoir de marché des fournisseurs issu d'une opération horizontale ou non horizontale.
Le pouvoir de marché crée ou renforcé peut résulter d'une opération de concentration horizontale entre fournisseurs pour lesquels la part de marché cumulée peut entraîner des effets restrictifs horizontaux et verticaux. La puissance des partenaires clients situés en aval est décisive quant à l'appréciation des effets restrictifs de la concentration. La présence en aval de clients puissants peut constituer une puissance d'achat compensatrice et faire échec à une restriction de concurrence en amont. De même une concentration horizontale peut entraîner des effets coordonnés. Le pouvoir de marché des fournisseurs résultant de l'opération de concentration peut être en mesure d'engendrer des effets coordonnés sur le marché amont notamment lorsque des concurrents n'exercent pas de pression équivalente sur les marchés concernés. Les fournisseurs puissants peuvent être enclins à coordonner leur politique pour réduire les capacités disponibles ou augmenter leurs prix. Une fois la position dominante du vendeur établie, l'analyse est complétée par la prise en compte de l'existence d'une puissance d'achat du côté des acheteurs[502]. Ce pouvoir de marché créé ou renforcé au niveau des fournisseurs peut résulter également d'une concentration verticale entre un fournisseur et un distributeur. La puissance d'achat compensatrice est celle que détiennent des concurrents actifs sur le marché aval dont le pouvoir de négociation suffit pour empêcher la partie à la concentration en amont de majorer ses prix, de verrouiller l'accès ou de restreindre la qualité de ses services. La puissance d'achat compensatrice concerne alors la possibilité des acheteurs d'intégrer le fournisseur en amont ou d'inciter un concurrent du fournisseur à s'implanter sur le marché en s'engageant à lui passer d'importantes commandes[503].

La puissance d'achat doit être prise en compte dans le contrôle de la concentration de l'offre. Selon la doctrine, si la puissance d'achat n'est pas un critère légal de l'article 2 §1 b du règlement de base[504], il s'agit d'un élément de la position sur le marché à

502 TPICE, 14 décembre 2005 aff. T 210- 01, « *General Electric c/ Commission* » ; IDOT L, Premières vues sur l'arrêt General Electric c/ Commission du 14 décembre 2005 . - Prolongement de la jurisprudence Tetra Laval ou nouvelle étape dans le contrôle juridictionnel des concentrations ?, Europe n° 2, Février 2006, étude 2 ,

503 Décision de la Commission, 25 novembre 1998, COMP/M.1225, « Enso/ Stora », points 89 à 91.

504 L'article 2 §1 b du règlement 139/2004 dispose : « Les concentrations visées par le présent règlement sont appréciées en fonction des objectifs du présent règlement et des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun. Dans cette appréciation, la

prendre en compte dans l'appréciation des concentrations[505]. La puissance d'achat des distributeurs peut produire des effets en amont pouvant être considérés de nature à contrebalancer la concentration de l'offre. La puissance d'achat d'une entreprise peut sous certaines conditions empêcher que le vendeur se comporte de manière indépendante vis à vis de ses clients. En effet, la puissance d'achat des distributeurs, clients d'un fournisseur peut compenser la réduction de la concurrence engendrée par une concentration des vendeurs, en contrant l'accroissement du pouvoir du marché des fournisseurs résultant de l'opération. De la sorte, des opérations de concentration de vendeurs, qui, en raison de leurs effets sur le marché auraient été interdites, peuvent être autorisées si la structure de marché en aval est en mesure d'y faire face.

La puissance d'achat est une « puissance d'achat compensatrice » lorsque la puissance d'une entreprise peut être contrée par la puissance d'achat dont disposent ses clients, l'empêchant ainsi de disposer d'une indépendance de comportement. Selon le Tribunal, « la puissance d'achat des clients d'un fournisseur est susceptible de compenser le pouvoir de marché de ce dernier si ces clients ont la capacité de recourir, dans un délai raisonnable, à des sources alternatives crédibles d'approvisionnement si le fournisseur décide d'augmenter ses prix ou de détériorer les conditions de livraison »[506]. La Commission européenne a ensuite complété la liste des critères pertinents : « Cette puissance d'achat compensatrice peut résulter de la taille des clients ou de leur importance commerciale pour l'entreprise dominante, ainsi que de leur capacité de changer rapidement de fournisseur, de favoriser de nouvelles entrées ou de s'intégrer verticalement, ou de menacer de manière crédible de le faire. Si la puissance compensatrice est d'une ampleur suffisante, elle peut dissuader ou empêcher toute tentative de l'entreprise d'augmenter rentablement les prix »[507]. Sur cette base, les

---

Commission tient compte de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence. »

505 LOEWENHEIM U., MEESEN K., RIESENKAMP A., *loc. cit.*

506 T.P.I.C.E., 23 févr. 2006, T-282/02, *« Cementbouw Handel et Industrie c/ Commission »*, Rec. 2006, point 13.

507 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, 2009/C 45/02, point 18 précise: « La pression concurrentielle peut être exercée non seulement par les concurrents actuels ou potentiels, mais également par les clients. Il est possible que même une entreprise détenant une part de marché élevée ne soit pas en mesure d'avoir un comportement indépendant dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses clients disposant d'un pouvoir de négociation suffisant ».

autorités peuvent autoriser des concentrations du côté des vendeurs en justifiant de la puissance d'achat détenue par les acheteurs et l'équilibre pouvant en découler. Les acheteurs peuvent constituer un obstacle à la coordination des vendeurs en exerçant une pression concurrentielle forte sur les fournisseurs au même titre que celle qui résulterait des concurrents actuels ou potentiels. La Commission reconnaît la valeur de contrepoids des clients, au même titre que celui de concurrents actuels ou potentiels[508]. Elle déclare même que la pression de clients est susceptible de contrebalancer une part de marché élevée dès lors que ceux-ci disposent d'un pouvoir de négociation suffisant. Un distributeur, client de l'entité issue de la concentration de vendeurs, peut être assez important pour pouvoir représenter une menace des membres de cette coordination et modifier les conditions de leur contrat d'approvisionnement ou de faire appel à un fournisseur tiers en cas d'augmentation des prix. Dans une affaire *Dassault Aviation / TSA / Thales*, DASSAULT devait acquérir THALES, toutes deux entreprises françaises fabricants en aéronautique militaire. La Commission a conclu à une importante addition de parts de marché des fournisseurs suite à l'opération françaises. Toutefois elle a autorisé cette opération en raison du contrepouvoir monopsonistique du ministère français de la défense. Elle a estimé que ce seul acheteur disposait d'un très fort pouvoir de négociation vis-à-vis des parties, de nature à empêcher, ou du moins rendre très improbable, un éventuel abus de leur part, le marché étant en outre figé à long terme [509]. De même dans une affaire ALCATEL / THOMSON de 1998, les parties à la concentration disposaient d'un quasi monopole en France sur le marché du matériel militaire électronique et des radars aéroportés. La Commission a autorisé la concentration au motif que « l'acheteur unique que représente le ministère de la défense français dispose d'un fort pouvoir de négociation (...) (i)l peut être pressenti que cette puissance d'achat est de nature à contrebalancer la puissance de SCS issue de sa forte position »[510]. Une situation de contrepouvoir oligopsonistique s'est illustrée dans l'industrie automobile où le fabricant automobile français VALEO a acquis plusieurs constructeurs automobiles. La Commission a estimé que dans un secteur caractérisé par la forte concentration de la demande, les constructeurs automobiles disposent d'une puissance de négociation à l'égard des équipementiers. La Commission a estimé que les vendeurs disposent de marges de négociation très réduites, ce qui réduit leur pouvoir de marché malgré la détention d importantes parts de marché.

La Commission a retenu l'existence d'une puissance d'achat compensatrice dans différentes jurisprudence mais ne l'a retenu

508 *Id.*

509 Décision de la Commission, 10 mars 2009, aff. COMP/M.5426, *« Dassault Aviation / TSA / Thales »*, point 75 .

510 Décision de la Commission, 04 juin 1998, aff. IV/M.1185, « *Alcatel / Thomson CSF - SCS »,* point 28.

comme raison suffisante pour autoriser une concentration de fournisseurs que dans deux cas. Dans l'affaire *Alcatel / Telettra,* l'entreprise fournisseur dans le domaine des télécommunications ALCATEL devait acquérir une participation dans le capital de sa concurrente TELETTRA. La Commission devait vérifier que la concentration, conférant une position dominante à la nouvelle entité, ne portait pas atteinte au marché, en éliminant toute concurrence entre ces deux fournisseurs. La Commission a considéré que l'entreprise espagnole TELEFONICA, concurrent en aval le plus touché par la concentration, continuerait d'une part à mener une politique d'achat diversifiée en s'adressant auprès de différents fournisseurs, pour ne pas dépendre que d'un seul fournisseur. D'autre part, elle a considéré que TELEFONICA n'ayant plus de lien avec ces fournisseurs, serait en mesure « dans un proche avenir d'accroître ses achats auprès d'autres fournisseurs ». La puissance d'achat de TELEFONICA a donc été retenue comme négation d'une position dominante des fournisseurs suite à la concentration. La Commission se borne à constater l'existence probable future d'une puissance d'achat de cette entreprise pour tirer conclusion de ses effets compensateurs[511].

Dans une affaire *Enso / Stora*,[512] la société finlandaise de production de papier et de carton ENSO et le producteur suédois de papier et de carton STORA ont fusionné. L'entité issue de la fusion la positionnait les fabricants de papier et de carton comme leader mondial. La Commission retient que l'opération n'entraînera pas la création ni le renforcement d'une position dominante sur les marchés du papier journal et du papier magazine notamment en raison de la puissance d'achat compensatrice de certains acheteurs comme l'entreprise TETRA PAK[513]. La Commission consacre un développement entier à cette puissance d'achat compensatrice. En substance, la Commission expose qu'en ce qui concerne le carton pour l'emballage de liquides, la nouvelle entité issue de la fusion sera confrontée à la puissance d'achat compensatrice des acheteurs de matériaux d'emballages, renforcée du fait d'absence de liens de cette entreprise avec le producteur ENSO et par le fait que les parties se sont engagées à ne traiter aucun producteur plus favorablement que les autres, sauf si cela était justifié de façon objective par les coûts supportés. Afin de retenir la puissance d'achat compensatrice, la Commission analyse la structure de marché de l'offre et de la demande et les parts de marché

511 Décision de la Commission, 12 avril 1991, aff. L122/48, « *Alcatel /Telettra* », points 47 à 49.

512 Décision de la Commission, « *Enso /Stora », op. cit.,* points 84 à 97.

513 Décision de la Commission, 25 novembre 1998, aff. L254/9, « *Enso /Stora »,* point 100 : « (…) on peut conclure que les parties occuperont une grande partie du marché du carton pour l'emballage de liquides. Elles ne seront confrontées qu'à une concurrence potentielle limitée. Toutefois, la demande est aussi concentrée que l'offre et, du fait de la puissance compensatrice des principaux acheteurs, notamment Tetra Pak, l'opération n'entraînera pas la création ni le renforcement d'une position dominante sur le marché du carton pour l'emballage de liquides. »

détenues par les acheteurs. Elle en vient ensuite à la substituabilité de l'offre en analysant la dépendance des fournisseurs aux acheteurs, notamment le report possible sur d'autres acheteurs et les transformations envisageables. Elle détaille pour chaque entreprise le volume d'achat couvert auprès des fournisseurs, la spécificité du marché et les coûts afférents au secteur et à un éventuel report. La Commission analyse ensuite la substituabilité du côté de la demande en examinant le report possible des achats sur d'autres fournisseurs, ainsi ce qu'il adviendrait en l'absence de cet acheteur. L'achat de grande quantité par l'entreprise concernée, la connaissance des structures de coûts des parties permettent d'établir l'existence d'une puissance d'achat compensatrice de chaque entreprise acheteuse concernée « telle qu'elle neutralise (rait) l'augmentation potentielle de la puissance de marché (des offreurs) suite à la concentration »[514]. Cette puissance d'achat compensatrice est renforcée en l'absence de liens entre l'acheteur et la nouvelle entité. La Commission considère *in fine* que la puissance d'achat compensatrice résulte d'une structure de marché exceptionnelle puisqu'il s'agit d'une situation de concurrence parfaite[515].

CHAPITRE CONCLUSIF DU TITRE 2

La puissance d'achat est appréhendée de manière normative en droit des ententes et concentrations à raison de ses effets anticoncurrentiels mais également proconcurrentiels. La conception du bilan économique se concrétise au sens de la conception ordo- structurelle afférente à ces droits selon laquelle la puissance d'achat doit être conçue en terme de degré. Ses effets ne sont pas stigmatisés mais analysés dans leur ensemble, selon la méthode du bilan concurrentiel en droit des ententes et celle du bilan économique en droit des concentrations. Cette conception permet de considérer les gains d'efficience au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E. d'une part et au titre de l'article 2 § 2 du règlement 139 / 2004 d'autre part. La mise en balance permet de compenser les effets restrictifs de concurrence par des effets favorables à la concurrence. L'analyse par les effets requiert que l'on prenne en considération les aspects bénéfiques sur le marché tirés des effets corollaires à une restriction. La balance des deux permet de détacher de manière globale si la restriction constitue

514 Décision de la Commission, « *Enso /Stora »,* *op. cit,* point 92.

515 *Ibid.* point 97: « la concentration donnera naissance à une structure de marché comprenant un grand fournisseur et deux fournisseurs plus petits, qui seront confrontés à un grand acheteur et à deux acheteurs plus petits. II s'agit d'une structure de marché très exceptionnelle. Tout compte fait, la Commission considère que les acheteurs, compte tenu des conditions particulières qui règnent sur ce marché, possèdent une puissance d'achat compensatrice suffisante pour empêcher les parties d'exercer leur puissance de marché ».

une entrave à la concurrence au sens du droit des ententes. Le bilan économique permet de mettre en balance les gains d'efficience découlant de l'opération de concentration de sorte que l'entrave à la concurrence peut ne pas être constituée. L'allégation des gains d'efficience en droit des concentrations est en pratique assez peu répandue. Les critères des gains d'efficacité sont d'interprétation restrictive et la Commission se montre exigeante quant à la vérification des preuves alléguées. Si les parties arrivent à démontrer que l'opération engendre une baisse des prix ou une innovation de produits ou services, il reste moins évident à prouver qu'ils résultent directement de l'opération et surtout qu'ils ne résultent pas de moyens alternatifs moins anticoncurrentiels. Si cette approche dogmatique est existante, elle est toutefois relativisée car difficile à mettre en pratique. Les parties à une opération de concentration préfèrent opter pour des mesures correctives, le plus souvent correspondant à une une modification structurelle.
Par ailleurs, la puissance d'achat peut être considérée comme étant proconcurrentielle à raison du contre-pouvoir structurel qu'elle constitue en droit des ententes et des concentrations. Il ne s'agit plus là de considérer l'entrave à la concurrence pouvant découler de la puissance d'achat selon les aspects bénéfiques corollaires d'une restriction ou bien les effets découlant d'une concentration d'acheteurs. Il s'agit de justifier la position de vendeurs pouvant engendrer une entrave laquelle ne serait pas constituée en raison de l'équilibre d'une structure de marché générée par l'existence concurrentielle d'acheteurs puissants. Cette puissance est déclinée en terme de « pouvoir de négociation » face à des vendeurs puissants découlant d'une situation de domination ou de dépendance. La déclinaison du pouvoir compensateur reste limitée à des cas concrets de concurrence parfaite ou d'oligopsones étatiques. Les critères sont prétoriens et restent à l'appréciation de la Commission, tels ceux afférents à la taille des clients, l'importance commerciale, la menace de ou dissuasion de changer de source d'approvisionnement. La notion de puissance compensatrice « suffisante » n'obéit à aucune définition précise de sorte que son application ne peut être que limitée.

TITRE CONCLUSIF DE LA PREMIÈRE PARTIE

La puissance d'achat peut être appréhendée comme expression d'un pouvoir de marché dont les effets varient à raison de son degré. L'expression de puissance d'achat répond à deux réalités, l'une anti-, l'autre pro-concurrentielle, ce que tentent d'encadrer le droit européen des ententes et des concentrations. Selon une

acception structurelle tempérée, ces droits appréhendent la puissance d'achat non comme constitutive d'une entrave de concurrence mais comme engendrant des effets variés sur la concurrence. En ce sens l'ensemble des éléments constitutifs des effets anticoncurrentiels liés à une puissance d'achat est basée sur un faisceau de facteurs. Le choix méthodologique de la technique des seuils est un outil de mesure du degré de pouvoir de marché et un élément déclenchant du contrôle normatif du droit des ententes. Il comporte toutefois certains inconvénients en rendant le contrôle difficilement prévisible et peut inciter les entreprises disposant d'une puissance d'achat à se comporter de manière stratégique afin de contourner les règles. L'approche par seuils s'est ainsi révélée lacunaire en raison de la délimitation subjective des marchés pertinents ou une détermination de marché pertinent peu adaptée à la prise en compte de la part du distributeur. En cela, la conception globale de la puissance d'achat en tant que restriction de concurrence conçue comme un ensemble de facteurs est cohérente. L'appréciation des restrictions matérialisant une puissance d'achat par effet à l'aune d'autres facteurs tels que les avantages concurrentiels, permet de saisir la puissance d'achat dans son ensemble. La puissance d'achat peut se constituer en deçà de seuils prédéterminés et le contrôle de la puissance d'achat au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E. peut donc s'effectuer en deçà des seuils établis. La puissance d'achat ne peut être analysée comme pouvoir de marché, dépassant une approche simple par barèmes fixes s'adaptant peu aux situations variées matérialisant cette puissance d'achat. En pratique, il n'a pas encore été constaté de contrôle de la puissance d'achat en droit des ententes par des entreprises situées en deçà du seuil de part de marché. De même, le droit des concentrations permet de saisir la puissance d'achat en raison de seuils lorsque celle-ci est saisie comme une domination de marché absolue de l'acheteur. Il a pu être allégué que le critère de l'entrave significative à la concurrence effective fragilise la sécurité juridique des entreprises qui ne sont pas en situation dominante, puisque des opérations qui n'entraînent pas de risque de domination peuvent être interdites sur le seul fondement de l'analyse du bilan concurrentiel. Toutefois le test de dépendance économique constitue un moyen de saisir le pouvoir de marché. Afin d'évaluer la puissance d’achat d’un acheteur sur un fournisseur, l'on considère la proportion des ventes de ce fournisseur à l'acheteur donné, puis on la compare en répercussion, à la proportion des ventes de l’acheteur que représente le fournisseur. L'application de ce critère permet d'autoriser dans des secteurs déjà concentrés, des opérations qui auraient été interdites auparavant.

La considération de l'entrave du pouvoir de marché au sein du droit des concentrations par le critère de dépendance a permis d'élargir le champ de considérations de différentes expressions propres à la puissance d'achat afin de mieux considérer les effets

sur les différents marchés concernés. Le droit des concentrations prend en compte la relation synallagmatique du fournisseur au distributeur en s'intéressant à la relation contractuelle *in concreto*. Le critère du taux de menace permet de relier un critère issu du droit des contrats au droit de la concurrence. Le droit européen se borne toutefois à exclure les pratiques commerciales restrictives de son champ d'application au motif même de la protection téléologique du consommateur. Or dans la pratique de l'analyse concurrentielle la protection du consommateur est recentrée sur l'intérêt général, incluant de la sorte l'ensemble des opérateurs économiques. L'allocation distributive du pouvoir de marché importe en droit européen en cela que l'intérêt du consommateur ne peut être pris en compte isolément, la répartition de ce pouvoir de marché nécessitant l'observation et la protection de l'ensemble des opérateurs et donc la prise en compte de relations bilatérales. La dépendance économique est issue de la domination relative, concept originaire du droit des contrats. Si la notion de dépendance économique n'est pas inscrite dans la lettre de loi, la démarche jurisprudentielle laisse présager d'un dépassement du simple intérêt du consommateur ou d'une acception large de cet intérêt.

L'appréhension structurelle tempérée du droit des ententes et des concentrations s'exprime également dans l'appréhension d'effets proconcurrentiels résultant de la puissance d'achat. Ces effets sont saisis par la mise en balance d'effets bénéfiques à la concurrence corollaires d'une restriction que permettent de prendre en compte les gains d'efficience au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E. ou de l'article 2 § 1 du règlement 139 / 2004. L'efficience peut contrebalancer un pouvoir de marché à effets restrictifs dans l'intérêt du consommateur. Le droit des concentrations se comprend comme assurant l'efficience globale, de même qu'en droit des ententes, celle-ci établie comme but de politique de concurrence englobant l'intérêt du consommateur. Les effets de puissance d'achat étant considérés globalement à l'aune du bilan économique, la distinction des restrictions caractérisées au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E. perd en pertinence, les restrictions liées à une puissance d'achat pouvant être pertinence tout aussi nocives en l'absence d'une constitution de restriction dite caractérisée. Les parties à la concentration, comme en droit des ententes rapportent la preuve des gains d'efficience en démontrant qu'ils contrebalancent l'atteinte à la concurrence. Cette appréhension de la puissance d'achat s'inscrit dans une démarche d'analyse économique. Réalisée *a priori* en droit des ententes et *a posteriori* en droit des concentrations, le bilan économique permet d'invoquer que les gains d'efficience contrebalancent la puissance d'achat à effet anticoncurrentiel constituée. Toutefois, le dommage à l'économie et le préjudice pour le consommateur résultant de la matérialisation de la puissance d'achat est difficile à établir. De même les critères d'application des gains d'efficience en droit des concentrations

sont d'appréciation restrictive et les parties peuvent difficilement prouver que ces gains pourraient résulter d'une opération moins anticoncurrentielle. Les parties à une opération de concentration ont meilleur temps de proposer des mesures correctives en spéculant sur l'appréciation des autorités de concurrence.
Au delà des gains d'efficience corollaires à des effets anticoncurrentiels, la puissance d'achat peut avoir des effets pro-concurrentiels sur la structure du marché de manière indépendante. La puissance d'achat peut rééquilibrer le marché dans une situation de structure dite de double oligopole ou de double monopole. Ces effets bénéfiques de concurrence peuvent s'exprimer comme contrepouvoir d'une restriction de fournisseurs. En ce sens, l'appréhension de la puissance d'achat comme contrepouvoir constitue une autorégulation du marché par opposition des forces. L'application de la puissance d'achat compensatrice reste une hypothèse limitée en pratique à des situations de concurrence pure et parfaite. Le pouvoir compensateur lié à la structure de marché peut avoir des effets bénéfiques de concurrence en raison du même degré de forces de part et d'autres du marché. Toutefois, le consommateur final peut en réalité être lésé de ce fait car les entreprises en amont et en aval peuvent notamment se partager les bénéfices en excluant le consommateur ou bien l'une des entreprise.

Il apparaît dès lors premièrement que les dispositions de l'article 101 § 1 T.F.U.E. sont impropres à saisir l'ensemble des manifestations anticoncurrentielles de puissance d'achat. En terme d'approche par seuils, il serait opportun de considérer la position du distributeur selon les secteurs. Ceci permettrait de saisir plus aisément des situations de puissance d'achat de type oligopsonistique avec une faible part de marché, ne s'inscrivant pas nécessairement dans une démarche d'effet cumulatif mais dont les effets sur le marché peuvent être sensibles. Deuxièmement le critère des gains d'efficience de l'article 2 § 1 du droit des concentration au titre du bilan économique ne permet pas une application réaliste de nature à compenser une puissance d'achat anticoncurrentielle. La conception des gains d'efficience semble actuellement faire doublon avec l'approche relativisée des effets anticoncurrentiels du test de l'entrave significative. Une évolution prétorienne dans le sens d'une considération plus souple des gains d'efficience, tel que l'abandon de la démonstration d'une opération moins anticoncurrentielle ou bien une réduction des exigences formalistes de preuve, serait propice à une analyse économique ouverte. Troisièmement la considération téléologique des normes de concurrence quant à la protection de consommateur mériterait d'être précisée. L'exclusion quasi systématique de l'intérêt des opérateurs économiques ne semble pas contradictoire avec l'intérêt du consommateur. La répartition des ressources rejoint le surplus global, de sorte que la distribution allocative des richesses engendre le bien être du consommateur.

La dissociation des pratiques anticoncurrentielles de celles restrictives de concurrence paraît dénuée de fondement. Le droit dérivé tel que la directive de 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs ou l'instauration de critère de droit des contrats en droit des concentrations initie les prémisses d'une nouvelle conception de la dite protection du consommateur. La puissance d'achat, appréhendée de manière verticale à raison de la dépendance du fournisseur à l'acheteur, s'assimile à une domination relative. L'instauration du test de dépendance dans le contrôle des concentrations témoigne de l'importance de la prise en compte des relations bilatérales en droit européen. Il peut être considéré que le consommateur s'entend largement de l'ensemble des opérateurs économiques ou bien que cette protection résulte d'un nécessaire équilibre concurrentiel en protéger les opérateurs économiques aboutissant à la protection du consommateur puisque l'on assure une concurrence viable entre ces opérateurs. Il semble peu concevable que le consommateur puisse être protégé lorsque les autres acteurs du marché ne le sont pas. L'enjeu de l'appréhension de la puissance d'achat réside dans la définition des finalités concurrentielles. Or si la protection du consommateur semble avoir des contours flous, la concurrence ne peut valablement délaisser la protection des autres acteurs du marché. Le droit européen se défend de se préoccuper de la répartition des ressources, celle-ci constitue néanmoins un préalable nécessaire pour un équilibre concurrentiel global permettant au consommateur de pouvoir prétendre à une protection.

Si la puissance d'achat peut être appréhendée comme pouvoir de marché en raison de ses effets sur la structure de marché, elle peut être appréciée à raison de son exercice sur la structure de marché pour lequel le comportement est le révélateur. L'appréhension de la puissance d'achat est alors conçue comme un déséquilibre de marché dont l'expression est réalisée par une domination de marché potentiellement abusive.

PARTIE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME EXERCICE DE POUVOIR DE MARCHÉ

Après l'article 101 T.F.U.E., l'article 102 T.F.U.E.[516] est le second pilier des pratiques anticoncurrentielles. La catégorie juridique des pratiques anticoncurrentielles appréhende les ententes, issues de restrictions entre entreprises mais aussi les pratiques unilatérales des entreprises qui par leur comportement abusent de leur position dominante. L'abus de position dominante concerne notamment les grandes entreprises en état de domination qui adoptent des comportement pouvant restreindre de manière sensible le commerce entre les États membres. Pour que l'article 102 T.F.U.E soit mis en œuvre, il faut qu'outre le rattachement géographique, le critère d'affectation du commerce entre États membres soit satisfait. Le premier critère détermine la compétence de l'Union par rapport aux États tiers, le second la délimite par rapport aux États membres[517]. L'article 102 T.F.U.E interdit l'exploitation abusive d'une position dominante dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté. Le champ d'application territorial est d'interprétation large selon le critère de territorialité objective. Il importe peu que les entreprises dominantes soient situées sur le territoire de l'Union européenne dans la mesure où les comportements affectent même potentiellement le marché intérieur. L'article 102 T.F.U.E. appréhende les pratiques indirectes ou potentielles qui sont susceptibles de mettre en cause la liberté du commerce entre États membres.L'article 102 T.F.U.E. peut ainsi sanctionner la puissance d'achat comme abus de puissance de marché. Afin de constater dans quelle mesure l'article 102 T.F.U.E. s'applique aux acheteurs en puissance d'achat, il convient de revenir aux éléments constitutifs de l'abus de position dominante. L'article 102 T.F.U.E. trouve application dès lors que la position dominante est caractérisée, l'abus est déterminé et l'atteinte à la concurrence définie.

Le processus de concurrence mène à une concentration du pouvoir économique des opérateurs, notamment des acheteurs, de sorte qu'une puissance d'achat peut se constituer. La puissance d'achat en son acception de pouvoir de marché modifie l'équilibre structurel de marché et peut entraver la concurrence du marché intérieur. L'entrave potentielle peut être appréhendée à raison des effets de puissance d'achat résultant de

516 L'article 102 T.F.U.E. dispose : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

517 VOGEL L., *Droit européen des ententes et abus de position dominante, op. cit.,* p.15.

son degré ou bien à raison de l'exercice de cette puissance d'achat. La puissance d'achat est un pouvoir de marché dont le déséquilibre concurrentiel est la manifestation. Ces déséquilibres sont autant de rapports d'inégalité entre opérateurs économiques, comme la domination ou la dépendance. Ce pouvoir de marché n'est pas prohibé *per se* mais est considéré comme potentiellement nocif pour la concurrence car l'équilibre concurrentiel en est fragilisé. L'acception du pouvoir de marché en droit des abus de domination est fortement structuraliste, différemment du droit des droit des ententes et des concentrations. L'exercice du pouvoir de marché, telle qu'une domination résultant d'une puissance d'achat, n'est pas interdit. Il est contrôlé et seuls les abus résultants de l'exercice de ce pouvoir de marché sont prohibés. Le degré de pouvoir de marché et les effets résultant du pouvoir de marché sont étrangers à la logique du droit des abus de domination. Seule importe l'appréciation de l'exercice de ce pouvoir, à savoir s'il est abusif ou non. Afin de protéger l'intégration du marché intérieur, les législateurs européen et nationaux sont intervenus en érigeant des normes afférentes aux abus dits de domination que sont l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique. Le droit européen considère la domination *a priori* absolue qui s'entend de la domination d'une entreprise sur tous les opérateurs du marché envers tous les acteurs du marché, mais cette approche tend à se modifier. Certains droits nationaux envisagent également la domination dite relative qui exprime la relation de dépendance d'une entreprise envers une autre. L'approche structuraliste des abus de domination exclut en principe toute considération des effets du pouvoir de marché, de sorte que la puissance d'achat au titre des abus de domination ne peut être appréhendée comme bénéfique de concurrence. Il semble néanmoins qu'une mouvance jurisprudentielle tente d'assurer une cohérence du droit des abus de domination avec la conception du pouvoir marché en terme de degré, rejoignant ainsi les conceptions nationales en terme de domination relative.

Si la puissance d'achat en droit des abus de domination peut être appréhendée comme une entrave résultant d'un abus de domination (titre 1), certains effets bénéfiques liés à son exercice peuvent être considérés (titre 2).

TITRE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME ABUS DE DOMINATION

Les structures révélant une puissance d'achat peuvent révéler un comportement nuisible au partenaire contractuel ou plus largement au marché. La jurisprudence en matière d'abus de domination ne requiert ni la prise en considération du degré de pouvoir de marché ni l'analyse des effets du comportement du

point de vue des consommateurs. L'analyse est centrée sur la puissance d'achat entendue comme un pouvoir de marché créant un déséquilibre au profit d'acheteurs, pouvoir dont l'exercice peut être abusif. Le droit de la concurrence considère en ce sens que les entreprises disposant d'un fort pouvoir de marché sont *a priori* dangereuses pour la concurrence et disposent d'une responsabilité particulière sur le marché quant à l'exercice de leur pouvoir. L'appréhension de la domination des acheteurs comme pouvoir de marché passe par la définition de la notion de domination. Au sein des abus de domination, l'on dissocie l'abus de domination relatif de l'abus de domination dit absolu. La domination peut être considérée comme étant matérialisée sur l'ensemble de la structure de marché et est appelée domination absolue. Cette domination peut également se matérialiser au sein d'une relation bilatérale et est alors appelée domination relative. Le droit européen paraît envisager la domination de manière mixte et la protection du consommateur, érigée comme priorité de concurrence, ne semble pas exclusive de la protection des acteurs du marché. La concurrence serait préservée dans l'intérêt des consommateurs et pourrait induire de considérer la domination comme pouvoir de marché global. Les droits nationaux divergent en cette conception bien que les frontières entre domination relative et absolue soient parfois poreuses.

Au titre des abus de domination, la puissance d'achat est saisie par un critère structurel afférent au pouvoir de marché (chapitre 1) , duquel l'exercice abusif constitue le critère comportemental (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME EXPRESSIONS DE POUVOIR DE MARCHÉ

L'appréhension de la puissance d'achat repose sur deux types de domination qui sont entendues respectivement comme domination absolue d'acheteurs et domination relative d'acheteurs. Si la dissociation semble nette en droit national, elle est plus hésitante en droit européen. L'élaboration de la domination relative du droit européen de la concurrence s'est réalisée progressivement. Les droits nationaux opèrent une dissociation normative plus nette de la domination absolue et relative.

La puissance d'achat est appréhendée en droit européen comme l'expression d'un pouvoir de marché conçue comme pouvoir de marché absolu (section 1). Son appréhension comme pouvoir de marché relatif est moins tranché et trouve sa source en droit national (section 2) .

SECTION 1. LA DOMINATION D'ACHETEUR COMME POUVOIR DE MARCHÉ ABSOLU

Le pouvoir de marché nécessite la délimitation d''un marché pertinent (§ 1) et l'établissement d'une domination sur ce marché (§ 2).

§ 1. LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT AU SENS DE L'ARTICLE 102 T.F.U.E.

A. L'INTÉRÊT D'UNE DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

1. LE MARCHÉ POURRAIT INFÉRER L'ABUS

Selon l'article 102 T.F.U.E., la position dominante se réalise sur un marché pertinent lequel est délimité matériellement et géographiquement. La délimitation du marché *ex post* est une condition du contrôle d'un comportement potentiellement abusif au sens de l'article 102 T.F.U.E. Le lien entre la domination et l'abus doit être établi, une puissance d'achat n'étant pas en soi prohibée. L'article 102 T.F.U.E. requiert trois critères constitutifs : la domination, l'abus et l'atteinte à la concurrence, les deux derniers critères étant souvent confondus car c'est « parce que la pratique porte atteinte à la concurrence qu'elle constitue un abus »[518]. L'abus de position dominante repose sur des éléments structurels, la caractérisation du pouvoir de marché, et des éléments comportementaux concernant l'abus. La qualification de l'article 102 T.F.U.E. nécessite outre l'expression structurelle d'un pouvoir de marché, un critère comportemental afin de ne pas tomber sur les mêmes critères d'appréciation que pour les concentrations. Il faut démontrer que l'entreprise acheteuse en situation de domination exerce son pouvoir de manière abusive. En ce sens, l'examen d'éléments comportementaux ne dote pas la position dominante d'une dimension comportementale car seule la structure compte. Le comportement ne serait que le révélateur de la position dominante. Le contrôle initialement centré sur l'abus aurait migré sur le contrôle de la position dominante. C'est le pouvoir de marché, peu importe l'abus qui serait contrôlé, la sanction n'étant plus déclenchée par un comportement fautif mais par une situation de marché dont le comportement serait le révélateur. De la sorte, un même comportement constituerait ou non un abus, selon la taille de l'entreprise et la structure de marché. Le contrôle porterait donc sur le pouvoir de marché et l'abus serait le révélateur de ce contrôle[519].

Une partie de la doctrine soutient que la délimitation du marché sur lequel a lieu l'abus est inutile lorsque le comportement est interdit en lui- même, indépendamment de ses effets sur un

518 CHONE A.S., *Les abus de domination*, Economica, 2010, p.247.
519 VOGEL L., *op. cit.,* p. 197. ; CHONE A.S., *op. cit.*, p.250- 255.

marché donné[520]. La délimitation d'un marché pertinent n'apporterait pas à l'analyse juridique puisque celle-ci ne dépend pas de l'effet du comportement mais de la constitution de l'abus lui- même. Ceci est différent du droit des concentrations où l'on ne sanctionne pas un comportement mais les effets sur la structure de marché, de sorte que si la définition de la domination au titre de l'article 102 T.F.U.E. rejoint celle du contrôle des concentrations, l'impact de la délimitation de marché n'est pas la même. L'abus au sens de l'article 102 T.F.U.E. serait inféré à partir du comportement sans passer par le marché. A ce titre les autorités de la concurrence considèrent le marché comme pertinent car affecté par les abus liés à la domination mais également les autres marchés concernés par les effets de ces abus, à savoir les marchés dits connexes[521]. Ceci concerne l'hypothèse d'une entreprise présente sur plusieurs marchés et détenant une position dominante uniquement sur l'un d'eux. La qualification d'abus de position dominante peut être alors retenue en raison d'abus commis sur un marché sur lequel l'entreprise n'est pas en position dominante[522]. Des « circonstances particulières » peuvent être ainsi caractérisées[523] permettant d'affirmer que « les marchés présentent des liens de connexité si étroits qu'une entreprise se trouve dans une situation assimilable à celle résultant de la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause »[524]. Les liens entre les deux marchés doivent être étroits pour que l'on considère le marché connexe. Il faut vérifier que l'entreprise en cause dispose d'une « indépendance de comportement », même sur le marché non dominé. Fréquemment, le lien de connexité est constitué dès lors qu'il est possible de démontrer que la puissance de l'entreprise sur le marché non dominé est renforcée par sa détention d'une position dominante sur un autre marché[525]. Cette analyse revient à condamner « un abus de position dominante sans position dominante »[526] ce qui démontrerait que l'abus est sanctionné indépendamment d'une position de marché. En outre certains auteurs ont pu alléguer que la délimitation du marché pertinente reste hautement subjective et tributaire de l'appréciation des autorités de concurrence. Ils soulignent que les autorités de concurrence ont parfois « tendance à délimiter le marché strictement pour réduire le nombre de concurrents et, partant, attribuer à l'entreprise en cause une large part de

520 SIBONY A.L., *Le juge et le raisonnement économique,* LGDJ, 2008, p. 356 : « C'est souvent la perception qu'un abus a été commis qui conduit à établir la position dominante, quitte à délimiter le marché pertinent de façon *ad hoc ».*

521 MALAURIE- VIGNAL M., *L'abus de position dominante,* LGDJ, 2002, p.76.

522 C.J.C.E., 3 juillet 1991, aff. C-62/86, «*Akzo Chemie BV*».

523 C.J.C.E., 14 novembre 1996, aff. C-333/94, «*Tetra Pak* ».

524 Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-14.503: JurisData n° 2009-047484; Bull. civ. 2009, IV, n°39 ; Europe 2009, comm. 199, note IDOT L. et ; Europe 2009, chronique 2, n°12, note CHONE A.S:.

525 T.P.I.C.E., 6 oct. 1994, aff. T-83/91, *«Tetra Pak»*.

526 CHONE A.S., *op. cit.,* p. 250.

marché, facteur déterminant de la position dominante »[527]. Les délimitations seraient si étroites que cela mènerait en pratique toute entreprise à se retrouver en position dominante.

A contrario de ces thèses défavorables à l'établissement d'un marché pertinent, le professeur FRISON- ROCHE estime que « (…) la position n'est dominante que par rapport à un marché pertinent, c'est pourquoi la bataille autour de la détermination de celui-ci fait surtout rage dans les procédures en abus de position dominante »[528]. De même pour d'autres auteurs, la délimitation du marché est « particulièrement indispensable à la mise en œuvre (*de l')* article 82 CE (actuel article 102 T.F.U.E.) (…) Si le marché n'est pas délimité à suffisance de droit, sous le contrôle des juridictions communautaires ou françaises compétentes, la domination ne le sera pas non plus, et l'abus ne pourra pas l'être »[529]. Le professeur MÖSCHEL considère que le comportement conditionne la délimitation de marché et que la délimitation de marché n'induit pas l'abus, ce dernier pouvant être réalisé sur un marché connexe. Toutefois, il s'agit d'analyser les effets liés à l'exercice d'une domination de marché tel qu'un verrouillage des concurrents de sorte que la délimitation de marché constitue un indice important de domination de marché[530]. Cette thèse va dans le sens de la Commission, quant à l'ouverture économique effectuée dans l'appréhension du pouvoir de marché. Il s'agit d'une infraction « objective et non intentionnelle »[531] puisque c'est le pouvoir de marché qui conditionne l'abus. Le comportement en cause est analysé en référence à la « concurrence praticable » précédemment définie. L'entreprise en position dominante doit se comporter comme si elle faisait face à une concurrence praticable. Certes, le référentiel de comportement n'est pas, contrairement aux droit des ententes et concentrations, la situation de marché en l'absence d'un tel comportement, mais la situation du marché en l'absence de position dominante. Ce référentiel ne dépend donc d'aucune spécificité de marché. Il s'agit d'une situation de marché abstraite, de valeur absolue, en référence à la situation praticable. Toutefois, l'abus apparaît en raison des moyens mis en œuvre par les entreprises détenant un pouvoir de marché, ceux-ci étant considérés comme non abusifs s'ils sont exercés par des entreprises qui ne seraient pas en situation de domination. Ce n'est que parce que l'entreprise détient une situation de domination que son comportement peut être abusif. Au sens de l'article 102 T.F.U.E., il apparaît nécessaire d'établir le lien entre la position dominante et l'abus ; le marché conditionne cette approche.

527 *Id.*

528 FRISON- ROCHE M.L., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique,* PUF, 2005, p. 416.

529 LUCAS DE LEYSSAC C., PARLEANI G., *op. cit.,* p.883.

530 MÖSCHEL W. in IMMENGA U. / MESTMÄCKER E.J., *op. cit.,* p. 505.

531 LUCAS DE LEYSSAC C., PARLEANI G., *Droit du marché,* PUF, 2002, p. 895.

L'article 102 T.F.U.E. diffère également du droit des concentrations en terme d'importance de délimitation de pouvoir de marché. La délimitation en droit des concentrations est un prérequis afin d'établir la puissance d'achat ; elle s'intègre dans une analyse prospective réalisée *a priori*. Le marché pertinent au sens de l'article 102 T.F.U.E. se dissocie en ce sens du droit des concentrations car l'analyse des pratiques anticoncurrentielles est effectuée *a posteriori*, dans une dynamique se voulant prospective. Ceci induit une délimitation plus étroite des marchés concernés car la délimitation du marché est concomitante à l'abus et facilite ainsi l'établissement d'une position dominante[532]. La lettre même de l'article 102 T.F.U.E. prohibe l'exploitation de la position dominante, différemment du contrôle des concentrations dont la création ou le renforcement d'une position dominante est constitutif de l'infraction. L'article 102 T.F.U.E. sanctionne les abus découlant d'un pouvoir de marché, ce dernier étant en pratique induit dès lors que le comportement abusif est établi. C'est en raison de son pouvoir de marché que l'entreprise commet un abus : le contrôle de l'abus infère la domination. La délimitation de marché permettrait ainsi de constituer un indice constitutif de l'abus et il s'agirait plus de concevoir le pouvoir de marché comme un déséquilibre général. Au sens de l'article 102 T.F.U.E., la considération de l'absence d'intérêt de marché pertinent ou son intérêt relatif rejoindre la thèse d'une considération globale du pouvoir de marché entendu comme absolu et relatif. Les rapports contractuels de déséquilibre, hors toute considération de marché pertinent, trouvent insertion au sein des critères d'analyse d'une atteinte concurrentielle. Les thèses développées sur l'intérêt du marché pertinent au sens de l'article 102 T.F.U.E. ne semblent pas contradictoires et permettent de considérer l'esprit de la norme comme s'entendant des abus résultant de l'ensemble des déséquilibres engendrés par un pouvoir de marché pour lequel la conséquence est anticoncurrentielle.

2. LE MARCHÉ PERTINENT COMME PREMIER INDICE DE DOMINATION

La délimitation du marché géographique et matérielle ne diffère pas de celle établie au titre de l'article 101 T.F.U.E. ou du droit des concentrations[533]. Ni le législateur ni la jurisprudence n'ont défini la position dominante d'un acheteur et conséquemment les critères permettant de l'établir. La doctrine en a précisé les contours d'origine prétorienne, notamment en situant la délimitation du ou des marchés pertinents établissant la domination de l'acheteur. Selon la doctrine, la domination de marché peut s'effectuer par un vendeur mais aussi par un

532 MÖSCHEL W. in IMMENGA U., MESTMÄCKER E.J., *op. cit.,* p. 505.
533 Commission, Communication sur la définition du marché, *op. cit.,* C 372/05.

acheteur ; un acheteur est en position de domination selon les critères analogues utilisés classiquement pour la domination du vendeur[534]. L'on peut ainsi reprendre la formulation issue de la jurisprudence *Hoffmann / Laroche*[535] pour définir la situation de domination de l'acheteur. Au sens de la formule consacrée, un acheteur de produits ou services est en position de domination lorsqu'il détient une puissance économique lui donnant le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de se comporter de manière indépendante vis à vis de ses concurrents, de ses fournisseurs et finalement des consommateurs. La délimitation géographique et matérielle du marché permet de caractériser la domination éventuelle d'un acheteur, en se basant pour la substituabilité du côté des vendeurs[536]. Le marché pertinent retenu comme marché sur lequel s'exerce la domination de l'acheteur sert *a priori* à sanctionner l'abus commis sur celui-ci. A défaut si un lien de connexité peut être établi, un autre marché pourra être retenu. Un distributeur disposant d'une puissance d'achat peut être considéré comme une entreprise dominante à l'égard d'un fournisseur quand bien même il ne dispose pas d'une puissance de vente à l'égard des consommateurs. Il s'agit donc en pratique d'établir la domination de l'acheteur principalement sur le marché amont.

Dans une affaire *British Airways,* cette compagnie de transport aérien avait instauré un système de commissions et autres incitations pour certaines agences de voyage au Royaume- Uni, sensées récompenser leur fidélité. Pour retenir la position dominante de *British Airways* comme acheteur, la Commission a retenu comme marché en cause, le marché britannique des services fournis par les agences de voyages aériens aux compagnies aériennes et a retenu que l'abus, en l'espèce des discriminations, produisait des effets sur ce marché mais également sur le marché du transport aérien sur lequel l'entreprise n'est pas en position dominante[537]. Lors de son recours devant le T.P.I.C.E., la compagnie a fait valoir que le marché pertinent retenu pour établir la domination de l'acheteur était erronée au motif d'une absence de lien de connexité entre les deux marchés. Le Tribunal après avoir confirmé l'application de l'article 82 TCE (actuel article 102 T.F.U.E.) aux vendeurs et aux acheteurs en position dominante, confirme que le marché pertinent retenu pour l'établissement de la position dominante ne préjuge pas des différents marchés sur lesquels les abus ont des effets[538]. Le Tribunal souligne que « l'article 82 CE ne comporte aucune indication explicite en ce qui concerne les exigences afférentes à la localisation de l'abus sur le marché des produits

534 BUNTE H.J. in LANGEN E., BUNTE H.J.,*op. cit.*, p. 552.
535 C.J.C.E., « *Hoffman-La -Roche / Commission*», *loc.. cit.*
536 MALAURIE- VIGNAL M., *L'abus de position dominante, op. cit.,* p.66.
537 Décision de la Commission, « *Virgin/British Airways* », *op. cit.*, point 86.
538 T.P.I.C.E., « *Virgin / British Airways* », *op. cit.*, point 74.

ou services (...), et la Cour aurait estimé que l'appréciation du Tribunal ne pouvait être contestée sur ce point »[539]. Ainsi la position dominante de l'acheteur peut être réalisée sur un marché donné, inférant une domination mais ne préjugeant pas d'effets liés à des abus sur le marché principal ou connexe. C'est bien parce qu'il y a une domination que le marché pertinent peut être délimité.

B. LE MARCHÉ PERTINENT COMME BASE DE L'ANALYSE CONCURRENTIELLE

1. LE CRITÈRE DE SUBSTITUABILITÉ

L'enjeu de la délimitation au titre de l'article 102 T.F.U.E. se situe quant à la définition de la substituabilité. Au sens de l'article 102 T.F.U.E., afin de déterminer le marché sur lequel s'exprime la puissance d'achat d'un acheteur, l'on analyse la substituabilité du côté de l'offre[540]. L'on délimite le marché en se plaçant du côté du point de vue des fournisseurs et non du côté des entreprises considérées comme concurrentes de l'entreprise acheteuse concernée[541]. Cette dernière possibilité avait été envisagée par une doctrine minoritaire et consistait à délimiter le marché par le concept d'interchangeabilité d'acheteurs[542] selon lequel l'on se placerait du point de vue des vendeurs pour constater s'il existe d'autres acheteurs aussi importants sur le marché[543]. L'on analyse les alternatives réelles et potentielles des fournisseurs en terme de possibilités de report sur d'autres acheteurs. La substituabilité permet d'établir un indice de puissance d'un acheteur sur un marché pertinent et ainsi une probable domination de marché. La substituabilité s'établit selon la capacité du fournisseur à se reporter sur un autre acheteur à savoir si le champ d'action d'un acheteur peut être limité par des acheteurs concurrents. Ce report se fonde essentiellement sur les circuits de commercialisation ou de distribution alternatifs qui restent disponibles pour le vendeur concerné. Il faut prendre en compte tous les acheteurs potentiels du produit pour lequel une transformation économique raisonnable du système de distribution peut être envisagée[544]. Ceci vaut également pour les produits et l'ensemble des commercialisations envisageables. Cette appréciation est réalisée *in concreto* par les autorités. Chaque transformation raisonnable possible ou commercialisation correspond à un nouveau marché potentiel pour le vendeur. Le plus il y a de transformations ou

539 *Ibid.* point 123.
540 MÖSCHEL W. in IMMENGA U., MESTMÄCKER E.J., *op. cit.*, p. 511.
541 RUPPELT H.J. in BUNTE H.J. /LANGEN H. *op. cit.,* p. 507.
542 Traduction libre de « *Marktgleichwertigkeit* ».
543 MÖSCHEL W. in IMMENGA U. / MESTMÄCKER E.J.,Tome 2, *op. cit.*, p. 391.
544 MÖSCHEL W. in IMMENGA U., MESTMÄCKER E.J., Tome 1, *op. cit.,* p. 511.

commercialisations possibles, à savoir une possibilité pour le vendeur de choisir entre différents acheteurs, et moins l'acheteur sera en situation de domination. La transformation cesse notamment pour les haut degrés de spécialisation de l'offre tels que dans le secteur automobile pour lesquels les vendeurs comme des entreprises de métallurgie fournissent leurs prestations et services généralement en fonction d'une demande précise des acheteurs[545].

2. LA PRISE EN COMPTE DES PARTS DE MARCHÉ

Le critère de domination de l'article 102 T.F.U.E. d'acheteurs repose sur une analyse structurelle du marché, bien que limitée à une situation *a posteriori*. Au sens de l'article 102 T.F.U.E., les autorités considèrent la situation concurrentielle au moment de l'abus et la replacent de manière prospective, ce qui infère par là même cet abus. L'analyse du marché requiert que la domination – de l'acheteur - soit établie comme un pouvoir de marché constitué de différents indices. La part de marché constitue un indice significatif puisque les effets sur la structure de marché du pouvoir de marché ne sont pas pris en compte. Il ne s'agit pas du seul indice car une domination d'acheteurs réalisée sur un marché donné résulte d'un ensemble de facteurs, dont la part de marché n'est qu'un indice. Cet indice est essentiel, notamment en terme de domination dite absolue mais la domination peut en théorie être constituée en déca des seuils prédéfinis. La conception globale de la position dominante comme pouvoir de marché induit que la domination peut être relative. La communication de la Commission de 2009 vient confirmer qu'un pouvoir de marché peut être constitué en dehors d'une expression en parts de marché et que celles-ci ont valeur d'indices : « (D)es parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché »[546]. La Commission considère que si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante. Il peut toutefois y avoir des cas au- dessous de ce seuil dans lesquels les concurrents ne sont pas en mesure de brider efficacement le comportement d'une entreprise en position dominante, notamment lorsqu'ils sont confrontés à de fortes limitations de capacité. Ces cas semblent aussi mériter de retenir l'attention de la Commission ». La part de marché est un facteur constitutif de domination et des parts très importantes, soit un seuil supérieure à 50 %, aboutissant à une situation de monopole sur un marché

545 MÖSCHEL W. in IMMENGA U., MESTMÄCKER E.J., Tome 1, *op. cit.,* p. 512.

546 Communication de la Commission du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, point 14.

constituent par elles-mêmes en principe la preuve de l'existence d'une position dominante. Des parts inférieures à 25 % rendent la qualification de position dominante peu probable mais l'analyse est complété par les autres indices structurels. Pour les parts supérieures à 25 % mais inférieures à 50 %, la Commission complète son analyse par d'autres facteurs que sont la capacité concurrentielle des concurrents et les avantages concurrentiels.

