

CHAP VIII : LA POSITION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Les formes hybrides se situent entre le marché et l'entreprise, on peut comprendre que le droit « classique » de la concurrence ait du mal à les intégrer. Ceci donne souvent lieu à des interprétations contradictoires, voir erronées. Les pratiques restrictives verticales, les ententes horizontales et la coopération (amont, aval) condamnaient par le droit de la concurrence, apparaissent, sous l'angle de la théorie des organisations, sous un nouveau jour.

I. LES PRATIQUES RESTRICTIVES VERTICALES

Toutes les formes hybrides ont une caractéristique commune : elles fonctionnent en réseau. Elles le font par besoin de coordination, imposé par le type de transaction qu'elles organisent. Or cette coordination s'accompagne dans la plupart des cas de problèmes de contrôle qui se résolvent en partie par les comportements coopératifs motivés par le partage d'une rente, mais en partie aussi par les procédures de sélection et de discipline. Autrement dit, même dans le cas où une forme hybride opère sur un marché très concurrentiel (exemple des alliances aériennes), elle est amenée à organiser la coopération en aval. C'est ce que l'on désigne souvent sous le nom de **cooptation**. Il en résulte des pratiques verticales restrictives qui s'exercent en partie sur 4 axes.

- Le premier est celui de la **sélection à l'entrée**, et très souvent **à la sortie** (droit de regard du réseau sur les conditions de vente). Cette sélection pose problème au droit de la concurrence qui tend à y voir essentiellement une stratégie de restriction de l'offre → voir le cas des opticiens Krys (décision 97 – D – 49) du Conseil de la Concurrence en date du 24 juin 1997, BOCCRF du 17 septembre 1997. Mais peut-on reprocher à une entreprise intégrée opérant dans les mêmes conditions de marché de réguler son activité en contrôlant le nombre d'unités ?

- Le deuxième axe concerne **l'existence de règles de disciplines internes imposées aux adhérents** et de **dispositifs d'ordre privé destinés à assurer le respect de ces règles**. C'est le rôle que jouent traditionnellement les organismes certificateurs dans le système Label (Ménard, 1996) mais également le « tribunal privé » mis en place par un groupe de 43 meuniers désireux de se coordonner pour assurer une offre homogène sur le segment du pain de qualité supérieure (Raynaud, 1997). On peut se demander jusqu'où peut aller cette imposition de normes ? Le droit de la concurrence n'est-il pas susceptible d'y voir une entente visant à limiter la différenciation des produits et la concurrence entre adhérents.

- Le troisième prend la forme de **régulations de quantités**, que tendent à pratiquer assez systématiquement les formes hybrides. Celles-ci visent en effet à coordonner une chaîne de transactions, dans un souci d'efficacité, mais aussi parce qu'elles espèrent, par un meilleur contrôle des coûts, dégager une rente. Ceci passe assez naturellement par des efforts de régulation de l'offre des partenaires, de manière à l'ajuster à la demande. Du point de vue du droit de la concurrence, il y a donc là pratique explicite de restrictions de l'offre, et cela même si la forme hybride en question opère sur un marché très concurrentiel où elle ne détient qu'une faible part de marché (de sorte qu'elle n'influence guère l'offre globale mais seulement son offre) → voir le cas de la volaille sous label, décision 94-D-41 du 5 juillet 1994 ; BOCCRF du 17 décembre 1994.

- Le quatrième axe concerne les **contrôles de prix de revente internes**, entre parties prenantes de la forme hybride. Là aussi, dans la plupart des cas, dans la mesure où il y a investissements mixtes et interdépendance des coûts de la chaîne de transaction conduisant à la détermination du prix du produit final, il y a une forte incitation à se coordonner sur les prix de transfert négociés. On rencontre ce comportement dans l'industrie de la construction (Eccles, 1981), dans les alliances aériennes (cas des vols en correspondance impliquant deux partenaires) ou encore dans les systèmes de franchise. Une nouvelle fois, le droit de la concurrence peut interpréter ces actions comme une sorte de collusion visant à fixer des prix imposés. Or, sur ce point, l'attitude des autorités de la concurrence tend à évoluer. Si une décision de 1996 condamnait les pratiques d'entente entre producteurs d'huîtres et transporteurs (→ voir la décision concernant l'expédition des huîtres de Marennes-Oléron, 95-D-78 du 5 décembre 1995 ; BOCCRF du 28 février 1996) ; une autre décision, concernant le cas des volailles sous label (1994) concluait « Ces pratiques ... qui n'ont pas limité la concurrence entre les produits mis sur le marché sous différents labels, ne sont pas susceptibles de porter atteinte au libre jeu de la concurrence sur les marchés des volailles sous label ». Cette dernière décision est très révélatrice la tendance du moment : face à des difficultés pour évaluer le rôle de ces modes de coordination dans une forme qui n'obéit pas au canon de l'entreprise intégrée, on se rabat sur le critère du marché.

II. LES ENTENTES HORIZONTALES

Le cas est encore plus litigieux lorsqu'une forme organisationnelle hybride donne lieu à une entente en aval, même s'il y a concurrence en amont (cas inverse du précédent). Le droit de la concurrence interprète ces pratiques comme une volonté d'extirper le surplus maximal du consommateur (en d'autres termes, de fixer des prix prohibitifs). Afin de comprendre les finalités de telles stratégies, examinons les trois formes d'accord les plus répandues dans les formes hybrides.