Une puissance d'achat entendue au sens d'une domination d'acheteur de l'article 102 T.F.U.E. n'implique pas l'analyse de parts de marché sur un marché de type amont ou aval. Le marché retenu pour l'analyse est le marché pertinent défini précédemment. Le calcul des parts est considéré à partir de la partie opposée du marché et située dans le temps. De même qu'en droit des concentrations, d'autres indices structurels de domination sont pris en compte afin de constater le pouvoir de marché dans son acception générale. Il s'agit notamment de la structure de marché actuelle et potentielle comme la taille des concurrents ou les barrières à l'entée ; la détention d'avantages concurrentiels comme l'avance technologique, la notoriété, la puissance financière, les économies d'échelle ou de gamme, la détention de droits de propriété intellectuelle ou industrielle.
La Commission n'a toutefois pas encore constaté de domination d'acheteur au sens de l'article 102 T.F.U.E. sur la base d'une faible part de marché. Les qualifications de domination d'acheteur à raison d'une forte part de marché concernent particulièrement les analyses du droit de la concentration, tel que l'illustre l'affaire *Rewe / Meinl*[547], où la position dominante d'acheteur a été retenu pour 80 % de parts de marché. De même dans l'affaire *Kesko / Tuko*, la position dominante des acheteurs a été caractérisée pour 55 % des parts de marché[548]. En effet le droit des concentrations s'attache à la part de marché en elle-même en raison des effets unilatéraux résultants de la création ou du renforcement suite à l'opération. Celle-ci est donc une part centrale de l'analyse du droit des concentrations car considérée intrinsèquement comme pouvant induire des effets unilatéraux. Dans l'arrêt *Virgin / British Airways* la Commission caractérise la position dominante de l'acheteur par le biais de différents facteurs, sans faire toutefois directement à l'importance de la part de marché de 66 %[549] . Elle énonce plusieurs facteurs : la position structurelle de BRITISH AIRWAYS qui lui permet d'offrir la plus large gamme de vols au départ et à destination du Royaume-Uni ; sa part des ventes totales de services de transport aérien au Royaume-Uni et sa part des achats de services d'agences de voyages aériens ; sa part des marchés de la vente de services de transport aérien et de l'achat de services d'agences

547 Décision de la Commission, *« Rewe / Meinl », op. cit.,* point 34.
548 Décision de la Commission, *« Kesko / Tuko »*, *op. cit.,* point 133.
549 Décision de la Commission, 14 juillet 1999, *op. cit.,* « *Virgin / British Airways* », point 47.

de voyages aériens par rapport à celle de ses concurrents ; le fait qu'elle soit un partenaire commercial obligé des agents de voyages désireux d'offrir un service complet à leur clientèle.

De la sorte, la position dominante tend à être conçue comme un pouvoir de marché dont l'entreprise peut abuser, et pour lequel les effets induits ne sont pas considérés à raison de leur degré. L'analyse implique donc de caractériser l'abus de pouvoir de marché par des critères comportementaux.

§ 2. L'ÉTABLISSEMENT D'UNE DOMINATION ABSOLUE D'ACHETEURS

L'appréhension de la domination au sens originaire du droit de la concurrence se fait par le prisme de la position dominante. La position dominante dans son acception primaire envoie à la notion de domination absolue de marché, réalisée principalement par une analyse de parts de marché à raison des relations horizontales entre concurrents. L'article 102 T.F.U.E. ne définit pas la domination absolue et par conséquent ne précise pas l'appréhension de la domination absolue d'acheteurs. En raison du silence du législateur européen quant à une définition précise concernant la position dominante absolue d'acheteurs (B), nonobstant la primauté de droit européen l'application parallèle conforme de droit national peut éclairer à son appréhension juridique (A).

A. LA NOTION DE DOMINATION ABSOLUE D'ACHETEURS EN DROIT NATIONAL

La domination absolue d'acheteurs, bien que notion d'application conforme au droit européen en droit national, peut éclairer à sa définition. Celle-ci peut être étudiée à l'aune du droit allemand (1) et du droit français (2).

1. LA NOTION DE DOMINATION ABSOLUE D'ACHETEURS EN DROIT ALLEMAND

La domination absolue d'acheteurs de droit allemand a été décrite au titre du contrôle des concentrations de l'article 36 de la loi fédérale allemande contre les restrictions de concurrence. La notion de domination d'acheteurs en situation prépondérante est prévue à l'article 19 alinéa 2 de la loi fédérale contre les restrictions de la concurrence. Cette norme est applicable à l'utilisation abusive de leur puissance économique que font des entreprises détenant une position dominante sur le marché[550]. La

550 D'après l'article 19 de la loi fédérale contre les restrictions de la concurrence une entreprise occupe une position dominante sur le marché « dans la mesure où, en tant que fournisseur ou acheteur d'un certain type de biens ou de services commerciaux, il n'y a pas de concurrent ou n'est pas exposé à une concurrence notable quelconque, ou jouit sur le marché d'une

position dominante d'une entreprise au sens de l'article 19 concerne indifféremment la position dominante d'acheteurs et de vendeurs à l'égard de l'ensemble du marché[551]. La position de domination absolue se caractérise à l'égard de l'ensemble du marché et concerne la protection de la partie opposée du marché et celle des concurrents. Antérieurement au huitième amendement, l'on vérifiait premièrement au titre de l'article 19 alinéa 2 première phrase, la domination objective de marché à savoir si l'acheteur était soumis à une concurrence suffisante d'autres acheteurs[552]. Ceci n'était pas donné lorsqu'une partie substantielle des achats est concentrée par un seul acheteur tel un monopsone. le cinquième amendement de la loi a introduit la notion prépondérante à l'ex article 19 alinéa 2 de la loi précitée et a abaissé les seuils visés afin de saisir notamment les situations de puissance d'achat. Deuxièmement, au sens de la phrase 2, la domination visée était la domination dite prépondérante et a permis d'intégrer la verticalisation d'abus, indépendamment d'une concurrence horizontale suffisante[553]. La domination relative était établie par un faisceau d'indices structurels[554]. L'article 19 alinéa 2 phrase 2 de la même loi en ce sens protégeait les acheteurs concurrents et les fournisseurs des comportements de l'acheteur dominant en situation de domination prépondérante. Afin de saisir la puissance d'achat, le cinquième amendement de la loi a intégré deux critères légaux de la domination prépondérante. La particularité de la puissance d'achat était donc envisagée au titre de la délimitation du marché à l'approvisionnement. La dominance des acheteurs est établie sur les marchés à l'approvisionnement et l'on analyse les possibilités que détiennent les vendeurs vis à vis d'autres acheteurs selon deux critères. L'on considère d'une part les possibles reports pour l'offreur et d'autre part le degré de flexibilité envisageable. Tout d'abord le critère de transformation de produit ou service[555] : le vendeur doit pouvoir transformer son offre en d'autres biens ou services et l'on considère ainsi le degré de flexibilité envisageable. Ensuite l'on analyse le critère du report possible sur un autre acheteur[556], ce dernier critère étant

---

situation prépondérante par rapport à ses concurrents. »

551 « *marktbeherrschende Anbieter und Nachfrager* »

552 BUNTE H.J., LANGEN H., Tome I, *op. cit.,* p. 486.

553 Traduction libre de « *überragende Marktstellung* ».

554 L'article 19 alinéa 2 phrase 2 de la loi antérieure prévoyait : *(Une entreprise occupe une position dominante sur un marché lorsqu')* elle jouit sur le marché d'une situation prépondérante par rapport à ses concurrents ; cette situation s'apprécie notamment en fonction de sa part de marché, de sa puissance financière, de ses possibilités d'accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de ses liens avec d'autres entreprises, de l'existence en droit ou en fait d'obstacles qui s'opposent à l'entrée d'autres entreprises sur le marché, de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises relevant ou non du champ d'application de la présente loi, de sa capacité à reporter son offre ou sa demande sur d'autres marchandises ou services commerciaux, ainsi que de la possibilité pour le partenaire de se tourner vers d'autres entreprises ».

555 Traduction libre de « *Umstellungsflexibilität* ».

556 Traduction libre de « *Ausweichmöglickeiten* ».

déterminant : le vendeur doit disposer de la capacité de traiter avec d'autres entreprises acheteuses du côté opposé du marché. La domination prépondérante est envisagée également dans la relation horizontale aux autres concurrents par le critère de la force de négociation de chaque acheteur dans ses relations verticales bilatérales. La force est établie selon la menace d'une rupture et des alternatives restantes.
L'article 19 alinéa 3 prévoyait une présomption légale de domination lorsque l'entreprise détenait un tiers des parts de marché pour une catégorie déterminée de biens et de services. La phrase 2 de cet alinéa prévoyait la domination collective concernant trois entreprises ou plus détenant une part de marché de 50 %, ou cinq entreprises ou plus détenant une part de marché de 2 / 5ème. L'article 19 alinéa 4 prévoyait un catalogue légal d'abus applicable à la domination d'acheteurs ou de vendeurs.

L'introduction d'une notion de situation prépondérante d'une entreprise a pu étonner en doctrine, en raison des buts apparemment divergents entre la protection de la concurrence et celle des concurrents. Dans le sens d'une domination absolue, il a pu être objecté que la protection du marché doit s'effectuer dans son ensemble et concerner une atteinte à la concurrence de sorte que la norme n'aurait pas pour but de garantir les droits subjectifs aux tiers lésés par le comportement de grandes entreprises. Toutefois il a été exposé que la loi contre les restrictions à la concurrence ne serait pas dirigée par les avantages des consommateurs mais par le maintien du processus de concurrence, ceci incluant la liberté d'action des offreurs[557]. L'on a exposé que tout comme sur les marchés à l'approvisionnement le degré de domination induit la capacité à restreindre l'offre, le degré de domination sur les marchés à l'achat induit la capacité des acheteurs à exercer une pression sur les prix d'achat en étant en retrait lors de l'achat et ainsi forcer des concessions de prix. De la sorte, le marché de la revente où agissent également les acheteurs puissants ne devrait pas bénéficier d'une protection moindre que le marché à l'approvisionnement. Ceci serait justifié par le fait que sa protection mène à une stabilisation du champ d'évolution des prix des vendeurs et ce au bénéfice des consommateurs finals[558]. La doctrine a donc assuré que l'ex article 19 de loi contre les restrictions à la concurrence afférent à la domination d'acheteurs aurait pour vocation d'assurer le fonctionnement du mécanisme concurrentiel dans l'intérêt général, dans le sens du droit européen[559]. La doctrine s'est défendue de l'instauration d'un test de nature contractuelle dans le droit des pratiques anticoncurrentielles, l'atteinte à la concurrence devant être

557 MÖSCHEL W. in IMMENGA, MESTMECKER, *op. cit.,* p.414.
558 *Ibid.* p. 415.
559 *Ibid.* p.342

établie[560]. Ainsi, d'un avis majoritaire, les critères d'appréciation de domination relative de l'ex article 19 de la loi précitée ne concernaient pas le test d'une dépendance du vendeur à l'acheteur tel qu'elle était entendue en de la domination relative au sens de l'ex article 20 de la loi précitée. Il n'y aurait pas de nécessité de recourir à une référence de dépendance économique, notion issu du droit des contrats, exclue au titre du droit des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles. La définition de la domination prépondérante n'a pas été plus loin. Les concepts émis au titre au contrôle des concentrations ont été rejetés[561], comme celui afférent à une sectoralisation de la domination. De même pour l'introduction légale du critère prétorien du partenaire incontournable[562]. Selon ce dernier critère, un partenaire serait incontournable lorsqu'en raison de son volume d'achat dans les produits et services des fournisseurs, ceux-ci n'ont plus la possibilité de se reporter sur d'autres acheteurs[563]. La notion de partenaire incontournable induirait une prise en compte sectorielle et dès lors entraînerait une dissociation de la protection des marchés à l'approvisionnement et des marchés à l'achat. Or ces deux marchés devaient être considérés comme devant être protégés de la même manière[564] : la partie opposée du marché, le vendeur, est protégé de l'exercice du pouvoir par l'acheteur dominant, de même que les marchés tiers, si l'acheteur dominant tente de transférer sa puissance d'achat. Le critère de report possible permettrait, lui, d'avoir une protection unitaire des marchés, à savoir l'analyse de la réaction d'une entreprise comme par exemple un fournisseur vis à vis des exigences d'une autre entreprise dominante par exemple un fournisseur.

L'actuel article 19 de la loi concerne les cas de domination absolue d'acheteurs et de vendeurs respectivement dans leurs relations horizontales à leurs concurrents. La domination absolue est définie par l'article 18 de la même loi[565] et l'alinéa 1 présente trois cas successifs concernant les acheteurs et les vendeurs au même titre : ceux qui sont sans concurrents, qui ne sont pas soumis à une concurrence suffisante, et qui ont une position prépondérante vis à vis de leurs concurrents. L'article 18 alinéa 3 prévoit que la position de marché de l'entreprise conçue dans sa relation à ses concurrents se réalise selon un faisceau d'indices. Les indices à prendre en compte pour saisir ladite position de marché, en particulier : la part de marché, la capacité financière, l'accès au marché à l'approvisionnement et à

560 *Ibid.* p. 415.
561 *Ibid.* p. 414.
562 Traduction libre de « *Unverzichtbarkeitsthese* ».
563 Décision de l'Office Fédéral des Ententes du 23 février 1982 WuW/E BkartA 1970, 1979, « *Coop- Supermagazin* » ; BkartA 20 juin 1983 WuW/E BkartA 2060, 2065 « *Metro- Kaufhof* » ; BkartA 14 août 1984 WuW/E BkartA 2161, 2165 « *Coop- Wanmaker* ».
564 La notion consacrée est « spiegelbildlich ».
565 Voir annexe.

la revente, les interdépendances avec d'autres entreprises, les barrières à l'entrée pour les autres entreprises, la concurrence actuelle ou potentielle, la capacité de transformer son offre ou sa demande, la capacité de la partie opposée du marché à se reporter sur d'autres entreprises. L'article 18 alinéa 4 établit une présomption de domination absolue lorsque la part de marché de l'entreprise est au moins égale à 40 %. L'alinéa 5 prévoit la définition de la domination collective de deux entreprises ou plus si pour un marché concerné elles ne sont pas en concurrence suffisante ou si elles remplissent les conditions de l'article 1. L'alinéa 6 établit une présomption de domination collective si trois entreprises ou plus ont une part de marché cumulée de 50 % ou bien lorsque cinq entreprises ou plus possèdent les 2/3 du marché.
L'article 19 alinéa 2 contient un catalogue légal non exhaustif des pratiques liées à l'exercice de cette domination et prévoit cinq cas d'abus relevant de l'entrave et de l'exploitation.

2. LA NOTION DE DOMINATION ABSOLUE D'ACHETEURS EN DROIT FRANÇAIS

Au même titre que le droit allemand, les domination absolue et relative sont dissociées en droit français. L'article L 420- 2 alinéa 1 concerne l'exploitation abusive d'une domination absolue et l'alinéa 2 concerne la domination relative. Le législateur français, comme l'article 102 T.F.U.E., ne donne pas de définition de la domination. La définition de la domination est prétorienne et s'entend de l'indépendance de l'entreprise « qui est en position d'entraver le fonctionnement de la concurrence parce qu'aucun compétiteur n'offre en face d'elle une alternative significative à ses clients ou fournisseurs, si bien qu'elle peut y déterminer à peu près librement les conditions de fonctionnement du marché : accès à celui-ci, politique commerciale, choix des technologies, niveau des prix, etc. »[566]. La domination d'acception horizontale a évolué légalement par l'introduction du concept de dépendance économique[567]. Actuellement, la position dominante entendue horizontalement au sens de l'article L 420- 2 alinéa 1 du Code de commerce est conçue par les juges selon un faisceau d'indices comme la part de marché, la disproportion des moyens financiers entre l'entreprise dominante et ses concurrents est un facteur d'appréciation notable de la position dominante[568], les

566 Commission de la concurrence, rapport 1979, p. 37 et rapport 1980 p. 227.
567 Loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985. La notion de dépendance économique est expliquée dans le rapport JO doc. Sénat 1985-1986, n° 56, p. 24.
568 Conseil de la.concurrence, décision n° 96-D-10, 20 févr. 1996, BOCC 1996, p. 147 ; *pratiques mises en oeuvre par France Télécom et par l'Office d'annonces ODA* .

investissements nécessaires à l'exercice de l'activité, de l'existence d'une concurrence potentielle, de la nature des comportements litigieux, ou d'une avance technologique telle qu'elle permet à l'entreprise concernée d'augmenter ses prix sans craindre une érosion de sa clientèle. Il est tenu compte, encore, du fait que l'entreprise appartient ou non à un groupe puissant, du statut de cette entreprise, du fait qu'elle bénéficie, ou non, d'un accès préférentiel à certaines matières premières ou sources de financement ainsi que de l'existence, et, le cas échéant, de la nature des barrières à l'entrée sur le marché, suggérant une faible probabilité que sa suprématie soit remise en cause[569].

A l'aune des exemples de droit national, il convient d'étudier la notion de domination en droit européen.

B. LA CONCEPTION DE DOMINATION DE NATURE MIXTE DE DROIT EUROPÉEN

La domination de marché peut être le fruit d'un (1) ou de plusieurs acheteurs (2) et il convient d'étudier la portée de cette dissociation.

1. LA DOMINATION ABSOLUE DE L'ACHETEUR EN DROIT EUROPÉEN

Le droit des concentrations reprend la définition de la notion de position dominante[570], mais l'appréhension concurrentielle de cette domination est dissociée quant à ses incidences. Le droit des concentrations appréhende la situation de puissance économique de l'acheteur dans sa matérialisation verticale et horizontale à raison de ses effets sur le marché. De la sorte, la position dominante de l'acheteur représente l'une des matérialisation de l'entrave significative puisqu'elle est conçue en terme d'efficience générale sur le marché. Au titre du droit des concentrations, la puissance d'achat peut donc être appréhendée dans son acception générale de pouvoir de marché, en dehors d'une caractérisation de domination, et s'inscrit dans une analyse réalisée *a priori*. Au titre de l'article 102 T.F.U.E., la puissance d'achat est caractérisée par le seul critère de domination constituée *a posteriori,* indépendamment de tout effet sur la structure de marché. La lettre de l'article 102 T.F.U.E. ne distingue pas entre domination absolue ou relative, à savoir si la domination est conçue comme un pouvoir de marché à raison des relations horizontales entre concurrents ou bien à raison des relations verticales pouvant avoir une incidence sur le marché horizontal. La position dominante au sens de l'article 102 T.F.U.E. ne fait référence à aucune forme de domination

569 Conseil de la.concurrence, rapport 1990, p. 36 et rapport 2000 p. 99.
570 Voir Partie I, titre 1, chapitre 2, section 1, § 2 sur le test de domination en droit des concentrations.

envisagée dans une relation contractuelle, telle que la prévision d'une puissance d'achat par dépendance économique, comme prévue expressément en droit national français des abus de dépendance économique et des concentrations. Au sens du droit européen, l'abus lié à la domination doit engendrer une atteinte à la concurrence pour tomber dans le champ d'application de l'article 102 T.F.U.E.. Il ne s'agit pas au premier abord de déterminer l'efficience en terme de degré mais de sanctionner un abus. La notion originaire de la position dominante trouve sa source dans une définition prétorienne qui trouve son ancrage dans la jurisprudence *Hoffman - La Roche* : « la position dominante visée à l'article 82 *(actuel article 102 T.F.U.E.)* du traité sur la Communauté européenne concerne la situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents »[571]. Selon cette définition, la position dominante s'entendrait alors de la domination absolue. Dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*, la Cour fait référence à une indépendance de comportement de l'entreprise. L'on s'attache moins à l'existence d'une concurrence qu'à l'indépendance résultant de l'insuffisance de concurrence. En ce sens, cette indépendance peut concerner les situations de monopole ou de monopsone. En droit européen, le critère de domination du marché apparaît être une notion *a priori* d'acceptation absolue. La domination absolue obéirait à une logique concurrentielle et se définit comme la position qu'un opérateur économique occupe sur le marché et s'exerce vis à vis des concurrents puisque la position dominante est une domination d'un acteur économique à l'égard de l'ensemble des acteurs présents sur le marché. La domination relative se déploie dans le rapport contractuel, à l'égard du partenaire contractuel, client ou fournisseur[572]. L'article 102 T.F.U.E. a toutefois permis au juge européen de considérer la puissance économique comme s'entendant de la position de puissance du vendeur mais également de celle de l'acheteur dans une relation verticale. Le T.P.I.U.E. dans l'affaire *Virgin / British Airways* précise que : « l'article 82 CE s'applique en effet tant aux entreprises dont la position dominante éventuelle est constatée, comme en l'espèce, par rapport à leurs fournisseurs qu'à celles qui sont susceptibles d'être dans la même position vis-à-vis de leurs clients »[573]. Partant, la domination au sens de l'article 102 T.F.U.E. s'entend de la domination absolue au sens de relations horizontales, à l'égard des concurrents, mais également de la domination relative au sens des relations verticales *a priori* s'ils faussent la concurrence dans les relations horizontales. La dissociation de domination absolue ou relative semble revêtir un intérêt limité s'il s'agit d'appréhender en réalité un pouvoir de marché. Pour

571 C.J.C.E., 13 février 1979, « *Hoffman-La -Roche / Commission*», *op. cit.*.
572 CHONE A.S., *op. cit.*, p.148.
573 T.P.I.C.E., « *Virgin / British Airways* », *op. cit.*, point 101.

autant les deux notions renvoient à des situations de concurrence différentes pour lesquelles la protection de la concurrence est en question et opposée à la protection des concurrents. L'acception de domination relative du droit de la concurrence a été accueillie avec circonspection car elle concernerait la domination par un auteur de cet abus sur son cocontractant et serait en soi étrangère aux abus sur le marché[574]. En effet, dans le dogme du droit européen, la domination doit s'entendre de la protection de l'ensemble du marché et donc le surplus global du consommateur. L'on rejoint par là l'appréhension du pouvoir de marché en terme d'efficience sur le marché développée en droit des concentrations, ce qui exclut par principe l'appréhension de relations verticales. Les droits nationaux allemand et français des pratiques anticoncurrentielles appréhendent normativement la domination absolue de manière dissociée de la domination relative, respectivement par les notions de position dominante et de dépendance économique. Le droit européen paraît engager pour sa part, un compromis de nature mixte quant à la domination. La dissociation entre domination absolue et normative n'est réalisée que dans la pratique jurisprudentielle, de sorte que les contours de la domination ne sont pas clairement établis, si ce n'est par le critère obligatoire de l'atteinte à la concurrence. Le test de dépendance économique permet de cerner la domination relative, à l'aide d'un faisceau d'indices structurels au sein duquel la part de marché a trouvé une place importante mais non nécessaire. Certains auteurs ont pu s'interroger si l'abus de pouvoir de marché du droit européen ainsi défini, s'entendait plutôt du contrôle de la domination ou de la protection de la concurrence[575]. Selon la formule du professeur MÖSCHEL, il s'agit en pratique des incertitudes liées à « l'appréhension politico- concurrentielle adéquate de la protection du marché des acheteurs et de la puissance d'achat »[576]. Le glissement du test S.L.C. des droit des concentrations vers l'appréhension d'un pouvoir de marché globalement entendu et de ses effets sur la structure de marché parle pour une conception large de la domination, absolue et relative. Il s'agit ainsi de considérer la domination comme une situation de pouvoir de marché matérialisée horizontalement et verticalement.

Le critère de domination de l'article 102 T.F.U.E. appréhende ainsi les relations horizontales entre concurrents mais également les relations verticales induisant des déséquilibres contractuels « dans la mesure où ils peuvent fausser *in fine* la concurrence »[577]. Dès lors, l'on peut conclure que la domination du droit européen recouvre deux acceptions. L'article 102 T.F.U.E. concerne d'une part la domination absolue d'acheteurs conçue

574 CHONE A.S., *op. cit.*, p. 249.

575 BOY L. *« L'abus de pouvoir de marché : contrôle de la domination ou protection de la concurrence »*, RIDE 2005, p. 38.

576 MÖSCHEL W. in IMMENGA U. / MESTMÄCKER E.J., tome 2, *op. cit.*, , p. 414.

577 BOY L. *op. cit.*, p. 17.

comme un pouvoir de marché exprimé vis à vis de l'ensemble des concurrents et de manière indépendante. L'article 102 T.F.U.E. concerne d'autre part la domination relative d'acheteurs conçue comme une relation de dépendance économique exprimée verticalement, dans la relation du vendeur à l'acheteur dans la mesure où l'atteinte à la concurrence est établie. Cette acception est illustrée dans une communication de la Commission : « La Commission cherchera surtout à préserver le jeu de la concurrence dans le marché intérieur et à faire en sorte que les entreprises détenant une position dominante n'excluent pas leurs concurrents par d'autres moyens qu'une concurrence par la qualité des produits ou des services qu'elles fournissent. Ce faisant, la Commission n'ignore pas que l'important est de protéger l'exercice d'une concurrence effective et non de protéger simplement les concurrents. Or, cette politique peut avoir pour effet de faire disparaître du marché les concurrents moins intéressants pour les consommateurs du point de vue des prix, du choix, de la qualité et de l'innovation (…) »[578]. La notion de position dominante absolue semble avoir laissé place à l'expression d'un pouvoir de marché s'exprimant aussi bien sur la structure de marché que dans des rapports contractuels, atténuant l'intérêt de la dissociation de la domination absolue et relative. L'atteinte à la concurrence est conçue largement et la protection de la concurrence passe par la protection des concurrents. La notion de la domination relative au sens de l'article 102 T.F.U.E. trouverait ainsi sa limite dans l'atteinte à la concurrence. Les contours de la domination relative concurrentielle semblent pour autant flous car il n'est pas certain que certains comportements afférents à des situations de déséquilibre contractuels – dont traitent les droits nationaux au titre des pratiques restrictives - ne portent pas atteinte à l'efficience globale. Le critère de l'atteinte à la concurrence permettant de dissocier les pratiques anticoncurrentielles des pratiques restrictives de concurrence paraît poreux ce dont témoigne l'évolution des droits nationaux. Le critère français de l'atteinte à la concurrence a été atténué et le droit allemand opère des renvois entre domination absolue et relative de droit de la concurrence et les pratiques restrictives – au titre de la domination relative sans incidence sur le marché - laissant présager d'une forme d'intégration des pratiques contractuelles.

A ce titre les normes rattachées au droit des contrats et à l'équité pourraient à l'avenir trouver leur place dans le droit européen des abus de domination. Le droit européen ne pouvant assurer l'effectivité du marché qu'en protégeant les relations horizontales et verticales, l'ensemble de celles-ci conditionnent l'efficience globale et méritent d'être prises en considération. Ces dispositions s'inscrivent dans l'actuelle logique de la stratégie de Lisbonne selon laquelle il s'agit de favoriser les petites et moyennes entreprises en général et les plus innovantes en

578 Communication de la Commission du 9 février 2009, *op. cit.*, point 6.

particulier pour l'emploi et la compétitivité européenne. Ce constat amène la question de la définition de l'atteinte au marché et donc de la protection effective du marché. L'exclusion des normes afférentes à la domination relative en droit des pratiques restrictives de concurrence paraît en principe légitimée par l'absence d'impact sur le marché intérieur. Ces dernières normes n'auraient pas pour but la protection du marché mais celle des relations contractuelles. Or il semble difficilement envisageable qu'un déséquilibre contractuel ne lèse pas *in fine* le consommateur. L'on peut s'interroger sur la pertinence de cette dissociation, une complémentarité entre domination relative du droit des contrats et du droit de la concurrence pouvant être envisageable. La domination, saisie comme pouvoir de marché semble devoir être entendue comme situation économique de domination de marché absolue et relative, cette dernière notion étant entendue globalement comme une « supériorité de marché économique » exercée à l'encontre d'un ou plusieurs partenaires plus faibles. L'introduction progressive des relations verticales et donc d'un sens de l'équité contractuelle laisse présager de l'intégration normative européenne d'équité et de loyauté contractuelle.

La domination au sens de l'article 102 T.F.U.E. peut être également le fruit de plusieurs acheteurs.

2. LA DOMINATION ABSOLUE COLLECTIVE D'ACHETEURS EN DROIT EUROPÉEN

La lettre de l'article 102 T.F.U.E. s'entend de la position dominante d'un ou plusieurs acheteurs. Le droit des concentrations dans le règlement 139 /2004 ne reprend pas la notion de position dominante collective de l'article 102 T.F.U.E.. Des entreprises en situation d'oligopsone peuvent ainsi être concernée par le champ d'application de cette norme si elles adoptent un comportement abusif sur le marché. Au même titre que la domination d'un seul acheteur, le législateur ne sanctionne pas directement le pouvoir de marché détenu par l'entreprise mais le comportement abusif pris sur la position de domination. Au sens du droit des abus de position dominante et à la différence du droit des concentrations, ce n'est pas la structure qui est condamnée. L'on considère qu'en l'absence de domination, le marché est réputé avoir une structure suffisamment concurrentielle pour que les autorités n'aient pas à intervenir. Dans le cas d'une domination de marché, le jeu de la concurrence est considéré comme mis en danger et les autorités ont le devoir d'intervenir. Il convient de définir dans quelle mesure la domination est entendue comme collective et si ce critère est pertinent.
La doctrine et la jurisprudence ont interprété la position dominante collective des abus de position dominante en la dissociant du droit des concentrations et du droit des ententes.

La coordination des entreprises sur un marché peut être expresse lorsqu'il existe des liens structurels entre elles, mais elle peut aussi être tacite et résulter de la structure oligopolistique du marché. Il s'agit de déterminer si la réalisation de l'opération permet aux concurrents d'adopter une même ligne d'action sur le marché[579]. Au sens du droit des concentrations, la position dominante peut être détenue collectivement par plusieurs entreprises – acheteuses - non liées structurellement qui sont considérées agissant comme une seule entreprise car formant une unité économique. Au sens du droit des concentrations, une entité - acheteuse - issue d'une concentration peut également détenir une position dominante collective. Les entreprises sont liées par des liens structurels. A ce titre la définition classique du droit des sociétés de l'autonomie juridique de la filiale trouve application et la Commission choisit à l'encontre de qui elle dirige son action : la société mère, une filiale ou l'ensemble des entreprises[580]. L'application du contrôle des concentrations prime celle de l'article 102 T.F.U.E.. Dans la mouvance du test de pouvoir de marché du droit des concentrations, la caractérisation d'une position dominante collective est aussi en mutation. Par le test S.L.C., la référence à la notion de position dominante collective pour caractériser une domination de plusieurs acheteurs semble dépassée car il s'agit plus d'appréhender les effets de pouvoir de marché dans leur ensemble que de caractériser une domination. La référence à la domination collective est utilisée par la Commission moins pour les effets unilatéraux non collusifs résultant des opérations de concentrations entre distributeurs que pour les effets coordonnés, lors de la recherche de transparence du marché et d'échanges d'informations. Dans l'affaire *Carrefour / Promodes*, la Commission, malgré la détention cumulée de parts de marché à hauteur de 60 – 70 %, a nié l'existence d'une position dominante collective au motif que les distributeurs parties à la concentration n'avaient pas de lien structurel entre eux au regard de leurs structures et fonctionnement disparates, de sorte qu'il n'y avait donc pas de comportement commun entre les distributeurs[581].

579 La C.J.C.E. a retenu une position dominante collective de fournisseurs : C.J.C.E., 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, *« République française et Société Commerciale des potasses et de l'azote [SCPA] et Entreprise minière et chimique [EMC]/Commission »*: La C.J.C.E. a retenu que « la position dominante collective s'apprécie selon une analyse prospective du marché de référence, si l'opération de concentration dont elle est saisie aboutit à une situation dans laquelle une concurrence effective dans le marché en cause est entravée de manière significative par les entreprises parties à la concentration et une ou plusieurs entreprises tierces qui ont, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs ».

580 JUNG E. cité *in IMMENGA/MESTMÄCKER,Wettbewerbsrecht,* Tome I, *op. cit.*, p. 528 n°106.

581 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 99 : « Cependant, il apparaît que la plupart des conditions normalement

Au sens du droit des ententes, des entreprises acheteuses autonomes juridiquement mais se présentant sur le marché comme une seule entité collective à raison de l'entente peuvent détenir une position dominante collective au sens de l'article 102 T.F.U.E.. Les liens de corrélation unissant les entreprises doivent être durables et contraignants, juridiques comme une entente ou bien économiques, comme étant la résultante d'une structure oligopolistique du marché. Les comportements doivent être parallèles afin de refléter l'interdépendance des entreprises. Pour ce faire, le marché doit être transparent, les entreprises doivent être incitées à maintenir durablement la situation de coordination et un fort pouvoir de marché détenu par l'oligopole doit lui permettre d'adopter des comportements indépendants sur le marché. Le degré de domination du marché de ces entreprises peut leur permettre d'agir de manière abusive. L'article 102 T.F.U.E. est d'application cumulative à l'article 101 T.F.U.E..

Si la définition de la domination d'un acheteur est établie de manière absolue au titre de l'article 102 T.F.U.E., l'application de cette norme à une domination relative d'acheteurs n'est pas évidente.

SECTION 2. LA DOMINATION D'ACHETEUR COMME POUVOIR DE MARCHÉ RELATIF

L'article 102 T.F.U.E. appréhende la puissance d'achat comme un pouvoir de marché et tend à saisir les situations propres à son exercice abusif pouvant entraîner une atteinte à la concurrence. L'esprit de la norme fait peser une responsabilité particulière sur les entreprises disposant d'un pouvoir de marché. Or cette vision a pu trouver certaines limites en droit européen, les situations de dominance d'acheteurs s'exprimant rarement en terme de domination absolue mais plus dans un rapport bilatéral. Au sens de l'article 3 du règlement 1 / 2003, les États membres peuvent adopter des dispositions plus strictes lorsque l'objectif à atteindre est différent. Les droits nationaux tels qu'allemand et français ont pu prévoir des dispositions nationales au titre de l'abus de dépendance économique, inconnues du droit européen, au motif que ces dispositions tiennent plus à la protection

retenues pour déterminer l'existence de positions dominantes collectives ne sont pas réunies dans le cas présent. Ainsi, la structure et le fonctionnement des centrales d'achat Carrefour, Lucie et Opera sont, pour l'instant, très disparates. De même, hormis le cas particulier de la participation de Carrefour dans Cora, il n'existe pas de liens structurels entre les distributeurs. Bien que la demande soit très concentrée, l'examen des parts détenues par les différents acteurs durant les dernières années montre une absence de stabilité des positions détenues. Enfin, le secteur de l'approvisionnement n'est pas stagnant, la demande des distributeurs augmentant pour nombre de groupes de produits. Les produits concernés ne sont, de plus, pas homogènes. Enfin, les marchés n'apparaissent guère transparents et ce même si les conditions générales de vente se sont fortement unifiées depuis l'entrée en vigueur de la loi Galland ».

individuelle des concurrents qu'au maintien de la concurrence. Le droit national a souhaité rétablir l'équilibre par un autre biais. Le déséquilibre de marché, entraîné par la détention de pouvoir de marché, est tempéré par une tentative de rétablissement de neutralité concurrentielle en limitant les droits du dominé. Si le principe de primauté du droit européen pénètre le droit national, le droit européen est influencé en pratique par le droit national et tend à élargir le champ d'application de ses normes. Le droit de la concurrence européen à l'aune du droit national tend à saisir les dominations marché qui dépassent le concept de position dominante absolu entendu dans les relations horizontales. L'on prend en compte les déséquilibres contractuels issus des relations verticales pouvant avoir une incidence sur les relations horizontales. Dans ce sens, la domination apparaît relative puisqu'elle ne se résume pas à une domination à l'égard de tous les acteurs du marché et appréhende la dépendance économique bilatérale. L'intégration d'une domination relative permettant de saisir la puissance d'achat en droit européen peut paraître contradictoire en raison des objectifs de concurrence initialement visés. Il convient de déterminer l'intérêt normatif de la domination relative en droit de la concurrence (§ 1) avant d'établir l'acception de cette notion (§ 2).

§ 1. L'INTÉRÊT NORMATIF DE LA DOMINATION RELATIVE POUR L'APPRÉHENSION DE PUISSANCE D'ACHAT

La puissance d'achat peut être appréhendée en droit des abus de domination par l'abus de domination absolue ou relative. Si l'abus de position dominante du droit des pratiques anticoncurrentielles revêt une acception principalement structurelle, l'abus de domination relatif s'inscrit initialement dans une logique contractuelle en raison du déséquilibre inhérent au contrat. L'appréhension du droit de la concurrence nécessite que ce rapport de domination relatif porte atteinte à la concurrence. Ceci n'est pas nécessairement le cas et des abus peuvent se produire dans la relation contractuelle sans avoir *a priori* d'incidence anticoncurrentielle comme définie par le droit européen. Ces situations ne sont pas traitées au titre de l'article 102 T.F.U.E. mais prises en compte par le droit national comme étant des dispositions plus strictes. Le rattachement de principes contractuels au droit de la concurrence, largement contesté, présente toutefois un intérêt quant à l'appréhension de la puissance d'achat. Les droits nationaux ont adopté des dispositions légales plus strictes afin de saisir les abus liés à la puissance d'achat résultant de situation de déséquilibres contractuels, les abus de domination absolue étant insuffisants à saisir ces situations (A). Ceci n'est pas sans interroger la conciliation des finalités du droit de la concurrence avec des normes d'intérêts apparemment divergents, ce que les droits nationaux n'ont pas manqué de soulever (B).

A. L'INSUFFISANCE DE LA DOMINATION ABSOLUE POUR APPRÉHENDER LA PUISSANCE D'ACHAT

L'article 102 T.F.U.E. vise à rétablir un équilibre concurrentiel en tentant de limiter les actions d'une entreprise dominante possiblement acheteuse. Les droits de entreprises moins importantes sur le marché et donc non dominantes sont préservées par le fait que les comportements afférents au grand acheteur sont limités. Le droit européen ne prend en compte les pratiques abusives en tant que pratiques anticoncurrentielles si elle nuisent à l'efficience globale. A défaut, l'abus résultant d'une puissance d'achat est, au sens du droit européen, considéré comme « neutre dans ses effets immédiats en termes d'efficience globale car ce n'est pas le surplus global qui est mis en cause mais sa répartition »[582]. En effet « lorsqu'un distributeur abuse de sa puissance d'achat à l'égard d'un producteur, (...) il n'a qu'exceptionnellement pour but de s'abstraire de la concurrence. Le plus souvent, son objectif est, au contraire, de rester concurrentiel, mais en s'affranchissant des contraintes que cela supposerait en principe, par un transfert de charges sur son partenaire, ou une appropriation d'une partie des ressources qui devraient constituer la contrepartie économique des fonctions assumées par ce dernier. Or les seuls abus commis par les entreprises en position dominante, capables de s'abstraire du jeu de la concurrence sur le marché sur lequel elles opèrent, sont sanctionnables par le droit des pratiques anticoncurrentielles. A l'inverse, aussi longtemps que l'avantage obtenu par l'entreprise en position de force est répercuté sur le marché, le droit des pratiques anticoncurrentielles ne trouve rien à y redire »[583]. L'exercice abusif d'une domination est pris en compte par le juge européen tant qu'il porte atteinte à la concurrence. Or les situations d'abus de puissance d'achat peuvent entraîner une domination d'une entreprise sur une autre, de sorte que le rapport de domination ne s'instaure pas à l'égard de l'ensemble des acteurs du marché considérés comme fournisseurs et concurrents. Ce rapport concerne une domination de type bilatérale, à savoir généralement l'expression d'une dépendance entre entreprises, qui peut entraîner des préjudices. Ces préjudices peuvent se matérialiser en dehors du processus européen de concurrence. Ceci est le cas lorsque le déséquilibre contractuel résultant de la domination lèse une entreprise sans que le critère d'atteinte à la concurrence soit nécessairement donné. La différence de dissociation normative de l'abus de domination relative au sens du droit français de la concurrence ou des pratiques restrictives réside dans la caractérisation de

582 BOURGEON C., *A propos de l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente,* revue des contrats, 1er décembre 2003 n°111, p.243.
583 *Id.*

l'atteinte à la concurrence. Si le droit européen de la concurrence intervient pour saisir la domination absolue d'acheteurs sur le marché, il n'intervient pas *a priori* dans les situations de déséquilibre contractuel. La doctrine a pu souligner que l'application d'une domination relative de l'article 102 T.F.U.E. se limiterait à des cas d'atteinte concurrentielle. Une interprétation plus large de la domination relative serait inopportune et contraire à l'esprit du texte. Une atteinte à la concurrence ne saurait résulter d'une dépendance exprimée verticalement entre deux agents économiques. L'esprit de l'article 102 T.F.U.E. ne permettrait pas de prendre en compte les seuls comportements bilatéraux identifiés sans risque d'atteinte à la concurrence horizontale entre le dépendant et d'autres entreprises[584].

Il est ainsi apparu que la position dominante au sens de l'article 102 T.F.U.E. n'épuisait pas toutes les formes d'exploitation abusive d'une puissance économique. De la sorte certains acheteurs puissants sans être dominants en terme de seuils, ne pouvaient être sanctionnés pour leur comportement abusif. Or ces acheteurs peuvent exploiter à leur profit le rapport de forces à l'égard de leurs partenaires contractuels de sorte qu'il en résulte pour ces derniers un préjudice. Le pouvoir de marché en ce sens est dit relatif car il ne concerne que les cocontractants dans leur relation bilatérale et non l'ensemble des acteurs du marché[585]. Au sens de l'article 3 deuxième alinéa du règlement n° 1/2003, les États membres peuvent adopter et mettre en œuvre des lois nationales en matière de concurrence plus strictes que le droit européen pour interdire ou sanctionner un comportement unilatéral d'une entreprise. Ceci s'entend donc notamment des comportements abusifs à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes. Si l'article 102 T.F.U.E. concerne particulièrement les comportements de grandes entreprises acheteuses en situation de domination, les dispositions de droit national peuvent prohiber plus sévèrement certains types de comportement de domination. Les législateurs nationaux ont donc agi afin de saisir des situations de puissance de marché entendu non comme un pouvoir de marché, mais une situation de puissance économique entre partenaires contractuels. La finalité était de saisir des situations afférentes à des abus commis au sein d'une relation contractuelle, à défaut d'être commis sur le marché intérieur. L'origine des dispositions nationales en terme d'appréhension de domination relative s'explique par l'apparence contradiction de finalité politique quant la protection des concurrence et des concurrents. La domination relative a été initialement interprétée comme une disposition nationale plus stricte. Elle aurait pour finalité de corriger les inégalités du marché en établissant une discrimination positive en faveur des

584 NASSE P. *in « Concurrences et P.M.E. : Protection de la concurrence ou protection des P.M.E. »,* Concurrences 2-2007, p. 71.
585 CHONE A.S., *op. cit.*, p. 28.

P.M.E.. Le dominé est conçu comme dominé par une ou plusieurs entreprises et non par rapport à toutes, « ce qui impose de considérer les relations bilatérales, plus proche de la défense des concurrents que des concurrents »[586]. Ainsi la domination d'un distributeur sur un fournisseur peut engendrer des abus sur ce fournisseur portant préjudice à cet opérateur, et en dehors de toute position forte de marché. Afin de s'inscrire dans la lignée pressentie du droit européen, les législateurs nationaux ont élaboré des normes relevant en principe du seul équilibre contractuel et non de la protection du marché en raison de l'absence du critère d'atteinte au marché. Afin de protéger une entreprise d'un acheteur dominant, les législateurs nationaux ont reconsidéré la notion domination relative en augmentant les droits du dominé par rapport à ceux du dominant, plutôt que de réduire les droits du dominant. A la différence de l'abus de position dominante, l'abus de domination relative aussi appelé « abus de dépendance économique » sanctionne un comportement fautif. L'abus de dépendance économique garantit des droits subjectifs et confère « une protection minimale aux petites et moyennes entreprises contre les grandes entreprises pouvant les mettre en péril »[587]. Ces normes prohibent certains comportements d'acheteurs dominant le marché ou des comportements d'entreprises qui se trouvent en situation de domination relative à savoir des entreprises qui, sans dominer le marché maintiennent des entreprises dans leur dépendance des entreprises faibles économiquement. L'abus de dépendance économique est prévu par le droit français aux articles L 420- 2 alinéa 2 et L 442-6 – 1 du Code de commerce et par le droit allemand à l'article 20 de la loi contre les restrictions de concurrence.

Toutefois, la contradiction en terme de finalités politiques n'est qu'apparente. La question de la domination relative est centrée sur la relation bilatérale mais n'exclut pas que *de facto* il puisse y avoir atteinte à la concurrence. Les termes de l'article 102 semblent lacunaires mais rien ne s'oppose à une interprétation large de la domination afin de saisir l'ensemble des situations afférentes à la puissance d'achat. La situation de dépendance économique mise en place de manière prétorienne pour saisir la domination relative au sens de l'article 102 T.F.U.E. relève intrinsèquement de la défense d'un concurrent.

B. LE POUVOIR DE MARCHÉ RELATIF AU SEIN DU DROIT DE LA CONCURRENCE

La puissance d'achat saisie comme un pouvoir de marché relatif représente un pouvoir contractuel que les droits nationaux ont saisi avant le droit européen. La puissance d'achat entendue

586 NASSE P., *op. cit.*, p. 71.

587 BOUSCANT R., *Le contrôle des entreprises en position dominante dans la République Fédéral d'Allemagne*, Thèse, Université de Bourgogne, 1989, p.12.

comme pouvoir relatif implique que le seul rapport intrinsèque à la relation entre opérateurs soit prise en compte dans l'analyse. La dissociation du rattachement du pouvoir contractuel au pouvoir de marché réside dans l'atteinte à la concurrence. Ceci implique notamment la nécessité de délimiter préalablement le marché pertinent. En effet, les normes afférentes à la puissance d'achat entendue comme un rapport de force tendent à protéger la capacité concurrentielle des entreprises sans référence aucune au consommateur. Il s'agit ici de la distribution allocative des richesses exclue en théorie des finalités du droit de la concurrence. A défaut, seule le pouvoir contractuel ne peut être rattaché au marché et la seule relation contractuelle entre opérateurs sert à appréhender le déséquilibre. En ce sens, le déséquilibre afférent à une puissance d'achat au titre de l'article L 442- 6- 1 du Code de commerce est conçu uniquement dans le rapport contractuel, sans considération de la structure de marché. Aucune atteinte au marché n'est donc requise. Le pouvoir contractuel situé comme pouvoir de marché nécessite *a contrario* l'établissement d'une atteinte à raison du déséquilibre engendré par la puissance de marché. Le rapport de domination est envisagé certes dans une relation bilatérale mais son abus est susceptible de pouvoir affecter le marché. L'article 20 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence ainsi que l'article L 420- 2 alinéa du Code de commerce conçoive la relation bilatérale dans la globalité de structure de marché, nécessitant la délimitation d'un marché pertinent et l'atteinte au marché. Toutefois, l'appréhension d'un pouvoir contractuel comme pouvoir de marché n'est pas aisée en raison de la démonstration de l'atteinte au marché. Les législateurs nationaux ont introduit des dispositions facilitant l'établissement de ce critère rendant pour certains auteurs, le rattachement au droit de la concurrence artificiel. L'ex article 20 de la loi fédérale prévoyait les cas de discrimination et d'entrave déloyale notamment d'acheteurs en situation de domination relative et avait été instauré pour saisir les cas particuliers de comportements d'acheteurs puissants. Une présomption de dépendance avait été introduite afin de saisir les acheteurs puissants mais non nécessairement dominants en terme de parts de marché. Le but initial de la norme était de faciliter l'appréhension des lésions contractuelles appréhendées jusqu'alors par le seul Code civil allemand, peu adapté des situations économiques relevant de la puissance d'achat. Toutefois, cette introduction normative civiliste en droit concurrentiel a été considérée comme étant un « corps étranger » dans le traitement de l'économie de marché[588]. La doctrine a pu estimer que la conception de l'entrave et de la discrimination dans la relation contractuelle n'avait pas d'incidence sur le processus de marché, quand bien même ces abus sont commis par des entreprises dominantes. La force contractuelle ne suffirait pas à la rattacher à un pouvoir de marché ayant des

588 MARKERT K. in IMMENGA U. / MESTMÄCKER E.J., *op. cit.*, p. 531.

incidences sur la structure de marché[589]. La distinction du droit civil quant à la protection subjective des opérateurs avec le droit de la concurrence quant à la protection du marché conduirait à des raisonnements de droit différents.En présence d'une inégalité économique, pour l'un il s'agirait d'une logique de préservation de la concurrence, pour l'autre la préservation de l'équilibre contractuel[590]. Le droit de la concurrence assure le contrôle de l'indépendance de comportement de l'entreprise puissante aux fins de faire obstacle à des comportements jugés contraires à la libre concurrence sur un marché défini. Le droit des contrats, lui, tend à un équilibre contractuel. Or « (l)'objectif du droit de la concurrence n'est pas de remédier au déséquilibre contractuel mais de veiller à la régulation des marchés »[591].

De même, la dissociation des abus concurrentiels et restrictifs de concurrence a fait rage en France. Le droit des pratiques anticoncurrentielles requiert la condition d'atteinte sensible pour la qualification de domination relative de l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce. Ce critère permet d'éviter que la sanction de l'abus protège le seul jeu du marché et non les acteurs individuellement[592]. L'abus de dépendance économique est sanctionné lorsque la pratique est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, le critère de sensibilité ayant été modifié par la loi NRE nais la notion d'atteinte à la concurrence subsiste. L'abus et la domination au sens de l'article L 442-6- I- 2e du Code de commerce correspondent à des critères contractuels civilistes tels que respectivement le déséquilibre significatif et la dépendance contractuelle, étrangers au droit de la concurrence. En ce qui concerne les critères contractuels en droit des pratiques restrictives, la condition d'atteinte à la concurrence n'est pas requise. Selon certains auteurs cette distinction « revient à protéger les concurrents plus que la concurrence, ce qui explique que le droit communautaire ne le vise pas, et s'inscrit dans une tendance protectrice des opérateurs économiques réduits à des relations de dépendance économique (…) »[593]. L'on a pu s'interroger si l'abus de dépendance économique au titre des articles L 442- 6 - 1 et L 420-2 alinéa 2 du Code de commerce revêtait un caractère concurrentiel malgré l'insertion des normes nationales dans le dispositif concurrentiel. Il s'agit en effet de sanctionner les déséquilibres contractuels résultant de pratiques abusives, sanctionnant non l'abus en lui- même mais seulement en ce qu'il est le résultat d'une disproportion dans le rapport de

589 MARKERT K. in IMMENGA U. / MESTMÄCKER E.J., *op. cit.*, p. 531.

590 PAYET M.S., *Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats,* Revue des contrats, 1er octobre 2006 n°4, p.1338.

591 IDOT L., *La protection par le droit de la concurrence in Les clauses abusives entre professionnels,* sous la dir. Ch Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p.63.

592 CHONE A.S., *op. cit.*, p. 56.

593 FRISON- ROCHE M.L., BONFILS S., *Les grandes questions du droit économique,* 2005, p. 417.

forces contractuelles[594]. L'on sanctionne la faute du cocontractant et non le résultat du contrat en terme d'efficience. La protection du contractant vulnérable, obligé de contacter, n'est pas en soi une finalité du droit de la concurrence mais serait un élément contractuel dans le dispositif concurrentiel. Selon certains auteurs, le droit de la concurrence empièterait sur le droit des contrats.[595]

Si un compromis a pu être trouvé quant à l'appréhension du pouvoir contractuel comme pouvoir de marché au titre de l'atteinte à la concurrence pour l'article L 420 - 2 alinéa 2 du Code de commerce, l'article L 442- 6 -1 du Code de commerce est largement contesté bien que conditionnant l'application de ce premier article[596]. Selon une partie de la doctrine, le droit des pratiques restrictives de concurrence, aussi appelé « petit droit de la concurrence » ne relève pas du droit de la concurrence mais du droit des contrats[597]. Seul le « grand droit de la concurrence » correspondant au droit des pratiques anticoncurrentiels serait du droit de la concurrence. Les abus de position dominante et de dépendance économique au sens des articles 102 T.F.U.E. et titre II du livre quatrième du Code de commerce auraient pour objectif de sauvegarder le bon fonctionnement du marché et la mise en œuvre de ces règles protégerait les victimes d'abus de manière indirecte lorsqu'il y a « coïncidence entre le caractère abusif et le caractère anticoncurrentiel »[598]. L"article L. 442-6- I- 2 du Code de commerce interdisant la pratique consistant à soumettre un « partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » aurait une finalité contractuelle en raison de la vocation de ce texte à assurer la défense des intérêts particuliers de contractants en position de faiblesse[599]. Le rattachement de ce texte au droit de la concurrence serait contestable et certains auteurs opposent l'intérêt général et particulier. Le droit des pratiques anticoncurrentielles poursuivent un intérêt général et ont vocation à faire partie du droit de la concurrence alors que le droit des pratiques restrictives ne remplit qu'une fonction de

594 CHONE A.S., *Les abus de domination,* Economica, 2010, p. 59.

595 CHAGNY M., *L'empiétement du droit de la concurrence sur le droit des contrats,* RDC 2004, p. 861.

596 Pour mémoire l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce prévoit : « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme » .

597 VOGEL L, *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence*, Revue du droit de la cocnurrence, juin 2000, p. 6 ; IDOT L., *op. cit.* p. 55 ; CHAGNY M. *op. cit.* p 882.

598 IDOT L. l*oc. cit.*

599 ROCHFELD J., *NRE et droit commun des contrats*, RTD civ., 2001, p. 671.

protection des intérêts particuliers[600]. Quand bien même la protection des intérêts privés va dans le sens in fine de la protection du marché, cet entrelacement ne réduirait pas à néant la première finalité d'une disposition dont l'effet subsidiaire pervertirait la règle. Ainsi le titre IV du Code de commerce protège la loyauté et donc les opérateurs économiques et non un optimum concurrentiel et le droit des pratiques anticoncurrentielles protège le marché. Actuellement, l'article L 420- 2 alinéa 2 et l'article L 442- 6- 1- 2 du Code de commerce coexistent et se distinguent par le critère légal de l'affectation de la concurrence[601]. L'absence de ce critère devait faciliter l'application de l'abus de domination pour les victimes d'abus de dépendance économique qui ne pouvaient démontrer l'atteinte à la concurrence issue de la pratique. Les dispositions de droit national précitées sont susceptibles d'être appliquées parallèlement, l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce étant à invoquer devant l'Autorité de la concurrence. Le juge judiciaire connaît lui de l'article L 442- 6- 1- 2 du Code de commerce, en terme de délit civil.

Une fois la pertinence de la domination relative d'acheteurs établie, il convient d'en définir les contours.

§ 2. LA NOTION DE DOMINATION RELATIVE D'ACHETEURS

L'article 102 T.F.U.E. appréhende la puissance d'achat comme un pouvoir de marché *a priori* absolu. L'esprit de la norme fait peser une responsabilité particulière sur les entreprises disposant d'un pouvoir de marché. Le déséquilibre de marché qui est entraîné par la détention de pouvoir de marché est tempéré par une tentative de rétablissement de neutralité concurrentielle en limitant les droits du dominé. Or cette vision a pu trouver certaines limites en droit européen et le droit national a souhaité rétablir l'équilibre par un autre biais. Au sens de l'article 3 du règlement 1 / 2003, les États membres peuvent adopter des dispositions plus strictes lorsque l'objectif à atteindre est différent. Les droits nationaux tels qu'allemand et français ont pu prévoir des dispositions nationales au titre de l'abus de dépendance économique, inconnues du droit européen, au motif que ces dispositions tiennent plus à la protection individuelle des concurrents qu'au maintien de la concurrence. Il semble pourtant que selon le principe de primauté, le droit européen modifie le droit national, le droit européen est en pratique lui- même influencé par le droit national. Le droit européen tend à élargir le champ d'application de ses normes et à saisir la domination relative ainsi que la domination relative, permettant de saisir les situations de puissance d'achat

600 CHONE A.S., *Les abus de domination,* 2010, p. 53.
601 IDOT L., *La deuxième partie de la loi NRE ou la réforme du droit français de la concurrence*, JCP 2001.

(A). Cette notion inspirée des droits nationaux nécessite d'être interprétée à la lumière de ces normes (B).

A. LA NOTION DE DOMINATION RELATIVE EN DROIT EUROPÉEN

Le constat était que les petites et moyennes entreprises sont souvent les plus touchées face à une situation de domination sur le marché. La nature intrinsèque d'une petite ou moyenne entreprise ne fait pas obstacle à la constitution d'une puissance d'achat, potentiellement nocive pour la concurrence. La puissance d'achat résultant de la position de certains distributeurs peut placer les fournisseurs dans une situation de dépendance. La dépendance des fournisseurs peut résulter de circonstances considérées d'une part comme extérieures à la volonté des parties comme la pénurie, ou d'autre part de circonstances propres à l'entreprise dépendante comme l'impossibilité de recourir à d'autres distributeurs, la difficulté à trouver un autre partenaire, l'importance du chiffre d'affaires réalisé avec le partenaire contractuel, longue durée des relations contractuelles. L'inspiration de droit national s'attache au rééquilibrage de situation selon l'acception qu'à court terme, la puissance de marché d'une des parties peut fausser l'allocation optimale des ressources et amener à la disparition de l'autre. Selon A.S. CHONE, la domination relative est « la domination qu'une entreprise exerce sur son partenaire, c'est à dire dans les relations inter- individuelles. Ce que le détenteur d'une domination relative domine, ce n'est pas le marché mais seulement son cocontractant »[602]. La portée pratique de la domination relative en droit européen a donc été source d'interrogation dans la doctrine [603], notamment en raison de la divergence des normes relatives au comportement unilatéral et aux interprétations des notions comme celle de dépendance. Les divergences normatives aurait pour effet de « fragmenter les stratégies des entreprises à l'échelle paneuropéenne ou mondiale »[604]. La notion de dépendance peut s'entendre de la dépendance économique et de la dépendance contractuelle. La doctrine a pu s'interroger sur l'appartenance juridique des normes afférentes au pouvoir de marché relatif, la domination relative concernant en pratique les abus de domination au titre des pratiques restrictives de concurrence, relevant du droit des contrats, de celles existantes au titre des pratiques anticoncurrentielles relevant du droit de la concurrence. La notion de domination relative au sens contractuel exclut les abus sur le marché et concerne la domination qu'exerce l'auteur de l'abus sur son cocontractant.

602 CHONE A.S., *op. cit.,* p.153.

603 LASSERRE B., *P.M.E. et pratiques prohibées en- deçà du seuil de la domination,* Revue des droits de la concurrence Concurrences n°2- 2007, p. 67.

604 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Rapport sur le fonctionnement du règlement n° 1/2003, 29 avril 2009, point 22.

L'abus de dépendance économique ne protège pas directement le marché mais le cocontractant et n'est *a priori* pas traité par le droit de la concurrence. La notion de déséquilibre est ainsi conçue non comme un pouvoir de marché mais comme un pouvoir contractuel issu d'un rapport de forces au sein même du rapport contractuel. L'examen de la position du partenaire dominé sert à déterminer la position du contractant dominant et de déceler une relation de dépendance entre eux afin de sanctionner les abus préjudiciables aux partenaires contractuels ou mêmes aux concurrents. Certains auteurs voient dans la distinction de la domination relative une primauté de l'analyse des pratiques restrictives, l'analyse concurrentielle ne venant qu'au soutien de la mesure contractuelle de la puissance du contractant[605].

Toutefois, les angles de considération ne sont pas les mêmes. A la différence de la domination de logique structurelle et globale du marché, la domination relative considère de son côté la relation bilatérale du point de vue du dominé. La puissance d'achat conçue comme pouvoir contractuel viendrait ainsi compléter la conception de pouvoir de marché, chacun disposant pour cela de ses propres outils[606]. Rien ne semble s'opposer à l'interprétation de l'article 102 T.F.U.E. comme s'entendant d'une domination absolue ou relative. En considérant le droit des concentrations européen et les droits nationaux des concentrations et des abus de position dominante, il apparaît une certaine cohérence dans l'appréhension de puissance d'achat. La puissance d'achat et conçue comme un pouvoir de marché absolu ou relatif. Le test S.L.C. en droit des concentrations permet d'appréhender la puissance d'achat en raison de la dépendance du fournisseur au distributeur et tend vers l'autonomisation de l'entrave par puissance d'achat. Les droits nationaux conçoivent la domination absolue et relative au titre des pratiques anticoncurrentielles, de sorte que la puissance d'achat peut s'entendre d'une relation verticale de dépendance. La puissance d'achat est saisie comme pouvoir de marché, au même titre que la position dominante. De la sorte, il semble logique que le droit européen intègre au titre de l'article 102 T.F.U.E. la notion de dominance relative à raison de la dépendance du fournisseur au distributeur. Cette mouvance économique vers l'appréhension de la puissance d'achat comme pouvoir de marché au titre de l'article 102 T.F.U.E. est confirmée par l'adoption par la Commission des « 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 ». La Commission confirme l'approche par les effets et introduit la possibilité de justifier les pratiques abusives.

605 JAMIN Ch., *Le renouveau des sanctions contractuelles »*, Economica, 2007, p. 3 cité in CHONE A.S., *op. cit.*, p.155.

606 En ce sens, voir CHAZAL J. P., *De la puissance économique en droit des obligations,* Thèse, Université de Grenoble,1996, n°583.

Selon A.S. CHONE, l'introduction de pouvoir de marché relatif rendrait la dissociation d'une domination seule ou collective, inopérante. L'on pourrait délaisser la notion de position dominante collective pour sanctionner seul un pouvoir de marché. La dissociation de domination seule ou collective serait de peu d'importance car il s'agirait de saisir les entreprises dont le pouvoir de marché est important sans qu'il y ait nécessairement de position dominante, au sein de la domination absolue. Pour cela, l'on pourrait faire référence au « partenaire obligatoire » ou bien à « l'opérateur crucial ». Le partenaire obligatoire s'entendrait de ou des entreprises qui détiennent une position de force seulement à l'égard du cocontractant et serait donc en position de domination relative. L'opérateur serait réputé crucial s'il détient une infrastructure essentielle, s'il porte l'innovation d'un secteur ou les risques d'un système. De la sorte, ce statut lui imposerait des obligations particulières à l'égard du marché. En ce sens l'on pourrait saisir les situations de puissance d'achat détenues par plusieurs entreprises disposant d'un pouvoir de marché relatif.

Afin de concevoir plus avant la domination relative au titre du droit des abus de domination de l'article 102 T.F.U.E., il convient d'examiner les différentes normes nationales afférentes à la domination relative .

B. LA NOTION DE DOMINATION RELATIVE D'ACHETEURS EN DROIT NATIONAL

Les législateurs nationaux, notamment allemand et français, ont souhaité rétablir un équilibre contractuel préjudiciable aux cocontractants résultant de la puissance d'achat. Ils ont pris en compte les situations d'abus résultant de l'exercice de cette puissance d'achat en créant des dispositions spécifiques interdisant l'abus de dépendance économique pour cause de puissance d'achat. L'Allemagne a adopté de premières dispositions par la loi du 27 juillet 1957[607]. Le législateur allemand sanctionne l'abus de dépendance économique par puissance d'achat au titre des articles 19 et 20 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence. L'ordonnance du 1er décembre 1986 a introduit deux dispositions au sein du Code de commerce sanctionnant les abus de domination relative d'acheteurs. La première disposition concerne l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce qui sanctionne l'abus de dépendance économique d'acheteurs dominants au titre des pratiques anticoncurrentielles. L'autre disposition concerne l'article L. 442-6-1 du Code de commerce, au titre des pratiques restrictives de concurrence, qui ne requiert pas d'affectation du marché. Au sens du règlement européen 1 / 2003, l'application parallèle aux articles 101 et 102 T.F.U.E. de dispositions

607 Loi fédérale allemand contre les restrictions de concurrence du 27 juillet 1957 ; L'ordonnance française du 1er décembre 1986.

nationales plus strictes est possible. Si de manière originaire les dispositions nationales concernant la domination relative présentaient un caractère novateur au vu du droit européen, la dissociation pratique actuelle est moins évidente, d'une part au regard du droit allemand (1) et d'autre part au regard du droit français (2).

1. LA DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE EN DROIT ALLEMAND

L'ex article 20 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence prévoyait les cas de discrimination et d'entrave déloyale d'acheteurs ou de fournisseurs en situation de domination relative. Il avait été instauré pour saisir notamment les cas particuliers de comportements d'acheteurs puissants en raison de des pratiques discriminatoires et d'entraves déloyales à l'égard de leur fournisseurs. Les comportements abusifs des entreprises dominantes qui entretiennent des entreprises en état de dépendance étaient prohibés de manière générale par l'ex article 20 alinéa 2 1ère phrase de la loi fédérale contre les restrictions à la concurrence[608]. Le droit allemand distinguait quatre types de dépendance d'entreprises disposant d'un pouvoir de marché relatif pouvant donner lieu à des abus. Il s'agissait de la dépendance pour cause de puissance d'achat, de la dépendance pour cause d'assortiment, de la dépendance pour cause de relations d'affaires et de la dépendance pour cause de pénurie. Concernant la dépendance pour cause de puissance d'achat, les fournisseurs étaient considérés comme dépendants de leurs clients s'ils ne disposent pas d'alternatives suffisantes ou raisonnables de vendre à d'autres clients (*nachfragebedingte Abhängigkeit)*[609]. La lettre de la loi énonçait expressément en l'alinéa 2 première phrase les acheteurs et les fournisseurs dépendants et donnait une définition de la dépendance : « Tel est le cas lorsque des petites ou moyennes entreprises agissant en tant que fournisseurs ou acheteurs d'un certain type de biens ou de services commerciaux sont dépendantes *(des entreprises dominant le marché)* à un degré tel qu'il n'existe pas de possibilités suffisantes et raisonnables de traiter avec d'autres entreprises ». Afin d'établir l'état de domination relative l'on établissait établir la dépendance économique pour cause de puissance d'achat au sens de l'ex article 20 alinéa 2 première phrase. Une présomption de dépendance avait été introduite afin de saisir les acheteurs puissants mais non nécessairement dominants en terme de parts de marché[610]. L'ex article 20 alinéa 2 dernière phrase de la même loi établissait que « le fournisseur d'un certain type de produits ou services commerciaux sera

608 BUNTE H.J., LANGEN H., tome I, *op. cit.*, p. 487.
609 GLAIS M, *L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique,* Analyse économique du droit et de la jurisprudence française de la concurrence, Revue d'économie industrielle, 1994, n°68, p. 81.
610 MARKERT K. in IMMENGA U., MESTMÄCKER E.J.,tome 2, *op. cit.,* p. 531.

présumé dépendre d'un acheteur si outre les réductions de prix ou autres rémunérations qui sont d'usage dans le commerce, ledit acheteur obtient régulièrement certains avantages dont ne bénéficient pas des acheteurs analogues ». L'ex article 20 alinéa 3 ne concernait que les rapports verticaux fournisseurs-acheteurs[611] et interdisait aux entreprises dominantes d'utiliser leur position pour obtenir des conditions discriminatoires. Ceci s'applique lorsque ces premiers sont en situation de domination ou lorsque ces fournisseurs sont dépendants. Cette interdiction prévue à l'alinéa 3 était renforcée par l'article 20 alinéa 4 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence. L'article 20 alinéa 4 première phrase ne concernait que les entraves déloyales dans les rapports horizontaux entre concurrents et incluait ainsi la concurrence entre acheteurs[612]. Selon cette disposition, « les entreprises ayant un pouvoir de marché supérieur vis à vis de leurs petites et moyennes concurrentes ne doivent pas utiliser leur pouvoir de marché pour gêner de façon déloyale ses concurrents soit directement soit indirectement »[613]. L'objectif de ces mesures semblait ainsi être la protection des petites et moyennes entreprises et la protection de l'équilibre entre partenaires économiques[614]. De même il n'y aurait pas d'exigence d'atteinte à la concurrence de sorte que la preuve de l'abus serait moins difficile à rapporter[615].

Actuellement, les articles 19 et 20 de la loi précitée distinguent respectivement la domination absolue de la domination relative[616]. L'article 20 de la même loi est intitulé « comportement prohibé d'entreprises disposant d'un pouvoir de marché relatif ou supérieur »[617] et traite de la domination relative d'acheteurs ou de vendeurs dans leurs relations verticales respectives. L'article 20 alinéa 1 phrase 1 dispose que les comportements abusifs interdits par l'article 19 alinéa 1 et 2 pour les entreprises acheteuses ou vendeuses en situation de domination absolue, sont interdits également si ces entreprises sont en situation de domination relative. L'article 20 alinéa 1 de la loi concerne les abus d'entrave et d'exploitation commis par des acheteurs en situation de dominance relative à l'égard de P.M.E.. La disposition vise donc la domination relative dans sa

611 MÖSCHEL W. in IMMENGA U. / MESTMÄCKER E.J., tome 2, *op. cit.,* p. 456.
612 Voir note 37.
613 BOUSCANT R., *Le contrôle des entreprises en position dominante dans la République Fédéral d'Allemagne*, *op. cit.* p. 53.
614 GLAIS M., *L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique*, *op. cit.,* n°68, p. 86.
615 MÖSCHEL W. in IMMENGA U. / MESTMÄCKER E.J., tome 2, *op. cit.,* p. 456.
616 Voir annexe.
617 Traduction libre de « Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht ». L'article 20 de la loi fédérale allemande contre les restrictions de concurrence est intitulé en allemand : « *Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht* ».

dimension verticale. L'article 20 de la loi contre les restrictions à la concurrence permet de protéger les entreprises les plus vulnérables économiquement contre les abus des entreprises en situation de domination[618]. L'article 20 alinéa 1 donne la définition de la domination relative verticale des entreprises acheteuses ou vendeuses par la dépendance économique de petites et moyennes entreprises, aux entreprises visées à l'article 19 précité.

La dépendance en elle- même ne suffit pas à réaliser l'interdiction de l'article 20 alinéa 1 précité. Il faut que l'entreprise se trouvant en situation de dépendance soit catégorisée comme petite ou moyenne entreprise. La notion de P.M.E. renvoie à l'article 3 de loi relative aux restrictions de concurrence qui fait mention de la notion sans pour autant préciser de définition. La doctrine allemande[619] renvoie à l'article 101 alinéa 1 T.F.U.E. et à la communication de minimis[620] qui renvoie elle- même à deux recommandations de la communication.[621] Selon le titre 1 de l'annexe de la recommandation de la Commission de 2003, en son article 2, les petites et moyennes entreprises sont appréhendées par des seuils[622]. La notion de petites et moyennes entreprises restreint

618 Selon la traduction de l'Autorité de la concurrence allemande http://www.bundeskartellamt.de/wFranzoesisch/download/pdf/GWB_F.pdf, accédé le 20/09/11. Lors du 6ème amendement, l'article 20 alinéa 1 de la loi contre les restrictions à la concurrence prévoyait : « Il est interdit aux entreprises qui occupent une position dominante sur le marché, aux associations d'entreprises au sens des articles 2, 3 et 28, alinéa 1 et aux entreprises qui pratiquent des prix imposés aux termes des articles 28, alinéa 2, 30, alinéa 1, d'empêcher, directement ou indirectement et de manière inéquitable, une autre entreprise d'accéder à un marché normalement accessible à des entreprises similaires ou de lui infliger, de façon directe ou indirecte, un traitement discriminatoire injustifié par rapport à ces entreprises similaires. » L'article 20 alinéa 2 du même article :« L'alinéa 1 est également applicable aux entreprises et associations d'entreprises dont dépendent des petites et moyennes entreprises qui fournissent ou achètent un certain type de marchandises ou de services commerciaux dans la mesure où il n'existe pas pour elles de possibilités suffisantes ou réelles de s'adresser à d'autres entreprises. Au sens de la première phrase, le fournisseur d'un certain type de marchandises ou de services commerciaux est présumé dépendre d'un acheteur, lorsque ce dernier, outre les réductions de prix ou autres remises en usage dans le commerce, bénéficie régulièrement de faveurs spéciales qui ne sont pas consenties à des acheteurs analogues. »

619 BUNTE H.J., LANGEN H., tome 1, *op. cit.*, p. 506 et 362.

620 Communication de la Commission « *de minimis* », 2001/C 368/13 *op. cit.*

621 Recommandations de la Commission, L107/4 du 30 avril1996 ; L 124/36 du 20 mai 2003.

622 « 1. La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (P.M.E.) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros ; 2. Dans la catégorie des P.M.E., une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros ; 3. Dans la catégorie des P.M.E., une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros ».

sensiblement le champ d'application de l'article 20 alinéa 1. Ces seuils n'ont pas valeur absolue et le chiffre d'affaires reste un indice n'excluant pas de facto les entreprises ayant un chiffre d'affaires très important[623]. Afin d'appréhender la dépendance économique en raison de la puissance d'achat, la jurisprudence allemande se base généralement sur les ordres de grandeur dans les relations horizontales à savoir l'importance de l'entreprise potentiellement victime, par rapport à ses concurrents[624]. L'interprétation téléologique de la norme conduit à une large protection des fournisseurs quand bien même ceux-ci dépasseraient les seuils indiqués.

Selon l'article 20 alinéa 1 phrase 1, le pouvoir de marché relatif s'entend des entreprises « dont dépendent des fournisseurs ou des acheteurs d'un certain type de produits ou de services commerciaux, dans la mesure où il n'existe pas pour eux de possibilités suffisantes et supportables de s'adresser à d'autres entreprises »[625]. La dépendance s'entend de l'absence d'autonomie de comportement d'une personne par rapport à une autre[626]. Il peut s'agir d'une situation dite verticale, entre deux entreprises situées à des stades différents du processus économique ou bien horizontale comme entre deux concurrents, situés au même stade. La formulation allemande distingue dans la dépendance économique, un élément subjectif : la possibilité supportable, d'un élément objectif : les possibilités suffisantes. L'impossibilité réelle ou suffisante de s'adresser à d'autres acheteurs répond à des situations de dépendance générique. Ceci est le cas d'une part lorsqu'un offreur destine depuis le départ l'ensemble de sa production à un acheteur qui n'est pas en position dominante par exemple en spécialisant sa production en raison du besoin de l'acheteur ou étant producteur d'un produit fini dont l'acheteur est le distributeur exclusif. D'autre part la dépendance existe lorsqu'en raison de la structure du marché une partie substantielle de la vente de l'offreur repose sur un acheteur, comme ceci est le cas lors d'une situation d'oligopsone ou de monopsone s'il s'agit par exemple d'une entreprise de droit public. La doctrine allemande classe ces acheteurs en domination relative en trois catégories : les producteurs de produits finis en tant qu'acheteurs industriels, grandes

623 Arrêt de la Cour Fédérale de Justice allemande : BGH 24 septembre 2002, WuW/E DE-R p. 984, 987 « *Konditionenanpassung* ».

624 Arrêt de la Cour Fédérale de Justice allemande : BGH 26 février 1999, WuW/E DE-V p. 94,96, « *Metro MGE Einkaufs GmbH* ».

625 L'article 20 alinéa 1 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence prévoit dans sa version allemande : « *§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (relative Marktmacht)* ».

626 CORNU G, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, Delta, 1996, p. 257.

entreprises commerciales et centrales d'achat en tant qu'acheteurs de produits finis, la puissance publique en tant qu'acheteur principal de certains produits ou services[627]. Pour établir le report, l'on se place du point de vue opposé du marché, ici les fournisseurs, et l'on détermine les possibilités de report fonctionnel à partir de ce marché. La dépendance potentielle va être établie en analysant toutes les possibilités de report des offreurs sur d'autres acheteurs[628]. Pour l'établissement du report, toutes les possibilités de transformation de l'offre sont prises en compte afin de considérer toutes les options de vente d'un produit ou d'une prestation possibles, peu importe qu'il s'agisse d'un usage différent de celui auquel le produit était destiné initialement[629]. La limite des possibilités de vente se situe au niveau du consommateur final, celui-ci n'étant pas concerné par ce report qui concerne exclusivement les entreprises comme énoncé dans les termes de la disposition[630] .

Il n'est pas défini légalement quel degré de parts des ventes d'un offreur l'acheteur doit disposer pour caractériser la dépendance au sens de l'article 20 alinéa 1 première phrase. Le degré de concentration des ventes[631] est observé au cas par cas. La jurisprudence n'établit pas non plus de nombre de parts déterminé à partir duquel l'on pourrait déduire un état de dépendance. Différents chiffres sont retenus afin de déduire un état de dépendance[632], ceux-ci pouvant être élevés[633] ou au contraire assez faibles[634]. Ces chiffres ne représentent qu'un indice car il arrive qu'en présence de parts élevées, la dépendance ne soit toutefois pas acquise, le fournisseur pouvant préférer ne vendre qu'à un acheteur. La dépendance peut être constituée en l'absence de parts élevées en raison de l'absence suffisante ou réelle de s'adresser à d'autres entreprises[635]. La valeur indicative concerne particulièrement les entreprises de droit public pour lesquelles le seul fait d'être acheteur public ne justifie pas un état de dépendance pour le fournisseur, ce dernier devant rapporter le taux élevé d'approvisionnement[636]. Il peut être rapporté que l'entreprise dominante est en situation d'oligopole, légal ou non. L'on peut alléguer qu'il n'y a pas de

627 MARKERT K.in IMMENGA U., MESTMÄCKER E.J., Wettbewerbsrecht, tome 2, *op. cit.,* p. 562.
628 *Ibid.* p. 561.
629 *Id.*
630 *Id.*
631 Traduction libre de « *Grad der Absatzkonzentration*».
632 Décision « *Konditionenanpassung* », *loc cit.*
633 Arrêt de la Cour Fédérale de Justice allemande : BGH 8 mai 1990 WuW/E BGH p. 2665, 2666, « *Physikalisch- Therapeutische Behandlung* » ; BGH 22 avril 994, WuW/E BGH p. 2919, 2921 « *Orthopädisches Schuhwerk* »..
634 Décision de l'Autorité Fédérale allemande des cartels, BkartA 26 février 1999, WuW/E DE-V 94,96 f. « *METRO MGE Einkaufs GmbH*».
635 Arrêt de la Cour Fédérale de Justice allemande : BGH 21 février 1995, WuW/E p. 2990, 2993, « *Importarzneimittel* ».
636 Arrêt de la Cour d'Appel de Düsseldorf : OLG Düsseldorf, 15 mars 2000 Krankenpflegedienst.

concurrence substantielle sur le marché, en apportant la preuve que l'entreprise dispose d'une totale indépendance de comportement par rapport à ses concurrents et ses partenaires sans que cette indépendance se traduise par une perte de parts de marché[637].

L'article 20 alinéa 1 phrase 2 établit une présomption de dépendance économique spéciale du vendeur à l'acheteur. La présomption s'établit lorsque l'acheteur, outre les réductions de prix ou autres remises en usage dans le commerce, bénéficie régulièrement de faveurs spéciales qui ne sont pas consenties à des acheteurs analogues. La présomption permet de faciliter la constatation d'une domination relative de l'acheteur sur un fournisseur et contribuer ainsi à un meilleur équilibre lors de l'application de l'article 20 alinéa 1 aux deux côtés du marché. En effet, à la différence du côté des fournisseurs, le critère des parts de marché élevées comme celles établies pour les présomptions de l'article 19 pour la domination absolue n'a que peu d'intérêt afin de déterminer la puissance de marché du côté des acheteurs[638]. Il est rare qu'une entreprise en puissance d'achat détienne de fortes parts de marché à la demande d'un produit déterminé. Ainsi le système de présomption de domination du marché au sens de l'article 19 ne peut valablement être appliqué aux acheteurs puissants et le concept de domination relative semble plus adapté[639]. L'article 20 alinéa 1 phrase 2 concerne donc les cas dans lesquels l'obtention régulière d'avantages particuliers consentis à un acheteur par un fournisseur en sus des réductions de prix et autres remises habituelles constituent un indice de la dépendance de ce dernier.
La condition pour l'applicabilité de la présomption est que l'entreprise acheteuse obtienne régulièrement ces faveurs spéciales en sus des réductions de prix ou autres remises en usage dans le commerce, faveurs qui ne sont pas consenties à d'autres acheteurs analogues. Il s'agit dès lors de distinguer des faveurs spéciales de celles qui n'en sont pas. Selon la doctrine, les réductions de prix en usage dans le commerce s'entendent des diminutions de prix qui sont consenties habituellement dans le secteur concerné et non les diminutions que le fournisseur concerné consent habituellement lors de la vente de certains produits ou services[640]. Les autres remises en usage dans le commerce sont celles qui sont en lien avec des services concrets de l'acheteur comme l'achat de grosses quantités. Ces réductions de prix ou remises en usage dans le commerce, dans la mesure où elles sont en lien avec des fonctions ou prestations concrètes de l'acheteur, ne sauraient justifier une présomption de dépendance. Les faveurs spéciales sont des faveurs de toutes sortes qui ne correspondent pas à une prestation d'achat concrète

637 Décision de la Cour Fédérale de Justice, 3 juillet 1976, BB n°27 du 30 septembre 1976, p. 1239. "*Vitamin B12".*
638 BUNTE H.J., LANGEN H., p. 507.
639 BOUSCANT R., *op. cit.* , p275.
640 BUNTE H.J., LANGEN H. , *loc. cit.*

de l'acheteur[641] comme le paiement d'un prix d'entrée afin d'entrer dans le réseau d'achat[642], ou la clause favorisant l'acheteur de manière systématique.[643] La différenciation entre réductions et remises d'usage et faveurs spéciales restant délicate à établir en raison de la caractérisation de la prestation d'achat[644], la jurisprudence allemande a préféré ne pas s'en remettre à cette distinction. En effet, il peut arriver que l'avantage consenti ne corresponde pas à une prestation d'achat mais ne constitue pas pour autant une faveur spéciale. Par ailleurs, la faveur spéciale doit être régulièrement consentie à l'acheteur à savoir pendant une période donnée, et non consentie à des acheteurs similaires. Un acheteur similaire s'entend de l'acheteur ayant les mêmes fonctions mais non obligatoirement les mêmes capacités d'achat. Selon la doctrine, si la vocation de cette norme est la protection efficace des entreprises faibles, elle n'a trouvé que peu d'écho en pratique[645].

L'abus de dépendance pour cause de puissance d'achat au sens de l'article 20 alinéa 1 phrase 2 de la loi contre les restrictions à la concurrence a rarement été sanctionné sur cette base par les juridictions allemandes. Les entreprises en situation de dépendance rencontrent souvent des difficultés à prouver la domination et craignent d'agir par peur des représailles. L'article 20 alinéa 2 concerne l'interdiction de faveurs injustifiées pour les entreprises dépendantes quelque soit leur taille, P.M.E. ou non. L'article 20 alinéa 3 de la même loi prévoit le cas d'une position de marché dite supérieure (« *überlegne Marktmacht* » *)* . Cette disposition vise les entreprises qui ne sont pas en position dominante mais qui disposent d'un pouvoir de marché suffisamment fort pour nuire à de petites et moyennes entreprises concurrentes, et vise l'entrave déloyale de concurrents selon trois cas non limitatifs. L'alinéa 3 vise ainsi les relations horizontales d'entreprises qui ne sont pas en situation de domination mais qui disposent d'un pouvoir contractuel et en abusent. Les cas d'abus de l'article 20 alinéa 3 sont propres aux situations de domination relative horizontale. L'ensemble de ces dispositions forme une cohérence au titre des pratiques anticoncurrentielles car les notions de domination établies et définies au titre des articles 18, 19 et de l'article 36 de la loi précitée sont les mêmes. Le renvoi de à l'article 19 par l'article 20 de la loi précitée engendre un doute quant à l'appartenance normative de cette prévision légale. L'article 20 semble en raison du renvoi à l'article 19, s'entendre de la domination relative du droit de la concurrence. Or la définition séparée de la domination relative au titre de l'article 20 pourrait permettre un rattachement du droit des contrats au droit de la concurrence, en élargissant les possibilités d'interprétation des cas d'abus de

641 Traduction libre de « *Eintrittsgelder ou Eintriitsvergütung*».

642 Décision de l'Autorité Fédérale allemande des cartels : BkartA, 17/10/1983, WuW/E BkartA p. 2092, 2094 « *Metro- Eintrittsvergütung* ».

643 Traduction libre de « Meistbegüngstigungsklausel ».

644 Traduction libre de « Leistungs- und Nichtlesitungswettbewerb ».

645 BOUSCANT R., *op. cit.*, p221.

domination relative. Cette acception irait dans le sens de l'évolution du droit européen qui ne distingue certes pas les cas de domination dans sa lettre, mais qui, en pratique, appréhende toutes les formes de domination et donc de domination relative dans la mesure où celles-ci concernent le marché intérieur. Le droit allemand, en ce sens, pourrait s'entendre d'une tentative d'élargissement de la définition de domination relative par le rapprochement des cas issus du droit des contrats. La finalité résiderait dans la preuve de la l'atteinte à la concurrence, et ici également, il s'agirait de définir plus avant les conditions de cette atteinte.

2. LA DOMINATION RELATIVE D'ACHETEURS EN DROIT FRANÇAIS

Le droit français est particulier en ce qui concerne la domination relative puisqu'il conçoit deux cas au sein d'un même code de concurrence. Le premier cas de domination concerne les pratiques anticoncurrentielles du livre II du Code de commerce et est prévu à l'article L 420- 2 alinéa 2 du même code. Le second relève des pratiques restrictives de concurrence du livre IV du Code de commerce dont dispose l'article L 442- 6 du Code de commerce.

a. La dépendance économique en droit français

En droit français, une loi de 1985[646] a ajouté à l'ordonnance de 1945[647] une incrimination aggravée des pratiques discriminatoires lorsque des avantages étaient obtenus d'un partenaire en situation de dépendance. L'ordonnance du 1er décembre 1986[648]a créé à la place sous l'article 8- 2 une pratique anticoncurrentielle inconnue de l'ordonnance de 1945 et du droit européen, sous le nom d'abus de dépendance économique[649]. Directement inspirée du droit allemand, la notion d'abus de dépendance économique est apparu en France suite à l'avis des Centrales d'achat rendu dans le but de réprimer les comportements abusifs de certains grands distributeurs[650]. La

646 Loi n°85-1408 du 30 décembre 1985 portant amélioration de la concurrence.

647 Ordonnance n°45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique.

648 Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

649 L'article 8-2 de l'ordonnance de 1986 dispose : « Est prohibée dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises, de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. (…) (L'abus de dépendance économique) peut notamment consister dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées».

650 Commission de la concurrence, avis du 14 mars 1985 sur la situation des centrales d'achat et leurs groupements, BOCCRF 19 avril 1985, p. 128

rédaction extensive de l'article 8- 2 de l'ordonnance de 1986 englobait les situations de dépendance économique des producteurs à l'égard des distributeurs et inversément. Il s'agissait d'assurer une protection directe aux professionnels placés en situation d'infériorité économique à l'égard d'autres professionnels constituant pour eux des partenaires obligés. L'article 8- 2 visait officiellement la protection du marché.

L'actuel article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce a été inséré dans le titre II, pan du droit des pratiques anticoncurrentielles[651]. L'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce requiert un état de dépendance économique, un abus et une atteinte à la concurrence. La volonté du législateur concernant cette norme était de faciliter la mise en œuvre de la règle de la domination relative en distinguant plus clairement les conditions de l'interdiction de l'abus de dépendance économique de celles de l'abus de position dominante absolue. Cette disposition se trouve, comme en droit allemand, plus adaptée à la domination des petites et moyennes entreprises car l'on échappe à l'exigence des seuils et la dominance est rapportée par l'état de dépendance économique.

La domination relative est appréhendée par l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce et ne répond pas à la notion de « domination relative » mais à la « dépendance économique » du vendeur ou de l'acheteur. Il s'agit donc de la situation de la relation verticale entre deux entreprises lorsqu'elles sont susceptibles d'affecter le fonctionnement ou la structure de concurrence. Le législateur ne précise pas si le titulaire de la puissance contractuelle exerce une puissance d'achat ou bien de vente. Sur cette même base, l'on peut donc sanctionner l'abus réalisé envers un fournisseur mais également envers un distributeur. La définition du critère de dépendance économique est prétorienne. Elle correspond à la situation de fait dans laquelle se trouve une entreprise dans sa relation avec une autre, cliente ou fournisseur qui exerce sur elle un ascendant, par une position de puissance telle à son égard quelle ne peut s'y soustraire.[652]

---

651 L'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce dans sa version de 2001 disposait : « Est prohibé dans les mêmes conditions (cf. article 7 : lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché) l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. »

Actuellement et depuis 2005, l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce prévoit que : « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442- 6 ou en accords de gamme ».

652 Conseil de la concurrence, décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993, *pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora.*

Antérieurement à la loi NRE de 2001 précitée, au titre de l'ancien article L 420- 2 du Code de commerce, la dépendance économique obéissait à des critères restrictifs. Le fournisseur devait dans les mêmes conditions qu'un acheteur dépendant, en plus de sa dépendance, démontrer l'absence de solution équivalente[653]. L'analyse de la relation de puissance de l'acheteur est réalisée de manière positive, en envisageant directement la contrainte exercée sur le partenaire dépendant, et était également réalisée négativement en vérifiant l'inaptitude du partenaire dépendant à se soustraire à cette contrainte. La situation d'un état de dépendance économique, appliqué initialement à la dépendance de l'acheteur, « s'apprécie en tenant compte de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur[654], de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur[655], de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs de produits équivalents » et « ces critères doivent être simultanément présents pour entraîner cette qualification »[656]. L'Autorité de la concurrence a pu établir que « (*La dépendance économique*) correspond à la situation de fait dans laquelle se trouve une entreprise dans sa relation avec une autre, cliente ou fournisseur qui exerce sur elle un ascendant, par une position de puissance telle à son égard quelle ne peut s'y soustraire »[657]. De même le juge a pu considérer les facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur, en particulier si elle résulte d'un choix de stratégie commerciale ou bien d'une nécessité technique qui s'impose au producteur. La

653 L'article L 420- 2 alinéa 1 du Code de commerce en vigueur avant loi NRE de 2001 prévoyait :
« I. - Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :
1° D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;
2° De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente ».

654 Voir notamment pour l'importance des parts de marché dans le chiffre d'affaires du fournisseur pour la caractérisation : arrêts de la Cour de Cassation : Cass. com. 12 janvier 1999, n°96-21.644, RJDA 1999, n° 482 ; Bull. civ. 1999, IV, n° 10 ; Cass. com. 29 janvier 2008 n°07-13.778 : Voir également les arrêts de cour d'Appel : CA Versailles, 27 janvier 2000, *Sintel* ; CA Caen, 13 décembre 2007, *Société Biomedix / Société Veda Lab; V*oir également décision de l'Autorité de la concurrence : Conseil de la concurrence, décision n°08-D-08, 29 avril 2008, *Secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques* ; Autorité de la concurrence, décision n°10-D-08, 3 mars 2010, *pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité.*

655 Pour l'importance de la part de marché du fournisseur , voir notamment Cass. com., 9 avril 1996, commentée à RJDA 1996, n°1070 ; CA Paris, 13 avril 1999, commentée à Contrats, conc. consom. 1999, n°159.

656 Conseil de la concurrence, décision du 18 juin 1996, n° 96-D-44, BOCCRF, p. 564, commentaire de P. AHREL., JCP éd. E. 1998, p. 76.

657 Décision du Conseil de la concurrence n° 93-D-21 du 8 juin 1993, *pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora*.

jurisprudence a développé le critère négatif. Selon l'Autorité de la concurrence, le concept de solution équivalente a pu désigner une relation commerciale dans laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative s'il souhaite rompre la relation contractuelle ou refuse de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur[658]. Il se traduit par l'impossibilité dans laquelle se trouve le distributeur de contracter avec d'autres fournisseurs, ou avec des grossistes, pour des produits identiques ou équivalents. Il y avait une solution équivalente quand l'entreprise en situation de dépendance économique à l'égard d'un partenaire, fournisseur ou client, qui a mis en œuvre les pratiques contestées, est tout de même en mesure de poursuivre normalement son activité[659]. Il y avait également solution équivalente lorsqu'il est établi que les pratiques dénoncées n'ont pas entraîné une baisse significative des ventes[660]. D'autres indices de la caractérisation de la solution équivalente ont été retenus tels l'absence de notoriété de la marque du fournisseur, sa marque, le rôle de la politique de partenariat qu'il a éventuellement nouée avec le distributeur, l'état de l'offre sur le marché des produits et l'importance des contraintes de transport[661]. A contrario, l'absence de solution équivalente a pu être établie en prenant en compte, notamment, la faiblesse des ressources financières de l'entreprise, la faiblesse de ses marges sur le marché et la durée, de même que l'importance de la pratique de partenariat[662]. La loi NRE a supprimé le critère de solution équivalente, estimant qu'il entraînait une ambiguïté quant au but de concurrence recherché, ne pouvant relever de la loyauté des affaires entre partenaires contractuels, ce qu'exclut en principe le droit européen de la concurrence, mais relevant de la préservation de la structure de concurrence. L'absence de solution équivalente serait présumée en raison de la dépendance du fournisseur établie par l'importance de l'acheteur dans le chiffre d'affaire du fournisseur et de l'importance de l'acheteur sur le marché et dans la distribution des produits ou services, de même que la durée des relations[663]. Le critère légal de solution équivalente a toutefois été remplacé, pour celui, prétorien, « d'alternatives réelles et praticables » à savoir des possibilités suffisantes et supportables de s'adresser à d'autres entreprises acheteuses, permettant ainsi

658 Notamment Conseil de la concurrence, décision n° 93-D-59 du 15 décembre 1993 *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité ;* Conseil de la concurrence, décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993, *pratiques mises en œuvre lors de l'acquisition de la société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora.*

659 Ministre français de l'Economie et des Finances, Rapport, JO doc. Sénat 1985-1986, n° 56, p.24.

660 Rapport du Conseil de la concurrence 1993, à propos de la décision n° 93-D-21 du 8 juin 1993.

661 Conseil de la concurrence, décision n°03-D-11 du 21 février 2003 *relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra .*

662 Contrats, conc., consom. 1997, commentaire n° 8, note VOGEL L.

663 LUCAS DE LEYSSAC C., PARLEANI G., *op. cit.,* p.922.

de prendre en compte les spécificités propres de la puissance d'achat. Au titre du test de domination relative de l'alinéa 2, la dépendance économique du fournisseur est ainsi caractérisée par rapport au « client » à savoir la l'acheteur. L'on établit l'absence d'alternative économique réelle et praticable du fournisseur. Le juge recherche s'il existe, pour écouler la production du fournisseur, une accessibilité effective à des filières alternatives économiquement praticables. Il vérifie si les facteurs de production tels que le personnel, l'équipement, la recherche et le développement du fournisseur sont spécialisés en tout ou partie dans la fabrication de biens ou de services destinés au distributeur et ne peuvent être ni utilisés ni adaptés à la production d'autres biens et services à un coût économiquement acceptable. La notion de « conditions techniques et économiques comparables » permet d'établir l'alternative économique caractérisant l'absence de dépendance. Dans le cas de la grande distribution, l'on a évalué la capacité des fournisseurs à substituer à ce distributeur d'autres enseignes ou canaux de distribution, et les coûts de report qu'une telle substitution entraînerait. La Cour d'appel de PARIS a précisé que «l'état de dépendance économique se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'ensuit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420- 2 du Code de commerce»[664]. Le critère de conditions techniques et économiques comparables s'inspirerait du droit allemand au sens de l'alternative suffisante et supportable matérialisée par le report et la transformation. Selon le professeur CLAUDEL, l'absence de conditions techniques comparables renverrait à l'aspect objectif de l'alternative suffisante, tandis que celle de « conditions économiques comparables » renverrait à l'aspect subjectif de l'alternative supportable[665].

L'affectation de la concurrence constitue la condition *sine qua non* pour que les pratiques abusives soient considérées comme répréhensibles. Il faut prouver d'une part la potentialité d'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence. D'autre part, la définition du marché pertinent doit être établie. Ainsi, si la pratique d'abus ne restreint pas le jeu de la concurrence, l'abus de dépendance économique ne saurait être constituée. L'appréciation des effets sur le marché relève de l'appréciation souveraine du juge. Il apparaît au regard de la

664 Arrêt Cour d'Appel de Paris, du 15 octobre 2008, BOCCRF n°2 du 25 mars 2008, «*SCEA Vergers de la Motte* ».

665 CLAUDEL E., *Chronique de droit de la concurrence*, RTD Com, Dalloz 2004, p. 463.

jurisprudence française qu'il est parfois fait l'économie d'une analyse de l'atteinte à la concurrence au sens des abus de domination, l'autorité se bornant à constater la dépendance économique entre distributeur et fournisseur par le biais du critère de l'absence de débouchés alternatifs[666] La condition légale de l'atteinte à la concurrence de l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce a logiquement été atténuée par la formulation consacrée : « (l'exploitation abusive) (e)st prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ».

b. Le déséquilibre significatif en droit français

L'article 8- 2 de l'ordonnance de 1986 étant intégrée au cadre des pratiques anticoncurrentielles, l'exploitation abusive de la dépendance économique d'un partenaire ne pouvait se trouver sanctionnée qu'à la condition d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. Or l'exploitation de la faiblesse contractuelle du professionnel économiquement dépendant existait en dehors de tout effet anticoncurrentiel. C'est ainsi que l'article 36- 1 a été inséré à l'ordonnance par la loi NRE[667]. Le but était de réprimer la faute consistant pour un contractant puissant à exploiter abusivement sa position de force. L`'article 36- 1 prévoyait une liste non exhaustive des pratiques dites abusives dans le milieu de la distribution, instaurant ainsi la notion d'abus de dépendance économique établie par la doctrine allemande.

La loi NRE du 15 mai 2001[668]se bornait à énoncer la notion de puissance d'achat ou de vente sans les définir. L'ancien article L. 442-6- I- 2 b du Code de commerce[669] sanctionnait l'entreprise

666 Lettre du Ministère de l'Économie, 17 février 2009, aff. C2008-100, BOCCRF n°2 bis du 2 avril 2009, « *Bigard/Socopa* », p. 27.

667 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques « N.R.E. ».

668 *Id.*

669 L'article L 442-6 I du Code de commerce dans sa version modifiée de 2001 prévoyait notamment: « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 1° De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ; 2° a) D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ; b) D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ».

qui « abus(e) de la relation de dépendance dans laquelle (elle) tient un partenaire de sa puissance d'achat (ou de vente) en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées». Le fournisseur devait rapporter la preuve de l'abus de puissance d'achat. La doctrine n'a pas manqué de souligné le silence du législateur sur les différentes notions notamment quant à l'abus de puissance d'achat[670]. La doctrine avait tenté de distinguer la puissance d'achat de celle de position dominante. On a pu définir l'abus de puissance dès lors qu'une entreprise non nécessairement en position dominante abuse de sa position de client exclusif ou principal pour imposer des conditions ou obligations injustifiées à un fournisseur[671]. En jurisprudence, on a pu qualifier la dépendance économique de « situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre ses relations commerciales avec une autre entreprise compte-tenu du fait de l'impossibilité de s'approvisionner en produits substituables dans des conditions équivalentes »[672]. L'Autorité de la concurrence a défini la puissance d'achat comme un « fort pouvoir de négociation vis à vis des fournisseurs »[673]. Il n'y a eu que peu de décisions sur cette base concernant des cas de puissance d'achat, la jurisprudence se bornant à constater la dépendance économique sans la caractériser[674]. L'abus de puissance d'achat a été difficilement établie par le juge[675] de sorte que la norme n'était pas adaptée à saisir les pratiques abusives résultant de la puissance d'achat.

Introduite par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie[676] à l'article L 442- 6 - I - 2 du Code de commerce[677], les références à l'état de dépendance économique ont disparu au bénéfice du critère de l'obligation créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Le critère de déséquilibre a pour vocation d'appréhender l'ensemble des pratiques abusives pouvant survenir lors d'une négociation commerciale. Le « déséquilibre significatif » est inspiré du droit de la consommation et fait référence à un contrat lésionnaire en raison de clauses abusives. Le déséquilibre s'entend dès lors

670 CLAUDEL E., *Loi du 15 mars 2001,* RTD Com. 2001, p. 663.

671 BOURGEON C., *A propos de l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente,* 1er décembre 2003 n°111, p.243.

672 Arrêt C.A. Caen, 13 décembre 2007, SARL BIOMEDIX IT & M / Société VEDA.LAB, n° de RG : 06/01977 **.**

673 Conseil de la concurrence, avis n° 02-A-07 du 15 mai 2002 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB, BOCCRF n° 2002/15 p. 948-954 .

674 Arrêt C.A. Lyon, 10 novembre 2010, SAS INTERRHONE ALPES / AIR MEDITERRANEE, n° de RG: 09/05002.

675 CLAUDEL E., *L'article L. 442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte ?,* RTD Com., 2006 , p.51.

676 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie dite L.M.E. .

677 Dans sa version de 2008, l' article L 442-6, I-2° du Code de commerce dispose qu'engage la responsabilité de son auteur le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

dans les deux extrêmes : l'absence totale de contrepartie mais aussi la disproportion manifeste entre l'avantage et la valeur du service. La doctrine a pu rapprocher le déséquilibre significatif du concept de lésion en droit commun des contrats[678], en ce sens que la jurisprudence s'est basée sur l'aspect contractuel, indépendamment de l'état de dépendance économique d'une partie envers l'autre[679]. Certains auteurs ont pu s'interroger si le déséquilibre du contrat de l'article L 442-6, I-2 s'entendait d'un déséquilibre économique, le juge devenant alors le juge du prix du contrat et de l'équilibre financier de la négociation commerciale. Le texte visait à sanctionner un abus de puissance d'achat sans avoir à rapporter la preuve de la situation de puissance d'achat. Il suffisait de rapporter la preuve du déséquilibre significatif entre les parties. Aux termes de l'article L 442- 6- I- 2 du Code de commerce, l'abus de puissance d'achat à l'égard d'un partenaire économique était prohibé, indépendamment de toute atteinte au jeu de la concurrence sur le marché. L'abus de dépendance n'englobait plus la notion de puissance d'achat, à savoir qu'il pourrait y avoir de tels abus quand bien même les parties ne sont pas dans une relation de dépendance économique.Il en découle que de *lege lata*, les abus des producteurs mais également les abus des distributeurs étaient soumis à contrôle.