- **La première consiste « à déléguer » à un partenaire ou à une instance commune le pouvoir de négocier un prix de revente au distributeur final.** En droit de la concurrence, cela revient à organiser la collusion entre entrepreneurs juridiquement autonomes en vue d'imposer un prix au vendeur. Il existe toutefois un certain « flottement » dans l'interprétation de cette pratique. Dans de nombreux cas, cette pratique de collusion vise à restaurer une certaine symétrie dans le pouvoir de négociation avec des distributeurs intégrés → illustration des relations producteurs – distributeurs (la collusion peut être le seul moyen pour des PME qui cherchent à se faire référencer dans une centrale d'achat ou un grand distributeur, de faire face à une asymétrie de pouvoir).

- La deuxième forme concerne **les ententes sur les prix de vente final**, par exemple dans le cas d'une coopérative de commerçants. Face à la concurrence des entreprises de distribution intégrées, les commerçants ont dû développer des formes hybrides (groupement d'achats, harmonisation de leur comptabilité et de leur système informatique, accords de transferts de biens pour gérer les stocks tout en assurant la satisfaction rapide de la clientèle, systèmes d'assurance permettant au client de bénéficier de services de la part de l'ensemble des adhérents...). Ces accords peuvent-ils aller jusqu'à la détermination d'un prix de vente commun, fondé sur l'agrément des adhérents ? La réponse du droit de la concurrence est ici très claire : non, car il y a conclusion implicite. Toutefois, si nous reprenons l'argument sous l'angle organisationnel, ceci change énormément l'interprétation. Trois points peuvent être ici évoqués : (1) en imposant la liberté de fixation des prix aux partenaires, les autorités de la concurrence ne condamnent-elles pas ceux-ci soit à s'aligner tacitement sur les uns sur les

autres, soit à supporter sans possibilité de contrôle le risque de comportements opportunistes, certains adhérents pouvant par exemple réduire la qualité des services ou réduire les investissements spécifiques requis de manière à pouvoir pratiquer des prix inférieurs tout en bénéficiant de la marque ; (2) pourquoi interdire à un groupe d'adhérents à une coopérative, ce que l'on accepte dans un système de franchise, ne peut-on considérer une coopérative de commerçants comme strictement analogue à un système de franchise où le franchiseur appartient aux franchisés ; (3) enfin, impose-t-on à une entreprise intégrée, même lorsqu'elle détient une part de marché non négligeable, de laisser chacun de ses magasins déterminer librement son prix de vente ? On le voit ces cas posent problèmes car ils reposent pas sur l'antagonisme marché – entreprise. Il existe d'autres modes d'organisation, les formes hybrides, qui imposent une relecture des procédures et des règles du droit de la concurrence.

- La dernière touche aux campagnes promotionnelles. Une forme hybride peut-elle se lancer dans une campagne promotionnelle affichant un prix de vente déterminé ou même accompagné de la mention « prix généralement pratiqué » ? Les entreprises qui se coordonnent dans une forme hybride, le font manifestement pour tenter d'améliorer leur position relative, parfois sans doute pour acquérir un pouvoir de marché, mais la plupart du temps de manière à pouvoir concurrencer efficacement d'autres modes d'organisation, en particulier l'entreprise intégrée. Une campagne publicitaire est un signal : elle vise à attirer l'attention du client (à l'inciter à acheter le produit). Il y a donc un problème de clarté du signal, et de crédibilité des engagements de la part des émetteurs. Posons le problème ainsi : lorsqu'*Intersport* (une coopérative) lance une campagne promotionnelle pour contrer son concurrent *Déathlon* (une entreprise intégrée), le signal « prix maximum recommandée aux adhérents à cette campagne » lancé sur les médias a-t-il la même portée que l'affichage pur et simple d'un prix unique ? Et lorsqu'un consommateur entend acheter de la papeterie sur Internet, est-il équivalent que pour connaître le meilleur prix, il lui suffise de consulter la liste affichée par *Office Dépôt*, quel que soit le magasin, alors que pour *Plein Ciel*, il devrait consulter les prix pratiqués par chaque magasin ?

III. COOPERATION AMONT ET AVAL

Dans beaucoup de cas, le développement réussi d'une coopération amont conduit à des efforts de coopération aval ou réciproquement. Sur l'échelle des formes organisationnelles hybrides, on s'éloigne des arrangements proches de relations de marchés, pour se rapprocher de l'entreprise intégrée. Pourtant, même dans ce voisinage où une forme hybride fortement coordonnée est en concurrence avec des entreprises intégrées, le droit de la concurrence tend à s'appuyer sur des critères distincts. Par exemple, pour juger d'un cas de fusion, on s'intéressera à l'effet sur le surplus du consommateur qu'on tentera de déterminer ex-ante (procédures pour avis), sans avoir à tenir compte des effets sur la profitabilité et les investissements de l'entreprise. Par contre, dans le développement d'une coopérative, il convient de mesurer l'effet sur le surplus global (surplus du consommateur et surplus du producteur), généralement ex-post.

Outre les problèmes de mesure particulièrement difficile lorsqu'il s'agit d'apprécier l'effet sur le surplus global, il y a donc la possibilité que les deux critères divergent. Mais surtout, ces critères reposent sur une évaluation, fut-elle possible, au temps *t*, sans tenir compte des forces qui poussent à se coordonner plutôt qu'intégrer, et donc sans tenir compte des raisons économiques qui expliquent l'existence de formes organisationnelles alternatives par rapport au couple « marché – entreprise intégrée ».