Le caractère déséquilibré des obligations s'appréciait clause par clause, sans qu'il soit nécessaire de les analyser à l'aune de l'ensemble de la convention. Les différents jugements rendus sur la base de l'article L 442- 6- I- 2 du Code de commerce étant extrêmement factuels car les juges procèdent à une analyse concrète des conventions qui leur sont soumises. Les clauses les plus soumises à contrôles concernent la pratique du contrat d'adhésion, les clauses de variation du tarif et de pénalités de retard de livraison , la possibilité de réalisation sans préavis pour sous performance des produits, et les pratiques relatives aux délais de paiement. L'article L 442- 6- I faisant référence au fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » fait partie d'un ensemble normatif global prévoyant les différentes matérialisation de l'abus tels qu'un avantage commercial disproportionné, une rupture brutale etc. Ces critères ne sont pas sans rappeler le catalogue légal allemand établi au titre des articles 19 alinéa 2 et 20 alinéa 3. Ils illustrent l'abus de domination relative de l'acheteur de l'article L 420- 2 alinéa 2 de sorte que la norme revêt intrinsèquement en droit de la

678 BUY F., *Entre droit spécial et droit commun : l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce,* Petites affiches, 17 décembre 2008, n°252, p.3.

679 Voir notamment la référence contractuelle dans les décisions suivantes : Cass. com., 23 janvier 2007, n° 04-16.779, « *Streck / La Redoute* » ; C.A. Montpellier, 11 août 1999 n° 98/0003685 « *Quick Logistics / Genevieve Langlais* » *;* Cass. Com. 3 décembre 2002, n°99-19822.

concurrence un intérêt limité pour appréhender la puissance d'achat. Dans le sens de l'appréhension de pouvoir de marché, le droit français semble devoir à terme concevoir la domination relative de manière extensive, de sorte que la dissociation au titre des pratiques restrictives et des pratiques anticoncurrentielles ne serait pas justifiée. Comme en a témoigné le droit allemand, le juge civil n'est pas nécessairement équipé pour appréhender des situations économiques qui dépassent le seul préjudice contractuel en raison de l'atteinte au marché. La difficulté intrinsèque à ce critère pourrait être dépassée par le fait de voir confié ce type de contentieux au juge de la concurrence.

Deux critères sont donc requis pour l'article L 442- 6- I- 2 du Code de commerce : l'abus créé par la stipulation d'obligations créant un déséquilibre significatif d'une part, d'autre part le critère de domination qui n'est pas expressément requis mais qui semble avoir un intérêt certain selon la doctrine[680]. Cette disposition, au regard du droit de la concurrence, a pour intérêt de questionner l'introduction de considérations civilistes en droit économique et de questionner le champ d'application de l'article 102 T.F.U.E.. Le catalogue légal de formes d'abus énoncés est non exhaustif et peut en principe s'entendre de contrats lésionnaires, comme le prévoit le droit allemand en droit des abus de domination. La dissociation de la domination relative et absolue n'a pour but que de questionner la portée téléologique du texte de concurrence.

Une fois la domination de l'acheteur établie, son exercice abusif doit être démontré au sens de l'article 102 TFUE.

CHAPITRE 2. L'EXERCICE ABUSIF DE LA DOMINATION DE L'ACHETEUR

La puissance d'achat conçue comme pouvoir de marché entraîne une domination et peut constituer un abus de domination absolue ou relatif. Si la pénétration du droit européen rend les droits nationaux conformes à ce premier, il résulte que les droits nationaux peuvent être plus explicites dans leurs dispositions. Ceci vaut notamment pour la définition de l'exercice abusif de l'acheteur. L'exercice abusif de droit européen au titre de l'article 102 T.F.U.E. (section 1) peut être compris à la lumière des dispositions de droit national en raison de la rédaction normative ou en raison de dispositions nationales *a priori* plus strictes (section 2).

680 CHONE A.S., *op. cit.*, p.34.

SECTION 1. L'EXERCICE ABUSIF DE SA DOMINATION PAR UN ACHETEUR EN DROIT EUROPÉEN

L'exercice abusif d'acheteur au titre de l'article 102 T.F.U.E. est d'application limitée (§ 1), ce que peuvent expliquer des critères normatifs restrictifs (§ 2).

§ 1. UNE APPLICATION LIMITÉE

Différemment des droit nationaux, l'article 102 T.F.U.E. ne distingue pas dans sa lettre l'abus résultant d'une position dominante, absolue ou relative. Le test de domination de l'article 102 T.F.U.E. implique que la puissance d'achat conçue comme pouvoir de marché, soit appréhendée à ces deux titres. Les abus résultant de l'exercice d'une domination s'appliquent aux acheteurs comme aux vendeurs Les abus ne sont pas dissociés selon le type de domination au titre de l'article 102 T.F.U.E. et seule l'évaluation *in concreto* de la domination pratiquée permet d'évaluer si les autorités dégagent un pouvoir de marché absolu ou relatif. De la sorte, les pratiques abusives de droit européen sont listées de manière non exhaustives dans la lettre du traité et concernent indifféremment la domination absolue ou relative. Ces pratiques d'abus consistent notamment en l'imposition directe ou indirecte de prix d'achat - ou de vente - ou d'autres conditions de transaction non équitables ; la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs ; l'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes ; et enfin la subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires sans lien avec l'objet des contrats. Cette liste est non limitative et ne s'oppose pas, en principe, à un complément jurisprudentiel d'abus de domination tels que relatifs si l'atteinte à la concurrence en découle.

Si l'article 102 T.F.U.E. est applicable aux situation d'abus de puissance d'achat, il a été en pratique assez peu appliqué aux acheteurs dominants. La jurisprudence européenne apprécie de manière indifférenciée la domination d'acheteurs et de vendeurs[681] et la Commission a bien indiqué que les acheteurs de produits et services sont soumis aux mêmes règles que les fournisseurs qui sont en position dominante[682]. La Commission a pu traiter de cas d'exploitation abusive d'une position dominante d'acheteurs. Par deux fois, la position dominante du côté de la demande a été caractérisée par l'absence de concurrence effective pour l'entreprise en demande exerçant l'abus. Dans

681 C.J.C.E., « *British Airways* » , *loc. cit.*
682 Commission, Memorandum du 9 mars 1990, XXe Rapport sur la politique de concurrence, p. 104.

l'affaire *Gema*[683], la Commission a retenu la domination absolue de la société chargée de l'exploitation de droits d'auteur pour la concession et la gestion. Celle-ci avait commis des pratiques abusives vis à vis des vendeurs à savoir les auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, ainsi que vis à vis des utilisateurs d'œuvres musicales. Les vendeurs étaient liés à très long terme et dans l'impossibilité de céder leurs droits à une autre entreprise. La position dominante a été retenue en raison de la situation monopsonistique de GEMA. La Commission a retenu un abus d'éviction et d'exploitation. L'éviction a été caractérisée sur le marché en aval, vis à vis des concurrents potentiels de GEMA et en amont vis à vis des vendeurs potentiels. Elle a retenu en aval le verrouillage à long terme des contrats cédés. En amont, la Commission a retenu la discrimination exercée à l'égard concurrents non domiciliés en Allemagne, celles-ci ne pouvant intégrer la GEMA. L'abus d'exploitation concernait la procédure de cotation mise en place par GEMA et entraînant des discriminations dans la rétrocessions des versements ou au contraire des procédures de paiements non justifiés par une contrepartie[684]. Dans l'affaire *Virgin / British Airways*, la Commission a caractérisé la position dominante absolue de BRITISH AIRWAYS sur le marché britannique des services d'agences de voyage aérien en retenant les parts de 39, 7 %. Elle a constaté un abus d'exploitation de cet acheteur dominant en raison des rabais de fidélité réalisés entre les différents vendeurs de manière discriminatoire car liés à la fidélité et non à des gains d'efficience[685].
La rareté d'application de l'abus de domination au titre de l'article 102 T.F.U.E. nécessite que l'on s'interroge sur les causes.

§ 2. DES CRITÈRES NORMATIFS RESTRICTIFS

Il semble que l'application limitée de la norme européenne aux situations de domination d'acheteurs soit due moins aux spécificités d'établissement de la puissance d'achat qu'aux exigences de preuve en terme d'abus. En effet, la puissance d'achat est appréhendée par la notion de domination relative d'acception restrictive. L'on a pu établir que la domination tend à être saisie comme un pouvoir de marché au sens où l'expression est établie à l'aune d'un faisceau d'indices structurels. En effet, les parts de marché ne représentent pas de limitation d'application et la dépendance économique permet de saisir l'ensemble des réalités économiques. Il en résulte que la puissance d'achat peut valablement être saisie dans l'ensemble de ses acceptions. La difficulté d'application de l'article 102 T.F.U.E. réside plus dans l'application du critère dit comportemental. Celui-ci représente un obstacle à

683 Décision de la Commission, 2 juin 1971, aff. IV/26760, *« Gema »*, pages 7 à 9.
684 Décision de la Commission, *« Gema »*, *loc. cit.*
685 Décision de la Commission, « *Virgin / British Airways* », *op. cit.,* points 91 à 96.

l'appréhension d'un pouvoir de marché, par essence d'appréhension structurelle. Les critères caractérisant l'abus sont restrictifs et rendent l'application normative malaisée. Établis par l'article 102 T.F.U.E., ils nécessitent une connaissance aiguë de la situation concurrentielle et une matérialisation manifeste de l'abus. Ainsi le critère de l'imposition directe ou indirecte de prix d'achat ou de vente et autres conditions de transaction non équitables ou le critère de l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes imposent que les autorités aient connaissance de l'ensemble des prix et conditions du marché et disposent d'éléments matériels afin de pouvoir comparer et établir le caractère non équitable des transactions. Ces éléments se basent nécessairement sur des éléments fournis par les entreprises victimes, or celles-ci ne disposent que rarement de ces données en raison de l'absence de transparence de la situation des concurrents ou de la démonstration exacte des coûts des prestations. Le critère de la subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires sans lien avec l'objet des contrats nécessite des éléments de preuve pouvant être réfutés par l'acheteur dominant. Concernant le critère de la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs, il est apparaît malaisé à démontrer. Les premiers lésés par ce type de comportements sont les entreprises concurrentes ; dès lors la démonstration de la lésion des intérêts du consommateur en raison des conditions de concurrence parait superfétatoire, l'esprit de la norme en droit européen étant *in fine* la protection des intérêts des consommateurs.

La difficulté d'application du texte réside probablement notamment dans l'absence de création normative de critère de domination relative par le droit européen et ainsi l'expression de pouvoir de marché au sein de la relation contractuelle. Les normes de droit européen de la concurrence restent centrées sur un concept de domination mixte non assumé au motif que le droit de la concurrence aurait pour objet la protection de la concurrence et non celle des concurrents. Pour certains auteurs, la rareté d'application de l'article 102 T.F.U.E. aux acheteurs dominants serait imputable à l'acception d'une domination absolue et induirait un manque de prise en compte de la spécificité de la puissance d'achat, à raison des seuils fixés. Pour d'autres, la quasi- absence d'application de cette norme aux acheteurs dominants résulte de l'analyse statique de la position dominante. L'analyse de la position dominante au titre de l'article 102 T.F.U.E. se bornerait à identifier une situation d'absence de concurrence, par opposition à une analyse économique définissant le pouvoir de marché comme un pouvoir économique avec effet sur la structure de marché[686]. Ceci impliquerait que le juge européen relève la position

686 VOGEL L., *Droit européen des ententes et abus de position dominante, op. cit.,* p. 198.

dominante d'acheteurs de manière allusive et ainsi non conclusive au titre de l'article 102 T.F.U.E., différemment du contrôle des concentrations dans les situations de domination d'acheteurs.

L'abus de puissance d'achat incarne cette contradiction induite par la dimension comportementale et nécessairement contractuelle de la norme alors que la finalité est la démonstration de la lésion du marché et des consommateurs. En ce sens, la dimension comportementale de l'abus porte intrinsèquement la contradiction normative entre la protection des concurrents afférentes à la pratique des abus qui semble être un critère mais également une des finalités de la norme, et la protection du marché. C'est ainsi que la preuve de l'exercice abusif d'un pouvoir de marché réside notamment sur les éléments apportés par des entreprises concurrentes ou des fournisseurs lésés, alors qu'il s'agirait de l'atteinte au marché. L'on ne démontre pas « l'abus de marché » mais l'abus envers d'autres opérateurs économiques. Le droit des concentrations est plus à même de saisir la nocivité potentielle de la puissance d'achat comme pouvoir de marché en raison de l'analyse des effets en découlant sur la concurrence et donc de l'appréciation en terme d'efficience globale. La démonstration de la lésion des opérateurs économiques tels que les fournisseurs n'est pas un prérequis et c'est la situation d'ensemble du marché qui est envisagée. Le pouvoir de marché peut donc être exprimé au sein de relations contractuelles verticales et les effets sont analysés à l'aune de l'ensemble du marché.

L'évocation du droit européen des dominations comme étant circulaire – le marché inférant l'abus – , et comme étant subjectif – l'abus revêtant une dimension comportementale – semble être fondée. L'article 102 T.F.U.E. a introduit une norme afférente au droit des abus de domination sensée protéger la concurrence de la puissance d'achat. Son application est rendue difficile en raison de la finalité de l'atteinte à la concurrence car les critères énoncés concernent avant tout les entreprises victimes. Il semble difficilement envisageable qu'il puisse y avoir une atteinte des concurrents sans une atteinte à la concurrence. Il paraît peu réalisable de protéger la concurrence sans protéger les concurrents et leur lésion ne préjuge pas de l'absence de l'atteinte au consommateur. *A contrario,* celui-ci serait mieux protégé si l'ensemble des comportements lésionnaires en amont pouvaient être saisis. Ensuite la difficulté majeure réside dans la preuve de l'abus et de l'atteinte à la concurrence, système reposant sur la dénonciation des victimes. Or ces dernières sont difficilement informées et armées pour établir d'une part un pouvoir de marché tel qu'une puissance d'achat et dénoncer l'abus et le lien entre l'abus et la domination. Ceci explique que les cas d'application soient limités à des cas manifestes de monopsone ou de discriminations flagrantes. Il semble qu'avec l'article 102 T.F.U.E., le législateur ait opéré un choix antinomique d'une norme d'esprit d'équité contractuelle avec une

finalité de protection générale du marché. Il conviendrait de reconsidérer les critères normatifs notamment comportementaux en simplifiant les critères constitutifs de l'abus d'une part et d'autre part en assumant pleinement la seule atteinte des opérateurs économiques résultant des abus, ce qui *de facto* entraînerait une atteinte à la concurrence. L'intégration des exemples nationaux d'origine contractuelle permettrait de faciliter l'appréhension de la puissance d'achat comme domination relative d'ensemble, à défaut d'être appréciée comme réel pouvoir de marché. A ce titre, les abus de domination relative au titre des pratiques restrictives de concurrence méritent d'être étudiés.

Au regard du silence du législateur et de la jurisprudence européenne, la référence au droit national de la concurrence d'application parallèle au droit européen, apparaît nécessaire afin de définir plus avant la notion juridique de l'abus commis par un acheteur dominant.

SECTION 2. L'EXERCICE ABUSIF DE SA DOMINATION PAR UN ACHETEUR EN DROIT NATIONAL

En droit national, les abus de l'acheteur en situation de domination absolue et relative font l'objet d'une distinction normative[687]. L'article L 420- 2 alinéa 1 du Code de commerce concerne la domination absolue et l'article L 420- 2 alinéa 2 concerne la domination relative définie comme l'abus de dépendance économique. L'article 19 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence prévoit les abus de domination absolue d'acheteurs. L'article 20 de la même loi renvoyant à l'article 19 alinéa 1 et 2 de la même loi vise les abus de domination relative d'acheteurs à raison d'une dépendance économique. Les droits nationaux français et allemand distinguent les pratiques abusives horizontales et verticales liées à l'exercice du pouvoir de marché par les acheteurs. Les abus dits horizontaux relevant de la domination absolue concernent les acheteurs concurrents et correspondent aux abus dits d'éviction. Les abus dits verticaux relevant de la domination relative concernent deux entreprises non concurrentes, comme un distributeur et un fournisseur, et correspondent aux abus dits d'exploitation[688]. Il faut ensuite caractériser l'atteinte au marché intérieur. L'on peut tenter de dissocier les abus d'acheteurs commis en raison de leur domination absolue (§ 1) ou relative (§ 2).

687 CHONE A.S., *Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction* , Europe n°3, Mars 2009, étude 3.
688 *Id.*

§ 1. LES ABUS DE DOMINATION ABSOLUE DE DROIT NATIONAL

En raison de l'application parallèle des normes nationales et européenne et compte- tenu de l'origine commune de l'abus de position dominante, la distinction n'a d'intérêt que la précision légale apportée en droit national.
La position dominante caractérisée, il faut rechercher les abus mis en œuvre par des acheteurs en situation de domination absolue sur un marché déterminé. Le seul fait qu'une entreprise atteigne une certaine part de marché n'est pas suffisant pour considérer qu'elle fausse la concurrence par sa simple présence et les pratiques mises en œuvre par une entreprise dominante doivent avoir pour objet ou pour effet d'exclure, de discipliner ou de pénaliser des concurrents par la mise en œuvre de comportements s'écartant d'une concurrence par les mérites.
Les abus issus de la domination absolue d'acheteurs prennent forme au sein des abus d'entrave et d'éviction. Selon la Commission, l'éviction est « une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante, ce qui va probablement permettre à cette dernière d'augmenter rentablement les prix au détriment des consommateurs. L'existence d'un préjudice probable pour les consommateurs peut être déterminé sur la base de preuves qualitatives et, lorsque cela est possible et approprié, de preuves quantitatives. La Commission examinera en outre cette éviction anticoncurrentielle à la fois au niveau intermédiaire et/ou à celui du consommateur final »[689]. Il s'agit donc des pratiques qui permettent à des acheteurs dominants d'évincer les concurrents ou d'entraver leur entrée sur le marché. Les dispositions qui ont le plus d'intérêt en terme d'appréhension de puissance d'achat concernent la discrimination par les prix et les conditions de vente. Cela concerne les biens ou services de même catégorie.
La domination absolue visée par l'article L 420- 2 alinéa 1 du Code de commerce concerne les refus de vente, les ventes liées, les conditions de vente discriminatoires, la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

L'article 19 alinéa 2 point de la loi contre les restrictions de concurrence reprend les dispositions de l'ex article 19 alinéa 4 [690]

689 Communication de la Commission du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82, *op. cit.,* point 19.
690 L'article 19 alinéa 4 de la loi allemande contre les restrictions de concurrence prévoyait: « Il y a abus en particulier dès lors qu'une entreprise qui occupe une position dominante sur le marché au titre de fournisseur ou d'acheteur d'un certain type de marchandises ou services commerciaux 1.réduit les possibilités concurrentielles d'autres entreprises de façon

applicable aux abus commis par les entreprises acheteuses en situation de domination absolue. L'article 19 alinéa 2 point 1 de la loi prévoit l'interdiction pour l'acheteur d'un certain bien ou service d'entraver de manière directe ou indirecte une entreprise ou de la traiter différemment de manière directe ou indirecte d'entreprises - fournisseurs - analogues. L'article 19 alinéa 2 point 2 prévoit l'exigence de rémunérations ou autres conditions commerciales qui sont différentes de celles qui existeraient, selon toute probabilité, s'il y avait une concurrence effective. Dans ce contexte, il convient notamment de considérer les pratiques des entreprises sur des marchés comparables caractérisés par une concurrence effective. L'article 19 alinéa 2 point 3 prohibe l'exigence de rémunérations ou autres conditions commerciales moins favorables que celles exigées de fournisseurs acheteurs analogues opérant sur des marchés comparables, à moins que cette différence ne soit justifiée par les faits. L'article 19 alinéa 2 point 4 prohibe le refus d'accès à une autre entreprise à ses propres réseaux ou à d'autres infrastructures, dès lors que ce refus empêche l'autre entreprise, pour des raisons de droit ou de fait, de concurrencer l'entreprise en position dominante sur le marché amont ou aval, sauf si cette dernière peut prouver que, pour des considérations techniques ou autres, l'accès à son réseau n'est pas possible ni raisonnable. L'article 19 alinéa 2 point 5 interdit que l'entreprise dominante utilise sa position de marché pour exiger d'autres entreprises ou pour obtenir des faveurs injustifiées.

§ 2. LES ABUS DE DOMINATION RELATIVE DE DROIT NATIONAL

L'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce[691] ainsi que les

significative au regard de la concurrence sur le marché, sans que rien ne justifie un tel comportement ; 2. exige des rémunérations ou autres conditions commerciales qui soient différentes de celles qui existeraient, selon toute probabilité, s'il y avait une concurrence effective ; dans ce contexte, il convient notamment de considérer les pratiques des entreprises sur des marchés comparables caractérisés par une concurrence effective ; 4. refuse qu'une autre entreprise accède à ses propres réseaux ou à d'autres infrastructures contre paiement d'une redevance adéquate, dès lors que ce refus empêche l'autre entreprise, pour des raisons de droit ou de fait, de concurrencer l'entreprise en position dominante sur le marché amont ou aval, sauf si cette dernière peut prouver que, pour des considérations techniques ou autres, l'accès à son réseau n'est pas possible ni raisonnable ». Traduction citée de l'Office Fédéral des ententes http://www.bundeskartellamt.de/wFranzoesisch/download/pdf/GWB_F.pdf Consulté en novembre 2013.

691 L'article L 420-2 phrase 2 du Code de commerce dispose : « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ».

articles 19 alinéa 2 et 20 alinéa 1 de la loi fédérale allemande contre les restrictions de concurrence[692] prévoient les abus de domination relative liés à une exploitation. Ils s'entendent des pratiques par lesquelles l'entreprise en position dominante exploite son pouvoir de marché pour obtenir des avantages qu'elle n'aurait pu obtenir en l'absence de cette position, comme les prix excessifs. L'abus d'exploitation est constitué par un déséquilibre contractuel au profit de l'acheteur. Cet abus se matérialise principalement dans la relation verticale du fournisseur à l'acheteur et peut avoir des incidences horizontales sur les concurrents de l'acheteur dominant si ceux-ci n'obtiennent pas de tels prix ou conditions auprès des fournisseurs et ressortent affaiblis sur le marché de la revente. L'abus d'exploitation est constitué lorsque l'acheteur profite de sa puissance d'achat pour déférencer un fournisseur ou pour exiger que ce dernier accorde des avantages sans contrepartie, notamment selon la formule de l'empilement des ristournes ou celle de la globalisation des commandes voire des avantages à effet rétroactif selon la pratique dite de la corbeille de la mariée ou celle de l'alignement rétroactif de conditions à l'occasion d'un rapprochement d'enseigne. Il peut également mettre un fournisseur en difficulté en menaçant de ne pas commander pas les quantités achetées les années précédentes ou de le déférencer ou bien encore en le boycottant[693]. Il peut s'agir de manière générale de refus de vente, de ventes liées, de conditions de ventes discriminatoires, de rupture de relations commerciales injustifiée par exemple au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

692 L'article 19 alinéa 2 de loi fédérale contre les restrictions de concurrence prévoit cinq cas d'abus pouvant être commis par des acheteurs : *« Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen 1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen; 2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen; 3. ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist; 4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist; 5. seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren ».*

693 SELINSKY V., *(Dé)référencement et droit de la concurrence, JCP E , 1983, Cah. dr. entr. n° 3, p. 1.*

A des fins didactiques, les abus définis en droit français (A) peuvent être distingués de ceux définis en droit allemand (B).

A. LES ABUS EN DROIT FRANÇAIS

L'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce vise expressément la situation du fournisseur dépendant à l'égard du distributeur et regroupe comme abus d'exploitation non exhaustifs : les refus de vente, les ventes liées, les pratiques discriminatoires visées au I de l'article L 442- 6 du Code de commerce.
Concernant le critère d'exploitation abusive, l'article L 420- 2 alinéa 2 du Code de commerce énonce de manière non limitative les pratiques pouvant caractériser un abus de dépendance économique : « Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L 442- 6 ou en accords de gamme ». Selon une typologie établie par la doctrine, les situations de dépendance du fournisseur de biens ou services se concrétisent par les prix ou propositions de prix discriminatoires pour l'achat de biens ou services ; les prix ou propositions de prix discriminatoires pour permettre l'accès à un réseau ; les déférencements ou menaces de déférencement assortis ou non de sollicitations d'avantages rétroactifs ou de tarifs discriminatoires ; le refus d'exécuter une obligation d'achat ; les clauses contractuelles empêchant le fournisseur de service de s'adresser à la concurrence ; la cessation sans motif légitime de relations commerciales établies[694]. L'abus d'un état de dépendance économique n'est répréhensible que s'il a pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence. Le juge a rarement reconnu l'abus de cette dépendance et la plupart des décisions rejettent la caractérisation de l'abus[695]. Certains auteurs ont proposé de considérer que la concurrence est nécessairement affectée lorsqu'un agent économique n'est pas en mesure de participer pleinement à la compétition économique en raison du déséquilibre des relations entre les parties. Les hypothèses en lesquelles l'abus d'état de dépendance économique d'un fournisseur a pu être retenu en raison de la caractérisation de l'abus sont peu répandues. A ce titre, l'on peut retenir une affaire relative à des programmes de télévision, où un éditeur de programmes télévision réservés à la diffusion des réseaux câblés, NUMERICABLE, était bien dépendant d'une société,

694 BOUTARD- LABARDE M.-C., CANIVET G., CLAUDEL E., MICHEL- AMSELLEM V., VIALENS J., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles,* p. 244.
695 Arrêt Cass. com. 18 avril 2000, n°99-13.627, *France Télécom c/ N.C. Numéricable :* NUMERICABLE était *«* en état de dépendance par rapport à la société France Télécom, les infrastructures de celle-ci étant essentielles et sans alternative pour elle *»* et la Cour d'Appel de Paris, 14 janvier 1993, BOCCRF 13 février 1993, la retenu l'exploitation abusive, dans laquelle une partie *«* a effectivement et délibérément arrêté et suivi une stratégie visant à éliminer une entreprise opérant sur le même marché*»*. Cons. conc., déc. n°98-D-08, 27 janvier 1998, *Secteur des fromageries.*

FRANCE TELECOM, disposant de 45 % des prises raccordables, si bien que sa puissance d'achat était devenue équivalente à la somme de celle des deux autres groupes[696].

B. LES ABUS EN DROIT ALLEMAND

L'article 20 alinéa 1 de la loi contre les restrictions de concurrence concerne les abus d'entrave et d'exploitation commis par des acheteurs en situation de dominance relative à l'égard de P.M.E.. L'article 20 alinéa 1, reprend les dispositions de l'ancien article 20 alinéa 1 et 2.
L'actuel article 20 alinéa 1 vise l'article 19 alinéa 1 et 2 point 1 de la même loi, qui reprend lui- même les dispositions de l'ex article 19 alinéa 4. De la sorte le législateur prohibe l'abus issu de la domination relative lorsque l'entreprise acheteuse dominante d'un certain bien ou service commet ces mêmes abus prévus à l'article 19 alinéa 2 dans les cinq cas prévus ci- dessus : l'entrave et le traitement différent ; l'exigence de rémunérations ou autres conditions commerciales différentes de celles qui existeraient en concurrence effective ; l'exigence de rémunérations ou autres conditions commerciales moins favorables que de fournisseurs analogues, le refus qu'une autre entreprise accède à ses propres réseaux ou à d'autres infrastructures, l'obtention de faveurs injustifiées.
L'entrave d'accès au marché est constituée lorsque qu'un fournisseur est exclu de manière générale d'une affaire. Ceci est souvent caractérisé lorsque les entreprises publiques agissent en tant qu'acheteurs[697]. L'exclusion générale de certains fournisseurs doit être justifiée par des raisons impérieuses car les entreprises ont l'obligation de considérer tous les fournisseurs, de les informer de son besoin en fournissant toutes les informations nécessaires en temps et en heure[698].

L'entrave d'accès au marché peut être constituée lors de la rupture de relations d'affaire ou le refus d'acceptation de nouvelles conditions d'affaire avec un ou plusieurs fournisseurs par des acheteurs. Par ce biais les vendeurs sont traités de manière différenciée ou sont entravés. En outre les acheteurs peuvent exiger de leurs fournisseurs d'être traités différemment d'autres acheteurs quant aux prix, rabais et conditions par

696 Conseil de la concurrence, décision. n° 91-D-51, 19 nov. 1991, BOCCRF 1991, *programmes de télévision* p. 338 mais l'exploitation abusive a été réfutée par CA PARIS, 17 juin 1992, BOCCRF 1992, p. 217.
697 Voir décisions de la Cour Fédérale de Justice et des Cours d'Appel : BGH du 12 mai 1976, WuW/E BGH, p. 1423 *« Sehilfen »* ; OLG Düsseldorf du 12 février 1980, WuW/E OLG p. 2274, 2278 *« Fernmeldetürme »* ; BGH du 18 janvier 2000 WuW/E Verg. 297 *« Tariftreueerklärung II»* ; BGH du 16 mai 1987 WuW/E BGH p. 2399 *« Krankentransporte»* ; BGH du 24 juin 2003 WuW/E DE-R p. 1144, *« Schülertransporte»* ; OLG Düsseldorf du 14 avril 1981 WuW/E OLG p. 2495 *« Abschleppdienst»* .
698 OLG Düsseldorf du 21 janvier 1975, WuW/E OLG p. 1565, 1566 *« Schulbuchbeschaffung»* .

exemple en exigeant de certains fournisseurs des offres plus favorables pour le même produit ou la même prestation[699]. Les acheteurs peuvent également entraver les fournisseurs par d'autres moyens notamment en instaurant leur approvisionnement exclusif. Ainsi les acheteurs concurrents mais aussi les fournisseurs concurrents peuvent être entravés. L'interdiction de l'article 20 alinéa 1 laisse toutefois la liberté des acheteurs de choisir librement le fournisseur avec lequel il souhaite contracter. Ainsi l'acheteur ne sont pas empêchés de choisir l'offre la plus favorable. Ils ne peuvent contracter de manière illimitée avec un offreur. L'entrave au marché est constituée lorsque l'entreprise publique menace de choisir un offreur plus avantageux et sollicite en ce sens des conditions préférentielles injustifiées. Les conditions de l'article 20 alinéa 1 sont analysées au cas par cas et considérées comme réunies si l'entreprise publique ne peut justifier de raisons objectifs de son refus[700].

L'abus peut résider dans le traitement différencié des fournisseurs comme l'exigence de faveurs spéciales et conditions préférentielles permettant aux acheteurs d'assurer leur position préférentielle sur le marché au détriment d'autres acheteurs. Ceci concerne particulièrement les mesures de rabais, les rabais d'anniversaires et toutes autres prestations qui sont consenties par les fournisseurs aux acheteurs. Les conditions de l'article 20 alinéa 1 sont réunies lorsque l'acheteur tente de prime abord d'obtenir des faveurs spéciales de la part de certains fournisseurs parmi d'autres fournisseurs analogues ou lorsque la tentative d'obtention de faveurs spéciales constitue une entrave auprès de ces fournisseurs. Il y a entrave à l'action des fournisseurs tant que les faveurs ne sont pas consenties. Il s'agit en particulier des prix d'entrée, de la location de rayons et de vitrines[701], l'indication gratuite de prix par le producteur [702], et des diverses formes de taxation. L'exigence ou la réalisation de ces faveurs spéciales doit être analysée au cas par cas. A priori ces faveurs correspondent à un besoin concurrentiel d'acheter au meilleur prix. Ce sont les moyens d'obtenir ces faveurs qui peuvent être prohibés s'ils sont inéquitables ou injustifiés. Ils sont concrétisés de manière tacite ou contractuelle : un acheteur favorisé demande à un fournisseur de ne pas consentir les mêmes faveurs à un autre acheteur afin d'obtenir une scission sur le marché. Ceci se fait par des clauses de favorisation (*Meistbegüngstigungsklauseln*), les clauses de prix (*Preisfallklauseln*), les clauses de favorisation (*Bevorzugungsklauseln*), les convention d'exclusion et les

699 BGH du 11 décembre 2001, WuW/E DE-R p. 839 *«Privater Pflegedienst»* .

700 Köhler H., *Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht,* Verlaggesellschaft Recht und Wirtschaft mdH, 1979, p.87.

701 Arrêt de la Cour Fédérale de Justice, BGH du 3 décembre 1976 WuW/E BGH 1485 *«Schaufensteraktion»* .

702 Arrêt de la Cour d'Appel, OLG Saarbrücken du 6 avril 1977 WuW/E OLG, p. 1837 *«Globus»* .

conventions d'engagement[703].

L'actuel article 20 alinéa 2 concerne l'interdiction de faveurs injustifiées pour les entreprises dépendantes, P.M.E. ou non. Les alinéas 1 et 2 visent les cas d'abus de dominance relative dans des cas verticaux.

L'article 20 alinéa 3 concerne l'interdiction faite aux entreprises en situation de dominance supérieure d'entraver les concurrentes P.M.E. de manière déloyale. Les cas d'abus de l'article 20 alinéa 3 sont propres aux situations de domination relative horizontale. Sous la notion d'entrave sont également compris les comportements des acheteurs entravant les concurrents du côté des acheteurs. Ceci concerne les faveurs spéciales obtenues par un acheteur auprès d'un fournisseur et qui consiste à priver le concurrent à l'achat de cet avantage. Ceci peut être le cas également lors de l'utilisation de la position de marché de l'acheteur afin de fermer ou de rendre difficile l'accès à un marché. L'alinéa 3 vise expressément des exemples d'abus afférents à cette situation horizontale : l'offre des produits de consommation courante en dessous du niveau marginal, la vente d'autres produits ou services en dessous du prix marginal de manière non ponctuelle, l'interdiction des marges arrières à savoir le fait de revendre à des prix plus chers que les prix exigés de P.M.E. à la fourniture. Le législateur a prévu une exception en cas de denrées périssables ou la perte inévitable de la vente.

CHAPITRE CONCLUSIF DU TITRE 1

Au sens du droit européen en l'article 102 T.F.U.E., la puissance d'achat est appréhendée de prime abord par la notion de domination absolue dans la tradition classique de la position dominante. L'on a pu établir toutefois qu'un acheteur important sur le marché dispose rarement d'une part de marché telle qu'il puisse être qualifié de dominant, sauf lorsque ce marché est étroitement cloisonné, sur une base géographique par exemple. A ce titre, les délimitation du marché pertinent ont été largement critiquées. Or les rapports contractuels verticaux entre fournisseur et distributeur peuvent entraîner des déséquilibres préjudiciables au marché en raison de l'exercice abusif qu'il en est fait. Le postulat du critère de domination relatif au titre du droit de la concurrence est remis en cause selon une partie de la doctrine. Toutefois, il est démontré qu'en l'absence de position dominante, le marché peut être tout de même sensiblement et durablement affecté par des pratiques bilatérales d'entreprises ne répondant pas à la situation classique de position dominante de marché. Il en résulte que le marché n'est pas nécessairement

703 MARKERT K. in IMMENGA U. / MESTMÄCKER E.J., tome 2, *op. cit.,* p. 630.

capable de se défendre lui-même grâce à sa structure concurrentielle et que de la sorte des restrictions de concurrence peuvent être établies en l'absence de toute domination de marché. La dépendance économique d'une entreprise à une autre dans un sens vertical, mais également la situation d'une position de marché plus forte dans une relation horizontale – telle que prévue par le droit allemand à l'article 20 § 3 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence - peut avoir des incidences sur le marché.

L'évolution du droit européen, à l'aune du droit des concentrations va dans le sens d'une approche par les effets et nécessite que l'on s'intéresse à la puissance d'achat comme un pouvoir de marché global absolu et relatif. Les droits nationaux permettent d'éclairer sur l'établissement de la dépendance économique, initiée en droit des concentrations européen. Le droit européen pourrait ainsi saisir l'ensemble des pouvoirs de marché à raison de leur effet sur le marché. La distinction des deux sortes de domination perdrait de son intérêt. L'on pourrait concevoir la domination comme mixte, pour lequel le test serait le même. La part de marché ne serait qu'un indice fort relatif et serait complété par les autres indices structurels de marché duquel ferait partie la dépendance. La difficulté intrinsèque à l'article 102 T.F.U.E. en terme d'appréhension de puissance d'achat résulte en outre dans la preuve de l'abus. L'on a pu désigner la contradiction entre la détermination d'un pouvoir de marché et l'approche comportementale de ce pouvoir de marché. La notion d'abus se concilie difficilement avec l'évaluation d'effets anticoncurrentiels. Toutefois s'interroger sur la pertinence de la dissociation de la domination et de l'abus reviendrait à réduire la portée anticoncurrentielle de la norme à simple contrôle des contrats. Il semble en conclusion pertinent d'intégrer la notion de domination relative au sein du contrôle de l'article 102 T.F.U.E., dans les sens des droits nationaux. L'appréhension d'un rapport bilatéral, relevant de la protection des concurrents, ne fait pas obstacle à la protection de la concurrence au sens du droit européen. Ainsi, les précisions légales de droit national tenant à une approche déloyale des pratiques pourraient utilement compléter le catalogue légal européen. Considérant le développement massif des centrales d'achat européennes et des plate-formes internet de distributeurs, le juge serait armé pour saisir des situations de puissance d'achat matérialisées par des groupes de distributeurs affectant potentiellement le marché intérieur. Ces distributeurs se situent en deçà des seuils établis pour la domination absolue mais tiennent dans leur domination des fournisseurs dépendants et abusent de leur puissance de manière déloyale. Une présomption de dépendance pourrait être instaurée afin de de faciliter la charge de la preuve. A défaut de ces modifications, il serait souhaitable de relier l'analyse de l'article 102 T.F.U.E. en terme de comportements à l'analyse par les effets du droit des concentrations, en exceptant toute référence à l'abus qui

matérialise un critère restrictif et difficile d'interprétation

TITRE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME POTENTIEL EFFET PRO-CONCURRENTIEL EN DROIT DES ABUS DE DOMINATION

L'article 102 T.F.U.E. ne permet pas, en principe, de prendre en compte les aspects pro-concurrentiels de la puissance d'achat au sein d'une analyse concurrentielle, comme au sein du bilan économique du droit des ententes et des concentrations. Le postulat structuraliste en terme d'appréhension de pouvoir de marché est toutefois modéré par des aménagements qualificatifs et tend par ailleurs à évoluer. (Chapitre 1). Les droits nationaux, s'inscrivant dans une logique concurrentielle différente, permettent de prendre en compte la puissance d'achat comme expression de pouvoir de marché dans son entièreté (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LE POSTULAT STRUCTURALISTE DE L'ARTICLE 102 T.F.U.E. FACE AU POUVOIR DE MARCHÉ

L'approche structuraliste de l'article 102 T.F.U.E. exclut en principe la considération d'une exemption au titre d'un bilan concurrentiel (section 1). Cette approche européenne permet toutefois de prendre en considération la « concurrence par les mérites ».

SECTION 1. LE PRINCIPE RELATIF DE L'INTERDICTION D'UNE EXEMPTION POUR LES ABUS DE DOMINATION D'ACHETEUR

L'article 102 T.F.U.E. ne prévoit pas d'exemption possible des abus de domination et donc de ceux pouvant résulter de comportements d'acheteurs dominants (§ 1). Toutefois les effets bénéfiques liés à une domination d'acheteurs peuvent être considérés au titre de la relativisation d'une position de fournisseurs vue comme une puissance d'achat compensatrice (§ 2).

§ 1. L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DE TOUT DEGRÉ DE POUVOIR DE MARCHÉ

La lettre de l'article 102 T.F.U.E. ne prévoit aucune exception ou justification à la prohibition des abus de position dominante et donc des abus de la puissance d'achat, telles que les exemptions entendues des pratiques anticoncurrentielles de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. Selon le juge européen, l'article 102 T.F.U.E. prohibe même toute exemption pour l'abus de position dominante[704]. Ceci permet de s'interroger quant à la prise en compte des raisons objectives qui pourraient justifier un tel abus, telles que l'efficacité économique dynamique ou productive. En effet un abus de domination d'une entreprise acheteuse peut corollairement accroître l'efficacité économique et l'accroissement au profit du consommateur. L'axiome de départ implique que le droit de la concurrence protège la concurrence et *a priori* non les concurrents. Selon le professeur VOGEL : « L'entreprise représente la cellule de base active sur le marché, ce qui signifie concrètement que le droit de la concurrence ne s'applique pas en son sein, mais uniquement aux relations qu'elle peut entretenir avec d'autres entreprises »[705]. Le processus de concurrence nécessite ainsi que la lésion d'un opérateur économique en raison d'un comportement d'un concurrent plus efficace, même abusif, devrait être acceptée si elle engendre un surplus global bénéfique au consommateur. La difficulté réside dans la prise en compte d'une telle efficacité dans l'analyse concurrentielle. Il paraît incertain de pouvoir exempter un comportement si le degré de sa nocivité et donc de son bénéfice ne peut être apprécié. Le postulat structuraliste mixte de l'article 102 T.F.U.E. induit des incertitudes quant à une appréhension de la domination comme pouvoir de marché à raison de ses effets. En ce sens est exclue toute prise en compte du degré de pouvoir de marché, différemment du droit des ententes et des concentrations. En comparaison avec le traitement de la restriction de concurrence en matière d'ententes verticales entre un fournisseur et un distributeur, l'article 102 T.F.U.E. témoigne d'une moindre ouverture au raisonnement économique. Au sens du droit des ententes, le comportement de l'acheteur puissant est considéré à raison de son effet sur le marché à raison de l'ensemble de la structure. Au sens de l'abus de position dominante, le comportement de l'acheteur puissant est présumé entraîner un déséquilibre de marché. La concurrence sur le marché est présumée déjà affaiblie par la domination. La notion de domination revêt un caractère structurel car elle sert à révéler

704 T.P.I.C.E., « *Tetra Pak / Commission* », *op. cit.,* point 25 : « Si la mise en oeuvre de l'article 81 §1 procède d'une démarche en deux étapes à savoir la constatation de l'existence d'une infraction à l'article 81 § 1, puis le cas échéant, l'exonération de l'interdiction ainsi édictée si l'entente répond néanmoins aux conditions énoncées au paragraphe 3, l'article 82 exclut, en raison de la nature même de son objet, à savoir un abus, toute possibilité d'exception à l'interdiction. »

705 VOGEL L., *op. cit.,* p. 31.

l'abus sur cette structure. La constitution de la domination est conçue selon le franchissement d'un seuil, complété par d'autres indices structurels. Il n'y a pas de considération de degré et d'appréciation du pouvoir de marché pouvant relativiser la caractérisation de la domination, même si au titre du pouvoir de marché relatif l'appréciation semble plus subjective. La disposition ne laisse a priori pas de place pour une justification puisque le pouvoir de marché conçu par la domination est considéré comme en soi dangereux pour la concurrence. Le référentiel de l'appréciation de l'abus de l'article 102 T.F.U.E. est réalisé selon une situation de concurrence purement abstraite et non une concurrence spécifique qui caractérise le marché retenu. Pour analyser l'abus de domination, l'on retient la situation en l'absence de position dominante. Différemment en droit des ententes, il s'agit plutôt d'étudier la situation du marché en l'absence du comportement. L'article 102 T.F.U.E. et la présomption structurelle ne permet pas en soi d'analyse économique Le catalogue légal permet d'établir des comportement dont on déduit qu'ils restreignent la concurrence s'ils sont le fruit d'entreprises en situation de domination, ce qui fait obstacle à une approche économique de l'abus. En effet une approche économique ne permet pas de stigmatiser des pratiques en raison du seul fait du pouvoir de marché et nécessite au contraire une approche de mesure. Dès lors, il semble qu'une exemption économique au titre de l'effet du pouvoir de marché ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 102 T.F.U.E.. Il s'agit plutôt de ne pas qualifier en amont la domination, que de la justifier en aval. Le postulat structuraliste fige la structure du marché qui est condamnée et exclut de son principe la prise en compte de la potentielle efficience résultant du comportement abusif à raison de son degré. Il se pourrait toutefois que cette appréhension vienne à évoluer en raison de l'évolution de la conception du pouvoir de marché. En effet, si la domination d 'acheteurs est conçue non plus uniquement comme une position dominante de marché mais comme un état de dépendance économique, alors l'approche ne se résume plus à une modification structurelle globale. Quand bien même la domination est supposée induire une responsabilité particulière du dominant, celui- ci n'est dominant qu'à raison d'une relation bilatérale. Il s'agit de l'analyse de l'effet de la relation de dépendance sur l'ensemble de la structure de marché ce qui implique que l'abus de cette dépendance puisse être appréhendée comme positive. Cette approche, exclue du principe du droit européen, est présente en droit national.

Si l'article 102 T.F.U.E. ne permet pas de considérer le degré de pouvoir de marché et ainsi d'intégrer une exemption de comportement abusif d'acheteurs dominants, cette situation peut être prise en compte comme étant proconcurrentielle en raison de la compensation qu'elle implique.

§ 2. LA PRISE EN COMPTE DE LA PUISSANCE D'ACHAT COMME RELATIVISATION DE LA POSITION DOMINANTE DU FOURNISSEUR

La position dominante d'acheteurs, entendue comme une domination absolue, peut être vue comme un contrepouvoir au pouvoir de marché de fournisseurs. Comme en droit des ententes, la puissance d'achat peut constituer le contrepoids d'un fournisseur ayant un fort pouvoir de marché, de sorte que la position dominante des fournisseurs litigieuse est en fait relativisée à l'aune d'une balance de pouvoirs. La puissance d'achat sert alors d'instrument de relativisation de la position du fournisseur. Plus précisément, lorsque l'entreprise potentiellement en position dominante est un fournisseur, la puissance économique des acheteurs peut être un contrepoids à ce pouvoir de marché ou même un moyen de neutralisation de celui-ci. La domination d'acheteurs empêcher ainsi la caractérisation d'une domination de vendeurs. L'on peut considérer que de manière analogue, le pouvoir de marché des vendeurs peut venir empêcher la caractérisation d'une position dominante d'acheteurs. En l'absence d'un tel contrepoids, le fournisseur dominant peut pérenniser son statut sur le marché et verrouiller l'entrée à des concurrents potentiels. Dès lors, la puissance d'achat constitue un moyen de contestation de cette position par la pression exercée sur le fournisseur, ce qui entraîne des effets pro-concurrentiels.

La définition de cette puissance d'achat compensatrice concerne l'hypothèse d'oppositions de dominations absolues de part et d'autre du marché. L'on considère que la situation de puissance d'une entreprise peut être contrée par la puissance d'achat dont disposent son ou ses clients, l'empêchant ainsi de bénéficier d'une indépendance de comportement, caractéristique de la position dominante. Le juge européen reprend les critères établis pour la puissance d'achat compensatrice du droit des ententes. En ce sens « la puissance d'achat des clients d'un fournisseur est susceptible de compenser le pouvoir de marché de ce dernier si ces clients ont la capacité de recourir, dans un délai raisonnable, à des sources alternatives crédibles d'approvisionnement si le fournisseur décide d'augmenter ses prix ou de détériorer les conditions de livraison »[706]. La Commission a complété la liste des critères pertinents : « cette puissance d'achat compensatrice peut résulter de la taille des clients ou de leur importance commerciale pour l'entreprise dominante, ainsi que de leur capacité de changer rapidement de fournisseur, de favoriser de nouvelles entrées ou de s'intégrer verticalement, ou de menacer de manière crédible de le faire»[707]. Ainsi, dans l'affaire du *Verre*

706 T.P.I.C.E., 23 févr. 2006, aff. T-282/02, Rec. C.J.C.E. 2006, II, p. 319, *« Cementbouw Handel »*, points 198 à 254.

707 Communication de la Commission du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 du traité CE , *op. cit.,* point 18 : « La pression concurrentielle peut être exercée non

plat, trois producteurs sont considérés comme se trouvant potentiellement en position dominante collective. Le Tribunal reproche à la Commission de ne pas avoir recueilli les éléments matériels nécessaires afin de mettre en balance le pouvoir économique des trois entreprises visées d'une part et, d'autre part, celui des acheteurs[708]. Dans l'affaire *Irish sugar*, le Tribunal reconnaît expressément que le manque d'indépendance vis-à-vis de clients peut être considéré comme une circonstance exceptionnelle empêchant de constater une position dominante nonobstant des parts de marché élevées, mais elle estime en l'espèce que la preuve n'en est pas rapportée[709]. Il en va de même dans l'affaire du *Carbonate de soude*[710] concernant une entreprise en situation de domination du marché à raison de plus de 50% de parts de marché. Le Tribunal reprend la considération d'une indépendance vis à vis des clients pour en déduire la caractérisation d'une position dominante.

Si l'approche structuraliste de l'article 102 T.F.U.E. exclut la prise en compte d'une exemption en raison d'une approche par les effets, le droit européen considère la concurrence par les mérites.

SECTION 2. LE CRITÈRE DE LA CONCURRENCE PAR LES MÉRITES

Si le droit positif des abus de position dominante ne permet pas de considérer les aspects pro-concurrentiels à raison du degré de domination, la Commission a pu estimer que certains aspects pro-concurrentiels découlant de la domination, et donc de la domination absolue d'acheteurs pouvaient être pris en compte. Il convient de définir le concept de « concurrence par les mérites » (§ 1) afin d'en déterminer la portée (§ 2).

---

seulement par les concurrents actuels ou potentiels, mais également par les clients. Il est possible que même une entreprise détenant une part de marché élevée ne soit pas en mesure d'avoir un comportement indépendant dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses clients disposant d'un pouvoir de négociation suffisant . Cette puissance d'achat compensatrice peut résulter de la taille des clients ou de leur importance commerciale pour l'entreprise dominante, ainsi que de leur capacité de changer rapidement de fournisseur, de favoriser de nouvelles entrées ou de s'intégrer verticalement, ou de menacer de manière crédible de le faire. Si la puissance compensatrice est d'une ampleur suffisante, elle peut dissuader ou empêcher toute tentative de l'entreprise d'augmenter rentablement les prix. La puissance d'achat ne saurait toutefois pas constituer une pression effective suffisante si elle se limite à protéger un segment particulier ou restreint de la clientèle, du pouvoir de marché de l'entreprise dominante ».

708 T.P.I.C.E., 10 mars 1992, affaires jointes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, *« Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA c./ Commission »,* point 106 et suivants notamment point 110.

709 Décision de la Commission, 14 mai 1997, 97/624, *« Irish Sugar »*, points 97 et suivants.

710 T.P.I.U.E., 17 déc. 2009, T-58/01, *« Solvay SA c./ Commission»*, points 306 à 327 notamment point 314.

§ 1. LA TENTATIVE DE DÉFINITION

Au sens de l'article 102 T.F.U.E., l'exercice abusif d'une domination conçue comme absolue n'est pas justifiable. S'il n'existe pas d'exemption au sens de l'article 102 T.F.U.E., la concurrence par les mérites est un élément pouvant importer dans la pratique jurisprudentielle européenne. La jurisprudence a pu reconnaître les mérites d'un abus de position dominante résultant d'une stratégie concurrentielle selon le concept de « concurrence par les mérites ». Cette notion pourrait présenter le caractère d' « une solution dans l'analyse de l'abus »[711]. En effet selon la Commission : « L'article 82 du traité interdit à une entreprise dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites »[712]. Le juge européen n'a pas défini cette notion même si elle est apparue ultérieurement dans la jurisprudence[713]. Certains auteurs se sont essayés à la définition de cette notion[714]. Il s'agit de reconnaître, comme en droit américain, qu'un comportement susceptible de modifier la structure de marché reflète le fait pour une entreprise de lutter contre ses concurrents en s'efforçant d'acquérir un avantage distinctif contre ses concurrents. La stratégie concurrentielle aurait alors des mérites en termes d'efficience[715]. Dès lors, les efforts commerciaux visant au maintien d'une position dominante contribueraient à l'efficience du marché et non à un abus. Dans le *discussion paper* précédant la Communication du 9 février 2009[716], la concurrence par les mérites est définie comme « le mode de competition permettant la meilleure allocation des ressources au bénéfice des consommateurs. Il s'agit de déterminer si la pratique est préjudiciable au consommateur ou non. » La Commission propose donc de consentir à une exception à l'article 102 T.F.U.E. en autorisant les entreprises en position dominante à démontrer qu'une pratique abusive génère des efficiences qui en compensent les effets restrictifs. Elle précise à ce sujet qu'une entreprise peut justifier son comportement abusif selon deux possibilités : « Cette dernière peut à cet effet démontrer soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit qu'il

711 DEZOBRY G., *La théorie des facilités essentielles,* sous la dir. de THOUVENIN J.M., L.G.D.J, 2009, p.342 n°549.

712 C.J.C.E., 3 juillet 1991, C-62/86, « *AKZO Chemie BV c/ Commission».*

713 C.J.C.E., Hoffman-La -Roche / Commission, *ap. cit.,* p. 461.

714 REY P., *Concurrence par les mérites* in CANIVET G., *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris LGDJ, Droit et économie, 2006, p. 151. et VESTERDORF B. dans le même ouvrage p. 163.

715 SIBONY A.L., *op. cit.,* p.283.

716 Commission, décembre 2005, *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, point 60 : « La notion de « concurrence par les mérites » se confond avec l'effet d'exclusion. C'est pourquoi la présomption selon laquelle la pratique qui ne respecte pas la concurrence par les mérites est abusive, peut être renversée en démontrant qu'elle n'a pas produit l'effet d'éviction escompté ».

produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs. Dans ce contexte, la Commission examinera si le comportement en cause est indispensable et proportionné à l'objectif prétendument poursuivi par l'entreprise dominante »[717].
Selon la Communication, l'efficience requiert plusieurs conditions cumulatives[718] qui ne sont pas sans rappeler les critères des gains d'efficience définis au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. Il est tout d'abord nécessaire que les efficacités soient réalisées en conséquence de la conduite en cause. Ensuite, la conduite en cause doit être indispensable à la réalisation de ces efficacités. Celles-ci doivent profiter aux consommateurs. Enfin la concurrence ne doit pas être éliminée pour une partie significative des produits concernés.

Le critère de la concurrence par les mérites n'a jamais réellement été adopté par la doctrine et reste peu appliqué en pratique, notamment pour justifier un comportement d'acheteurs dominants. La doctrine est partagée quant à ce critère prétorien. Il a été critiqué car il serait trop imprécis en raison notamment de possibles interprétations divergentes selon les États, en raison de la finalité politique adoptée.[719]. Les tenants de ce critère ont opposé que celui-ci sert à déterminer si l'atteinte à la concurrence est illégitime, ce qui ne serait que l'un des critères constitutifs de l'abus sur le marché. Dans l'Union européenne, il s'agirait d'autoriser les entreprises à renforcer leur position sur le marché par leur seule efficience économique en mettant en œuvre une concurrence loyale entre les concurrents. Il s'agirait de distinguer l'effort de l'entreprise en vue de dépasser son concurrent, du comportement réalisé en vue d'exclure ce dernier. Par exemple le fait de n'accorder des prix bas qu'aux clients en relation avec les concurrents relèverait d'une discrimination contraire aux règles du mérite mais cela serait différent si ce prix était nécessaire pour pénétrer un marché difficile d'accès. Pour certains auteurs, la conception structuraliste européenne en matière d'abus de position dominante s'oppose à l'application d'un tel critère, car c'est le seul fait de vouloir figer la structure du marché qui est condamné : un tel critère ne pourrait exister en droit européen[720]. Pour d'autres auteurs toutefois, la concurrence par les mérites fait partie intégrante de l'analyse de l'article 102 T.F.U.E. et compte comme une exonération[721]. Lorsqu'une entreprise dominante utilise des procédés normaux de concurrence, ses activités ne sont pas répréhensibles. Pour apprécier l'anormalité du comportement de l'entreprise, le juge

717 Communication de la Commission du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 du traité CE, *op. cit.,* point 28.
718 *Ibid.* points 28 à 31.
719 CHONE A.S., *loc. cit..*
720 SIBONY A.L., *op. cit.,* p.283 ; MAINGUY D., RESPAUD J.L, DEPINCE M., *op. cit.,* p.299.
721 VOGEL L., *loc. cit.*

européen appliquerait selon une règle de raison, un contrôle de proportionnalité. Il s'agit de réduire la liberté d'action de l'entreprise dominante proportionnellement à son pouvoir de domination. En ce sens, l'action de l'entreprise dominante serait considérée comme « anormale » dès lors qu'elle dépasse ce qui est nécessaire à la protection de ses intérêts légitimes[722]. La position dominante ne priverait pas l'entreprise du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux lorsque ceux-ci sont menacés, à condition que cette protection soit fondée sur des critères d'efficacité économique et présenterait un intérêt pour le consommateurs. Tel serait le cas de mesures visant à assurer le bon fonctionnement interne de l'entreprise ou dictées par nécessité technique ou des politiques de qualité. Toutefois des stratégies peuvent devenir abusives si elles sont poursuivies conjointement à des pratiques dépassant la sauvegarde des intérêts commerciaux. De même, l'effet anticoncurrentiel jouerait un rôle important : si une partie substantielle de la demande demeure satisfaite ou s'il existe des solutions alternatives pour le consommateur, l'abus ne serait pas constitué. Ainsi, il faudrait sanctionner les pratiques qui affectent trop fortement le marché même si elles respectent les principes d'une concurrence par les mérites. La restriction excessive serait sanctionnée afin d'éviter des situations de super- domination[723].

Il semble que l'appréciation de la concurrence par les mérites soit tributaire de l'appréciation subjective de la normalité du comportement et moins de l'analyse des effets pro-concurrentiels sur le marché. La définition en termes de gain d'efficience paraît en ce sens plus cohérente avec l'approche générale du pouvoir de marché. La balance entre le comportement indispensable et proportionné et l'objectif prétendument poursuivi par l'entreprise dominante apparaissent néanmoins peu compatibles avec une approche objective économique. Dans une perspective globale d'appréhension de pouvoir de marché, ce concept exclurait *de facto* la dominance relative, les gains d'efficience de marché résultant d'une relation bilatérale étant difficilement démontrables.

La prise en compte d'aspects pro-concurrentiels corollaires d'une domination d'acheteurs pourrait être considérée plutôt dès la qualification de la domination.

§ 2. LA PRISE EN COMPTE EN AMONT DE DONNÉES ÉCONOMIQUES PRO-CONCURRENTIELLES

Il apparaît que la seule possibilité effective en droit européen

722 Le professeur VOGEL cite notamment à cet effet : C.J.C.E., 14 février 1978, aff. 27/76, *United Brands Company,* point 158 ; T.P.I.C.E. 7 octobre 1999, aff. T228/97 *Irish Sugar* ; C.J.C.E. 15 décembre 1994 aff. C250/92.*Gotturp- Klim*, Décisions o*p. cit.*
723 CHONE A.S., *op. cit.,* p.271.

permettant la prise en compte de données économiques favorables au marché liées à la puissance d'achat soit située lors de la qualification en amont des éléments de l'article 102 T.F.U.E.. Il s'agit d'une part de faire échapper le comportement de l'entreprise en domination à l'article 102 T.F.U.E., quant à la qualification de l'abus par l'exploitation de cette position ou l'exclusion d'un concurrent. Pour certains auteurs, c'est à ce stade que pourrait intervenir la notion de concurrence par les mérites. Un comportement lié à une domination d'acheteurs pourrait ne pas être considérée comme abusif mais comme étant l'exercice d'une concurrence par les mérites lorsqu'il consiste à diminuer les coûts de l'opérateur économique dominant ou à augmenter son efficacité[724].

Il semble que l'on puisse rejoindre l'analyse en terme de justification en prenant en compte la domination absolue et relative. C'est lorsqu'il y a coïncidence entre l'objectif de protection de concurrence et de protection des concurrents que l'on peut valablement prendre en compte certains avantages concurrentiels liés à la position dominante. L'absence de qualification de domination en amont semble être une solution palliative à l'absence de considération d'un pouvoir de marché global et ainsi ses effets sur le marché. Pour autant, comme en droit des ententes et des concentrations, la preuve de gains d'efficience n'est pas aisée. Elle est d'autant moins évidente qu'elle concerne de prime abord une relation bilatérale pour laquelle les effets sur le consommateur ne sont pas immédiats.

Les droits nationaux français et allemand ont pu prévoir des exemptions liés à des situations de domination absolue et relative.

CHAPITRE 2. LA PRISE EN COMPTE DE LA PUISSANCE D'ACHAT COMME EFFET PROCONCURRENTIEL EN DROIT NATIONAL DES ABUS DE DOMINATION

Si les droits nationaux français et allemand contiennent des formes d'exemptions d'abus de domination (section 1), la portée pratique de ces dispositions reste limitée (section 2).

724 DEZOBRY G., *La théorie des facilités essentielles,* Thèse sous la dir. de THOUVENIN J.M., Université de Paris X, L.G.D.J, 2009, p.342 n°550.

SECTION 1. LA PRISE EN COMPTE DE LA PUISSANCE D'ACHAT DANS LES EXEMPTIONS

Le droit national allemand ne prévoit pas d'exemption particulière au titre des abus de domination. L'exemption de l'article 2 de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence concerne les ententes, conformément aux dispositions de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. De la sorte, les entreprises exemptées au titre de l'article 2 qui se trouvent être également en situation de domination peuvent être prohibées au sens des articles 19 et 20 de la loi contre les restrictions de concurrence sans possibilité de justification[725].

Le droit français prévoit l'exemption d'abus de domination au titre de l'exemption des pratiques anticoncurrentielles. Elle se réalisent *a posteriori* légalement ou à raison d'un bilan économique. Les exonérations individuelles peuvent être prises en application d'un texte législatif ou réglementaire. Au sens de l'article L. 420- 4 alinéa 1 phrase 1 du Code de commerce, une exonération individuelle *a posteriori* est envisagée lorsque la pratique résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application[726]. Afin d'être applicable au titre d'une exemption, la disposition invoquée doit avoir pour objet ou, à tout le moins, pour effet direct une organisation de la production ou du marché restreignant la concurrence. L'article L 420- 4 alinéa 1 phrase 2 prévoit les exemptions individuelles. Il s'agit d'établir le progrès économique justifiant l'abus de domination réalisé[727]. Les conditions sont reprises de l'article 101 § 3 T.F.U.E. Ce sont les entreprises qui entendent bénéficier de l'exemption qui ont la charge de la preuve du progrès économique. Comme au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E., quatre conditions cumulatives doivent être remplies. Il s'agit de deux conditions positives et de deux conditions négatives. Tout d'abord les pratiques doivent avoir pour effet d'assurer un

725 MARKERT K. in IMMENGA U., MESTMÄCKER E.J., *op .cit.,* p. 542.

726 L'article L 420- 4 alinéa 1 phrase 1 du Code de commerce dispose : . « Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L 420- 1 et L 420- 2 les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ».

727 L'article L 420- 4 alinéa 1 phrase 2 du Code de commerce prévoit : « Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L 420-1 et L 420- 2 les pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».

progrès économique comme l'accroissement de la productivité, la mise en place d'un service après-vente de qualité, ou la prise en compte de la création ou du maintien de l'emploi. En précisant que la pratique ne doit pas être de nature à supprimer toute concurrence, elle fait primer le maintien d'une dose minimale de concurrence sur toute contribution au progrès économique[728]. Elles doivent réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et non améliorer exclusivement la situation des entreprises parties à l'entente. Concernant les conditions négatives, les pratiques ne doivent pas donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence sur une partie substantielle du marché des produits en cause. Ensuite, ces pratiques ne doivent pas imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre l'objectif du progrès économique. Cette condition, qui a été qualifiée de proportionnalité, suffit en fait, dans la majorité des cas, à rejeter la demande d'exonération.

SECTION 2. UNE PRISE EN COMPTE RELATIVE

L'article L 420- 4 du Code de commerce prévoit la possibilité d'exempter individuellement un comportement abusif d'acheteurs prévu au titre de l'article L 420- 2 alinéa 1 et 2 du Code de commerce, contrairement à l'article 102 T.F.U.E. qui ne prévoit aucune possibilité d'exemption. L'article L 420- 4 du Code de commerce énonce notamment une exemption générale pour progrès économique. Si la charge de la preuve de l'abus pèse sur le demandeur, c'est au défendeur de prouver la cause d'exemption dont il se prévaut. Ces exemptions peuvent potentiellement concerner les abus de puissance d'achat relevant d'une domination et sanctionnés sur la base des articles L 420- 2 alinéa 1 et 2 du Code de commerce. Les causes d'exemption sont les mêmes pour l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles. Celles retenues en droit national des abus de domination équivalent à celles retenues dans le bilan concurrentiel de l'article 101 § 3 T.F.U.E..

La doctrine a pu établir une liste dogmatique des aspects proconcurrentiels dont profite le marché corollaires d'un abus de domination[729]. Il s'agit d'une part de l'intérêt de l'entreprise, donc l'intérêt indirect du consommateur et de l'autre de l'intérêt direct du consommateur. Les intérêts indirects correspondent à l'alignement sur les concurrents, le caractère risqué de l'activité, la protection de l'innovation, le protection du nouvel opérateur sur le marché émergent, la protection du changement brutal des conditions de marché. Pour l'intérêt direct du consommateur, il s'agit essentiellement du prix et de la qualité. En pratique, cette exonération n'a jamais été appliquée aux abus de domination d'acheteurs mais uniquement aux restrictions matérialisant une

728 CHONE A.S., *op. cit.*, p.272.
729 *Ibid.* p.278.

puissance d'achat du droit des ententes. Selon certains auteurs, l'absence de cette application aux abus de domination s'explique par le fait que le critère du progrès économique est très rigoureux[730] De plus, les effets anticoncurrentiels de la puissance d'achat sont être appréciés *in concreto*. Les gains d'efficience peuvent contrebalancer les effets restrictifs de concurrence et logiquement l'appréhension de la répercussion des gains auprès du consommateur reste statique puisqu'elle ne concerne la situation du marché qu'au moment de l'analyse et non à terme. Il se peut que la concurrence soit réduite à terme en raison d'une situation de domination de marché[731].

CHAPITRE CONCLUSIF DE LA SECONDE PARTIE

L'appréhension de la puissance d'achat comme expression d'un degré de pouvoir de marché permet de considérer par un bilan économique les aspects anticoncurrentiels et pro-concurrentiels liés à la restriction. Cette vision diverge lorsque la puissance d'achat est appréhendée en terme d'exercice de pouvoir de marché. La notion de domination implique une présomption structurelle négative et une appréhension en raison même de l'existence du déséquilibre duquel le comportement est le révélateur. La lettre du droit européen ne permet pas de justification de la domination telle que l'exemption prévue au titre du droit des ententes et des concentrations. La Commission tend à élargir la conception de la domination par une acception large du pouvoir de marché, au sens des droits nationaux. L'appréhension d'un rapport bilatéral en droit européen relevant de la protection des concurrents semble envisageable dans le sens de la protection de la concurrence. De la sorte, l'acception de puissance d'achat se ferait selon la notion de pouvoir de marché ce qui rendrait une approche par les effets plus probable. Dans le sens d'une ouverture économique du droit de la concurrence, la Commission a introduit le concept de concurrence par les mérites. Une prise en compte d'aspects proconcurrentiels corollaire d'un abus de domination paraît concevable. Le droit français, en ce sens, consacre une possible exemption des abus de domination relatif ou absolu au même titre qu'en droit des ententes et des concentrations. Toutefois, la conception même de l'abus de domination implique une appréciation subjective du comportement. L'exigence de la preuve des gains d'efficience, déjà malaisée à démontrer quant au degré de pouvoir de marché, semble peu adaptée au contrôle

730 *Ibid.* p.272.
731 Décision de la Commission, *« Carrefour / Promodes », op. cit.,* point 48.

des abus de domination afférent à l'exercice de ce pouvoir de marché. La domination relative implique en outre une considération de type bilatérale. De la sorte, il semble peu opportun de requérir la démonstration de gains d'efficience par un surplus au bénéfice du consommateur. Une justification de l'abus par puissance d'achat paraît concevable mais nécessiterait un ajustement quant à la détermination des aspects proconcurrentiels. Dans le sens d'un élargissement de la définition de la domination au titre de l'article 102 T.F.U.E., il paraît cohérent de saisir les bénéfices apportés aux concurrents, engendrant *in fine* une conséquence favorable à la concurrence en terme de surplus.

TITRE CONCLUSIF DE LA PARTIE 2

La puissance d'achat s'entend d'une domination de marché d'un ou plusieurs acheteurs, absolue ou relative. Les dispositions de droit national dissocient la domination relative de la domination absolue, différemment du droit européen au titre de l'article 102 T.F.U.E.. L'évolution du droit des concentrations et l'interprétation des positions de la Commission laisse présager d'une conception mixte du droit européen en terme d'appréhension de la puissance d'achat. La domination absolue des acheteurs est saisie par la notion de position dominante mais tend en pratique à s'intéresser à la domination relative des acheteurs dans une relation bilatérale. Cette interprétation s'inscrit dans une démarché d'ouverture économique de la part de la Commission. En ce sens, le droit européen des concentrations dissocie lui- même la position dominante de la dépendance économique dans son test S.L.C. et tend à autonomiser la notion de puissance d'achat en la considérant comme un pouvoir de marché. La puissance d'achat est saisie en droit européen notamment à raison d'une domination d'acception mixte, permettant de saisir des situations horizontales mais également verticales ayant un effet sur le marché. La puissance d'achat, saisie comme pouvoir de marché, est caractérisée par un faisceau d'indices pour lequel les parts de marchés ne sont qu'un indice auquel s'ajoutent d'autres indices structurels. La dissociation de la puissance d'achat en tant que domination absolue ou relative, telle que définie en droit national, perd en pertinence puisqu'il s'agirait *in fine* d'établir un pouvoir de marché par un test pouvant être global.
Le droit européen de la concurrence s'ouvre à une dimension économique du pouvoir de marché et l'introduction de la concurrence par les mérites témoigne d'une tentative en termes

d'approche par les effets du pouvoir de marché. Toutefois, à la différence du droit des concentrations, la démonstration des abus d'acheteurs au titre de l'article 102 T.F.U.E. implique de démontrer l'abus résultant de la domination. Dès lors, la difficulté de la preuve réside moins dans la démonstration du pouvoir de marché des acheteurs que dans leur comportement. L'abus est un critère comportemental subjectif en contradiction avec le critère objectif afférent à la structure. Si l'article 102 T.F.U.E. contient un catalogue légal non exhaustif de l'abus, la caractérisation de l'exercice abusif est prétorienne. Le critère de l'élément comportemental ne peut être d'acception structurelle et paraît difficilement adaptable à une situation de pouvoir de marché. Nonobstant le glissement du contrôle sur le critère de position dominante afin d'en garder une appréciation plus structurelle que comportementale, les critères d'appréhension sont en réalité peu adaptés à une expression de pouvoir de marché car ils reposent sur l'appréciation d'éléments comportementaux dont l'essence est subjective. A ce titre, il semble nécessaire de revoir les critères constitutifs de l'abus de domination. Si celui-ci tend à rétablir un déséquilibre de marché en laissant peser une présomption de responsabilité particulière sur le dominant, la caractérisation de l'abus pourrait être constituée différemment au profit du dominé. A ce titre le catalogue légal de l'article 102 T.F.U.E. devrait préciser la domination absolue et relative. Une facilitation en terme de caractérisation de l'abus serait de renverser la charge de la preuve au profit du dominé. L'abus pourrait constituer une présomption réfragable d'atteinte à la concurrence en raison de la domination, de sorte que la domination se confondrait avec l'abus. Un acheteur dominant serait présumé exercer abusivement son comportement et il pourrait échapper à la prohibition de son comportement en démontrant les gains d'efficience de son comportement. La présomption instaurée au profit de la victime potentielle permettrait de dépasser outre la démonstration de l'atteinte au marché, la démonstration de l'abus par la victime. La notion subjective de l'abus serait atténuée par la présomption structurelle unique. Cette thèse aurait l'avantage de ne pas lister des comportements dans un catalogue légal, de sorte que *de facto,* ces comportements abusifs pourraient résulter de l'ensemble des comportements de l'acheteur dominant, notamment dans les relations bilatérales décrites au titre des pratiques restrictives françaises. La caractérisation des gains d'efficience du dominant pourrait être facilitée par une conception globale des bénéfices au marché, ce qui nécessiterait de prendre en compte les aspects pro-concurrentielles dans la relation aux concurrents et moins nécessairement sur le consommateur. L'on pourrait s'inspirer du l'article 101 § 3 T.F.U.E. pour justifier de tels comportements. Une conception moins exigeante des gains d'efficience au croisement de la concurrence par les mérites, éviterait la stigmatisation d'une puissance d'achat anticoncurrentielle. L'on pourrait considérer

largement les aspects proconcurrentiels corollaires d'un tel comportement, non pas en terme de surplus pour le consommateur mais en terme de justification de la stricte protection des intérêts de l'entreprise dominante pour rester concurrentielle. En ce sens, l'on pourrait avoir une réelle approche de pouvoir de marché par les effets, cohérente avec le droit des concentrations. Cette situation serait propre à saisir la puissance d'achat dans son acception anti- et proconcurrentielle. Celle-ci est, dans son acception de domination, déjà considérée comme un pouvoir de marché proconcurrentiel en raison de son rôle compensateur vis à vis de fournisseurs dominants.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'étude a permis d'analyser l'approche normative de la puissance d'achat en droit européen et de considérer la portée des différentes dispositions appréhendant celle-ci. Les finalités de politique concurrentielle impliquent diverses acceptions de la puissance d'achat. Les considérations normatives attenantes s'inscrivent dans le sens de la protection de la concurrence et donc de l'intérêt du consommateur. La puissance d'achat, loin d'être stigmatisée tend à être conçue en droit européen comme pouvoir de marché, potentiellement pro- et anticoncurrentiel. Cette appréhension varie selon les normes considérées en raison des logiques des pans de droit applicables dans l'approche concurrentielle visée. Cette approche présente toutefois certaines limites que la présente étude a établies, de sorte qu'une évolution normative, par exemple de droit dérivé, pourrait être souhaitable. Les droits nationaux permettent d'inspirer des propositions en ce sens. La critique de l'approche européenne de la puissance d'achat nécessite de considérer l'ensemble du droit de la concurrence quant à la réception juridique de concepts économiques afférents à la puissance d'achat (chapitre 1). A cette issue, s'impose une projection constructive de l'appréhension concurrentielle de puissance d'achat et passe par la formulation de propositions juridiques quant à une appréhension plus adaptée (chapitre 2).

CHAPITRE 1. CRITIQUE DU DROIT POSITIF

La puissance d'achat est appréhendée par le droit européen comme un pouvoir de marché entraînant des effets pro ou anticoncurrentiels à raison de son degré ou comme exercice abusif de ce pouvoir de marché. Les dispositions de droit positif concernant les pratiques restrictives de concurrence et les concentrations d'une part, ainsi que les abus de domination d'autre part, correspondent à deux hypothèses d'appréhension de la puissance d'achat par le droit européen. Les logiques normatives diffèrent sensiblement en raison des finalités concurrentielles poursuivies, induisant leur fonctionnalité à saisir ce phénomène économique. A l'aune de la jurisprudence européenne, l'on constate que la puissance d'achat est en pratique appréhendée principalement par le droit des concentrations. Il est nécessaire de revenir sur les études des différents pans concurrentiels traitant de la puissance d'achat afin d'en formuler une critique.

Si le droit des ententes et des concentrations relèvent d'une

logique structurelle tempérée, les abus de domination obéissent à une logique ordo- structurelle forte teintée d'un élément subjectif afférent au comportement. Dans le premier cas, la puissance d'achat est considérée comme nocive pour la concurrence si elle est trop importante. Dans le second cas, elle est présumée nocive et réprimée si elle est exercée abusivement. Ces normes afférentes à la protection de la concurrence concernent la puissance d'achat comme pouvoir de marché absolu ou relatif. Cette double acception issu du droit national témoigne de l'évolution du droit européen de s'ouvrir à une dynamique concurrentielle économique, ce que confirment les évolutions de *soft law*. Le droit des concentrations, par son test S.L.C. centré sur l'entrave significative prend en compte la position dominante, en situant les acheteurs détenant un pouvoir de marché global. Il considère également la puissance d'achat *a priori* comme effet unilatéral restrictif, et la jurisprudence tend à autonomiser la puissance d'achat comme critère constitutif d'une entrave entraînant un test de dépendance économique. En ce sens, le juge européen a initié une évolution dans la détermination du critère de domination qui, nonobstant la lettre du traité, ne saurait ne se limiter à une conception dite absolue. Les législateurs nationaux ont initié, cette double appréhension normative sanctionnant l'abus de dépendance économique par puissance d'achat, complétant ainsi l'appréhension de puissance d'achat par le critère de position dominante entendue comme absolue. L'évolution du droit de la concurrence dans un sens plus économique se concrétise également quant à l'appréhension de la puissance d'achat dans ses effets. Cette approche de puissance d'achat comme pouvoir de marché par les effets tend à relativiser l'importance de la dissociation du pouvoir de marché absolu ou relatif puisqu'il s'agit *in fine* de considérer les conséquences de celui-ci. A ce titre, l'on intègre une considération économique positive des effets de puissance d'achat. Au- delà des effets pouvant constituer une atteinte à la concurrence, l'on apprécie si ce pouvoir de marché a pour corollaire d'engendrer des effets bénéfiques de concurrence. L'analyse proconcurrentielle des effets se réalise en droit des concentrations *a priori*, par un bilan économique ou bien en droit des ententes *a posteriori* . Cette volonté d'approche par les effets semble s'élargir au droit des abus de domination, dans le sens du droit national français, par l'intégration d'une concurrence par les mérites. Cette ouverture économique du droit européen est enfin matérialisée par la conception de contrepouvoir que la puissance d'achat peut représenter, conçue comme intrinsèquement bénéfique car contribuant à l'équilibre de marché. Cette vision progressiste de l'ouverture économique doit néanmoins être relativisée en raison du champ d'application limité ou de l'interprétation restrictive de ces normes qui en rend l'application pratique malaisée.

La délimitation du marché pertinent peut soulever des difficultés

concrètes d'application. Le choix méthodologique de la technique des seuils est un outil de mesure du degré de pouvoir de marché et un élément déclenchant du contrôle normatif. Il comporte toutefois certains inconvénients en rendant le contrôle difficilement prévisible et peut inciter les entreprises disposant d'une puissance d'achat à se comporter de manière stratégique afin de contourner les règles. L'évaluation des parts de marchés respectives et les barrières à l'entrée sont des données peu accessibles. L'approche par seuils s'est en outre révélée lacunaire en raison de la délimitation subjective des marchés pertinents ou par une détermination normative de marché pertinent peu adaptée à la prise en compte de la part du distributeur. En droit des concentrations, le calcul des parts de marché en terme de restrictions verticales n'est pas nécessairement adapté à la situation d'acheteurs puissants. Le calcul de la part de marché du distributeur dans les restrictions verticales, lié au marché pertinent retenu fait varier sensiblement l'approche de la puissance d'achat. Il est réalisée sur les marchés d'achat sur les marchés amonts et occulte la diversité des réseaux de distribution et des effets de verrouillage afférents. Des secteurs concernés par une concentration aval importante comme dans la grande distribution alimentaire sont favorisés par ce type de calcul. Les restrictions horizontales, différemment, prennent en compte les parts de marché détenues par l'acheteur possiblement détenues sur le marché aval de même que celles détenues en amont.

Les dispositions sur les critères quantitatifs de parts de marché se voient rarement applicables en raison de la difficulté à calculer les parts ou à délimiter le marché pertinent. Les seuils quantitatifs requis sont rarement atteints afin de caractériser une situation litigieuse. Or l'article 101 § 1 T.F.U.E., l'article 102 T.F.U.E. et le droit des concentrations nécessitent une délimitation précise du marché pertinent pour le calcul des parts de marché. De la sorte, des distributeurs ne disposant pas de très fortes parts de marchés peuvent, si la caractérisation de la position dominante était tangente, échapper à la présomption de domination absolue si le marché est délimité largement. En cela, la conception globale de la puissance d'achat en tant pouvoir de marché conçu comme un ensemble de facteurs est cohérente. L'appréciation des atteintes résultant de la puissance d'achat, par une caractérisation à l'aune d'autres indices structurels que les parts de marché permet de saisir la puissance d'achat dans son ensemble. La puissance d'achat peut se constituer en deçà de seuils prédéterminés et le contrôle de la puissance d'achat peut s'effectuer en deçà des seuils établis. La puissance d'achat peut être analysée comme pouvoir de marché, dépassant une approche simple par barèmes fixes s'adaptant peu aux situations variées matérialisant cette puissance d'achat. Cette approche reste toutefois dogmatique et la puissance d'achat conçue comme domination absolue n'a jamais été saisie en deçà des seuils fixés, des effets anticoncurrentiels étant conséquemment

rarement retenus en l'absence de ces seuils. Le droit des ententes évoque la considération des effets cumulatifs qui permet de contourner la caractérisation des seuils, mais cette approche reste en pratique isolée. La caractérisation structurelle d'une atteinte au marché est largement tributaire de l'établissement de parts de marché quand bien même les normes fournissent d'autres moyens afin de conclure à un pouvoir de marché à effet anticoncurrentiel. En ce sens, l'introduction de la conception du pouvoir de marché relatif par dépendance économique est salué puisque la caractérisation de la puissance d'achat est facilitée. L'approche par les effets trouve ainsi ses limites, puisque différemment d'une seule approche économique de bilan, il est nécessaire de caractériser juridiquement la matérialisation de cette puissance d'achat.

La réception juridique de concept économique trouve également sa limite dans l'établissement de la preuve juridique. En droit des pratiques anticoncurrentielles, le comportement résultant de la puissance d'achat est rarement sanctionné par les autorités. Les entreprises victimes de la puissance d'achat peuvent en principe saisir les autorités de concurrence et dénoncer ces agissements afin de profiter des pouvoirs d'investigation renforcés des autorités. Or démontrer l'existence d'une violation des règles de la concurrence, quand bien même cette charge n'incombe pas aux victimes, équivaut à caractériser une faute[732]. L'établissement de la preuve est liée aux complexités d'analyse économique de la situation de puissance d'achat ou du préjudice résultant de celle-ci. En droit des pratiques anticoncurrentielles, la constitution d'une restriction ou d'un abus de domination constitue un fait générateur de responsabilité. Pour les autorités, il est difficile d'apporter la preuve matérielle de la faute. L'entreprise lésée ne connaît que difficilement les coûts du concurrent à défaut de connaître ses propres coûts réels de production et de distribution des produits et services livrés aux acheteurs puissants. Le fait de déterminer ces coûts particulièrement pour une entreprise dont la production et la distribution est très diversifiée peut s'avérer fastidieux. En outre les P.M.E. entreprises victimes de comportements anticoncurrentiels de puissance d'achat craignent les représailles et à défaut de dénoncer ces pratiques, ne témoignent pas. Concernant les abus de position dominante, l'abus est un critère comportemental subjectif en contradiction avec le critère objectif afférent à la structure. Si l'article 102 T.F.U.E. contient un catalogue légal non exhaustif de l'abus, la caractérisation de l'exercice abusif est prétorienne. La dimension comportementale de l'abus porte intrinsèquement la contradiction normative entre la protection des concurrents afférentes à la pratique des abus

732 DUMARCAY M., *La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles »,* Thèse, Université de Montpellier, Litec, 2010, p. 433 : voir le rapprochement du droit européen des pratiques anticoncurrentielles avec le régime de responsabilité civile de droit commun français.

qui semble être un critère mais également une des finalités de la norme, et la protection du marché. L'élément comportemental semble peu adaptée à l'appréhension de la puissance d'achat car il repose sur une appréciation subjective. Le catalogue légal regroupe des abus types non révélateurs de l'ensemble des abus possibles pouvant être commis par un acheteur dominant. Il ne semble pas adapté aux réalités de l'abus. A cet exemple, les dispositions en terme de discrimination peuvent être contournées notamment car l'interdiction de discrimination de prix protège les P.M.E. en empêchant les prix abusivement bas et une réduction de la concentration. Toutefois, s'il doit s'agir de biens ou services de même catégorie et les acheteurs puissants en pratique exigent des produits ou services avec des caractéristiques différentes et allèguent que les produits ou services achetés à des prix moindres ne sont pas les mêmes. Lorsque l'acheteur obtient des conditions discriminatoires des vendeurs ou lorsque des pressions sont exercées sur un vendeur particulier pour l'obliger à ne traiter qu'avec l'acheteur, il est alors difficile de déterminer le marché pertinent afin de caractériser l'abus de l'acheteur. La caractérisation de l'abus est donc difficile ainsi que sa preuve. La preuve de l'exercice abusif d'un pouvoir de marché réside notamment sur les éléments apportés par des entreprises concurrentes ou des fournisseurs lésés. Le législateur européen exige la démonstration de l'atteinte à la concurrence sans que l'atteinte aux concurrents suffise à la caractériser de sorte que la norme doit concilier deux choix en théorie antinomiques concernant l'équité contractuelle et la finalité de protection générale du marché. Le droit des concentrations est plus à même de saisir la puissance d'achat comme pouvoir de marché en raison de l'analyse des effets découlant sur la concurrence et donc de l'appréciation en terme d'efficience globale. L'établissement de la preuve est facilité car la démonstration de la lésion des opérateurs économiques tels que les fournisseurs n'est pas un prérequis et c'est la situation d'ensemble du marché qui est envisagée. Le pouvoir de marché peut donc être exprimé au sein de relations contractuelles verticales et horizontales dont les effets sont analysés à l'aune de l'ensemble du marché.

En outre, la démonstration de l'affectation sensible du commerce entre États membres est en pratique difficile. Cela tient au fait que l'affectation du commerce entre États membres, condition *sine qua non* dans l'application des dispositions des articles 101 et 102 T.F.U.E., est rarement donnée. D'autre part, l'effet sur le commerce entre États membres est rarement considéré comme sensible, les seuils requis étant rarement atteints[733]. Il faut

733 Selon les lignes directrices du 27 avril 2004, un accord n'est pas considéré comme sensible lorsque d'une part la part de marché totale des parties sur le marché affecté par l'accord ne dépasse pas 5 % et d'autre part le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises en cause en cas d'accord horizontal ou par le fournisseur en cas d'accord vertical n'excède pas 40 millions d'euros.

souligner qu'à la différence du droit allemand, les décisions de l'autorité de concurrence n'ont pas autorité de chose jugée devant les juridictions nationales. Les entreprises lésées demandant réparation devant le juge judiciaire français devront encore démontrer, selon le régime de responsabilité civile, le préjudice et le lien de causalité avec la faute. La décision de l'autorité de concurrence en matière de faute constitue une preuve juridique de la faute[734]. Ceci rend les procédures particulièrement longues et peu incitatives pour dénoncer les infractions.
Le droit européen se borne à la protection de la concurrence par la conception de la protection du consommateur. La volonté apparente du législateur européen de ne pas se préoccuper de relations bilatérales d'opérateurs économiques mais de la seule protection du consommateur exclut *de facto* la considération de certaines relations bilatérales entraînant certaines faiblesses dans l'approche concurrentielle de la puissance d'achat. Ce constat vaut à titre d'exemple pour la revente à perte du droit européen au sens des pratiques anticoncurrentielles qui exclut les pratiques commerciales restrictives de son champ d'application, au motif même de la protection téléologique du consommateur. En ce sens le droit des abus de position dominante exclut de son champ la domination relative et ne prend pas en compte les pratiques commerciales restrictives telles que citées dans les dispositions françaises concurrentielles. Toutefois l'exclusion de l'intérêt de l'allocation distributive du pouvoir de marché du droit européen entraîne des lacunes normatives dans l'appréhension de la puissance d'achat. L'intérêt du consommateur ne peut être pris en compte isolément et nécessite que le droit européen s'intéresse à la répartition de ce pouvoir de marché par la protection de l'ensemble des opérateurs et donc la prise en compte de relations bilatérales. La notion de protection du consommateur semble revêtir une acception artificielle limitée pour laquelle les contours dissociatifs de l'intérêt des opérateurs économiques paraît tenue. L'introduction de test de dépendance économique en droit des concentrations et ainsi la domination relative afférente est un concept issu du droit des contrats. Cette démarche jurisprudentielle laisse présager d'un dépassement du simple intérêt du consommateur ou d'une acception large de cet intérêt.

L'appréhension de la puissance d'achat comme étant d'effet proconcurrentiel comporte également des limites. La conception conception ordo- structurelle conçoit la puissance d'achat en terme de degré et ses effets sont analysés dans leur ensemble, selon la méthode du bilan concurrentiel en droit des ententes et celle du bilan économique en droit des concentrations. La balance permet de compenser les effets restrictifs de concurrence de pouvoir de marché par des effets favorables à la concurrence. Le bilan économique permet de mettre en balance les gains d'efficience découlant de l'opération de concentration

734 DUMARCAY M., *op. cit.,* p. 439.

de sorte que l'entrave à la concurrence n'est pas constituée. Toutefois, l'allégation des gains d'efficience en droit des concentrations est en pratique assez peu répandue. Les critères de ces gains sont d'interprétation restrictive et la Commission se montre exigeante quant à la vérification des preuves alléguées. Si les parties arrivent à démontrer que l'opération engendre une baisse des prix ou une innovation de produits ou services, il reste moins évident à prouver qu'ils résultent directement de l'opération et surtout qu'ils ne résultent pas de moyens alternatifs moins anticoncurrentiels. Cette possibilité est relativisée car la difficulté de son application et les parties à une opération de concentration préfèrent opter pour des mesures correctives, le plus souvent correspondant à une une modification structurelle. Le droit des abus de position dominante fait montre d'une ouverture plus que restreinte à la réception du raisonnement économique en raison du structuralisme afférent. L'évaluation de la puissance d'achat n'est pas considérée à raison d'un degré mais à raison de son exercice de sorte que les effets du comportement abusif du point de vue des consommateurs est exclu de l'analyse. Ainsi une éventuelle réception des avantages liés à une situation de puissance d'achat permettant de justifier ou d'exempter l'abus est exclue. Cette analyse structuraliste de l'abus de position dominante se différencie du droit des ententes et des concentrations où le pouvoir de marché est une notion centrale et où les effets du comportement peuvent induire des bénéfices à la concurrence. Pour autant les articles 101 et 102 T.F.U.E. ont vocation à être appliqués cumulativement, ce qui, en présence de raisonnements divergents, peut poser des difficultés de sécurité juridique. Un examen juridique cohérent nécessiterait que soient pris en compte dans l'ensemble du droit des pratiques anticoncurrentielles au même titre, des données économiques potentiellement pro- et anticoncurrentielles.

Par ailleurs, la puissance d'achat peut être considérée comme étant proconcurrentielle à raison du contre-pouvoir structurel qu'elle constitue. Il ne s'agit pas de considérer l'atteinte à la concurrence pouvant découler de la puissance d'achat selon les aspects bénéfiques corollaires d'une restriction ou bien les effets découlant d'une concentration d'acheteurs. Il s'agit plutôt de justifier la position de vendeurs pouvant engendrer une entrave laquelle ne serait pas constituée en raison de l'équilibre d'une structure de marché générée par l'existence concurrentielle d'acheteurs puissants. Cette puissance est déclinée en terme de pouvoir de négociation face à des vendeurs puissants découlant d'une situation de domination dite absolue. La déclinaison du pouvoir compensateur reste limitée à des cas concrets de concurrence parfaite ou oligopsones étatiques. La notion de puissance compensatrice n'obéit à aucune définition légale et les critères prétoriens restent à l'appréciation des autorités. De la sorte cette application à raison du contre-pouvoir reste en pratique limitée.

CHAPITRE 2. ÉLÉMENTS DE DROIT PROSPECTIF

La critique de l'étude a témoigné des limites du droit européen quant à une appréhension efficace de la puissance d'achat comme pouvoir de marché, dans son acception pro- et anticoncurrentielle. Il apparaît nécessaire de formuler des propositions quant à l'évolution de droit envisageable dans l'appréhension de puissance d'achat.

Les outils normatifs européens permettant d'appréhender la puissance d'achat ne semblent adaptés que lorsqu'il s'agit de concevoir la puissance d'achat comme pouvoir de marché absolu. Or les objectifs de politique concurrentielle de protection de l'efficience globale de marché paraissent limités afin d' appréhender la puissance d'achat dans l'ensemble de ses matérialisations, notamment pour saisir des situations afférentes à un pouvoir de marché relatif. La puissance d'achat ne se résume pas à l'expression d'un pouvoir de marché absolu au sens où les rapports contractuels issus de la domination relative devraient être exclus du débat européen. Il semble au contraire que placer le consommateur au centre des débats exclut la protection du cocontractant, alors que le consommateur n'est pas nécessairement dans une situation de faiblesse. Il est envisageable que le consommateur ne soit pas lésé en raison des répercussions des économies réalisées par le distributeur, contrairement au fournisseur floué. Il ne saurait être valablement fait abstraction de la distribution allocative des ressources car elle conditionne le bien être du consommateur. La puissance d'achat doit être conçue comme un phénomène global ne se résumant pas à un pouvoir de marché absolu quantifiable en part de marché. La puissance d'achat dépasse les situations monopso- ou oligopsonistiques et s'exprime dans des rapports bilatéraux notamment verticaux, ce qui mérite une attention particulière du droit européen de la concurrence à l'instar des droits nationaux. La puissance d'achat doit être envisagée comme un pouvoir de marché absolu mais aussi relatif pouvant déployer ses effets potentiellement pro et anticoncurrentiels ou bénéfiques de concurrence en raison du contrepouvoir constitué. Le concept de loyauté devrait être intégré en droit européen afin de prendre en compte le pouvoir de marché relatif.
Si les instruments normatifs méritent d'être précisés quant à l'établissement de ce pouvoir de marché, il convient de reconnaître que ce ne sont pas tant les moyens normatifs qui manquent à l'appréhension de ce phénomène économique, que le postulat politique de départ se limitant à l'efficience globale et à l'intérêt du consommateur. Les moyens mis en œuvre pour saisir la puissance d'achat se bornent à une conception de pouvoir de

marché absolu et permettent de saisir une partie des situations par le prisme structurel indicatif des parts de marché. Il se pourrait toutefois qu'à l'aune des réalités concrètes des manifestations de puissance d'achat, les objectifs de concurrence européens doivent être élargis et que les normes afférentes soient modifiées en conséquence sur l'inspiration de droit national. Il conviendrait de considérer dans la politique de concurrence l'incidence de la puissance d'achat prise dans les relations bilatérales, celles-ci ayant intrinsèquement des effets sur la concurrence.

Le postulat selon lequel le droit européen lutte contre le pouvoir de marché et ne se préoccupe pas de la loyauté contractuelle semble dépassé. Au motif de l'efficience globale et selon cette théorie, il faudrait dissocier la protection du marché et donc l'intérêt du consommateur de la protection des concurrents. A ce titre, les normes de concurrence se préoccuperaient des ententes, abus de position dominante ou concentrations qui suppriment ou réduisent la concurrence sur le marché. Les autres règles, de nature contractuelle, prohibant les comportements fautifs des entreprises à l'égard de leurs concurrents ou de leurs partenaires seraient donc exclues car sensées protéger les concurrents et non la concurrence, ces derniers comportements étant considérés comme ne portant pas atteinte au fonctionnement du marché lui-même mais uniquement au processus contractuel. Or, il est établi que la matérialisation de la puissance d'achat s'inscrit avant tout dans un rapport contractuel et que l'atteinte au marché n'existe que par la matérialisation de ce dernier. L'on conçoit avec difficulté en quoi l'atteinte à un cocontractant ne porterait pas *in fine* atteinte au marché. Ainsi l'on peut réfuter en ce sens la thèse selon laquelle le comportement lésionnaire d'un concurrent plus efficace sur le marché doit être accepté, même s'il est abusif, du moment qu'il engendre un surplus global bénéfique au consommateur. Il paraît incertain en ce sens de pouvoir affirmer qu'à terme, ce surplus global sera assuré si les opérateurs économiques ne sont pas protégés. La distinction normative sur le critère de l'intérêt du consommateur apparaît glissante. Il ne semble pas que la distinction du droit de la concurrence avec le droit des contrats, ou celle de la protection de la concurrence face à la protection des concurrents soit pertinente en terme d'appréhension de pouvoir de marché. L'on peut aisément considérer que le droit de la concurrence apparaît comme une structure méritant d'être protégée au titre de l'ensemble des relations pouvant l'affecter. Le contraire pourrait revenir à accepter un compromis de court terme, contraire aux finalités primaires de politique de concurrence envisagées. La finalité de politique européenne, en terme de contrôle de pouvoir de marché, pourrait être accomplie de manière cohérente en saisissant celui-ci dans l'ensemble de ses acceptions. Le pouvoir de marché exprimé dans une relation contractuelle, peut nuire au cocontractant et porter préjudice à l'ensemble de l'efficience globale, ce qui rejoint la finalité de bon fonctionnement du

marché. L'objectif de loyauté ne porte pas atteinte à l'objectif d'efficience et bien au contraire permet de compléter celui-ci. Le droit européen de la concurrence porte en sa concrétisation un objectif d'efficience allocative et il s'agit là de l'essence même du contrôle de pouvoir de marché. L'on ne peut affirmer que dans les finalités de politique européenne, seule compte la maximisation des richesses, puisque le consommateur est au cœur du dispositif. Sa protection à long terme exige une préoccupation de l'ensemble des opérateurs du marché. Le contrôle du pouvoir de marché au sein du rapport contractuel constitue en cela, non une préoccupation d'équité entre les différents opérateurs ou une factorisation d'un d'entre eux. Il s'agit plutôt, en assurant l'absence d'abus afférents à un pouvoir de marché au sein du rapport contractuel, d'assurer par là- même l'efficacité économique, le bien- être du consommateur et donc le bon fonctionnement du marché. Il y apparaît ainsi une correspondance entre le régime de responsabilité contractuelle et le droit de la concurrence.

Le droit des ententes et des concentrations obéissent à un structuralisme tempéré permettant de considérer le degré de pouvoir de marché et à ce titre les effets pro- et anticoncurrentiels. Ce système paraît toutefois perfectible et l'introduction d'une considération bilatérale de pouvoir de marché paraît essentielle afin d'assurer une cohérence juridique en droit de la concurrence.
Au titre du droit des ententes, concernant les restrictions verticales de concurrence, il a en effet pu être établi que les effets de forclusion afférents aux restrictions verticales dépendent fortement du type de distribution de sorte que leur prise en compte semble nécessaire. Il serait opportun d'adapter le calcul des parts de marché du distributeur non sur le marché amont mais en raison des spécificités sectorielles des marchés avals concernés, de manière à saisir la puissance d'achat dans son acception verticale réelle. L'argument afférent à la prévisibilité juridique des entreprises ne peut être valablement considéré en raison de la connaissance des entreprises de leur puissance d'achat et de la possible exemption au titre de l'article 101 § 3 T.F.U.E.. S'il est vrai que le seuil de parts de marché importe dans le déclenchement du contrôle normatif de l'article 101 § 1 T.F.U.E., la considération de l'ensemble des éléments structurels et l'approche par les effets permettent de conforter l'analyse de puissance d'achat. En outre, au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E., il serait pertinent d'intégrer l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles possiblement matérialisée par la puissance d'achat. Les pratiques commerciales restrictives relevant de la directive de 2005 jusque là exclues du droit de la concurrence pourraient être intégrées à l'article 101 § 1 T.F.U.E.. A cet exemple, l'interdiction de revente à perte pourrait constituer une entrave à la concurrence de l'article 101 § 1 T.F.U.E. au motif même de la protection du consommateur, dans

le sens des droits nationaux. La protection du consommateur passe également en droit des ententes, par la protection bilatérales d'opérateurs économiques.

Par ailleurs, la puissance d'achat, valablement saisie comme pouvoir de marché absolu en droit des abus de position dominante européen, nécessite ainsi un complément normatif en terme d'appréhension de pouvoir de marché relatif. L'article 102 T.F.U.E. devrait s'entendre des abus de domination dans leur ensemble, le juge ayant initié une démarche en ce sens. A terme, la dissociation entre le pouvoir de marché absolu et relatif pourrait devenir artificielle à raison d'une approche par les effets, pour ne retenir qu'un pouvoir de marché globalement entendu. En l'état normatif, le droit de la concurrence ne permet pas de concrétiser l'acception de pouvoir de marché relatif alors que son absence, initialement légitimée par une contradiction téléologique, paraît inéluctable, dans le sens des droits nationaux. La délimitation du marché pertinent, le calcul des parts de marché, les effets restrictifs sont autant d'éléments ne permettant pas d'établir l'atteinte au marché. L'intégration normative du contrôle de pouvoir de marché relatif dans le contrôle des abus de domination permettrait de s'assurer d'une cohérence juridique concurrentielle d'ensemble. Le droit européen pourrait valablement se doter des dispositions sanctionnant la concurrence déloyale afin d'appréhender l'abus. Si le partenaire économique est lésé, alors l'on peut considérer que c'est le bon fonctionnement du marché qui est concerné et donc l'intérêt du consommateur qui est floué. Les critères constitutifs de l'abus de domination au titre de l'article 102 T.F.U.E. devraient être revus afin d'appréhender la relative. L'intégration en droit européen des normes relatives au dominé et à sa dépendance au sein de l'article 102 T.F.U.E. permettrait d'appréhender les situations de puissance d'achat dans leur ensemble, en s'alignant sur les droits nationaux. Si l'abus de position dominante tend à rétablir un déséquilibre de marché en laissant peser une présomption de responsabilité particulière sur le dominant, la caractérisation de l'abus de dépendance pourrait être constituée au profit du dominé. La caractérisation de l'abus pourrait s'effectuer en renversant la charge de la preuve au profit du dominé, comme en droit national. L'abus constituerait une présomption réfragable d'atteinte à la concurrence en raison de la domination, de sorte que la domination se confondrait avec l'abus. Un acheteur dominant serait présumé exercer abusivement son comportement et il pourrait échapper à la prohibition de son comportement en démontrant les gains d'efficience de son comportement. La présomption instaurée au profit de la victime potentielle permettrait de dépasser outre la démonstration de l'atteinte au marché, la démonstration de l'abus par la victime. La notion subjective de l'abus serait atténuée par la présomption structurelle unique. Cette thèse aurait l'avantage de ne pas lister des comportements dans un catalogue légal, de

sorte que *de facto,* ces comportements abusifs pourraient résulter de l'ensemble des comportements de l'acheteur dominant, notamment dans les relations bilatérales décrites au titre des pratiques restrictives françaises.
Au titre du droit des concentrations, et dans le sens du test S.L.C., le juge autonomise la notion de puissance d'achat comme facteur constitutif de l'entrave à la concurrence. Le législateur pourrait intégrer le critère de la puissance d'achat dans les critères d'entrave de la lettre de l'article 2 du règlement 1 / 2004. Le test de dépendance du fournisseur à l'acheteur se situerait officiellement dans le test de pouvoir de marché, complétant et légitimant ainsi les diverses approches de la puissance d'achat par le droit des concentrations.

L'appréhension structurelle tempérée du droit des concentrations et des ententes s'exprime également dans l'appréhension d'effets proconcurrentiels résultant de la puissance d'achat. En droit des ententes, l'intégration d'aspects proconcurrentiels est réalisé *a posteriori ;* en droit des concentrations il est réalisé *a priori.* Le bilan concurrentiel ou économique permet d'invoquer que les gains d'efficience contrebalancent la puissance d'achat à effets anticoncurrentiels corollaires constitués, dans l'intérêt du consommateur. C'est aux parties concernées de rapporter la preuve de ces gains, ce qui est en pratique assez peu répandu. Le critère de gains d'efficience est d'interprétation restrictive et les parties arrivent rarement à démontrer les effets bénéfiques au consommateur en prouvant que l'opération engendre une baisse des prix ou une innovation de produits ou services et que cela résulte directement de l'opération ou de moyens alternatifs moins anticoncurrentiels. Il est particulièrement difficile à prouver que ces gains pourraient résulter d'une opération moins anticoncurrentielle. Ceci reviendrait *a contrario* à constater le dommage à l'économie et le préjudice pour le consommateur résultant de la matérialisation de la puissance d'achat, or ceci est le rôle des autorités en droit des concentrations. En droit des concentrations, les parties peuvent plus aisément proposer des mesures correctives en spéculant sur l'appréciation des autorités de concurrence. Dans le sens de l'ouverture économique du droit de la concurrence et de l'acception positive de la puissance d'achat, la Commission a introduit le concept de concurrence par les mérites en droit des abus de domination. Une prise en compte d'aspects proconcurrentiels corollaire d'un abus de domination paraît concevable. Le droit français, en ce sens, consacre une possible exemption des abus de domination relatif ou absolu au même titre qu'en droit des ententes et des concentrations. Toutefois, la conception même de l'abus de domination implique une appréciation subjective du comportement. La preuve des gains d'efficience, difficile à établir quant au degré de puissance d'achat, semble peu adaptée au contrôle des abus de domination afférent à l'exercice de puissance d'achat. Il semble peu opportun de requérir la

démonstration de gains d'efficience par un surplus au bénéfice du consommateur. Une justification de l'abus par puissance d'achat paraît concevable mais nécessiterait un ajustement quant à la détermination des aspects proconcurrentiels.
Ainsi, au titre de l'appréhension du pouvoir de marché à raison de son degré ou de son exercice, l'on pourrait établir une réelle approche de pouvoir de marché par les effets, cohérente entre les différentes normes. L'on pourrait concevoir une réduction des exigences des aspects proconcurrentiels, au croisement de la concurrence par les mérites et des gains d'efficacité, ce qui éviterait la stigmatisation d'une puissance d'achat anticoncurrentielle. Les aspects proconcurrentiels corollaires de la puissance d'achat pourraient être retenus non en terme de surplus pour le consommateur mais en termes de bénéfices globaux de marché. L'on pourrait ainsi justifier la stricte protection des intérêts de l'entreprise dominante pour rester concurrentielle en la situant par un critère dynamique. Des effets anticoncurrentiels de puissance d'achat ponctuellement justifiés au titre de la pérennisation concurrentielle permettent d'assurer à terme une conséquence favorable au consommateur. Cette démarche n'exclut nullement une concurrence par la qualité, les gains d'efficience pouvant compléter l'analyse des effets proconcurrentiels. En ce sens, la puissance d'achat est conçue comme pouvoir de négociation de manière verticale dans une approche absolue de marché. Cette appréhension de la puissance d'achat comme étant pro-concurrentielle à raison du contre-pouvoir structurel qu'elle constitue va dans le sens d'une conception concurrentielle non orientée directement par la protection du consommateur mais bien par l'équilibre concurrentiel que constituent les concurrents.

BIBLIOGRAPHIE

MONOGRAPHIES FRANCAISES

BERGE Jean- Sylvestre, ROBIN- OLIVIER Sophie, Introduction au droit européen, 2ème édition, PUF, Thémis droit, PARIS, 2011, 350 p.

BERGE Jean- Sylvestre, L'application du droit national, international et européen, DALLOZ, PARIS, 2013, 365 p.

BERLIN Dominique, Contrôle des concentrations, Droit communautaire de la concurrence, 3ème édition Editions de l'Université de BRUXELLES BRUXELLES, 2009, 597 p.

BOUTARD – LABARDE Marie- Chantal, CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, MICHEL-ANSELLEM Valérie,VIALENS Jérémie, L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J., PARIS, 2008, 822 p.

CABANES Christophe, NEVEU Benoit, Droit de la concurrence dans les contrats publics, Pratiques anticoncurrentielles, Abus de position dominante, Contrôles et sanctions, Editions Le Moniteur, PARIS, 2008, 356 p.

CANIVET Guy, La modernisation du droit de la concurrence, Droit économie, L.G.D.J., PARIS, 2006, 516 p.

CHAGNY Muriel, Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence, Wolters Kluwer France, PARIS, 2013, 74 p.

COMBE Emmanuel, Economie et politique de concurrence, Dalloz, PARIS, 2014, 460 p.

DE MONTBRIAL Thierry, FAUCHART Emmanuelle, Introduction à l'économie, Microéconomie, Macroéconomie, 4e édition, Dunod, PARIS, 2007, 443 p.

DESCOCQ André, DESCOCQ Georges, Droit de la concurrence, Droit interne et Droit de l'Union européenne, 5e édition, LGDJ, PARIS, 2012, 656 p.

DUBOUIS Louis, BLUMANN Claude, Droit matériel de l'Union européenne, 6e édition, Domat, PARIS, 2012, 806 p.

ENCAOUA David, GUESNERIE Roger, Politiques de concurrence, Conseil d'analyse économique, La Documentation Francaise, PARIS, 2006, 295 p.

FASQUELLLE Daniel, Droit américain et droit communautaire des ententes , Étude de la règle de raison, GLN Joly Editions, PARIS, 1993, 290 p.

FERRIER Didier, Droit de la distribution, 6e édition, Lexis Nexis, PARIS, 2012, 432 p.

FRISON- ROCHE Marie- Anne, BONFILS Sébastien, Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents,Quadrige / PUF, PARIS, 2005, 431p.

FRISON- ROCHE Marie- Anne, PAYET Marie- Stéphane, Droit de la concurrence, Précis, 1ère édition, Dalloz, PARIS 2006, 451 p.

GLAIS Michel, Concentration des entreprises et droit de la concurrence, Economica, PARIS, 2010, 555 p.

GOLDMAN Berthold, LYON- CAEN Antoine, VOGEL Louis, Droit commercial européen, Dalloz, PARIS, 1994, 836 p.

KUENGIENDA Martin, Droit écnomique du marché, Concurrence-Distribution et Consommation, Edilivre classique collection, Editions APARIS, PARIS, 2012, 262 p.

LUCAS DE LEYSSAC Claude, PARLEANI Gilbert, Droit du marché, THEMIS, Droit privé, PUF, PARIS, 2002, 1033 p.

MAINGUY Daniel, RESPAUD Jean- Louis, DEPINCE Malo, Droit de la concurrence, Manuel Lexis Nexis, PARIS, 2010, 355 p.

MALAURIE- VIGNAL Marie, L'abus de position dominante, Systèmes- Droit, L.G.D.J., PARIS, 2003, 186 p.

MALAURIE- VIGNAL Marie, Droit de la distribution, Sirey Université, 2ème édition Dalloz, PARIS, 2012, 347 p.

MALAURIE- VIGNAL Marie, Droit de la concurrence interne et européen, 6ème édition, Dalloz, PARIS, 2014, 350 p.

NOURISSAT Cyril, DE CLAVIERE- BONNAMOUR Blandine, Droit de la concurrence, Libertés de circulation : Droit de l'Union, Droit interne, 4ème édition, Dalloz, PARIS, 2013, 612 p.

PINDICK Robert, RUBINFELD Daniel, Microéconomie, 7ème édition, Pearson Education, PARIS, 2009, 798 p.

PRIETO Catherine, BOSCO David, Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante, Bruylant, BRUXELLES, 2013, 1522 p.

STIGLITZ Josef, WALSH Carl, Principes d'économie moderne, Ouvertures économiques, 3e édition, De Boeck, BRUXELLES, 2007, 926 p.

SALOMAO FILHO Calixto, Histoire critique des monopoles, Une perspective juridique et économique, Droit et Economie, PARIS, LGDJ- Lextenso éditions, 2010, 131 p.

SOUTY François, Le Droit de la concurrence de l'Union européenne, Clefs – Politique, 4e édition, PARIS, Montchrestien, 2013, 160 p.

TARONDEAU Jean- Claude, XARDEL Dominique, La distribution, Que Sais-Je n°2215, 4ème édition, PARIS, PUF, 1995, 127 p.

VON HAYEK Friedrich August, La route de la servitude, Quadrige n°69, PUF, 2013, 120 p.

WASMER Etienne, Principes de microéconomie, Méthodes empiriques et théories modernes, Pearson Education, PARIS, 2010, 558 p.

MONOGRAPHIES ETRANGERES

ADAM Michael, SATSKY Horst, Beurteilungsspielraum und Legalausnahme im europäischen Kartellrecht : die gerichtliche Überprüfung der Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 81 III EGV, Stämpfli Verlag AG Bern, Bern, 2007, 215 p.

BASEDOW Jürgen, Private enforcement of EC competition law, Kluwer Law International BV, Alphen, 2007, 269 p.

BLAIR Roger D., HARRISSON Jeffrey L., Monopsony: Antitrust Law and Economics, Princeton University Press, New Jersey, 1993, 179 p.

BUNTE Hermann- Josef, Kartellrecht mit neuem Vergaberecht, Studium und Praxis, 2ème édition, Nomos Verlag, München, 2008, 475 p.

DAUNER Klaus Jörg, Einkaufsgemeinschaften im Kartellrecht, Studien zum Handels, Studien zum Handels- Arbeits- und Wirtschaftsrecht, 1ère édition, Nomos Verlag Baden- Baden, 1988, 192 p.

DE CROZALS Cyrille, Die Anwendung der Artikel 81 und 82 EGV durch die französischen Behörden und Gerichte, Tome 6, Peter Lang Verlag, Franfurt am Main 2003, 169 p.

CHRISTIANSEN Olaf, Gemeinsame Beschaffung und Wettbewerb, Einkaufskooperationen im EG- Kartellrecht, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2003, 227 p.

EMMERICH Volker, Kartellrecht, 11ème édition, C.H. Beck, München, 2008, 548 p.

KLING Michael, THOMAS Stefan, Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, C.H. Beck, München, 2007, 830 p.

KÖHLER Helmut, Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, Beihefte der Zeitschfrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Verlaggesellschaft Recht und Wirtschaft mdH, Heidelberg, 1979, 104 p.

LABUDEK Bernhard, Die Behandlung von Diskriminierung und Behinderung in französischen Kartellrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1992, 310 p.

LANGE Knut Werner, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2ème édition, Frankfurt am Main,Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2006, 733 p.

LETTL Tobias, THOMAS Stefan, Kartellrecht, Verlag Franz Vahlen, München, 2007, 830 p.

PASCHKE Marian, STOBER Rolf, Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht, 2ème édition, Kohlhammer, Stuttgart, 2012, 557 p.

RENARD Christoph, Das französische Fusionskontrollrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2004, 162 p.

OTT Claus, SCHÄFER Hans Bernd, Ökonomische Probleme des Zivilsrechts, Beiträge zur ökonischen Analyse des Rechts, Springer Verlag, Heidelberg,1991, 347 p.

ENCYCLOPEDIES ALLEMANDES

IMMENGA Ulrich, MESTMÄCKER Ernst Joachim, Wettbewerbsrecht EG, Kommentar zum europäischen Recht, 4ème édition, Tome 1, München, Verlag C.H. Beck, 2007, 1795 p.

IMMENGA Ulrich, MESTMÄCKER Ernst Joachim,Wettbewerbsrecht, Kommentar zum europäischen Recht, 5ème édition, Tome I, München, Verlag C.H. Beck, 2012, 1610 p.

IMMENGA Ulrich, MESTMÄCKER Ernst Joachim, Wettbewerbsrecht, Kommentar zum deutschen Kartellrecht Recht : GWB, 4ème édition, Tome II, München, Verlag C.H. Beck, 2007, 3029 p.

LANGE Eugen, BUNTE Hermann- Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Deutsches Kartellrecht 11ème édition, Tome I, Luchterhand, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2011, 2554 p.

LANGEN Eugen, BUNTE Hermann- Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Europäisches Kartellrecht, 11ème édition, Tome II, Luchterhand, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, 2309 p.

LOEWENHEIM Ulrich, MEESSEN Karl M., RIESENKAMPF Alexander, Kartellrecht, GWB Kommentar, 2ème édition, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 3032 p.

MÄSCH Gerald, Praxiskommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1ère édition, Lexis Nexis, Recklinghausen, ZAP Verlag, 2009, 2338 p.

PETSCHE Alexander, LAGER Marc, Handbuch der EU-GRuppenfreistellungsverordnungen, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2ème édition, München, Verlag C.H. Beck, 2012, 631 p.

WIEDEMANN Gerhard, Handbuch des Kartellrechts, 2ème édition, C.H. Beck, München, 2008, 2172 p.

ENCYCLOPEDIES FRANCAISES

BEITONE Alain, CARZOLA Antoine, DOLLO Christine, DRAI Anne- Marie, Dictionnaire des Sciences économiques, 2ème édition, PARIS, Armand Colin, 2007, 495 p.

BERNARD Yves, COLLI Jean- Claude, Vocabulaire économique et financier, 8ème édition, PARIS, SEUIL 2003, 574 p.

CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, 8ème édition, PARIS , PUF, 2007, 986 p.

VOGEL Louis, Droit européen des ententes et abus de position dominante, LawLex, Collection JuriBases, 2010, PARIS, 1705 p.

VOGEL Louis, Droit européen des concentrations, LawLex, Collection JuriBases, 2010, PARIS, 1018 p.

VOGEL Louis, RPIERT Georges, ROBLOT René, Traité de droit commercial, Tome 1, Volume 1, PARIS, LGDJ, 2001, 905 p.

MEMOIRES, THESES, OUVRAGES SCIENTIFIQUES FRANCAIS

ANDRE Marie- Elisabeth, Les contrats de la grande distribution, Thèse Sciences Juridiques, Montpellier, Dir. MOUSSERON Jean- Marc, 1989, éd. Litec 1991, 402 p.

BIDAUD Laila, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence, Thèse
Sciences Juridiques, Université de Montpellier I, Dir. MOUSSERON Jean-

Marc, 1999, éd. Litec 2001, 700 p.

BOUSCANT Rémi, Le contrôle des entreprises en position dominante dans la république fédérale d'Allemagne, Thèse Sciences Juridiques, Université de Bourgogne, Dir. FROMONT Michel, 1989, éd. Bruylant 1991, 382 p.

CHAZAL Jean- Pascal, De la puissance économique en droit des obligations, Thèse Sciences Juridiques, Université de grenoble II, 1996, En ligne http://master.sciencespo.fr/droit/sites/master.sciencespo.fr.droit/files/users/aude.epstein/Th%C3%A8se%20Jean-Pascal%20CHAZAL.pdf, 658 p.

CHONE Anne Sophie, Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence Thèse Sciences Juridiques, Université PARIS II, Dir. TEYSSIE Bernard, 2010, éd Economica 2010, 444 p.

DE BOÜARD Fabrice, La dépendance économique née d'un contrat, Tome 13, Thèse, Sciences Juridiques, Université de PARIS I, Dir. VINEY Geneviève, 2007, éd. L.G.D.J. 2007, 517 p.

DEMME Géraldine, Le droit des restrictions verticales, Pratique du droit, Thèse Sciences Juridiques, PARIS II, Dir. VOGEL Louis, 2008, éd Economica 2011, 362 p.

DEZOBRY Guillaume, La théorie des facilités essentielles, Essentialité et droit communautaire de la concurrence, Thèse Sciences Juridiques, PARIS Ouest Nanterre La Défense, Dir. THOUVENIN Jean- Marc, 2009, éd. Bibliothèque de droit international et communautaire, 2009, 507 p.

DUMARCAY Marie, La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles, Thèse Sciences juridiques, Université de Montpellier, Dir. RAYNARD Jacques, 2010, éd. Litec, 2010, 601 p.

KERJOUHAN Isabelle, Concentration d'achat dans la grande distribution et droit de la concurrence, Thèse Sciences Juridiques, Université PARIS II, Dir. Louis Vogel, 1998.

LIANOS Ioannis, La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique, Thèse Sciences Juridiques, Université Robert Schuman Strasbourg III, Dir. Robert KOVAR, 2007, éd. Bruylant, BRUXELLES, 2007, 1704 p.

MADDALON Philippe, La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, Thèse Sciences Juridiques, Université PARIS II, Dir. FENET Alain
1998, éd. LGDJ 2007, 396 p.

PAGOT Audrey, Grande distribution, commerce traditionnel : quelle concurrence, Thèse Sciences Juridiques, Université Montpellier I, Dir. TEMPLE Henri 2011, En ligne :

http://mercmanhal.org/bib/upload/L20130620050019.pdf, 505 p.

SIBONY Anne- Lise, Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, Thèse Sciences Juridiques, PARIS Dauphine, Dir. FRISON ROCHE Marie- Laure, 2006, éd. LGDJ 2008, 883 p.

SMITH Adam, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Traduction de Germain Garnier Guillaumin et compagnie, Librairies PARIS, 1859, 407 p.

SORIA Manuel, Etude jurique et fiscale des centrales d'achat, Thèse Sciences Juridiques, PARIS
PARIS 1962, 226 p.

MEMOIRES, THESES, OUVRAGES SCIENTIFIQUES ETRANGERS

BASEDOW Jürgen, Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de concurrence, p. 36., Recueil des Cours, Tome 264, Académie de droit international, Académie de Droit International de La Haye, Alfa Base, 1998, 177 p.

BENISCH Werner, SATZKY Horst, Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, FIW, Cahier 116, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1985, 145 p.

BERGMANN Helmut, Nachfragemacht in der Fusionskontrolle, Tübingen, 1989, Duncker & Humblot GmbH, 1989, 195 p.

FRITZSCHE Jörg, Die Auslegung von §1 GWB und die Behandlung von Einkaufsgemeinschaften im Kartellrecht, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, FIW, cahier 149, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1993, 210 p.

INDERST Roman, WEY Christian, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), 2007, Berlin, 23 p.

KÖHLER Helmut, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, Münchener Universitätsschriften, Tome 37, C.H. Beck'sche Verlagsbuchandlung, 1977, 205 p.

PERIODIQUES ALLEMANDS

ALTEMÖLLER, Frank, Art. 82 EGV - LNK - Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, 01/12/ 2006, Lexis Nexis Allemagne.

ALTEMÖLLER, Frank, § 2 GWB - LNK - Freigestellte Vereinbarungen, 06/12/ 2005, Lexis Nexis Allemagne.

ALTEMÖLLER, Frank, Art. 81 EGV - LNK - Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen, 01/12/2006, Lexis Nexis, Allemagne.

ALTEMÖLLER, Frank, Art. 82 EGV- LNK- Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, 01/12/2006, Lexis Nexis Allemagne.

BONTRUP, Heinz-J, Unternehmerische Nachfragemacht- ein zunehmendes Problem, WRP, (Wettbewerb in Recht un Praxis), 2006, p. 225-23

BENISCH, Werner, Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern, WuW (Wirtschaft und Wettbewerb), 10/1977, p. 619- 630.

BRÜCK, Johann, Wettbewerb auf nachgelagerten Märkte, WRP, 2008, p. 1160-1164.

Bundeskartellamt, Nachfragemacht im Kartellrecht- Stand und Perspektiven, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 18 Septembre 2008, 16 p.

Bundeskartellamt, Marktbeherrschung in der Fusinskontrolle, Checkliste des Bundeskartellamtes in deutsch english und französisch, Heft 15, FIW-Dokumentation, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München 1990, 97 p.

Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts von 1976, p. 24-33
Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts von 1978, p. 34-37 ;
Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts von 1987/ 1988, p. 21-27.

BUNTE, Hermmann- Josef, Die kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand, WuW 11/98, p. 1037- 1049.

FAUSTMANN, Jörg, RAAPKE, Julia, Zur Neuregelung des Preismißbrauchs im Energie- und Lebensmittelsektor, WRP 2008, Heft 1, p. 67- 73.

FRITZSCHE, Jörg, Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art. 85 EGV, ZHR (Zeitschrift für das Gesamte Recht und Wirtschaft), 160, 1996, p. 31-58.

FUCHS, Andreas, Die 7. GWB-Novelle- Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, WRP, 2005, p. 1384- 1396.

GRAF V. MERVELDT, Moritz, § 36 GWB - LNK - Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen, Lexis Nexis Allemagne, 08/02/2008.

GRÖNER, Helmut, KÖHLER, Helmut, Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung im Handel, Betriebs-Berater, Heft 5, 20/02/1982, p.257-264.

HENRICHS, Helmut, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Licht der neueren Rechtsprechung zum Antitrustrecht, WuW, 4/1967, p. 255- 273

HELMUT, Lutz, Die Beurteilung von Einkaufskooperationen nach deutschem Wettbewerbsrecht, WRP, 1/ 2002, p. 47- 55.

IMMENGA, Ulrich, Begriffliches zur Wettbewerbsbeschränkung, ZHR 148, 1984, p. 268- 270.

INDERST, Roman, Die ökonmische Analyse von Nachfragemacht in der Wettbewerbspolitik, DIW, Nr 49, 2007, 15 p.

JESTAEDT, Thomas, Funktionalität, Effizienz und Wettbewerb: B2B Marktplätze und das Kartellrecht, Betriebsberater Heft, 12/ 2001, p. 581.

JICKELI, Joachim, Fusionskontrollrechtliche Auswirkungen der Fünften GWB-Novelle, WuW, 6/1990, p. 481- 494.

KARTTE, Wolfgang, Der Schutz des Leistungswettbewerbs im Kartellrecht, WRP, 1976, p. 1-3.

KELLERBAUER, Manuel, Art. 2 FKVO - LNK - Beurteilung von Zusammenschlüssen, 04. 01. 07, Lexis Nexis Allemagne.

KESSLER, Jürgen, Einkaufskooperationen im Licht des Deutschen und europäischen Kartellrechts, WuW, 12/2002, p.1162- 1173.

KIRCHHOF, Wolfgang, Die Beurteilung von Bezugsverträgen nach europäischem Kartellrecht, Wirtschaft und Wettbewerb, 1995, p. 316- 373.

KIRSCHNER, Ulrich, Die Neufassung des Marktbeherrschungstatbestandes im Rahmen der 5. GWB Novelle, WRP, 1989, p. 73-77.

KÖHLER, Helmut, Zur Kontrolle der Nachfragemacht nach dem neuen GWB und dem neuen UWG, WRP, 2/2006, p. 139-147.

LORENZ, Moritz § 19 GWB - LNK - Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, 01/07/05, Lexis Nexis Allemagne.

MESTMÄCKER, Ernst Joachim, BREMER, Eckart, Die koordinierte Sperre im deutschen und europäischen Recht der öffentlichen Aufträge, BB (Betriebsbertarer) Beilage 19 zu Heft 50/1995, 14/12/1995, 2. Halbjahr, 32 p.

PFEFFER, Joachim, Verfahrensrechtliche Aspekte der Neuregelung des Anmelde-

und Anzeigeverfahrens von Einkaufsgemeinschaften im GWB, WuW 3/2001, p. 245-253.

PLAISANT, Robert, Die Regelung der Kartelle und der wettbewerbsbeschränden Geschäftspraktiken in Frankreich, WuW 6/1972, p. 365-377.

REIMANN, Thomas, Mißbrauchaufsicht und Diskriminierungsverbot bei Nachfragern, WuW 9/1976, p. 541-630.

SÄCKER, Franz Jürgen, Abschied vom Bedarfsmarktkonzept, Zur Erfassung wettbewerbsrelevanter Produktmärkte mit Hilfe des Wirtschaftsplankonzepts, ZweR (Zeitschrift für Wettbewerbsrecht), 1/2004, p. 1-27.

SÄCKER, Franz Jürgen, MOHR, Jochen, Forderung und Durchsetzung ungerechtfertigter Vorteile, Eine Analyse des § 20 GWB Abs. 3 GWB, WRP, 2010, p. 1-26.

SCHEUFELE, Helmut, Behandlung der „beherrschenden Stellung“ von Nachfragern im EWG- Kartellrecht, BB, Beilage 4/1973 zu Heft 9/1973.

SCHMIDT, Ingo, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW, 6/ 1965, p. 453- 494.

SCHMIDT, Ingo, Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB Novelle, WuW 2/1997, p. 101- 120.

SCHULTE, Günther, Bedarf es einer gesetzlichen Freistellung für Kooperationen im Kartellgesetz ?, WRP, 7-8/1989, S. 441-447.

SCHWINTOWSKI, Hans- Peter, Wettbewerbsrechtliche Grenzen der Gewährung von Großkundenrabatten an Einkaufsgemeinschaften, BB, 1992, p. 368.

VON EINEM, Christoph Einkaufskooperationen und Kartellrecht Überlegungen anlässlich der 5. Kartellnovelle, W.R.P. (Wettbewerb in Recht und Praxis), 1989, Franfurt am Main.

PERIODIQUES FRANCAIS

BOURGEON Christian, A propos de l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente, Revue des contrats, décembre 2003, PARIS, Lextenso, n°111, p. 243

BOY Laurence, L’abus de pouvoir de marché: contrôle de la domination ou protection de la concurrence ?, Revue internationale de droit économique, janvier 2005, PARIS, De Boeck, n°19, p. 27-50

BUY Frédéric, Entre droit spécial et droit commun : l'article L.442-6 I 2° du

Code de commerce, Petites affiches, 17/12/08, PARIS, Lextenso, n°252, p. 3

CHAGNY M., L'empiétement du droit de la concurrence sur le droit des contrats, Revue des contrats, Lextenso, 2004, p. 861.

CHAMBOLLE Claire, MUNIESA Lucie, RAVON Marie- Astrid, Concentrations horizontales et puissance d'achat, Economie et prévision, Economie industrielle et politiques microéconomiques, mars 2007, PARIS, La documentation française, n°178, p. 79-92

CHONE Anne – Sophie, Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction, Revue Europe n°3, 03/09, PARIS, Lexis Nexis, Accès en ligne.

CLAUDEL Emmanuelle, Loi du 2 août 2005 comportant diverses dispositions en faveur des P.M.E., RTD Com., 2006, PARIS, Dalloz, Accès en ligne.

CLAUDEL Emmanuelle, Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, RTD Com., 2001, PARIS, Dalloz, Accès en ligne, p. 663

CLAUDEL Emmanuelle, Mutations récentes en Droit de la concurrence, RTD Com., 2000, PARIS, Dalloz, Accès en ligne, p. 877

FERRIER Didier, Revue Concurrence – Distribution, 2009, PARIS, Dalloz, Accès en ligne, p. 2888

FLOCHEL Laurent, Un point de vue d'économiste, Revue concurrence, 2010, PARIS, Lexis Nexis, Accès en ligne, p 538.

IDOT Laurence, Aperçu du nouveau régime des accords verticaux, Revue Europe, 01/07/10, PARIS, Lexis Nexis, Accès en ligne

IDOT Laurence, La deuxième partie de la loi NRE ou la réforme du droit français de la concurrence, La Semaine Juridique, 2001, PARIS, Edition Générale, Accès en ligne

KOVAR Robert, BURST Jean- Jacques, Le renforcement de la puissance d'achat peut- il légitimer des ententes défensives entre fournisseurs ?, La Semaine Juridique Entreprise et affaires (JCP E), 1985, PARIS, Lexis Nexis, Accès en ligne.

LASSERRE Bruno, Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire, Revue des droits de la concurrence, 2005, PARIS, Concurrences n°3, p. 51

LASSERRE Bruno, P.M.E. et pratiques prohibées en- deçà du seuil de la dominance, Revue des droits de la concurrence, 2007, PARIS, Concurrences, n°2, p. 89

MARTIN Stanislas, COT Jean- Mathieu, PHILIPPE Jérôme, KOKKORIS Ioannis, Concentrations, Revue des droits de la concurrence, 2009, PARIS, Concurrences, N°2, p. 139-148

MOMEGE Chantal, Les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 relatives au contrôle de la concentration sont -elles applicables aux centrales d'achat et à leur regroupement ? Cahiers Droit de l'entreprise, 1984, PARIS, Lexis Nexis, N°4, p.13

MOREAU Franck, Restrictions horizontales de concurrence, Dalloz, 2010, Répertoire communautaire, Accès internet le 13/06/2012, Dalloz.

POILLOT PERUZZETTO Sylvaine, La réforme des accords horizontaux en droit communautaire de la concurrence, Lexis Nexis 2010, Contrats Concurrence Consommation N°4 chron. 6, Accès internet le 15/05/13, Lexis Nexis.

POILLOT PERUZZETTO Sylvaine, Les accords de coopération, de spécialisation et de sous-traitance, Lexis Nexis 2012, Jurisclasseur Europe, Accès internet le 25/03/2013, Lexis Nexis.

NASSE Philippe, Concurrence et P.M.E. : protection de la concurrence ou protection des P.M.E.
Revue des droits de la concurrence, 2007, PARIS, Concurrences,N°2, p. 68- 90

PAYET Marie- Stéphane, Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats, Revue des contrats, octobre 2006 , PARIS, Lextenso, n°4, p. 1338

PRIETO Catherine, Les ajustements apportés dans un jeu sophistiqué de présomptions, Revue Concurrences, 27/05/10, PARIS, Concurrences, N°3, p. 20-29

TOUSSAINT- DAVID Gaelle, Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution, Cahiers de droit de l'entreprise, 01/07/10, PARIS, Lexis Nexis,Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, dossier 19, Accès en ligne

VERBRAEKEN Erik, Les accords de coopération, vecteur de concurrence : un malentendu, RTD Com., 15/03/95, PARIS, Dalloz, 39 p.

VERGÉ Thibaud, La réforme des lignes directrices verticales et l'analyse économique, Revue Concurrences, 27/05/10, PARIS, Concurrences, N°3, p. 1 à 11

VOGEL Louis, Droit de la concurrence et puissance d'achat : Plaidoyer pour un changement, La Semaine Juridique (JCP), 1997, PARIS, Edition Entreprises n°50, p. 516- 522

ARTICLES DE PERIODIQUES ELECTRONIQUES

BRICIU Lucian, Mise en perspective d'un siècle de fusions-acquisitions en Europe et aux Etats-Unis, Article de sciences économiques. Université de Poitiers, 2009, 16 p., consultation le 04/03/11, *http://sceco.univ-poitiers.fr/recherpubli/doctravail/M2009-02.pdf*

VOGEL Louis, Les places de marché et le droit, Ateliers de la concurrence, D.G.C.C.R.F., 2003, 3 p., consulté le 15/05/2003, http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet3.htm

WACHSMANN Anne, REY Patrick, Les restrictions verticales, Ateliers de la concurrence, D.G.C.C.R.F, 2009, 24 p., consulté le 10/04/10, http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dgccrf/documentation/publications/actes_ateliers/restrictions_verticales.pdf

WACHSMANN Anne, L'encadrement juridique des accords horizontaux, Ateliers de la concurrence, D.G.C.C.R.F, 2004, 30 p., 25/03/2013, http://www.minefi.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/interentreprises.htm

CONGRES, COLLOQUES

Organisation de Coopération et de Développement Économiques (O.C.D.E.), Rapport du 13 juin 1980, PARIS, Rapport du comité d'experts sur les pratiques commerciales restrictives, 197 p.

Organisation de Coopération et de Développement Économiques (O.C.D.E.), Rapport 2010, Le pouvoir économique exercé par les acheteurs ayant une position dominante, Intégration et concurrence entre le transport et les activités logistiques, PARIS, O.C.D.E., 2010, 188, Tables Rondes, FIT, 188 p.

Commission européenne, Règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution, Luxembourg, 2012, Office des Publications de l'Union européenne, 44 p.

Le Concurrentialiste, « Le droit de la concurrence et l'analyse économique », 31/05/13, 63 p.

TABLE CHRONOLOGIQUE DES PRINCIPAUX ARRETS, DECISIONS, JUGEMENTS ET AVIS CITES

JURIDICTION	DATE	REF. AFF	NOM / PARTIES	Numéro de page
C.J.U.E.	13/02/69	14/68	Walt Wilhelm / Bundes kartellamt	Rec. C.J.C.E. 1969, p.1
	14/07/72	48/69	ICI / Commission	Rec. C.J.C.E. 1972, p.619
	17/10/72	8/72	Commission / Vereeniging van Cementhandelaren	Rec. C.J.C.E. 1972, p. 977
	25/10/77	26/76	Metro / Commission	Rec. C.J.C.E. 1977, p. 1875
	13/02/79	85/76	Hoffmann La Roche / Commission	Rec. C.J.C.E. 1969, p. 461
	16/06/87	118/85	Commission / République italienne	Rec. C.J.C.E. 1987, p. 2599
	27/09/88	89/85	Ahlström / Commission « Pâte de Bois »	Rec. C.J.C.E. 1988, p. 5193
	27/02/94	393/92	Commune d'Almelo / Commission	Rec. C.J.C.E. 1994, I, p. 1477
	15/12/94	250/92	Gottrup – Klim et DLG / Commission	Rec. C.J.C.E. 1994, p. 5641
	24/10/96	73/95	Viho Europe BV / Commission	Rec C.J.C.E. 1996, p. I- 5457
	04/03/03	205/03	FENIN / Commission	Rec. C.J.C.E. 2006 Page I-06295
	17/12/03	219/99	Virgin / British Airways	Rec C.J.C.E. 2003, II p. 5917
	07/03/13	343/ 12	Euronics Belgium CVBA / Kamera Express BV et Kamera Express Belgium BVBA	n° CELEX 62012CO0343
T.P.I.U.E.	10/07/90	51/89	Tetra Pak / Commission	Rec. 1994 page II-00755

	02/07/92	61/89	Dansk Pelsdyravlerforening / Commission	Rec. 1992 page II-01931
	25/03/99	T-102/96	Gencor / Commission	Rec. 1999 page II- 753
	07/10/99	228/97	Irish Sugar / Commission	Rec. 1999 page II- 2375
	06/06/02	342/99	Airtours / Firstchoice	Eurlex 61999A0342
	16/12/03	05/00	Nederlandse Federatieve Vereniging vaoor de Groothandel op Elektronisch Gebied	Eurlex 62003TJ0271
	17/12/03	219/99	British Airways / Virgin	Rec. T.P.I.C.E. 2003, p. II-05917
	12/12/06	155/04	Selex Sistemi SpA / Commission	Rec. T.P.I.C.E. 2006, p.II - 4797
	23/02/06	282/02	Cementbouw Handel et Industrie BV / Commission	Rec. T.P.I.C.E. 2006, II, p. 331
	17/12/09	58/01	Solvay SA / Commission	Rec. T.P.I.U.E. 2009, II, p.04781
Commission européenne	17/07/68	68/318 CEE	Socemas	JO L 201/4 du 12/08/68
	02/06/71	71/224	GEMA	JO L 134/15 du 20/6/71
	16/12/71	72/22	Vereeniging van Cementhandelaren	JO L 13/34 du 17/01/72
	21/12/73	72/42 CECA	Autorisation d'un accord d'achat en commun entre plusieurs entreprises danoises de distribution de produits sidérurgiques	JO L 30/31 du 4/02/74
	14/07/75	75/482/CEE	Intergroup	JO L212/23 du 9/08/75
	25/07/77	77/543	De Laval / Stork	JO L 215/11 du 23/08/77
	14/11/77	77/737	Accord d'achat en	JO L 309/18 du

		CECA	commun de minerais de fer préréduits entre plusieurs entreprises sidérurgiques italiennes	2/12/77
	02/12/77	78/59	Centraal Bureau voor de Rijwielhandel	JO L 20/18 du 25/01/78
	9/07/80	260/28	National Sulphuric Acid Association	JO L L260/24 du 03/10/80
	09/06/89	89/408	National Sulphuric Acid Association	JO L190/22 du 5/07/89
	15/09/89	89/536	Achat de films par les stations allemandes de télévision	JO L 284/34 du 03/10/89
	14/04/91	91/251	Alcatel / Telettra	JO L 122/48 du 17/05/91
	30/04/91	91/329	Scottish Nuclear	JO L 178/31 du 6/07/91
	2/10/91	91/619	Aérospatiale- Alénia / De Havilland	JO L 334/42 du 5/12/91
	22/07/92	92/553	Nestlé / Perrier	JO L356/1 du 5/12/92
	11/06/93	93/403	UER / Système de l'Eurovision	JO L179/23 du 22/07/93
	20/11/96	97 /277	Kesko / Tuko	JO L 110/53 du 26 /04/97
	14/05/97	97/624	Irish Sugar	JO L 258/1 du 22/09/97
	26/06/97	98/663	Blokker / Toys'R'Us	JO L 316 /1 du 25/11/98
	30/07/97	97/816	Boeing / Mac Donnell	JO L 336 /16 du 8/12/97
	04/06/98	IV/M.118 5	Alcatel / Thomson CSF - SCS	N° Celex 398M1185
	14/10/98	1999/210	British Sugar	JO L 76/1 du 22/03/1999
	25/11/98	1999/651	Enso / Stora	JO L 254/9 du 29/09/99
	03/02/99	1999/674	Rewe / Meinl	JO L 274 / 1 du 23/10 /99
	14/07/99	IV/D-2/34.780 ; 1999/1973	Virgin/British Airways	JO L 30/1 du 4/02/00

	26/10/99	1999/3439	Nederlandse Federatieve Vereniging vaoor de Groothandel op Elektronisch Gebied	JO L 39/1 du 14/02/2000
	25/01/00	COMP/M. 1684	Carrefour / Promodes	JO 1999/C 359/10
	05/07/00	COMP.F.1 . 36.516	Nathan / Bricolux	JO L 54/1 du 23/02/2001
	19/07/00	COMP/M. 1882	Pirelli/BICC	JO L 70/35 du 14 mars 2003
	04/08/00	COMP/M. 2036	Valeo / Labinal	n°Celex 300M2036
	28/09/00	COMP/M. 2115	Carrefour / GB	JO C 261/05 du 12 / 08/ 2000
	15/02/01	COMP/38. 064/F2	COVISINT (DaimlerChrysler AG/Ford Motor Company/General Motors Corporation/Nissan Motors Co. Ltd/Renau	JO C 49/04 du 15/02/2001 Rec. p. 4.
	17/10/01	COMP/M. 2187	CVC/Lenzing	JO L 82/20 du 19/03/04
	29/12/03	COMP/C. 2/38.287	Telenor/Canal+/Canal Digital	JO C 2003/ 5192 final
	09/02/05	COMP/M. 3622	Valeo / Engel	n°Celex 32005M3622
	20/10/05	COMP/C. 38.281/B. 2	Tabac Brut / Italie	JO L 353/45 du 13/12/2006, p. 45- 49
	21/12/05	COMP /M.3968	Sovion / Südfleisch	JO L2985 du 21/12/2005
	17/12/08	COMP/M. 5046	Friesland Foods / Campin	JO C 2008/ 8459 du 17/12/2008
	10/03/09	COMP/M. 5426	Dassault Aviation / TSA / Thales	n°Eurlex 32009M5426
Autorité de la concurrence	08/06/93	déc. n° 93-D-21	pratiques mises en œuvre lors de	Rapport 1993, p.206

			l'acquisition de la Société européenne des supermarchés par la société Grands Magasins B du groupe Cora.	
	21/02/03	déc. n° 03-D-11	pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra.	Rapport 2003
	15/12/93	déc. n° 93-D-59	pratiques relevées dans le secteur de la publicité.	Rapport 1994
	13/12/94	déc. n° 94-D-60	pratiques relevées dans le secteur des lessives.	Rapport 1994

PRINCIPALES REFERENCES LEGISLATIVES

LEGISLATION	NOM	REF. OFFICIELLE
Directive du Parlement européen et du Conseil	Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 («directive sur les pratiques commerciales déloyales ») relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les di ectives 97/7/CE, 98/27/CEet 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no2006/2004 du Parlement européen et du Conseil,	JO L 149/22 du 11/06/05
Règlements européens		
Règlement 17/62	Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité	JO n° 013 du 21.02.1962

Règlement 19/65	Règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965,concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées	JO n°36 du 6 mars 1965
Règlement 4064/89	Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises	JO L 395 du 30.12.1989
Règlement 2790/1999	Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées	JO L 336 du 29.12.1999
Règlement 1/2003	Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)	JO L 1 du 4.1.2003
Règlement 139/2004	Règlement CE n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations")	JO L 24 du 29.1.2004
Règlement 2658/2000	Règlement (CE) n° 2658/2000 de la Commission, du 29 novembre 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation	JO L 304 du 05.12.2000
Règlement 2659/2000	Règlement (CE) n°2659/2000 de la Commission, du 29 novembre 2000, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement	JO L 304 du 05.12.2000
Règlement 1/2003	Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif	JO L 1 du 4.1.2003

	à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité	
Règlement 330/2010	Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées	JO L102/1 du 23 avril 2010
Livres de la Commission		
Livre Blanc	Livre blanc sur la Modernisation des Règles d'application des articles 85 et 86 du TCE- Programme de la Commission n°99/027	COM(1999) 101, avril 1999
Livre Vert	Livre vert de la Commission sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales	JOCE n°286 du 22 septembre 1997, p. 347 et s.
Livre Vert	Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) nº4064/89 du Conseil du 11 décembre 2001	COM(2001) 745 final
Lignes directrices de la Commission		
	Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 aux accords de coopération horizontale	JOCE C 3/02 du 6 janvier 2001
	Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises	JOUE C 31/5 du 5 février 2004
	Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité	JOCE C 101/81 du 27 avril 2004
	Lignes directrices sur l'application de l'article 81 §3	JO C 101 du 27 avril 2004

	Lignes directrices sur les restrictions verticales	JOUE C130/1 du 19 mai 2010
	Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale	JOUE C 11/01 du 14 janvier 2011
	Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises	JOUE C 265/6 du 10 octobre 2008
Recommandations de la Commission	Recommandation de la Commission du 3 avril 1996 concernant la définition des petites et moyennes entreprises	JOCE L 107 du 3 avril 1996 , 96/280/CE
	Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises	2003/361/CE
	Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses	n°Celex 52009XC0224(01)
Communications de la Commission	Communication de la ommission au parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions. « Vers un Acte pour le Marché unique Pour une économie sociale de marché hautement compétitive 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble. »	COM 2010 608 final
	Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, Rapport sur le fonctionnement du règlement n° 1/2003	COM (2009) 206 final SEC(2009)574
	Communication de la Commission du 9 février 2009 relative aux orientations sur les priorités dans l'application de l'article 82 du traité	JOUE 24 février 2009, COM 2009 C 45/7

	CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes	
	Communication de la Commission du 12 juin 2008 sur le marché de gros et d'équilibrage d'électricité en Allemagne	COM 2008 C 146/34
	Communication de la Commission du concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n°139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n°802/2004 de la Commission	JOUE 22/10 /2008 COM 2008/C 267/01
	Communication de la Commission sur lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité	COM 2004/C 101/07
	Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence	COM 2004/C 101/03
	Communication de la Commission : Une politique de concurrence proactive pour une Europe compétitive	COM(2004) 293 final
	Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis)	COM 2001 C 368/07
	Communication de la Commission du 13 octobre 2000 sur l'application des règles de concurrence de la communauté européenne aux restrictions verticales	COM 2000 C 291/01
	Communication de la Commission du 2 mars 1998 relative à la notion d'entreprises communes de plein exercice au sens du règlement (CEE)	COM 1998 C 66/01

	n° 4064/89 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises	
	Communication de la Commission CE concernant la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.	COM 1997 C 372/03
Législation française		
	Loi « Galland » n°96-588 du 1er juillet 1996	JO du 2 juillet 1996
	Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques,	JO 16 mai 2001.
	Loi « Dutreil » n°2005-882 du 2 août 2005 comportant diverses dispositions en faveur des petites et moyennes entreprises	JO du 3 août 2005.
	Loi « Chatel II » n°2008-3 du 3 janvier 2008	JO du 4 janvier 2008
	Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie	JO du 5 août 2008.
Législation allemande		
Office Fédéral allemand des cartels (*Bundeskartellamt*)	Office Fédéral allemand des cartels, lignes directrices sur la position dominante dans le contrôle des concentrations, 29 mars 2012	http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Publikationen/2012-03-29_Leitfaden_Endfassung_neu.pdf
Bundestag	Huitième amendement de la loi fédérale contre les restrictions de concurrence (*8. GWB Novelle*)	26/06/13 BGBl. I Nr. 32

ANNEXES

DROIT EUROPÉEN

(T.F.U.E., 30 mars 2010, C 83/47)

Article 101 T.F.U.E.

(ex-article 81 TCE)

« 1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à:

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

Article 102 T.F.U.E.
(ex-article 82 TCE)

« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,

b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Règlement 139 / 2004 CE

Article 2

« Appréciation des concentrations

1. Les concentrations visées par le présent règlement sont appréciées en fonction des objectifs du présent règlement et des dispositions qui suivent en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun.

Dans cette appréciation, la Commission tient compte:

a) de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun au vu notamment de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté;

b) de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et des utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence.

2. Les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de

celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun.

3. Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun.

4. Pour autant que la création d'une entreprise commune constituant une concentration au sens de l'article 3 ait pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, cette coordination est appréciée selon les critères de l'article 81, paragraphes 1 et 3, du traité en vue d'établir si la concentration est compatible ou non avec le marché commun.

5. Dans cette appréciation, la Commission tient notamment compte de:

- la présence significative et simultanée de deux entreprises fondatrices ou plus sur le même marché que celui de l'entreprise commune, sur un marché situé en amont ou en aval de ce marché ou sur un marché voisin étroitement lié à ce marché,

– la possibilité donnée aux entreprises concernées par leur coordination résultant directement de la création de l'entreprise commune d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits et services en cause ».

Droit français :

(Version Code de commerce 2008)

Article L 420-1 du Code de commerce

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Article L 420-2 du Code de commerce

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ».

Article L 442- 6 du Code de Commerce

« I.-Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage

quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° De soumettre un partenaire à des conditions de règlement qui ne respectent pas le plafond fixé au neuvième alinéa de l'article L. 441-6 *ou qui sont manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartent au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au huitième alinéa de l'article L. 441-6. Est notamment abusif le*

fait, pour le débiteur, de demander au créancier, sans raison objective, de différer la date d'émission de la facture ;

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ;

9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;

10° De refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article L 112- 6 du code de la consommation ;

11° D'annoncer des prix hors des lieux de vente, pour un fruit ou légume frais, sans respecter les règles définies aux II et III de l'article L 441- 2 du présent code ;

12° De ne pas joindre aux fruits et légumes frais destinés à la vente ou à la revente à un professionnel établi en France, lors de leur transport sur le territoire national, le document prévu à l'article L 441-3-1 ;

13° De bénéficier de remises, rabais et ristournes à l'occasion de l'achat de fruits et légumes frais en méconnaissance de l'article L 441-2-2.

II.-Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;

b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;

d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;

e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

III.-L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

Ces juridictions peuvent consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales prévue à l'article L 440- 1 sur les pratiques définies au présent article et relevées dans les affaires dont celles-ci sont saisies. La décision de saisir la commission n'est pas susceptible de recours. La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de quatre mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de quatre mois susmentionné. Toutefois, des mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises.L'avis rendu ne lie pas la juridiction.

IV.-Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire ».

Droit allemand

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

(version 2013)

§ 1 Verbot wettbewerbsbeschränder Vereinbarungen

« Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten ».

§ 2. Freigestellte Vereinbarungen

(1) Vom Verbot des § 1 freigestellt sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen 1. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder

2. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

(2) Bei der Anwendung von Absatz 1 gelten die Verordnungen des Rates oder der Europäischen Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Gruppenfreistellungsverordnungen) entsprechend. Dies gilt auch, soweit die dort genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu beeinträchtigen.

§ 3. Mittelstandskartelle

Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, erfüllen die Voraussetzungen des § 2 Absatz 1, wenn

1. dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und

2. die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.

§ 18. Marktbeherrschung

(1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt

1. ohne Wettbewerber ist,

2. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder

3. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.

(2) Der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes.
(3) Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen:

1. sein Marktanteil,
2. seine Finanzkraft,
3. sein Zugang zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten,
4. Verflechtungen mit anderen Unternehmen,
5. rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen,
6. der tatsächliche oder potenzielle Wettbewerb durch Unternehmen, die innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes ansässig sind,
7. die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen, sowie
8. die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen.
(4) Es wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 40 Prozent hat.
(5) Zwei oder mehr Unternehmen sind marktbeherrschend, soweit

1.zwischen ihnen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht und

2. sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen.
(6) Eine Gesamtheit von Unternehmen gilt als marktbeherrschend, wenn sie

1. aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50 Prozent erreichen, oder
2. aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen.
(7) Die Vermutung des Absatzes 6 kann widerlegt werden, wenn die Unternehmen nachweisen, dass

1. die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder
2. die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.

§ 19. Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

(1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.
(2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen;
2. Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen;
3. ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, als sie das marktbeherrschende Unternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert, es sei denn, dass der Unterschied sachlich gerechtfertigt ist;
4. sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist;
5. seine Marktstellung dazu ausnutzt, andere Unternehmen dazu aufzufordern oder zu veranlassen, ihm ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorteile zu gewähren.
(3) Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 und Nummer 5 gilt auch für Vereinigungen von miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Absatz 1, § 30 Absatz 2a und § 31 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4. Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen, die Preise nach § 28 Absatz 2 oder § 30 Absatz 1 Satz 1 oder § 31 Absatz 1 Nummer 3 binden.

§ 20. Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht

(1) § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (relative Marktmacht). Es wird vermutet, dass ein Anbieter einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen

von einem Nachfrager abhängig im Sinne des Satzes 1 ist, wenn dieser Nachfrager bei ihm zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden.
(2) § 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 5 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Verhältnis zu den von ihnen abhängigen Unternehmen.
(3) Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen

1. Lebensmittel im Sinne des § 2 Absatz 2 des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches unter Einstandspreis oder
2. andere Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis oder
3. von kleinen oder mittleren Unternehmen, mit denen es auf dem nachgelagerten Markt beim Vertrieb von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb steht, für deren Lieferung einen höheren Preis fordert, als es selbst auf diesem Markt
anbietet, es sei denn, dies ist jeweils sachlich gerechtfertigt. Das Anbieten von Lebensmitteln unter Einstandspreis ist sachlich gerechtfertigt, wenn es geeignet ist, den Verderb oder die drohende Unverkäuflichkeit der Waren beim Händler durch rechtzeitigen Verkauf zu verhindern sowie in vergleichbar schwerwiegenden Fällen. Werden Lebensmittel an gemeinnützige Einrichtungen zur Verwendung im Rahmen ihrer Aufgaben abgegeben, liegt keine unbillige Behinderung vor.[1]
(4) Ergibt sich auf Grund bestimmter Tatsachen nach allgemeiner Erfahrung der Anschein, dass ein Unternehmen seine Marktmacht im Sinne des Absatzes 3 ausgenutzt hat, so obliegt es diesem Unternehmen, den Anschein zu widerlegen und solche anspruchsbegründenden Umstände aus seinem Geschäftsbereich aufzuklären, deren Aufklärung dem betroffenen Wettbewerber oder einem Verband nach § 33 Absatz 2 nicht möglich, dem in Anspruch genommenen Unternehmen aber leicht möglich und zumutbar ist.
(5) Wirtschafts- und Berufsvereinigungen sowie Gütezeichengemeinschaften dürfen die Aufnahme eines Unternehmens nicht ablehnen, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellen und zu einer unbilligen Benachteiligung des Unternehmens im Wettbewerb führen würde.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....3

TITRE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT, L'EXPRESSION D'UN PHÉNOMÈNE ÉCONOMIQUE 3

chapitre 1. la tentative de définition de la puissance d'achat 3

section 1. la définition de la puissance d'achat par ses causes 3

Section 2. La tentative de définition de la puissance d'achat par ses effets 11

Chapitre 2. Les théories économiques sous tendant la puissance d'achat.....15

Section 1. Le modèle de monopsone et la puissance d'achat.....15

Section 2. La théorie du pouvoir de marché et la puissance d'achat.....17

TITRE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT DANS LA POLITIQUE ÉCONOMIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE.....21

Chapitre 1. Le rôle de la politique économique de l'Union européenne.....21

Section 1. L'acception d'une politique de concurrence dans l'Union européenne.....21

Section 2. La définition de la concurrence praticable comme but de la politique économique européenne.....25

Chapitre 2. La place de la puissance d'achat dans la politique économique de l'Union européenne.....28

Section 1. L'appréhension de la puissance d'achat par la politique de concurrence européenne 28

§ 1. La conception du pouvoir de marché dans la politique de concurrence européenne 28

§ 2. La critique de la dualité de notion de pouvoir de marché.....31

Section 2. L'évolution de l'appréhension normative de la puissance d'achat par le droit européen.....34

§ 1. La réception dans l'ordre juridique de données économiques.....34

§ 2. L'évolution économique du droit européen de la concurrence 37

PARTIE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT, EXPRESSION DU DEGRÉ DE POUVOIR DE MARCHÉ 43

TITRE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME EFFET ANTICONCURRENTIEL EN DROIT EUROPÉEN DES ENTENTES ET DES CONCENTRATIONS.....44

Chapitre 1. L'appréhension de la puissance d'achat en droit des ententes au sens de l'article 101 § 1 T.F.U.E.....44

Section 1. L'appréhension de la puissance d'achat par l'objet de la restriction.....47

§ 1. La puissance d'achat comme matérialisation d'une restriction horizontale anticoncurrentielle par objet.....47

A. L'expression de puissance d'achat dans les restrictions horizontales.....48

1. Une restriction entre concurrents 48

2. La matérialisation de la puissance d'achat.....50

B. La dissimulation de restrictions caractérisées dans les restrictions horizontales.....53

§ 2. La puissance d'achat comme matérialisation d'une restriction verticale anticoncurrentielle par objet....58
A. L'expression de puissance d'achat dans les restrictions verticales 58
1. Une restriction entre non concurrents....59
2. La matérialisation de la puissance d'achat....61
B. La dissimulation de restrictions caractérisées dans les restrictions verticales....65
Section 2. L'appréhension de la puissance d'achat par l'effet de la restriction....70
§ 1. Les seuils de parts de marché comme indice de puissance d'achat....70
A. La détermination des marchés aval et amont pertinents....71
1. L'intérêt de la détermination du marché pertinent....71
2. Le critère de substituabilité 71
B. Le seuil de parts de marché 75
1. Le seuil de parts des marché des restrictions horizontales 75
a. Les marchés concernés par le calcul du seuil....75
b. La fixation du seuil sur les marchés d'achat et de vente....77
2. Le double seuil de parts de marché pour les restrictions verticales....81
a. La prise en compte d'un double seuil....82
b. Bilan quant au marché retenu pour le calcul de la part de marché du distributeur....88
§ 2. Les autres facteurs de puissance d'achat....89
Chapitre 2. Le contrôle de la puissance d'achat en droit des concentrations au sens du règlement 139/2004....92
Section 1. La notion de création ou renforcement de puissance d'achat .95
§ 1. La détermination du marché pertinent dans le contrôle des concentrations....95
A. L'évaluation du marché pertinent dans l'analyse prospective de concentration....95
B. Les méthodes de segmentation des marchés pertinents....98
1. La délimitation du marché aval....99
2. La délimitation du marché amont 101
§ 2. Le contrôle de la puissance d'achat dans le test des concentrations....103
A. L'ouverture du test économique à la puissance d'achat....103
1. Le test de domination et le test S.L.C. en droit européen....103
2. L'évolution des tests nationaux en droit des concentrations....108
B. La place de la puissance d'achat dans le test du pouvoir de marché....114
1. La prise en compte des différentes expressions du pouvoir de marché....114
2. La puissance d'achat constitutive d'une entrave significative....115
Section 2. Les éléments constitutifs d'entrave significative par création ou renforcement de puissance d'achat....116
§ 1. Les indices de puissance d'achat résultant d'une opération de concentration....117
A. Les parts de marché comme indice nécessaire mais insuffisant. 117
1. Le rôle des parts de marchés en amont 118
2. Le rôle des parts de marché en aval....119
3. Le rôle du degré de concentration....121
B. Les autres indices structurels de puissance d'achat....123

1. La dépendance économique du fournisseur.....124
2. La faible contestabilité de position de marché.....126
§ 2. Les effets des opération de concentration créant ou renforçant une puissance d'achat 128
A. Les effets de création ou renforcement de puissance d'achat résultant d'une opération horizontale.....129
1. Les effets unilatéraux sur le marché amont 130
2. Les effets unilatéraux sur le marché aval.....130
B. Les effets de création ou renforcement de puissance d'achat résultant d'une opération non horizontale.....131
1. Les effets sur le marché aval : le verrouillage des intrants et éviction de concurrents.....132
2. Les effets sur le marché amont : le verrouillage de l'accès à la clientèle.....134
Chapitre conclusif du Titre 1.....135
TITRE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME EFFET PROCONCURRENTIEL EN DROIT DES ENTENTES ET DES CONCENTRATIONS.....138
Chapitre 1. Les effets proconcurrentiels résultant de la puissance d'achat au sein du bilan économique au sens de l'article 101 § 3 T.F.U.E. et de l'article 2 § 2 du règlement 139 / 2004.....138
Section 1. La prise en compte des gains d'efficience résultants de la puissance d'achat en droit des ententes.....139
§ 1. La prise en compte du pouvoir de marché par l'article 101 § 3 T.F.U.E.....139
A. La notion de gains d'efficience et de bien être du consommateur en droit économique.....139
B. La présence d'effets restrictifs au titre de l'article 101 § 1 T.F.U.E. 144
§ 2. Les critères constitutifs de gains d'efficience résultant de la puissance d'achat.....148
1. Les gains d'efficience dans les restrictions horizontales.....148
2. Les gains d'efficience dans les restrictions verticales.....150
Section 2. La prise en compte des gains d'efficience résultants de la puissance d'achat dans le bilan économique du droit des concentrations 152
§ 1. Le bilan économique positif résultant des gains d'efficience de la puissance d'achat 152
A. La place du pouvoir de marché dans le bilan économique des concentrations.....152
B. La prise en compte des gains d'efficience résultant de la puissance d'achat.....155
§ 2. Le bilan économique positif résultant des mesures correctives liées à la détention de la puissance d'achat 157
Chapitre 2. La puissance d'achat comme contrepouvoir en droit des ententes et des concentrations.....159
Section 1. Le principe de compensation par puissance d'achat 159
§ 1. Le concept économique de pouvoir compensateur.....159
§ 2. L'effet relatif du pouvoir compensateur de la puissance d'achat.....161
Section 2. L'application juridique du pouvoir compensateur par puissance d'achat.....162
§ 1. L'application du principe en droit des ententes.....162

§ 2. L'application du principe en droit des concentrations.....164
Chapitre conclusif du Titre 2.....168
TITRE CONCLUSIF DE LA PREMIÈRE PARTIE.....169

PARTIE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME EXERCICE DE POUVOIR DE MARCHÉ.....174

TITRE 1. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME ABUS DE DOMINATION.....175
Chapitre 1. La puissance d'achat comme expressions de pouvoir de marché.176
Section 1. La domination d'acheteur comme pouvoir de marché absolu 177
§ 1. La délimitation du marché pertinent au sens de l'article 102 T.F.U.E.....177
A. L'intérêt d'une délimitation du marché pertinent.....177
1. Le marché pourrait inférer l'abus.....177
2. Le marché pertinent comme premier indice de domination.....180
B. Le marché pertinent comme base de l'analyse concurrentielle..182
1. Le critère de substituabilité.....182
2. La prise en compte des parts de marché 183
§ 2. L'établissement d'une domination absolue d'acheteurs.....185
A. La notion de domination absolue d'acheteurs en droit national 185
1. La notion de domination absolue d'acheteurs en droit allemand.....185
2. La notion de domination absolue d'acheteurs en droit français.....189
B. La conception de domination de nature mixte de droit européen 190
1. La domination absolue de l'acheteur en droit européen.....190
2. La domination absolue collective d'acheteurs en droit européen.....194
Section 2. La domination d'acheteur comme pouvoir de marché relatif 196
§ 1. L'intérêt normatif de la domination relative pour l'appréhension de puissance d'achat.....197
A. L'insuffisance de la domination absolue pour appréhender la puissance d'achat.....198
B. Le pouvoir de marché relatif au sein du droit de la concurrence 200
§ 2. La notion de domination relative d'acheteurs.....204
A. La notion de domination relative en droit européen.....205
B. La notion de domination relative d'acheteurs en droit national 207
1. La dépendance économique en droit allemand.....208
2. La domination relative d'acheteurs en droit français.....215
a. La dépendance économique en droit français.....215
b. Le déséquilibre significatif en droit français.....220
Chapitre 2. L'exercice abusif de la domination de l'acheteur.....223
Section 1. L'exercice abusif de sa domination par un acheteur en droit européen.....224
§ 1. Une application limitée.....224
§ 2. Des critères normatifs restrictifs.....225
Section 2. L'exercice abusif de sa domination par un acheteur en droit national.....228
§ 1. Les abus de domination absolue de droit national.....229

§ 2. Les abus de domination relative de droit national.....230
A. Les abus en droit français.....232
B. Les abus en droit allemand.....233
Chapitre conclusif du titre 1.....235
TITRE 2. LA PUISSANCE D'ACHAT COMME POTENTIEL EFFET PRO-CONCURRENTIEL EN DROIT DES ABUS DE DOMINATION.....237
Chapitre 1. Le postulat structuraliste de l'article 102 T.F.U.E. face au pouvoir de marché.....237
Section 1. Le principe relatif de l'interdiction d'une exemption pour les abus de domination d'acheteur.....237
§ 1. L'absence de prise en compte de tout degré de pouvoir de marché 238
§ 2. La prise en compte de la puissance d'achat comme relativisation de la position dominante du fournisseur.....240
Section 2. Le critère de la concurrence par les mérites.....241
§ 1. La tentative de définition 242
§ 2. La prise en compte en amont de données économiques pro-concurrentielles.....244
Chapitre 2. La prise en compte de la puissance d'achat comme effet proconcurrentiel en droit national des abus de domination.....245
Section 1. La prise en compte de la puissance d'achat dans les exemptions 246
Section 2. Une prise en compte relative 247
Chapitre conclusif de la seconde partie.....248
TITRE CONCLUSIF DE LA PARTIE 2.....249CONCLUSION GÉNÉRALE 252
Chapitre 1. critique du droit positif.....252
Chapitre 2. éléments de droit prospectif.....259
BIBLIOGRAPHIE.....265
ANNEXES.....288
TABLE DES MATIERES.....299

RESUME SUBTANTIEL
EN ALLEMAND

ZUSAMMENFASSUNG
DER DISSERTATION
ÜBER

NACHFRAGEMACHT
IM EUROPÄISCHEN KARTELLRECHT

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS.....III
NACHFRAGEMACHT IM EUROPÄISCHEN KARTELLRECHT 1
A. EINLEITUNG: RECHTLICHE UND ÖKONOMISCHE RELEVANZ DER NACHFRAGEMACHT.....1
B. DIE ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT DURCH NORMEN.....3
I. Erfassung der Nachfragemacht als Ausdruck eines Marktmachtgrades im europäischen Kartell- und Fusionsrecht.....5
1. Erfassung der Nachfragemacht aufgrund negativer Wettbewerbsauswirkungen.....5
a. Erfassung der Nachfragemacht aufgrund negativer Wettbewerbsauswirkungen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 AEUV.....5
b. Erfassung der Nachfragemacht aufgrund negativer Wettbewerbseffekte im Rahmen der Fusionskontrolle nach Art. 2 Abs. 3 FKVO.....8
2. Erfassung der Nachfragemacht aufgrund positiver Wettbewerbsauswirkungen.....10
a. Erfassung der Nachfragemacht aufgrund positiver Wettbewerbsauswirkungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.....10
b. Erfassung der Nachfragemacht aufgrund positiver Wettbewerbauswirkungen im Rahmen der Fusionskontrolle nach Art. 2 Abs. 3 FKVO.....12
II. Erfassung von Nachfragemacht als Ausübung von Marktmacht im Rahmen der europäischen und nationalen Missbrauchskontrolle.....13
1. Erfassung der Nachfragemacht als mißbräuchliche Ausübung einer Marktmacht.....13
2. Erfassung der Nachfragmacht aufgrund positiver Wettbewerbsauswirkungen.....16
C. SCHLUSSBETRACHTUNG: KRITIK DES SYSTEMS MIT LÖSUNGSANSÄTZEN.....17

LITERATURVERZEICHNIS[735]

DEUTSCHE AUFSÄTZE

ALTEMÖLLER, Frank; Art. 82 EGV - LNK - Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, 01. 12. 2006, Lexis Nexis, Deutschland.

Ders.; Art. 81 EGV - LNK - Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen, 01. 12. 2006, Lexis Nexis, Deutschland.

Ders.; § 2 GWB - LNK - Freigestellte Vereinbarungen, 06. 12. 2005, Lexis Nexis Deutschland.

BONTRUP, Heinz-Josef; Unternehmerische Nachfragemacht- ein zunehmendes Problem, WRP, 2006, S. 225 - 231.

BENISCH, Werner; Bestimmung der Marktstellung bei Nachfragern, WuW, 10.1977, S.619 - 630.

BRÜCK, Johann; Wettbewerb auf nachgelagerten Märkte, WRP 2008, S. 1160- 1164.

Bundeskartellamt; Nachfragemacht im Kartellrecht- Stand und Perspektiven, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 18. September 2008, 16 S.

Bundeskartellamt; Marktbeherrschung in der Fusinskontrolle, Checkliste des Bundeskartellamtes in deutsch english und französisch, Heft 15, FIW- Dokumentation, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München 1990, 97 S.

Bundeskartellamt; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts von 1976, S. 24 - 33; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts von 1978, S. 34 - 37; Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts von 1987/ 1988, S.21 - 27.

BUNTE, Hermmann- Josef; Die kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand, WuW 11/98, S. 1037 - 1049.

FAUSTMANN, Jörg/RAAPKE, Julia; Zur Neuregelung des Preismißbrauchs im Energie- und Lebensmittelsektor, WRP 2008, Heft 1,

735 Es werden hier verwiegend Literaturquellen der Doktorarbeit angegeben.

S. 67 - 73.

FRITZSCHE, Jörg; Notwendige Wettbewerbsbeschränkungen im Spannungsfeld von Verbot und Freistellung nach Art. 85 EGV, ZHR (Zeitschrift für das Gesamte Recht und Wirtschaft), 160, 1996, S. 31 - 58.

FUCHS, Andreas; Die 7. GWB-Novelle- Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, WRP, 2005, S. 1384 - 1396.

GRAF V. MERVELDT, Moritz; § 36 GWB - LNK - Grundsätze für die Beurteilung von Zusammenschlüssen, Lexis Nexis Deutschland, 08.02.2008.

GRÖNER, Helmut/KÖHLER, Helmut; Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung im Handel, Betriebs-Berater, Heft 5, 20.02.1982, S. 257 - 264.

HENRICHS, Helmut; Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Licht der neueren Rechtsprechung zum Antitrustrecht, WuW 4/1967, S. 255 - 273

HELMUT, Lutz; Die Beurteilung von Einkaufskooperationen nach deutschem Wettbewerbsrecht, WRP, 1/2002, S. 47 - 55.

IMMENGA, Ulrich; Begriffliches zur Wettbewerbsbeschränkung, ZHR 148, 1984, S. 268 - 270.

INDERST, Roman; Die ökonmische Analyse von Nachfragemacht in der Wettbewerbspolitik, DIW, Nr 49, 2007, 15 S.

JESTAEDT, Thomas; Funktionalität, Effizienz und Wettbewerb: B2B Marktplätze und das Kartellrecht, Betriebsberater Heft, 12/ 2001, S. 581.

JICKELI, Joachim; Fusionskontrollrechtliche Auswirkungen der Fünften GWB- Novelle, WuW, 6/1990, S. 481 - 494.

KARTTE, Wolfgang; Der Schutz des Leistungswettbewerbs im Kartellrecht, WRP, 1976, S. 1 - 3.

KELLERBAUER, Manuel; Art. 2 FKVO - LNK - Beurteilung von Zusammenschlüssen, 04. 01. 07, Lexis Nexis Deutschland.

KESSLER, Jürgen; Einkaufskooperationen im Licht des Deutschen und europäischen Kartellrechts, WuW, 12/2002, S. 1162 - 1173.

KIRCHHOF, Wolfgang; Die Beurteilung von Bezugsverträgen nach europäischem Kartellrecht, Wirtschaft und Wettbewerb, 1995, S. 316 -

373.

KIRSCHNER, Ulrich; Die Neufassung des Marktbeherrschungstatbestandes im Rahmen der 5. GWB Novelle, WRP, 1989, S. 73 - 77.

KÖHLER, Helmut; Zur Kontrolle der Nachfragemacht nach dem neuen GWB und dem neuen UWG, WRP, 2/2006, S. 139 - 147.

LORENZ, Moritz; § 19 GWB - LNK - Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, 01. 07. 05, Lexis Nexis Deutschland.

MESTMÄCKER, Ernst Joachim/BREMER, Eckart; Die koordinierte Sperre im deutschen und europäischen Recht der öffentlichen Aufträge, BB (Betriebsbertarer) Beilage 19 zu Heft 50/1995, 14.12.1995, 2. Halbjahr, 32 S.

PFEFFER, Joachim; Verfahrensrechtliche Aspekte der Neuregelung des Anmelde- und Anzeigeverfahrens von Einkaufsgemeinschaften im GWB, WuW 3/2001, S. 245 - 253.

PLAISANT, Robert; Die Regelung der Kartelle und der wettbewerbsbeschränkenden Geschäftspraktiken in Frankreich, WuW 6/1972, S. 365 - 377.

REIMANN, Thomas; Mißbrauchaufsicht und Diskriminierungsverbot bei Nachfragern, WuW 9/1976, S. 541- 630.

SÄCKER, Franz Jürgen; Abschied vom Bedarfsmarktkonzept, Zur Erfassung wettbewerbsrelevanter Produktmärkte mit Hilfe des Wirtschaftsplankonzepts, ZweR 1/2004, S. 1 - 27.

SÄCKER, Franz Jürgen/MOHR, Jochen, Forderung und Durchsetzung ungerechtfertigter Vorteile,nEine Analyse des §20 GWB Abs. 3 GWB, WRP, 2010, S.1 - 26.

SCHEUFELE, Helmut; Behandlung der „beherrschenden Stellung“ von Nachfragern im EWG- Kartellrecht, BB, Beilage 4/1973 zu Heft 9/1973.

SCHMIDT, Ingo, Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW, 6/ 1965, S. 453- 494.
Ders., Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB Novelle, WuW 2/1997, S. 101 - 120.

SCHULTE, Günther; Bedarf es einer gesetztlichen Freistellung für Kooperationen im Kartellgesetz?, WRP, 7-8/1989, S. 441 - 447.

SCHWINTOWSKI, Hans- Peter; Wettbewerbsrechtliche Grenzen der Gewährung von Großkundenrabatten an Einkaufsgemeinschaften, BB, 1992, S. 368.

VON EINEM, Christoph; Einkaufskooperationen und Kartellrecht Überlegungen anlässlich der 5. Kartellnovelle, W.R.S. (Wettbewerb in Recht und Praxis), 1989, Franfurt am Main.

FRANZÖSISCHE AUFSÄTZE

BOURGEON, Christian; A propos de l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente, Revue des contrats, 12/2003, PARIS, Lextenso, n°111, S. 243.

BOY, Laurence; L'abus de pouvoir de marché: contrôle de la domination ou protection de la concurrence ?, Revue internationale de droit économique, 01/2005, PARIS, De Boeck, n°19, S. 27-50.

BRICIU, Lucian; Mise en perspective d'un siècle de fusions-acquisitions en Europe et aux Etats-Unis, Article de sciences économiques. Université de Poitiers, 2009, 16 S., http://sceco.univ-poitiers.fr/recherpubli/doctravail/M2009-02.pdf

BUY, Frédéric; Entre droit spécial et droit commun: l'article L.442-6 I 2° du Code de commerce, Petites affiches, 17/12/08, PARIS, Lextenso, n°252, S. 3

CHAMBOLLE, Claire, et al.; Concentrations horizontales et puissance d'achat, Economie et prévision, Economie industrielle et politiques microéconomiques,03/2007, PARIS, La documentation française, n°178, S. 79 - 92.

CHONE, Anne – Sophie; Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction, Revue Europe n°3, 03/09, PARIS, Lexis Nexis.

CLAUDEL, Emmanuelle; Loi du 2 août 2005 comportant diverses dispositions en faveur des S.M.E., RTD Com., 2006, PARIS, Dalloz.

Ders.; Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, RTD Com., 2001, PARIS, Dalloz, Accès en ligne, S. 663.

Ders.; Mutations récentes en Droit de la concurrence, RTD Com., 2000, PARIS, Dalloz, Accès en ligne, S. 877.

FERRIER, Didier; Revue Concurrence – Distribution, 2009, PARIS, Dalloz, Accès en ligne, S. 288.

FLOCHEL, Laurent; Un point de vue d'économiste, Revue concurrence, 2010, PARIS, Lexis Nexis, Accès en ligne, p 538.

IDOT, Laurence; Apercu du nouveau régime des accords verticaux, Revue Europe, 01/07/10, PARIS, Lexis Nexis, Accès en ligne.

Ders.; La deuxième partie de la loi NRE ou la réforme du droit français de la concurrence, La Semaine Juridique, 2001, PARIS, Edition Générale, Accès en ligne.

KOVAR, Robert/BURST Jean- Jacques; Le renforcement de la puissance d'achat peut- il légitimer des ententes défensives entre fournisseurs ?, La Semaine Juridique Entreprise et affaires (JCP E), 1985, PARIS, Lexis Nexis, Accès en ligne.

LASSERRE, Bruno; Le Conseil de la concurrence dans le réseau communautaire, Revue des droits de la concurrence, 2005, PARIS, Concurrences n°3, S. 51.

Ders.; S.M.E. et pratiques prohibées en- deçà du seuil de la dominance, Revue des droits de la concurrence, 2007, PARIS, Concurrences, n°2, S. 89.

MARTIN, Stanislas, et al.; Concentrations, Revue des droits de la concurrence, 2009, PARIS, Concurrences, N°2, S. 139 - 148.

MOMEGE, Chantal; Les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 relatives au contrôle de la concentration sont -elles applicables aux centrales d'achat et à leur regroupement ? Cahiers Droit de l'entreprise, 1984, PARIS, Lexis Nexis, N°4, S.13.

MOREAU Franck, Restrictions horizontales de concurrence, Dalloz, 2010, Répertoire communautaire, Accès internet le 13/06/2012, Dalloz.

POILLOT PERUZZETTO Sylvaine, La réforme des accords horizontaux en droit communautaire de la concurrence, Lexis Nexis 2010, Contrats Concurrence Consommation N°4 chron. 6, Accès internet le 15/05/13, Lexis Nexis.

POILLOT PERUZZETTO Sylvaine, Les accords de coopération, de spécialisation et de sous-traitance, Lexis Nexis 2012, Jurisclasseur Europe, Accès internet le 25/03/2013, Lexis Nexis.

NASSE, Philippe; Concurrence et S.M.E.: protection de la concurrence ou protection des S.M.E., Revue des droits de la concurrence, 2007, PARIS, Concurrences,N°2, S. 68 - 90.

PAYET, Marie- Stéphane; Puissance économique, droit de la concurrence et droit des contrats, Revue des contrats, octobre 2006, PARIS, Lextenso, n°4, S. 1338.

PRIETO, Catherine; Les ajustements apportés dans un jeu sophistiqué de présomptions, Revue Concurrences, 27/05/10, PARIS, Concurrences, N°3, S. 20-29.

TOUSSAINT- DAVID, Gaelle; Les nouvelles règles de concurrence communautaires applicables aux réseaux de distribution, Cahiers de droit de l'entreprise, 01/07/10, PARIS, Lexis Nexis,Cahiers de droit de l'entreprise n° 4, dossier 19, Accès en ligne.

VERBRAEKEN, Erik; Les accords de coopération, vecteur de concurrence: un malentendu, RTD Com., 15/03/95, PARIS, Dalloz, 39 S.

VERGÉ, Thibaud; La réforme des lignes directrices verticales et l'analyse économique, Revue Concurrences, 27/05/10, PARIS, Concurrences, N°3, S. 1 à 11.

VOGEL, Louis; Droit de la concurrence et puissance d'achat: Plaidoyer pour un changement, La Semaine Juridique (JCP), 1997, PARIS, Edition Entreprises n°50, S. 516 - 522.

Ders; Les places de marché et le droit, Ateliers de la concurrence, D.G.C.C.R.F., 2003, 3 S., http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/internet3.htm

WACHSMANN, Anne/REY Patrick; Les restrictions verticales, Ateliers de la concurrence, D.G.C.C.R.F, 2009, 24 S., http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dgccrf/documentation/publications/actes_ateliers/restrictions_verticales.pdf

Ders.; L'encadrement juridique des accords horizontaux, Ateliers de la concurrence, D.G.C.C.R.F, 2004, 30 S., 25/03/2013, http://www.minefi.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_concu/interentreprises.htm

DEUTSCHE MONOGRAPHIEN

ADAM, Michael/SATSKY, Horst; Beurteilungsspielraum und Legalausnahme im europäischen Kartellrecht: die gerichtliche Überprüfung der Freistellung vom Kartellverbot nach Art. 81 III EGV, Stämpfli Verlag AG Bern, Bern, 2007, 215 S.

BLAIR, Roger/HARRISSON Jeffrey; Monopsony: Antitrust Law and Economics, Princeton University Press, New Jersey, 1993, 179 S.

BONTRUP, Heinz-Josef/MARQUARDT, Ralf-M.; Nachfragemacht in Deutschland, Ursachen, Auswirkungen und wirtschaftspolitische Handlungsoptionen, Schriftenreihe Kritische Wissenschaft, Bd. 2, Köln, 1983,167 S.

BUNTE, Hermann- Josef; Kartellrecht mit neuem Vergaberecht, Studium und Praxis, 2ème Auflage, Nomos Verlag, München, 2008, 475 S.

DAUNER, Klaus Jörg; Einkaufsgemeinschaften im Kartellrecht, Studien zum Handels, Studien zum Handels- Arbeits- und Wirtschaftsrecht, 1ère Auflage, Nomos Verlag, Baden- Baden, 1988, 192 S.

DE CROZALS, Cyrille; Die Anwendung der Artikel 81 und 82 EGV durch die französischen Behörden und Gerichte, Tome 6, Peter Lang Verlag, Franfurt am Main 2003, 169 S.

CHRISTIANSEN, Olaf; Gemeinsame Beschaffung und Wettbewerb, Einkaufskooperationen im EG- Kartellrecht, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2003, 227 S.

EMMERICH, Volker; Kartellrecht, 11. Auflage, C.H. Beck, München, 2008, 548 S.

KLING, Michael/THOMAS Stefan; Grundkurs Wettberwerbs- und Kartellrecht, C.H. Beck, München, 2007, 830 S.

KÖHLER, Helmut; Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht, Beihefte der Zeitschfrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Verlaggesellschaft Recht und Wirtschaft mdH, Heidelberg, 1979, 104 S.

Ders.; Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, C.H. Beck, München, 1977, 205 S.

LABUDEK, Bernhard; Die Behandlung von Diskriminierung und Behinderung in französischen Kartellrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1992, 310 S.

LANGE, Knut Werner; Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2ème Auflage, Frankfurt am Main,Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2006, 733 S.

LETTL, Tobias/THOMAS Stefan; Kartellrecht, Verlag Franz Vahlen, München, 2007, 830 S.

MÖSCHEL, Wernhard; Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1983, 741 S.

RENARD, Christoph; Das französische Fusionskontrollrecht, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2004, 162 S.

SCHÄFER, Hans- Bernd; ökonomische Analyse des Rechts, Springer Verlag, Heidelberg, 1991, 347 S.

OTT Claus/SCHÄFER, Hans Bernd; Ökonomische Probleme des Zivilsrechts, Beiträge zur ökonischen Analyse des Rechts, Springer Verlag, Heidelberg,1991, 347 S.

WIEDEMANN, Gerhard; Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2008, 2172 S.

FRANZÖSICHE MONOGRAPHIEN

BERLIN, Dominique; Contrôle des concentrations, Droit communautaire de la concurrence, 3. Auflage Editions de l'Université de BRUXELLES, BRUXELLES, 2009, 597 S.

BOUTARD – LABARDE Marie- Chantal et al.; L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles, L.G.D.J., PARIS, 2008, 822 S.

CABANES Christophe/NEVEU Benoit; Droit de la concurrence dans les contrats publics, Pratiques anticoncurrentielles, Abus de position dominante, Contrôles et sanctions, Editions Le Moniteur, PARIS, 2008, 356 S.

CANIVET, Guy; La modernisation du droit de la concurrence, Droit économie, L.G.D.J., PARIS, L.G.D.J, 2006, 516 S.

COMBE, Emmanuel; Economie et politique de concurrence, Dalloz PARIS, 2014, 460 S.

DE MONTBRIAL, Thierry/FAUCHART; Emmanuelle, Introduction à l'économie, Microéconomie, Macroéconomie, 4. Auflage, Dunod, PARIS, 2007, 443 S.

DESCOCQ, André/ DESCOCQ, Georges; Droit de la concurrence, Droit interne et Droit de l'Union européenne, 5. Auflage, LGDJ, PARIS, 2012, 656 S.

DUBOUIS, Louis/BLUMANN, Claude; Droit matériel de l'Union européenne, 6. Auflage, Domat, PARIS, 2012, 806 S.

ENCAOUA, David/GUESNERIE Roger; Politiques de concurrence, Conseil d'analyse économique, La Documentation Francaise, PARIS, 2006, 295 S.

FASQUELLLE, Daniel; Droit américain et droit communautaire des ententes , Étude de la règle de raison, GLN Joly Editions, PARIS, 1993, 290 S.

FERRIER, Didier; Droit de la distribution, 6. Auflage, Lexis Nexis, PARIS, 2012, 432 S.

FRISON- ROCHE, Marie- Anne/BONFILS, Sébastien; Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents,Quadrige / PUF, PARIS, 2005, 431S.

FRISON- ROCHE, Marie- Anne/PAYET, Marie- Stéphane; Droit de la concurrence, Précis 1. Auflage, Dalloz, PARIS 2006, 451 S.

GLAIS, Michel; Concentration des entreprises et droit de la concurrence, Economica, PARIS, 2010, 555 S.

GOLDMAN, Berthold et al.; Droit commercial européen, Dalloz, PARIS, 1994, 836 S.

KUENGIENDA, Martin; Droit écnomique du marché, Concurrence-Distribution et Consommation, Edilivre classique collection, Editions APARIS, PARIS, 2012, 262 S.

LUCAS DE LEYSSAC, Claude/PARLEANI Gilbert; Droit du marché, THEMIS, Droit privé, PUF, PARIS, 2002, 1033 S.

MAINGUY, Daniel, et al.; Droit de la concurrence, Manuel Lexis Nexis, PARIS, 2010, 355 S.

MALAURIE- VIGNAL, Marie; L'abus de position dominante, Systèmes-Droit, L.G.D.J., PARIS, 2002, 186 S.

Ders.; Droit de la distribution, Sirey Université, 2. Auflage Dalloz, PARIS, 2012, 347 S.

Ders.; Droit de la concurrence interne et européen, 6. Auflage, Dalloz, PARIS, 2014, 350 S.

PINDICK, Robert/ RUBINFELD, Daniel; Microéconomie, 7. Auflage, Pearson Education, PARIS, 2009, 798 S.

STIGLITZ, Josef/ WALSH, Carl; Principes d'économie moderne, Ouvertures économiques, 3. Auflage, BRUXELLES , De Boeck, 2007, 926 S.

SALOMAO FILHO, Calixto; Histoire critique des monopoles, Une perspective juridique et économique, Droit et Economie, PARIS, LGDJ-Lextenso Auflage, 2010, 131 S.

SOUTY, Francois; Le droit de la concurrence de l'Union européenne, Clefs – Politique, 4. Auflage, PARIS, Montchrestien, 2003, 160 S.

STIGLITZ, Josef/ WALSH, Carl; Principes d'économie moderne, Ouvertures économiques, 3. Auflage, BRUXELLES, De Boeck 2007, 926 S.

TARONDEAU Jean- Claude/XARDEL Dominique; La distribution, Que Sais- Je n°2215, 4. Auflage, PARIS, PUF, 1995, 127 S.

VON HAYEK, Friedrich August; La route de la servitude, Quadrige n°69, PUF, 2013, 120 S.

WASMER, Etienne; Principes de microéconomie, Méthodes empiriques et théories modernes, Pearson Education, PARIS, 2010, 558 S.

DEUTSCHE KOMMENTARE

IMMENGA, Ulrich/MESTMÄCKER, Ernst Joachim; Wettbewerbsrecht EG, Kommentar zum europäischen Recht, 4. Auflage, Band 1, München, Verlag C.H. Beck, 2007, 1795 S.

Ders.; Wettbewerbsrecht, Kommentar zum europäischen Recht, 5. Auflage, Band I, München,Verlag C.H. Beck, 2012, 1610 S.

Ders.; Wettbewerbsrecht, Kommentar zum deutschen Kartellrecht Recht: GWB, 4. Auflage, Band II, München, Verlag C.H. Beck, 2007, 3029 S.
LANGE, Eugen/BUNTE, Hermann- Josef; Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Deutsches Kartellrecht, 11. Auflage, Band I, Luchterhand, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2011, 2554 S.

Ders.; Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Europäisches Kartellrecht, 11. Auflage, Band II, Luchterhand, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2010, 2309 S.

LOEWENHEIM, Ulrich/MEESSEN, Karl M., RIESENKAMPF Alexander; Kartellrecht, GWB Kommentar, 2. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2009, 3032 S.

MÄSCH, Gerald; Praxiskommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1. Auflage, Lexis Nexis, Recklinghausen, ZAP Verlag, 2009, 2338 S.

PETSCHE, Alexander/LAGER Marc; Handbuch der EU-GRuppenfreistellungsverordnungen, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2ème Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2012, 631 S.

WIEDEMANN, Gerhard; Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2008, 2172 S.

FRANZÖSISCHE KOMMENTARE

BEITONE, Alain, et al.; Dictionnaire des Sciences économiques, 2. Auflage, PARIS, Armand Colin, 2007, 495 S.

BERNARD, Yves/ COLLI Jean- Claude; Vocabulaire économique et financier, 8. Auflage, PARIS, SEUIL, 2003, 574 S.

CORNU, Gérard; Vocabulaire juridique, 8. Auflage, PARIS , PUF, 2007, 986 S.
MOREAU, Franck; Restrictions horizontales de concurrence, Dalloz, 2010, Répertoire communautaire, Accès internet le 13/06/2012, Dalloz.

POILLOT PERUZZETTO, Sylvaine; La réforme des accords horizontaux en droit communautaire de la concurrence, Lexis Nexis 2010, Contrats Concurrence Consommation N°4 chron. 6, Accès internet le 15/05/13, Lexis Nexis.

Ders.; Les accords de coopération, de spécialisation et de sous-traitance, Lexis Nexis 2012, Jurisclasseur Europe, Accès internet le 25/03/2013, Lexis Nexis.

VOGEL, Louis; Droit européen des ententes et abus de position dominante, LawLex, Collection JuriBases, 2010, PARIS, 1705 S.

Ders.; Droit européen des concentrations, LawLex, Collection JuriBases, 2010, PARIS, 1018 S.

Ders. et al.; Traité de droit commercial, Tome 1, Volume 1, PARIS, LGDJ, 2001, 905 S.

DEUTSCHE WISSENSCHAFTLICHE WERKE

BENISCH, Werner/SATZKY Horst; Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, FIW, Cahier 116, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1985, 145 S.

BERGMANN, Helmut; Nachfragemacht in der Fusionskontrolle, Tübingen, 1989, Duncker & Humblot GmbH, 1989, 195 S.

FRITZSCHE, Jörg; Die Auslegung von §1 GWB und die Behandlung von Einkaufsgemeinschaften im Kartellrecht, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, FIW, cahier 149, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1993, 210 S.

INDERST, Roman/WEY, Christian; Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), 2007, Berlin, 23 S.

KÖHLER, Helmut; Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, Münchener Universitätsschriften, Tome 37, C.H. Beck'sche Verlagsbuchandlung, 1977, 205 S.

SCHULTES, Werner; Nachfragemacht, Nachfragerkartelle und überlegene Marktmacht, Schwerpunkte des Kartellrechtes, FIW, Köln, Berlin, Bonn, 1983, 731 S.

SCHWALBA, Michael; Die wettbewerbsbezogene Abgrenzung des relevanten Marktes, Dir. Prof. Säcker, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2000, 218 S.

FRANZÖSICHE WISSENSCHAFTLICHE WERKE

ANDRE, Marie- Elisabeth; Les contrats de la grande distribution, Thèse Sciences Juridiques, Montpellier, Dir. MOUSSERON Jean- Marc, 1989, Verlag Litec, 1991, 402 S.

BASEDOW, Jürgen; Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de concurrence, S. 36., Recueil des Cours, Nr. 264, Académie de droit international, Académie de Droit International de La Haye, Alfa Base, 1998, 177 S.

BIDAUD, Laila, La délimitation du marché pertinent en droit francais de la concurrence, Thèse, Sciences Juridiques, Université de Montpellier I, Dir. MOUSSERON Jean- Marc, 1999, Verlag Litec, 2001, 700 S.

BOUSCANT, Rémi; Le contrôle des entreprises en position dominante dans la république fédérale d'Allemagne, Thèse Sciences Juridiques, Université de Bourgogne, Dir. FROMONT Michel, 1989, Verlag Bruylant 1991, 382 S.

CHAZAL, Jean- Pascal; De la puissance économique en droit des obligations, Thèse Sciences Juridiques, Université de grenoble II, 1996, En ligne http://master.sciences-po.fr/droit/sites/master.sciences-po.fr.droit/files/users/aude.epstein/Th%C3%A8se%20Jean-Pascal

%20CHAZAL.pdf, 658 S.

CHONE, Anne Sophie; Les abus de domination, Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence Thèse Sciences Juridiques, Université PARIS II, Dir. TEYSSIE Bernard, 2010, Verlag Economica 2010, 444 S.

DE BOÜARD, Fabrice; La dépendance économique née d'un contrat, Tome 13, Thèse, Sciences Juridiques, Université de PARIS I, Dir. VINEY Geneviève, 2007, Verlag L.G.D.J. 2007, 517 S.

DEMME, Géraldine; Le droit des restrictions verticales, Pratique du droit, Thèse Sciences Juridiques, PARIS II, Dir. VOGEL Louis, 2008, Verlag Economica 2011, 362 S.

DEZOBRY, Guillaume; La théorie des facilités essentielles, Essentialité et droit communautaire de la concurrence, Thèse Sciences Juridiques, PARIS Ouest Nanterre La Défense, Dir. THOUVENIN Jean- Marc, 2009, Verlag Bibliothèque de droit international et communautaire, 2009, 507 S.

DUMARCAY, Marie; La situation de l'entreprise victime dans les procédures de sanction des pratiques anticoncurrentielles, Thèse Sciences juridiques, Université de Montpellier, Dir. RAYNARD Jacques, 2010, Verlag Litec, 2010, 601 S.

KERJOUHAN, Isabelle; Concentration d'achat dans la grande distribution et droit de la concurrence, Thèse Sciences Juridiques, Université PARIS II, Dir. VOGEL Louis, 1998.

LIANOS, Ioannis; La transformation du droit d ela concurrence par le recours à l'analyse économique, Thèse Sciences Juridiques, Université Robert Schuman Strasbourg III, Dir. KOVAR Robert, 2007, Verlag Bruylant, BRUXELLES, 2007, 1704 S.

MADDALON, Philippe; La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, Thèse Sciences Juridiques, Université PARIS II, Dir. FENET Alain, 1998, Verlag LGDJ 2007, 396 S.

PAGOT, Audrey; Grande distribution, commerce traditionnel: quelle concurrence, Thèse Sciences Juridiques, Université Montpellier I, Dir. TEMPLE Henri 2011, En ligne: http://mercmanhal.org/bib/upload/L20130620050019.pdf, 505 S.

SIBONY, Anne- Lise; Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence, Thèse Sciences Juridiques, PARIS Dauphine, Dir. FRISON ROCHE Marie- Laure, 2006, Verlag LGDJ, 2008, 883 S.

SMITH, Adam; Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, Traduction de Germain Garnier Guillaumin et compagnie, Librairies PARIS, 1859, 407 S.

SORIA, Manuel; Etude jurique et fiscale des centrales d'achat, Thèse Sciences Juridiques, PARIS 1962, 226 S.

NACHFRAGEMACHT IM EUROPÄISCHEN KARTELLRECHT

A. EINLEITUNG: RECHTLICHE UND ÖKONOMISCHE RELEVANZ DER NACHFRAGEMACHT

Nachfragemacht entspricht keiner Legaldefinition. Sie stellt zuerst ein ökonomisches Phänomen dar, das aufgrund der Veränderung der Marktstruktur dazu fähig ist, die natürlichen Marktmechanismen zu beeinträchtigen und somit den Binnenmarkt zu gefährden. Diese Gefährdung drückt sich in einem Ungleichgewicht aus, das sich bei den verschiedenen Marktteilnehmern wie Anbieter, Wettbewerber und Endverbraucher auswirkt. Nachfragemacht wird oft als Marktmacht bezeichnet, definiert durch die Stärke eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt, das dazu in der Lage ist, seine Preise gewinnbringend über den Grenzkosten festzusetzen. Prinzipiell wird dabei zur Definition der Nachfragemacht auf das ökonomische Monopsonmodell zurückgegriffen, bei dem einem marktmächtigen Nachfrager eine Vielzahl von Anbietern gegenüber steht. Laut der Monopsontheorie verfügt der Monopsonist über die Möglichkeit seine Marktmacht durch Verringerung seiner Nachfrage auszunutzen und dadurch seinen Beschaffungspreis unter dem wettbewerblichen Stand durchzusetzen. Dies kann zu Mengenverknappung, Reduzierung der Investitions- und Innovationsmöglichkeiten der Anbieter, allokativen Ineffizienzen und schließlich zu Wohlfahrtsverluste führen. Nachfragemacht kann aber auch positive Auswirkungen auf den Markt haben. Diese werden als positive Wohlfahrtseffekte betrachtet und betreffen insbesondere den Fall des soggenannten Trittbrettfahrer - Verhaltens, wodurch kleinere Nachfrager den Markt betreten können. Darüber hinaus kann sich die Beteilung des Nachfragers an hohen Anfangsinvestitionen und daraus entwickelten kommende neue Waren auch positiv darstellen.

Im Sinne dieser ökonomische Theorie tendiert die europäische Wettbewerbspolitik dazu, den „wirksamen Wettbewerb“ oder die soggenannte „workable competition“ zu schützen. Ein wirksamer Wettbewerb bedeutet, dass auf dem jeweiligen Markt dasjenige Maß an Wettbewerb vorhanden ist und erforderlich ist, damit die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt werden. Bei der Zielsetzung des europäischen Wettbewerbs im Artikeln 3 AEUV verankert, geht es um die Schaffung eines Binnenmarktes. Dabei ist der unverfälschte Wettbewerb das Instrument, um die definierten Grundfreiheiten zu verwirklichen. Durch den Abschluss des Vertrages über die europäische Union wurde die Bekenntnis zu einer an marktwirtschaftlichen Grundsätzen orientierten Rechts- und Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft bestätigt. Die Wettbewerbspolitik hat die Aufgabe Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit zu ermitteln. Der Handlungsspielraum der

Wirtschaftsakteure muss demnach bemessen werden, nachdem die Frage der Definition unangemessener Beschränkungen beantwortet worden ist. Dies wird von der Wettbewerbspolitik definiert, die auf bestimmte Marktergebnisse gerichtet ist. Im Sinnes des AEUV soll der Wettbewerb die Leistungsfähigkeit der Wirtschaft steigern und die Bedürfnisbefriedigung durch die Verwirklichung des freien und redlichen Wettbewerbs verbessern. Die Gesamtwohlfahrt soll das wettbwerbliche Ziel sein, was sich durch den Schutz des Endverbrauchers konkretisiert. Aufgrund der aufgestellten Forderung nach Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft vor Verfälschungen schützt, kommt dem Wettbewerbsrecht eine unmittelbare normative Wirkung zu. Das Wettbewerbsrecht soll alle Arten der Beschränkungen durch Wettbewerber und anderer Normadressaten bekämpfen. Daher geht es nicht nur um die Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Kartelle zwischen Unternehmen sondern auch um die Kontrolle der Unternehmensstrukturen wie in Konzentrationsfällen, oder weiterhin um einseitige wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen von Unternehmen, die über eine bestimmte Marktmacht verfügen. Das europäische Recht richtet sich allerdings ausschließlich gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Mißbräuche, die den „Handel zwischen den Mitgliedsstaaten“ zu beeinträchtigen geeignet sind, insbesondere gegen Zusammenschlüsse „von gemeinschaftlicher Bedeutung“. Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Kartelle, mißbräuchlichen Verhalten und Zusammenschlüsse ohne gemeinschaftsweite Bedeutung bleiben den nationalen Rechtsordnungen allein überlassen. In diesem Sinne können die nationalen Rechtsordnungen strengere Wettbewerbsregeln aufstellen, solange sie dem europäischen Recht konform bleiben.

Nachfragemacht stellt eine aktuelle oder potentielle Modifizierung der Marktstruktur dar und wird wettbewerbsrechtlich kontrolliert. Zur rechtlichen Erfassung und Kontrolle der Nachfragemacht kann auf das ökonomische Monopsonmodell zurückgegriffen werden. Das Monopsonmodell stellt aber nur eine der möglichen ökonomischen Konkretisierungen von Nachfragemacht dar. Anders als beim Monopson, wirkt sich Nachfragemacht nicht nur auf Beschaffungsmärkte, sondern auch auf Absatzmärkte aus. Darüber hinaus ist Nachfragemacht, anders als beim Monopson, auch dazu fähig, den Einkaufspreis zu reduzieren, ohne, dass die Marge des Anbieters zwangsläufig sinkt oder dass der Verkaufspreis sich unter dem wettbewerblichen Niveau befindet. Letztlich begrenzt sich das Monopsonmodell nicht nur in der Konstellation einer Vielzahl von Anbietern, sondern existiert auch im Falle eines bilateralen Monopsons. Dieser wird durch Rechtsnormen im Falle einer gleichgewichtigen Nachfragemacht teilweise berücksichtigt.

Zur wettbewerbsrechtlichen Erfassung und Kontrolle der Nachfragemacht, wird auf die sogenannten Wohlfahrtswirkungen zurückgegriffen. Im Sinne des europäischen Rechts soll Nachfragemacht als Martktmacht erfasst und kontrolliert werden. Dabei wird sie sanktioniert, wenn sie letztendlich zu

Wohlfahrtsverluste im Sinne von Mengenverknappung, Reduzierung der Investitions- und Innovationsmöglichkeiten der Anbieter und allokativen Ineffizienzen führt. Die wettbewerbsrechtliche Betrachtung der Gesamtwohlfahrt ist auf den Endverbraucher gerichtet und bleibt bei der Umverteilung von Renten wie etwa zwischen Anbietern und Nachfragern neutral. Dabei wird Nachfragemacht als absolute Marktmacht verstanden, die sich als eine überlegene Stellung gegenüber den Wettbewerbern definieren lässt. Jedoch kann Nachfragemacht unabhängig von Mengenreduktion oder allokativen Ineffizienzen zu Wohlfahrtsverlusten führen und fraglich ist inwieweit diese wettbewerbsrechtlich berücksichtigt werden. Diese wohlfahrtschädliche Wirkungen ergeben sich, wenn Nachfragemacht eine Verhandlungsmacht darstellt und sich dabei in relativer Hinsicht auswirkt. Eine relative Marktmacht wird von einer ökonomischen Abhängigkeit in Bezug auf die Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen definiert, die sich im Vertikalverhältnis gegenüber bestimmten Unternehmen anderer Wirtschaftsstufen auswirkt. Diese Wohlfahrtsverluste werden als „Wasserbetteffekt“ und „Spiraleffekt“ bezeichnet. Beim Wasserbetteffekt führt die Verstärkung der Nachfragemacht zu einer Verschlechterung der Verhandlungspositionen kleinerer Nachfrager, da sie die Vergünstigungen zu Gunsten eines großen Nachfragers kompensieren müssen und somit bei der Beschaffung benachteiligt werden. Beim Spiraleffekt wird Nachfragemacht auf dem Beschaffungsmarkt dazu genutzt, die Marktstellung auf dem Absatzmarkt zu stärken, was wiederum dazu führt, die eigene Position auf dem Beschaffungsmarkt zu stärken. Auf Dauer kommt es so zu einer Verringerung des Wettbewerbsdrucks und zur Verdrängung alle jener Wettbewerber, die wenig effizient sind, was letztlich zur einer Preissteigerung und einer Qualitätsminderung führt. Wettbewerbsrechtlich wird das Verhandlungsmodell nur teilweise gewürdigt.

B. DIE ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT DURCH NORMEN

Die Nachfragemacht im europäischen Recht wird durch das Kartellrecht, die Fusionskontrolle und die Missbrauchskontrolle erfasst. Diese Normen entsprechen alle der obenentwickelten wettbewerbspolitischen Orientierung, können jedoch aufgrund ihrer jeweiligen Wettbewerbssysteme unterschieden werden. Zum einem erfassen das Kartellrecht und die Fusionskontrolle die Nachfragemacht als Marktmacht, die aufgrund ihres Grades positive und negative Auswirkungen auf die Marktstruktur bewirken kann. Die Kontrolle der Nachfragemacht besteht darin, im vorhinein oder nachhinein zu definieren, wie weit die durch den Grad der Marktmacht bewirkte Veränderung der Marktstruktur geht und, ob es dadurch zu einer Förderung oder Schädigung des Wettbewerbs kommt. Es werden die gesamten ambivalenten Auswirkungen ermittelt und sich ergebende negative Effekte sind aufgrund ausgleichender positiven Effekte zu analysieren. Nachfragemacht

kann auch im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle wettbewerbsfördernd sein, wenn sie eine gegengewichtige Nachfragemacht darstellt.

Aufgrund ihres Mißbrauchspotentials wird die Nachfragemacht aber auch vom europäischen Missbrauchsverbot erfasst. Anders als im Kartellrecht oder bei der Fusionskontrolle, spielt der Grad der Nachfragemacht jedoch keine Rolle, da davon auszugehen ist, dass der Wettbewerb von dieser Marktmacht schon geschwächt ist. Es wird nicht ermittelt, inwiefern Nachfragemacht den Wettbewerb möglicherweise schädigt, sondern ob der Wettbewerb wegen der Ausnutzung dieser Marktmacht geschädigt wird. Bei der europäischen Missbrauchskontrolle werden die positiven Aspekte des Nachfragemachtmissbrauchs nur begrenzt in die Analyse integriert.

Die europäischen Rechtsnormen erfassen jedoch den ökonomischen Ansatz der Nachfragemachtnur teilweise und stellen deshalb eine begrenzte juristische Analyse dieses Phänomens dar. Die sich hieraus ergebende begrenzte Anwendung könnte Ausdruck einer ungenügenden Betrachtungsweise des juristischen Ansatzes sein. Dabei schliesst das europäische wettbewerbspolitische Leitbild den Schutz bilateraler Verhältnisse aus seinem Anwendungsbereich aus. In diesem Sinne wird Nachfragemacht prinzipiell als absolute Marktmacht definiert. Unter Einfluss nationalen Rechtsordnungen tendiert die europäische Rechtsprechung jedoch zur Erweiterung der Erfassung der Nachfragemacht, so dass sie als relative Marktmacht teilweise berücksichtigt wird. Diese Entwicklung ist beispielsweise in der Fusionskontrolle zu beobachten, wo Nachfragemacht als absolute Marktmacht und als Ausdruck einer Verhandlungsmacht erfasst wird. Nachfragemacht wird als globale Marktmacht erfasst und anhand ihren gesamten Auswirkungen analysiert. Fraglich ist daher einerseits, ob die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften unter Betrachtung ihrer Rechtsanwendung zur wirksamen Erfassung der Nachfragemacht als Marktmacht geeignet sind und anderseits, inwiefern sich eine ökonomisch adäquat juristische Erfassung der Nachfragemacht mit der europäischen Wettbewerbspolitik vereinbaren lässt.

I. ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT ALS AUSDRUCK EINES MARKTMACHTGRADES IM EUROPÄISCHEN KARTELL- UND FUSIONSRECHT

Im Hinblick auf die Wohlfahrtsauswirkungen wird die Nachfragemacht als Marktmachtgrad im Kartellrecht so wie bei der Fusionskontrolle aufgrund ihrer negativen wie positiven Wettbewerbseffekten erfasst. Im Sinne dieser Rechtsnormen, führt diese Erfassung zur Feststellung entsprechenden wettbewerbsbeschrändenden oder - fördernden Kartelle und Fusionen.

1. ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT AUFGRUND NEGATIVER WETTBEWERBSAUSWIRKUNGEN

Negative Effekten der Nachfragemacht werden vom europäischen Kartellrecht nach Artikel 101 Abs. 1 AEUV und von der Fusionskontrolle nach Artikel 2 Abs. 2 FKVO erfasst. Mögliche Wettbewerbsbeschränkungen eines Kartell oder einer Fusion sind nach Prüfung eventuell wettbewerbsfördenden Effekten der Nachfragemacht feststellbar.

A. ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT AUFGRUND NEGATIVER WETTBEWERBSAUSWIRKUNGEN I.S.V. ART. 101 ABS. 1 AEUV

Artikel 101 Abs 1 AEUV stellt eine nachträgliche Strukturkontrolle des Marktes dar. Kartelle, die einer Nachfragemacht beinhalten, wirken sich horizontal, vertikal oder auf beiden Seiten aus. Horizontale Kartelle über Nachfragemacht betreffen hauptsächlich Fälle von Vereinbarungen über den Einkauf von Waren oder Dienstleistungen. Bei vertikalen Kartelle geht es hauptsächlich um den Fall der sogenannten Vertriebssysteme. Nachfragemacht kann zu negativen Effekten auf dem Markt führen, die sich durch Bezugszwänge, Vereinheitlichung der Einkaufsbedingungen oder Zutrittschranken auswirken und möglicherweise sind solche Kartelle nach Artikel 101 Abs. 1 AEUV wettbewerbsbeschränkend. Im Sinne von Artikel 101 Abs. 1 AEUV muss zuerst der relevante Markt zur Erfassung der Nachfragemacht ermittelt werden. Bei horizontalen Kartellen erfolgt die Marktabgrenzung zur Kontrolle der Nachfragemacht prinzipiell auf dem Beschaffungsmarkt und subsidiär auf dem Absatzmarkt. Zur Marktabgrenzung wird die Substituierbarkeit auf der Seite des Angebots definiert, indem der Wettbewerbsdruck auf die Nachfrager und die Alternativen der Anbieter ermittelt werden. Es gilt das Bedarfsmarktkonzept, bei dem die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite definiert werden, die den Verhaltensspielraum eines Anbieters begrenzen. Es werden alle Waren und Dienstleistungen in Betracht gezogen, die angeboten werden oder ohne große Umstellungsschwierigkeiten anderen Nachfragen angeboten werden könnten. Dabei werden alle ausreichenden und zumutbaren Absatzmöglichkeiten des Anbieters berücksichtigt. In der Literatur wurde die Relevanz der Marktabgrenzung der Artikel 101, 102 AEUV in Frage gestellt. Eine solche Abgrenzung geht von einem wettbewerbswidrigen Verhalten aus, so dass letztlich die Konsequenzen des Wettbewerbsverhaltens zur Voraussetzung der Abgrenzung unzulässigerweise vorverlagern würde. Dadurch würde das wettbewerbswidrige Verhalten unabhängig vom einem bestimmten relevanten Markt ermittelt, was auch dadurch bewiesen werde, dass sich ein verbotenes Verhalten ebenfalls auf einem verbundenen Markt oder benachbarten Markt auswirke. Die

Bemessung der Nachfragemacht als Marktmacht hängt sehr von der Marktabgrenzung und damit von der Marktanteilberechnung ab, wodurch die Anwendung der Rechtsnormen mitbestimmt wird. Diese Bemessung spielt insebsondere bei horizontalen Kartellen eine Rolle. Im Sinne von Artikel 101 Abs. 1 AEUV wird die Nachfragemacht durch mehrere Faktoren ermittelt, von denen die jeweiligen Martkanteile einen wichtigen Faktor darstellen. Die Ermittlung von Nachfragemacht als Martmachtgrad definiert sich nicht ausschließlich durch Marktanteile. Andere strukturelle Faktoren betreffen etwa die Marktstellung von Wettbewerber und Marktgegenseite, die Natur der betroffenen Märkte, sowie Marktzutrittsmöglichkeiten. Im Sinne von Artikel 101 Abs. 1 AEUV können prinzipiell negative Effekte der Nachfragemacht bei horizontalen wie vertikalen Kartelle auch anders als durch Marktanteile anhand andere strukturelle Faktoren ermittelt werden. In diesem Fall entfällt die positive Vermutung der Marktvereinbarkeit und die Zulässigkeit des Kartells ist nach 101 Abs. 3 AEUV zu prüfen. Dies ist beispielsweise beim soggenannten „kumulativen Effekt“ der Fall, bei dem der jeweilige Marktanteil zwar relativ gering bleibt, insgesamt jedoch die negative Auswirkung des Kartells gegeben sein kann. Solche negativen Effekte der Nachfragemacht bei geringen Martanteilen wurden in der Praxis nicht festgestellt, da man von einer positiven Wirkung von Kartellen zwischen kleinen und mittelständischen Unternehmen ausgeht. Im Sinne des Artikels 101 Abs. 1 AEUV haben Marktanteile durch die Spürbarkeitsregeln der *de minimis* - Regeln der Kommission und durch Marktanteilschwellen und die damit verbundenen Vermutungen eine besondere Bedeutung bei der Erfassung der Nachfragemacht. Nachfragemacht soll demnach nicht wettbewerbsbeschrändend sein, wenn die Parteien über gemeinsame Marktanteile horizontal unter 15 % und vertikal unter 30 % verfügen. In der Literatur wird dagegen beklagt, dass die Ermittlung der Marktmacht durch Marktanteile Rechtsunsicherheit schaffe, da die Berechnung umstritten sei und für die beteiligten Unternehmen schwierig sei.

Besonders umstritten ist die Ermittlung der Marktanteile bei vertikalen Kartellen. Nach Artikel 101 Abs. 1 AEUV erfolgt die Marktabgrenzung zur Kontrolle der Nachfragemacht bedarfsorientiert und nicht anhand technischer oder anbieterbezogener Produktmerkmalen. Der relevante Markt wird auf die Verkaufsmärkte bezogen auf die Endverbraucher ermittelt. Man prüft die Elastizität der Nachfrage des Endverbrauchers für den Fall einer Preiserhöhung des Händlers. Die Ermittlung der gemeinsamen Marktanteile erfolgt in zwei Richtungen: Es werden die Marktanteile des Lieferanten auf dem Beschaffungsmarkt und die Markanteile des Nachfragers auf dem Einkaufsmarkt ermittelt. Bei der Fusionskontrolle und bei horizontalen Kartellen werden jedoch die Marktanteile des Nachfragers auch auf dem Einkaufsmarkt und auf dem Absatzmarkt wahrgenommen. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Ermittlung der Nachfragemacht bei vertikalen Kartelle nur schwer rechtssicher begründen. Nachfragemacht kommt auch durch Marktmacht auf dem Absatzmarkt zum Ausdruck, was sich gerade auch auf besonderen

Sektoren wie etwa dem Lebensmittelhandel zeigt. Eine wirksame Erfassung der Nachfragemacht sollte eine Berechnung der Marktanteile des Nachfragers auch auf den Absatzmarkt voraussetzen.
Nachfragemacht kann auch aufgrund ihres Zwecks eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, wenn sie als Mittel zur Verschleierung einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung im Sinne des Artikel 101 Abs. 1 AEUV eingesetzt wird. Danach gelten Preis- und Konditionen- sowie Marktaufteilungabsprachen als widerleglich vermutet wettbewerbsbeschränkend. Bei der Verbotsvermutung geht es dem Gesetzeswortlaut nach nicht um die Frage der Marktmacht, da dabei sie die Wirkung des Kartells aufgrund der Nachfragemacht unberücksichtigt lässt. Diese negative Vermutung kann von den Parteien bei der Prüfung nach Artikel 101 Abs. 3 AEUV anhand der Prüfung des Nachfragemachtgrades und der gesamten wettbewerblichen Auswirkungen widerlegt werden. Kartelle mit Nachfragemacht können jedoch bestimmte marktgefährdende Klauseln beinhalten, ohne dass diese vom ausdrücklichen Verbot erfasst werden. Vor dem Hintergrund der Entwicklung des Kartellrechts ist ein solches Verbot bedenklich und widerspricht der Tendenz der Kommission Nachfragemacht als Marktmacht zu erfassen. Nachfragemacht kann sich kartellrechtlich möglicherweise unabhängig von geringen Marktanteilen oder verbotenen Klauseln als wettbewerbsschädlich erweisen, ohne unter das ausdrückliche Verbot zu fallen oder vom allgemeinen Verbots des Artikels 101 Abs. 1 AEUV wirksam erfasst werden zu können.

B. ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT AUFGRUND NEGATIVER WETTBEWERBSEFFEKTE IM RAHMEN DER FUSIONSKONTROLLE NACH ART. 2 ABS. 3 FKVO

Die Nachfragemacht drückt sich sowohl in horizontalen, als auch in vertikalen oder konglomeraten Zusammenschlüsse aus und wird von der Fusionskontrolle erfasst. Bei horizontalen Zusammenschlüssen sind die fusionierenden Unternehmen auf dem selben Markt vertreten. Dies betrifft zwei fusionnierende Nachfrager, die vor der Fusion auf dem Beschaffungsmarkt und möglicherweise auch auf dem Absatzmarkt zueinander als Wettbewerber auftreten. Bei vertikalen Zusammenschlüssen sind die fusionierenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Witschaftsstufe aktiv. Solche Fusionen liegen zumeistens bei Vertriebssystemen vor, beispielsweise wenn ein Nachfrager mit seinem Lieferant fusioniert. Bei konglomeraten Zusammenschlüssen sind die Unternehmen auf verschiedenen Märkten aktiv, die einander weder vor- noch nachgelagert sind.
Laut Artikel 2 Abs. 3 VO 139/2004 wird geprüft, ob der Zusammenschluss „den wirksamen Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt oder einen wesentlichen Teil desselben behindern würde“. Anders als bei Artikel 102 AEUV geht es bei Fusionen um eine präventive Kontrolle der modifizierten Marktstruktur. Die Ermittlung des relevanten Marktes entspricht dabei der in den Artikel 101 und 102 AEUV, wobei ein Unterschied darin besteht, dass

dynamische Elemente berücksichtigt werden. Es wird hinterfragt, wie sich der Markt nach der Fusion stellen könnte. Verschiedene Methoden können zur Anwendung kommen, von denen der soggenannte „SNIP - Test“ am meisten verbreitet. Bei diesem Test geht es darum, den Verkaufspreis zu erhöhen, um die Elastizität der Nachfrage zu prüfen. Diese Ermittlung erscheint jedoch relativ subjektiv, da sie auf einer Schätzung potentiellen Verhalten basiert, das sich in naher Zukunft ergeben könnte. Hierin liegt auch der Unterschied zur Prüfung nach Artikel 101, 102 AEUV, die auf ein bereits existierendes zurückliegendes Verhalten Bezug nimmt.
Nach der Marktabgrenzung wird Nachfragemacht aufgrund ihres Ausdrucks als Marktmacht geprüft. Es geht dabei nicht mehr um den Marktbeherrschungstest, sondern um den soggenannten „S.I.E.C.-Test“. Danach wird nicht den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geprüft, sondern ermittelt, ob „insbesondere“ die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung den Wettbewerb erheblich behindern würde. Anhand des S.I.E.C.- Tests der Fusionskontrolle wird die Nachfragemacht als globale Marktmacht erfasst. Der Test der Marktbeherrschung ist dabei nicht mehr erforderlich. Wenn Nachfragemacht eine Marktbeherrschung darstellt, muss sie gemäss Artikel 2 Abs. 3 FKVO nicht verboten werden. Bei der Analyse der Nachfragemacht geht es um den gesamten Effekt der Marktmacht. Nachfragemacht wirkt sich nicht nur durch eine absolute Beherrschung aus, wo Marktanteilen eine besondere Bedeutung zukommt. Es werden auch Fälle der Nachfragemacht als relative Marktmacht berücksichtigt. Diese kann bei geringeren Martanteilen wettbewerbsbeschränkende Effekte aufgrund der Verhandlungsmacht eines Nachfragers haben. Die europäische Praxis überprüft diesbezüglich die ökonomische Abhängigkeit durch den „Drohtest“ aus. Hierbei wird zunächst geprüft, inwieweit für einen bestimmten Anbieter der entfallende Absatz unverzichtbar ist. Sodann wird die Markstellung des Nachfragers auf dem Beschaffungsmarkt ermittelt. Abschließend wird geprüft, ob der Nachfrager über andere Beschaffungsmöglichkeiten verfügt. In der Literatur wurde hinterfragt, ob diese Erfassung der Nachfragemacht mit den Zielen europäischer Wettbewerbspolitik - dem Schutz des Endverbrauchers und der Vermeidung der Umverteilung von Renten - vereinbar sei, da sie lediglich einer relativen Marktmacht unter Betrachtung eines bilateralen Verhältnis entspricht. Einerseits wird verneint, dass es dabei um die Erfassung einer relativen Marktmacht geht und behauptet, der SIEC - Test sei auf die Erfassung der Nachfragemacht als absolute Marktmacht begrenzt, da ausschließlich die Auswirkungen auf den gesamten Markt im Bezug auf den Endverbraucher betrachtet würden. Außerdem sehe der Tatbestand - anders als im französichen Recht - keine Berücksichtigung der ökonomischen Abhängigkeit vor, weshalb eine relative Marktmacht auszuschließen sei. Demnach solle man zwischen Marktmacht und Verhandlungsmacht strikt unterschieden. Anderseits wird behauptet, daß der SIEC - Test alle Formen und Auswirkungen einer Marktmacht erfasse, so dass letztlich bilaterale Verhältnisse in allen ihren

Auswirkungen in der juristischen Analyse in Betracht gezogen würden. Nachfragemacht sei dabei als Marktmacht und als Verhandlungsmacht aufzufassen, da man nicht behaupten könne, dass bilaterale Verhältnisse keinen zumindest langfristigen Einfluss auf den gesamten Markt und letztlich auf den Endverbraucher hätten. Demnach sei Nachfragemacht im Rahmen der Fusionskontrolle als absolute und relative Marktmacht zu prüfen.
Im Lichte der gesamten Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts und vor allem der Rechtsprechung ist dazu zu tendieren, Nachfragemacht in allen ihren Auswirkungen zu erfassen. Insgesamt geht es hier um den wirksamen Schutz des Beschaffungs- und des Absatzmarktes. Die Abwendung des Marktbeherrschungstests zum SIEC - Test bezeugt, dass die Erfassung der Nachfragemacht als absolute Marktbeherrschung nicht ausreichend war, um Nachfragemacht wirksam zu erfassen, da diese sich in relativer Hinsicht insebsondere in vertikalen Formen unter den gesetzten Marktanteilschwellen auswirken kann. Diese Regelungslücke wurde vom nationalen Recht mit Schaffung des Tatbestands der nachfragebedingten Abhängigkeit gefüllt. Im Sinne der Fusionskontrolle soll Nachfragemachtin nach allen ihrer Formen und Auswirkungen erfasst werden, da sie prinzipiell Einfluss auf die Marktstruktur und Wohlfahrt hat. Gleichwohl wird der Begriff der relativen Marktmacht bei dem Test nicht ausdrücklich genannt.
Wettbewerbswidrige Auswirkungen der Nachfragemacht kommen sowohl bei horizontalen, wie auch bei nicht horizontalen Zusammenschlüsse zum Ausdruck und lassen sich als koordinierte und unkoordinierte Auswirkungen definiert. Bei horizontalen Zusammenschlüssen verringert sich prinzipiell der Wettbewerbsdruck, wodurch Wettbewerber sowie Anbieter möglicherweise vom Markt ausgeschlossen werden. Dies kann sogar zu Verhaltensabsprachen zwischen Nachfragern und zwischen Anbietern führen. Der soggenannte Spiraleffekt der Nachfragemacht betrifft vor allem Fälle horizontaler Fusionen, durch die eine marktbeherrschende Stellung des Nachfragers auf dem Beschaffungsmarkt entsteht oder verstärkt wird, was wiederum zu einer Stärkung auf dem Absatzmarkt führt. Bei vertikalen Zusammenschlüsse kann es besonders zum Abschottungseffekt von Absatzquellen für Wettbewerber kommen.

2. ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT AUFGRUND POSITIVER WETTBEWERBSAUSWIRKUNGEN

Durch den Ansatz, Nachfragemacht als Grad einer Marktmacht zu verstehen, werden positive Auswirkungen in die juristische Analyse miteinbezogen. Veränderungen der Nachfragemacht können einen möglichen Schaden auf Seiten des Endverbrauchers kompensieren. Nachfragemacht kann sich somit als wettbewerbsfördernd erweisen, wenn ihre positiven Effekte den negativen überwiegen. Im Rahmen der juristischen Analyse des Artikels 101 Abs. 1 AEUV und des Artikels 2 Abs. 1 FKVO werden ebenfalls positive Wettbewerbsauswirkungen der Nachfragemacht berücksichtigt, wenn

sie als gegengewichtige Marktmacht aufgefasst wird.

A. ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT AUFGRUND POSITIVER WETTBEWERBSAUSWIRKUNGEN NACH ART. 101 ABS. 3 AEUV

Kartelle oder andere wettbewerbsbeschränkende Kartelle können vom Verbot des Artikels 101 Abs. 1 AEUV einzeln freigestellt werden, wenn Effizienzen negative Effekten der Nachfragemacht überschreiten. Gemäß Artikel 101 Abs. 3 AEUV müssen hierfür vier kumulative Voraussetzungen erfüllt sein. Zum einen müssen zwei positive Voraussetzungen vorliegen: Erstens muss der Endverbraucher am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt sein und zweitens muss das Kartell zu einer Verbesserung der Warenerzeugung, -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Zum anderen müssen zwei negative Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens müssen die Effizienzen vorkommen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung der Ziele nicht unerlässlich sind und zweitens dürfen keine Möglichkeiten eröffnet werden, die für einen wesentllichen Teil der Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb ausschalten. Effizienzen werden von den Leistungsgewinnen für den Endverbraucher definiert und entsprechen Fällen von Kosteneinsparungen oder des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts.
Effizienzen im Sinne von Artikel 101 Abs. 3 AEUV werden sowohl auf Fälle horizontaler wie vertikaler Kartelle von Nachfragemacht angewandt, wobei die Kriterien weit ausgelegt werden. Es geht hauptsächlich darum, dass die Kartelle mit Nachfragemacht praktisch nicht zur Ausschaltung des wesentlichen Wettbewerbs führen.
Nachfragemacht kann wettbewerbspositive Auswirkungen haben, ohne dass diese wettbewerbsfördernd sein müssen. Im Rahmen des Artikels 101 Abs. 1 AEUV wird die Stellung marktmächtiger Anbieter durch die gegengewichtige Stellung von Nachfragern relativiert. Nach dem ökonomischen Theorieansatz kommt es prinzipiell zum einem sogenannten „countervailing power“, wenn eine Marktmacht durch eine gleichwertige Existenz die Marktmacht der Gegenseite begrenzen kann, und dadurch wettwerbliches Gleichgewicht geschaffen wird. Ökonomisch umstritten ist jedoch, ob eine gegengewichtige Marktmacht einen kausalen Effekt einer anderen gegenüberstehenden Marktmacht darstellt oder ob diese sich unabhängig davon entwickelt. Dogmatisch wirkt sich gegengewichtige Nachfragemacht in vertikaler Weise durch die Marktmacht der Marktgegenseite aus, so dass diese beispielsweise vom Hersteller in Richtung des Lieferanten oder vom Endverbraucher in Richtung des Herstellers gehen kann. Horizontal drückt sich gegengewichtige Nachfragemacht in Richtung Wettbewerber durch gleichwertige Nachfragemacht aus. Wettbewerbsrechtlich führt gegengewichtige Nachfragemacht zur Begrenzung zunehmender Angebotsmacht, so dass diese nicht unter dem Verbot des Artikels 101 Abs. 1 fällt. Dabei geht die anzustellende

Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der gesamten Marktstruktur über die bloße Betrachtung von Marktbeherrschung und Marktanteilen hinaus. Allgemein wirkt Nachfragemacht einer Angebotsmacht entgegen, wenn das Unternehmen mit einem Anbieterwechseln drohen kann oder dazu fähig, ist die Nachfrage auf mehrere Anbieter zu verteilen. Die Voraussetzungen der gegengewichtige Nachfrage wurden juristisch allerdings noch nicht definiert. Gegengewichtige Nachfragemacht wurde in vertikaler Hinsicht praktisch nur bei homogenen Waren oder evidenten Fälle einer öffentlicher Nachfrage ermittelt.

B. ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT AUFGRUND POSITIVER WETTBEWERBAUSWIRKUNGEN IM RAHMEN DER FUSIONSKONTROLLE NACH ART. 2 ABS. 3 FKVO

Gemäß Artikel 2 Abs. 3 FKVO werden positive Auswirkungen der Nachfragemacht berücksichtigt. Trotz Vorliegens einer absoluten oder relativen Marktbeherrschung der Nachfrager kann die Fusion genehmigt werden, wenn Effizienzen einen möglichen Schaden der Endverbraucher ausgleichen. Die Rechtsprechung hat die Voraussetzungen der Effizienzen so definiert, dass sie dem Verbraucher zugute kommen, fusionspezifisch und nachprüfbar sein müssen. Eine zweite Möglichkeit positiver Auswirkungen aus einer Fusion besteht prinzipiell darin, eine soggenannte Sanierungsfusion nachzuweisen. Sie liegt immer dann vor, wenn ohne den Zusammenschluss eines der fusionierenden Unternehmen und damit dessen Vermögenswerte zwangsläufig vom Markt verschwinden würde. Praktisch wurden wettbewersfördernde Effekte aber nur selten in Fällen von Fusionen mit Nachfragemacht festgestellt, da es den Parteien oft nicht gelingt, die erforderlichen Nachweise zu führen. Ein Grund besteht vermutlich darin, dass der Beweis der Unerlässlichkeit negativer Auswirkungen besonders schwer zu erbringen ist. Damit die Analyse einer solchen Fusion zu positiven Auswirkungen führt, ergreifen die Parteien eher meistens korrektive strukturelle Maßnahmen, um Nachfragemacht zu reduzieren.
Auch gegengewichtige Nachfragemacht wird nach der Fusionskontrolle ermittelt: sie zählt als positive Auswirkung auf den Wettbewerb. Im Gegensatz zum Kartellrecht findet sie nur auf Fälle der Nachfragemacht Anwendung, bei denen eine besondere Elastizität bedingt, wodurch langfristig der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung des Lieferanten entgegenwirkt.

II. ERFASSUNG VON NACHFRAGEMACHT ALS AUSÜBUNG VON MARKTMACHT IM RAHMEN DER EUROPÄISCHEN UND NATIONALEN MISSBRAUCHSKONTROLLE

1. ERFASSUNG DER NACHFRAGEMACHT ALS MISSBRÄUCHLICHE AUSÜBUNG EINER MARKTMACHT

Nachfragemacht kann aufgrund ihrer mißbräuchlichen Ausübung rechtlich erfasst werden. Sie wird als Mißbrauch einer Marktmacht erfasst und der objektive Tatbestand der modifizierten Marktstruktur wird mit dem subjektiven Tatbestand eines unilateralen Marktverhalten kombiniert. Es wird bei der wettbewersrechtlichen Kontrolle davon ausgegangen, dass der Markt durch die Marktbeherrschung geschwächt ist. Nach der herrschenden Stelung, soll der Tatbestand des missbräuchlichen Verhaltens dazu dienen, die Marktbeherrschung zu reflektieren und zu kontrollieren. Allerdings ist nicht die Marktbeherrschung an sich verwerflich, sondern ihren Mißbrauch.
Zur Ermittlung der Marktbeherrschung im Sinne des Artikels 102 AEUV wird zuerst der relevante Markt in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abgegrenzt und auf dem so ermittelten Markt der Beherrschungsgrad des Nachfragers festgestellt. Die Abgrenzung des relevanten Markt vollzieht sich nach den gleichen Prinzipien wie bei Artikel 101 AEUV und bei der Fusionskontrolle. Ein Unterschied zur Fusionskontrolle besteht jedoch darin, dass der Markt ohne den Nachfragemachtmissbrauch zu berücksichtigen. Im Sinne von Artikel 102 AEUV kann Nachfragemacht unmittelbar auf dem relevanten Beschaffungsmarkt eine marktbeherrschende Stellung begründen. Danach wird Nachfragemacht grundsätzlich als absolute Marktbeherrschung verstanden, definiert durch die Rechstprechung als die Möglichkeit des Unternehmens sich gegenüber seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schliesslich den Verbrauchern unabhängig zu verhalten. Die nationalen entsprechenden Rechtsnormen erläutern diese Definition und definieren die absolute Marktstellung dadurch, dass das Unternehmen auf dem Markt ohne Wettbewerber ist, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder über eine überragende Marktstellung verfügt. Es wird sowohl die einzelne, als auch die kollektive Marktbeherrschung von Nachfragern erfasst. Im Unterschied zur Fusionskontrolle - die die Marktbeherrschungsprüfung ein Konzern als ein einziges Unternehmen erfasst-, liegt eine kollektive Marktbeherrschung liegt im Sinne von Artikel 102 AEUV vor, wenn selbständige Unternehmen, die unabhängige wirtschaftliche Einheiten bilden, als kollektive Einheit auftreten oder handeln.
Nach den Zielen des europäischen Wettbewerbsrecht sollen die Interessen des Endverbrauchers und des Wettbewerbsprozesses, nicht aber einzelner Wettbewerber, geschützt werden. Demnach schützt der

Anwendungsbereich des Artikels 102 AEUV sowohl die Wettbewerber gegen Behinderungen durch einen mächtigen Nachfrager wie auch die Anbieter gegen seine Ausbeutung, sofern die Interessen des Endverbrauchers geschädigt werden können. In der Praxis ist es nur selten zur Kontrolle marktbeherrschender Nachfragern gekommen, da Nachfragemacht sich selten in absoluter Weise auswirkt, obwohl nach den Leitlinien der Kommission über die Anwendung des Artikels 82 EGV die Marktanteile nur einen Faktor des vermutlichen Vorliegen einer Marktbeherrschung darstellen. Eine marktbeherrschende Stellung von Nachfragern kann grundsätzlich anhand anderen Faktoren erfasst werden, wie etwa der Finanzkraft, der Marktsstruktur oder des Marktzugangs. Vor diesem Hintergrund wurde die Frage aufgeworfen, ob der Anwendungsbereich des Artikels 102 AEUV Nachfragemacht auch relative Marktmacht bzw. im Sinne einer bilateralen Abhängigkeit wie bei der Fusionskontrolle erfasse. Prinzipiell sollen bilaterale Verhältnisse vom europäischen Rechtsschutz ausgeschlossen sein, weil diese die Rentenumverteilung betreffen und daher nicht in der Lage seien zu Wohlfahrtsverluste zu führen und daher die Interesse des Endverbrauchers nicht betreffen. Anhand ökonomische Theorien konnte jedoch nachgewiesen werden, dass eine mißbräuchliche Ausübung der Nachfragemacht als Partnermacht gleichsam zu Wohlfahrtsverlusten führen kann, da der Endverbraucher dabei nachhaltig auf den nachgelagerten Absatzmarkt beeinträchtigt wird. Derartige Fälle sind denkbar, wenn etwa ein abhängiger Anbieter von dem missbräuchlichen Verhalten des Nachfragers beeinträchtigt wird, ohne dass der Endverbraucher hierdurch direkt benachteiligt wird, da sich hieraus Gewinnvorteile ergeben, die an ihm weitergegeben werden. Langfristig wirkt sich die Schädigung des bilateralen Verhältnisses jedoch auf den Endverbraucher aus und führt somit zu Wohlfahrtsverluste, so dass eine Marktbeeinträchtigung vorliegt. Im Sinne der sogenannten „more economic approach“ der Kommission, soll eine Marktmacht aufgrund ihren Auswirkungen kontrolliert werden, so dass all ihrer Formen - definiert durch eine marktbeherrschende oder marktstarke Stellung - und deren mißbräuchlichen Ausnutzung auch im Rahmen des Artikels 102 AEUV erfasst werden sollten.

Nachfragemacht wird ausdrücklich als relative Marktmacht nur von den nationalen Rechtsordnungen erfasst, da diese ursprünglich als strengere Rechtsnormen bei kohärenten Anwendung des europäischen Rechts zulässig sind. Nationale Rechtsordnungen erfassen demnach Nachfragemacht im Rahmen der Missbrauchskontrolle als absolute und relative Marktmacht. Letztere wird von den Regeln des Wettbewerbsrechts wie in § 20 GWB und Artikel L 420- 2 Abs. 2 Code de commerce, oder von den Regeln des unlauteren Wettbewerbs wie bei Artikel L 442-6 Abs. 1 Code de commerce festgelegt. Bei der Mißbrauchkontrolle einer relativen Marktmacht wird Nachfragemacht anhand der wirtschaftlichen Abhängigkeit einer bestimmten Art von Waren oder Dienstleistungen des Anbieters ermittelt. Im französichen wie im deutschen Recht liegt danach eine Abhängigkeit des Anbieters vor, wenn ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere

Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Im Sinne gemeinter kohärenten Anwendung des europäischen Rechts wird das Vorliegen der Marktbeeinträchtigung als tatbestandliche Voraussetzungen vorausgesetzt. Zur besseren Nachweisbarkeit eines Nachfragemachtsmissbrauchs hat jedoch das französische Recht den gleichen Tatbestand bei gleichzeitigem Verzicht auf den Nachweis der Beeeinträchtigung im unlauteren Wettbewerb im Sinne des Artikels L 442 - 6 Code de commerce zugrunde gelegt. Im deutschen Recht wurden im Wortlaut des § 20 Abs. 1 satz 2 Vermutungen der ökonomischen Abhängigkeit durch Marktanteile festgelegt. Letztlich geht es dabei weniger darum, die Marktstellung des Nachfragers zu sanktionieren, als vielmehr die Rechte der Wettbewerber oder die des Vertragspartners zu schützen und dadurch die Marktsstruktur aufrecht zu erhalten.
Der subjektive Tatbestand im Sinne des Artikels 102 AEUV betrifft die missbräuchliche Ausübung einer Marktmacht und erfasst Verhalten von Ausbeutung - in vertikaler Hinsicht - oder Behinderung - in horizontaler Hinsicht - marktmächtiger Unternehmen. Bei dem Tatbestand der Ausbeutungsmissbrauchs wird geprüft, ob das mächtige Unternehmen bzw. der mächtige Nachfrager seine Machtposition gegen Handels- oder Vertragspartner einsetzt, um Vorteile zu erzielen, die es bei funktionsfähigem Wettbewerb nicht erzielen könnte wie etwa durch unangemessene Ankaufs- oder Verkaufspreise. Artikel 102 AEUV enthält Katalogbeispiele eines solchen Missbrauchs wie die unangemessene Preisgestaltung, die Einschränkung der Erzeugung und Anwendung unterschiedlicher oder sachlich unbegründeter Bedingungen gegenüber Handelspartnern. Bei dem Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs wird geprüft, ob die Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Verhalten des mächtigen Nachfragers Wettbewerber daran hindern kann, auf dem Markt zu expandieren oder neu einzutreten. Derartige Verhalten sind etwa Preisdiskriminierungen, das Fordern unangemessener Konditionen, Lieferverweigerung, Koppelungsverbote, der Verkauf von Waren unter dem Einstandspreis oder Rabattsysteme. Über die Marktmachterfassung hinaus, beruht das System des Artikels 102 AEUV grundsätzlich auf dem Missbrauchsnachweis, welcher von der Kenntnisnahme der Marktbedingungen und die prozessuale Teilnahme anderer Marktteilnehmer abhängt. Letztlich muss nachgewiesen werden, dass das missbräuchliche Verhalten des mächtigen Nachfragers negative Auswirkungen auf den gesamten Wettbewerb hat.

2. ERFASSUNG DER NACHFRAGMACHT AUFGRUND POSITIVER WETTBEWERBSAUSWIRKUNGEN

Artikel 102 AEUV sieht keine Möglichkeit einer Freistellung durch Effizienzen vor. Sinn und Zweck der Rechtskontrolle ist weniger die Feststellung der Marktmacht eines Unternehmens als die Verhinderung nachteilige Veränderungen der Markstruktur. Im Ergebnis besteht damit prinzipiell kein Raum für die Rechtfertigung

von mißbräuchlichem Verhalten. Allerdings lässt die Kommission zu, dass ein mächtiger Nachfrager sein Verhalten durch Effizienzgewinne rechtfertigen kann. Bei diesem Ansatz soll die Frage nach Auswirkungen des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens darauf fokussiert werden, inwiefern es sich nachteilig für den Verbraucher auswirkt. Es geht dabei um eine vergleichende Wirkungsanalyse wie auch im Kartellrecht und bei der Fusionskontrolle. Nach dem „competition on the merits“ - Ansatz im Sinne des Artikels 102 AEUV ist vergleichend zu prüfen, ob eventuelle Effizienzgewinne des Marktmissbrauchs durch den mächtigen Nachfragers den negativen Wettbewerbsauswirkungen überwiegen. Die Beweislast hierfür liegt beim Nachfrager. Er muss darlegen, dass sein Verhalten objektiv notwendig war, um weiterhin am Wettbewerbsprozess teilnehmen zu können, oder dass die wettbewerbsfördernden Effekte seines Verhaltens dessen negative Auswirkungen überwiegen und letztlich dem Verbraucher zugute kommen. In dogmatischer Hinsicht wäre die Anwendung der Effizienzanalyse die konsequente Umsetzung und Anwendung europäischen Rechts: sie kommt in der Praxis jedoch nur selten zur Anwendung. Dies mag vor allem daran liegen, dass die Anwendungsbedingungen rechtlich nicht definiert sind, da zwischen notwendigen und damit wettbewerbskonformen Verhaltensweisen und wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen im Sinne der Unerlässlichkeit nicht wirklich unterschieden werden kann. Daher ist auch der Nachweis einer wettbewerbsfördenden Rechtfertigungsgrund schwer zu erbringen. Das französische Recht in Artikel L 420 - 4 des Code de commerce sieht einen Rechtfertigungsgrund vor, der für das Kartell- und das Mißbrauchsverbot gilt. Um Effizienzgewinne im Rahmen der Prüfung des Missbrauchsverbots zu ermitteln, hat die französiche Literatur zwei Bedingungen definiert: Erstens müssen sich indirekte Effizienzen aus dem Verhalten ergeben. Dabei geht es um die unmittelbaren Wettbewerbsinteressen des Nachfragers, um weiterhin am Wettbewerb überhaupt teilzunehmen, etwa im Falle einer brutalen Marktänderung, oder zum Schutz seiner Marktzutrittsmöglichkeiten. Zweitens werden die direkten Effizienzen für den Endverbraucher ermittelt. Dies zeigen sich etwa in der Preisgestaltung und der Qualität der Waren oder Dienstleistungen. Bisher wurden in der Praxis des französischen Rechts jedoch noch keine solchen positiven Effizienzen bei Vorliegen eines marktmissbräuchlichen Verhaltens eines mächtigen Nachfragers festgestellt. Bei einem grundsätzlichen Verbot einer Marktstrukturmissbrauchs können keine langfristige positive Auswirkungen festgestellt werden, da aufgrund der Marktstruktur das marktmächtige Unternehmen in der Lage bleibt einen Marktmißbrauch zu begehen.

Positiven Auswirkungen eines markmächtigen Unternehmens können sich daraus ergeben, dass seine marktbeherrschende Stellung eine gegengewichtige Nachfragemacht gegenüber marktmächtige Anbieter darstellt. Insoweit werden die kartellrechtliche Voraussetzungen zur Definition einer entgegenwirkende Angebotsmacht und einer marktbeherrschenden Stellung eines Anbieters gleichgesetzt.

C. SCHLUSSBETRACHTUNG: KRITIK DES SYSTEMS MIT LÖSUNGSANSÄTZEN

Das europäische Wettbewerbsrecht erfasst Nachfragemacht grundsätzlich durch verschiedene Regeln, die man aufgrund ihrer wettbewerbspolitischen Ziele unterscheiden kann. Zum einen erfassen das Kartellrecht und die Fusionskontrolle Nachfragemacht als Martmachtgrad. Zum anderen erfasst die Missbrauchkontrolle die Ausübung der Nachfragemacht als Marktmacht. Die rechtliche Anwendung dieser Normen zeugt von einer zum Teil begrenzten Erfassung mangels wirksamer Wahrnehmung der ökonomischen Verwirklichung der Nachfragemacht. Die Rechtspraxis tendiert zu einer progressiven Entwicklung der Erfassung der Nachfragemacht.

Im Kartellrecht soll Nachfragemacht im Rahmen eines Kartells als wettbewerbsbeschränker Zweck oder Wirkung von Artikel 101 Abs. 1 AEUV erfasst sein. Nachfragemacht kann sich möglicherweise unabhängig von geringen Marktanteilen oder verbotenen Klauseln als wettbewerbsschädlich erweisen, ohne das ausdrückliche Verbot zu fallen oder vom allgemeinen Verbot des Artikels 101 Abs. 1 AEUV wirksam erfasst zu werden. Das Vermutungsverbot von Typklauseln mit wettbewerbsbeschrändenden Zweck genügt der Abbildung der Nachfragemacht nicht, da es weniger den Gegenstand der Klauseln zur Zielsetzung hat als vielmehr ihre Auswirkung auf dem Markt. Nachfragemacht kann sich möglicherweise unabhängig von einer Verbotsvermutung aufgrund eines Zweckes im Sinne des Artikel 101 Abs. 1 AEUV als wettbewerbsschädlich erweisen. Die Prüfung der Nachfragemacht führt allgemein im Rahmen des Artikel 101 Abs. 3 AEUV zur ökonomischen Analyse: die Verbotsvermutung spielt dabei eine begrenzte Rolle. Darüber hinaus ist im Kartellrecht die Berechnung von Marktanteilen streitig. Bei vertikalen Kartellen wird der Marktanteil des Nachfragers auf dem Einkaufsmarkt berechnet, obwohl sich Nachfragemacht gleichwohl auch auf dem Verkaufsmarkt auswirkt. Marktanteile stellen im Kartellrecht ein wichtiger Faktor zur Feststellung der Nachfragemacht dar, da davon ausgegangen wird, dass sie aussagekräftig sind. Nachfragemacht kann sich kartellrechtlich aber sehr wohl bei geringen Marktanteilen als wettbewerbsschädlich erweisen. Daher könnte eine kartellrechtliche Normenänderung zu einer Entwicklung der wirksamen kartellrechtlichen Erfassung der Nachfragemacht führen und somit der aktuellen Rechtsprechung entsprechen, Nachfragemacht als tatsächliche Marktmacht aufgrund ihrer gesamten Auswirkungen zu erfassen. Diese kartellrechtliche Ansicht würde dazu führen, Kartelle nach Ermittlung der Nachfragemacht gleich nach ihren gesamten Auswirkungen entsprechend der Fusionskontrolle zu analysieren, anstatt an Zweck- oder Wirkungsverbotsvermutungen zuerst anzuknüpfen und sie auf einer zweiten Ebene bei Vorliegen überwiegender Effizienzen freizustellen. In dem Sinne könnten die vordefinierten Typenklauseln und die Marktanteilsvermutungen des Artikels 101 Abs. 1 AEUV weggelassen werden. Eine

Marktabgrenzung erscheint jedoch notwendig, um einen Analysenrahmen vorzugeben, der jedoch noch präziser definiert werden müsste. Da Kartelle mit Nachfragemacht auch unterhalb der definierten Marktanteilsschwellen wettbewerbsschädlich sein können, sollte die strukturelle Feststellung der Nachfragemacht vereinfacht werden. Anknüpfungspunkt für die Ermittlung der Nachfragemacht wären dann nicht mehr zuvorderst Marktanteile, sondern vielmehr das Einkaufs- und Verkaufsvolumen des Nachfragers auf dem jeweiligen Markt. Damit könnte die Fragen der passenden Martanteileberechung vor allem bei vertikalen Kartelle, die Differenzierungen der Berechnungen unter den Markteilnehmer und die damit verbundenen Kosten beseitigt werden. Grundsätzlich würden dann Kartelle mit weit erfassten Nachfragemacht zulässig sein und im Rahmen einer gesamten Effizienzprüfung möglicherweise verboten werden. In diesem Sinne weist die aktuelle Anwendung des Artikels 101 Abs. 3 AEUV auf die besondere Bedeutung einer kartellrechtliche Auswirkungsanalyse hin. Dabei würden weiterhin Kartelle mit Nachfragemacht nachträglich kontrolliert werden.

Bei der Fusionskontrolle kann eine Fusion aufgrund einer Nachfragemacht möglicherweise eine wettbewerbsbeschränkende Auswirkung im Sinne des Artikels 2 Abs. 3 FKVO haben. Da die gesamten Auswirkungen der Nachfragemacht bei der Prüfung erfasst werden sollen, soll sich die rechtliche Kontrolle auf alle Formen der Marktmacht erweitern. Der SIEC-Test erfasst Nachfragemacht als absolute Marktbeherrschung und tendiert in die Richtung der nationalen Rechtsordnungen Nachfragemacht auch als relative Marktmacht zu erfassen, da diese gleichwohl in der Lage ist, die Marktstruktur zu modifizieren und letztlich die Wohlfahrt zu schädigen. Die aus den nationalen Rechtsordnungen resultierenden tatbeständlichen Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Marktmacht könnten sogar bei dem aktuellen SIEC-Test nicht gerechtfertigt sein, da dieser auf die Auswirkungen der Nachfragemacht als gesamte Marktmacht fokussiert.
Darüber hinaus könnten die Voraussetzungen der gegengewichtigen Nachfragemacht näher definiert werden, um ihre Anwendung durch die Parteien zu erleichtern. Sie könnte auf verschiedene Fälle der Nachfragemacht der horizontalen wie vertikalen Fusionen Anwendung finden.
Bei der Missbrauchkontrolle nach Artikel 102 AEUV wird Nachfragemacht als wettbewerbsschädlich betrachtet, wenn die modifizierte Marktstruktur vom Nachfragern missbräuchlich benutzt wird. Der Beweis des missbräuchlichen Verhaltens und die daraus resultierende Wohlfahrtbeeinträchtigung sollten anhand der negativen Auswirkungen der Nachfragemacht ermittelt werden, die sich allerdings zunächst in relativer Hinsicht feststellen lassen. Der Nachweis des Missbrauchs beruht auf Elementen und Unterlagen, die von den betroffenen Marktteilnehmer beigebracht werden wobei diese nicht zwangsläufig über die gesamten Marktbedingungen informiert sind oder sich prozessual beteiligen möchten. Die europäische Missbrauchskontrolle hat für den Fall mächtiger Nachfragern eine in

praktischer Hinsicht lediglich beschränkte Bedeutung, da es sich hierbei nur selten um einen Fall der absoluten Marktbeherrschung handelt. Im Lichte der nationalen Rechtsordnungen sollte Artikel 102 AEUV weiter ausgelegt werden, um die Nachfragemacht als Marktmacht in all ihren Formen zu erfassen. Unter ökonomischen Gesichtspunkten sollte Nachfragemacht auch aufgrund ihres relativen Ausdrucks im Rahmen des Artikels 102 AEUV berücksichtigt werden, da auch sie zu Wohlfahrtsschäden führen kann. Fälle missbräuchlichen Verhaltens von relativ marktbeherrschenden Nachfragern lassen sich kraft ihrer europäischer Dimension nicht auf nationaler Ebene begrenzen. Vor diesem Hintergrund hat sich die Fusionskontrolle bereits in die Richtung der Einbeziehung der Nachfragemacht als Marktmacht in all ihrer Erscheinungsformen und Auswirkungen entwickelt. Daher sollte das wettbewerbliche Ziel der Gesamtwohlfahrt weit ausgelegt werden und den Schutz bilateraler Verhältnisse umfassen, so dass die Interessen des Endverbrauchers bei der Prüfung des Artikels 102 AEUV effektiv geschützt werden. In Hinsicht auf die Gesamtwohlfahrt entsprechen letztlich die Interessen der Markteilnehmer den Interessen des Endverbrauchers. Nach den ökonomischen Ansätzen wird das Wohl der Verbrauchern auch durch die Umverteilung von Renten mitbestimmt, was den Schutz der Markteilnehmer in relativer Hinsicht voraussetzt. Es liegt nahe, daß missbräuchliches Verhalten eines relativ mächtigen Nachfragers dasjenige andere Marktteilnehmer beeinträchtigt und damit letztlich den Endverbraucher schädigt.

Unlautere Geschäftspraktiken werden aus dem Schutzbereich des Wettbewersrechts ausgeschlossen: trotzdem betreffen sie Fälle der Nachfragemacht, die sich zunächst bilateral und letztlich auf den Endverbraucher auswirken. Im Lichte des Endverbraucherinteressen könnte die Grenze zwischen Regelungen der Wettbewerbsbeschränkungen und des unlauteren Wettbewerb weniger relevant erscheinen. Dabei könnte der Tatbestand des missbräuchlichen Verhaltens neu definiert werden. Soweit Nachfragemacht dem Endverbraucher schädigen kann, könnte der Tatbestand des Missbrauchs durch Nachfragemacht unter einen gesamten definitorischem Einschluss Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs aufgrund der Nachfragemacht neu gefasst werden. Dadurch könnten alle unilateralen missbräuchlichen Verhaltensweisen im Wettbewerbsrecht kohärent erfasst werden, die mit der Verwendung einer Nachfragemacht zum Nachteil des Endverbrauchers verbunden sind. Dabei könnte die Nachfragemacht durch den Tatbestand eines unvermeidlichen Marktpartners ermittelt werden und die Vermutung der ökonomischen Abängigkeit im Sinne des nationalen Rechts könnte in dieser Weise integriert werden. Ausgangspunkt wäre dabei die widerlegbare Vermutung, dass das missbräuchliche Verhalten des absoluten oder relativen mächtigen Nachfragers den Endverbraucher schädigt. Es ginge letztlich darum, an die gesamten Auswirkungen des Verhaltens anzuknüpfen. Der mächtige Nachfrager würde dabei, wie auch im Kartellrecht oder bei der Fusionskontrolle, über eine wirksame Möglichkeit verfügen, die

aus seinem Verhalten resultierenden Effizienzen zu nachzuweisen, die einen möglichen Schaden für den Verbraucher ausgleichen, um so eine Rechtfertigung seines Verhaltens zu erreichen. Da Nachfragemacht als Marktmacht aufgrund ihrer Auswirkungen definiert wäre, würde der Unterschied zwischen einzelner und kollektiver Marktbeherrschung von Nachfragern lediglich weniger relevant sein.

***

Derzeit erfassen die aktuellen europäischen Rechtsnormen Nachfragemacht lediglich in begrenztem Umfang. Die Rechtsanwendung tendiert jedoch zu einer verobjektivierten Erfassung der Nachfragemacht, indem sie die zugrunde liegende Definition von Marktmacht im Sinne ihrer Auswirkungen weiter fasst. Das Leitbild europäischer Wettbewerbspolitik schließt Nachfragemacht als relative Marktmacht aus ihrem Anwendungs- und Schutzbereich aus aus wohlfahrtsneutralen Gründen aus. Unter dem Einfluss der nationalen Rechtsordnungen tendiert die Rechstprechung jedoch dazu, Nachfragemacht gleichfalls als relative Marktmacht zu erfassen, so dass sie als Verhandlungsmacht auch berücksichtigt wird. Letztlich wird damit der Schutz der Endverbraucher über den der Wettbewerber und damit der Anbieter gestellt. Vor diesem Hintergrund erscheint es auch notwendig, dass das wettbewerbspolitische Ziel des Verbraucherschutzes im Sinne eines umfassenden Schutzes aller Marktteilnehmerinterpretiert werde. Dies lässt sich wettbewerbsrechtlich dadurch begründen, dass Nachfragemacht sich als gesamte Marktmacht mit ambivalenten Auswirkungen auf die Marktstruktur konkretisiert, sich dabei jedoch nicht auf eine absolute Marktbeherrschung reduzieren lässt. Eine ökonomische Analyse ermöglicht, sowohl wettbewerbsschädigende wie auch wettbewerbsfördernde Auswirkungen der Nachfragemacht zu berücksichtigen. Eine ökonomisch adäquate juristische Erfassung der Nachfragemacht ist grundsätzlich mit den Zielen der europäischen Wettbewerbspolitik vereinbar, da die Wohlfahrt und damit letztlich die Endverbraucher bei allen möglichen Ausprägungsformen der Nachfragemacht betroffen sind. In der Weise einer vereinfachten aber zugleich wirksamen Erfassung von Nachfragemacht durch das europäische Recht könne man eine Änderung der aktuellen Rechtsnormen im Sinne der oben genannten Exempel etwa im Sekundärrecht erreichen.