

VIOLENCE ÉCONOMIQUE ET DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE ET LES ENJEUX DE LA JUSTE MESURE DU POUVOIR D'ACHAT

Le point de vue de l'économiste

par Laurent Benzoni

Professeur d'économie à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). Président TERA Consultants

■ La puissance d'achat, un phénomène mal appréhendé

« Violence économique » et « dépendance économique » sont des qualifications qui se trouvent désormais au centre de nombreux contentieux commerciaux entre acheteurs et vendeurs. Ils viennent également de faire leur entrée dans le code civil, à la faveur de la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qui entre en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Existe-t-il un fondement économique à ces qualifications puisqu'elles s'inscrivent dans le droit économique et commercial ? En première lecture, force est de constater que ces deux termes ne se retrouvent pas en tant que tels dans la sémantique économique. Ils ne figurent pas par exemple dans les glossaires des manuels économiques, qu'ils soient généralistes ou spécialisés en micro-économie¹, en économie industrielle², en économie de la concurrence³ ou encore en économie des contrats.

Juridiquement, la violence économique consiste, dans le contexte des relations commerciales, à obtenir, par la menace, un avantage contractuel qui n'aurait pas été obtenu si les négociations s'étaient déroulées entre des partenaires disposant d'un pouvoir de négociation relativement équilibré. Les situations de négociation avec menace sont, quant à elles, bien présentes dans les analyses économiques. Elles sont souvent modélisées avec les outils de la théorie des jeux. Cette menace que peut exercer un acheteur sur ses fournisseurs implique que ces derniers soient en situation de faiblesse dans la négociation. Cette situation qualifie, en droit, une situation de dépendance économique des fournisseurs vis-à-vis de l'acheteur. Dans cette situation, l'acheteur dispose d'une capacité d'imposer des conditions commerciales défavorables à ses fournisseurs : on parlera ici de puissance d'achat par opposition au pouvoir de marché, terme à réserver aux situations où les

vendeurs (fournisseurs) disposent du pouvoir d'imposer des conditions aux acheteurs. Ces marchés où l'acheteur dispose du pouvoir ont aussi donné lieu à des analyses économiques, par exemple à travers le concept de contre-pouvoir acheteur (*countervailing power*⁴).

Ainsi, la question de fond de l'émergence de la violence économique consiste donc à comprendre dans quel contexte la puissance d'achat peut s'exercer pour imposer des clauses contractuelles défavorables aux fournisseurs. Il est possible d'étudier ce point *ex post* par l'analyse des clauses contractuelles litigieuses, comme celles concernant les conditions imposées lors de la rupture ou de la cessation du contrat⁵. Nous proposons d'aborder ici cette question sous un angle structurel, donc *ex ante*, c'est-à-dire comprendre quelles situations de marché sont *a priori* plus propices

à l'exercice potentiel de cette violence économique. Si le droit et l'économie de la concurrence ont depuis longtemps abordé de façon approfondie la question de l'exercice du pouvoir de marché des vendeurs, l'analyse de la puissance d'achat demeure un parent pauvre de la réflexion économique. Ce thème semble néanmoins susciter un intérêt grandissant en raison de la concentration croissante observée dans l'aval des filières de production-distribution⁶. Cependant, la plupart des travaux économiques consacrés à la puissance d'achat s'intéressent le plus souvent à l'analyse des effets de l'abus de la puissance d'achat mais fort peu au repérage des structures de marché où cette puissance émerge.

Le droit ressent cette carence de l'analyse économique. Ainsi, la situation de dépendance économique est identifiée lorsque : « [...] ce rapport de force résulte, non pas de la domination objective d'un marché comme dans le cas de la position dominante, mais du fait que la puissance relative d'une entreprise rend ses partenaires vulnérables. Les critères retenus par la jurisprudence sont les suivants : la part de l'entreprise dans le chiffre d'affaires de son ou ses partenaires, la notoriété de la marque (ou de l'enseigne) et l'importance de la part de marché de ce ou ces partenaires, l'existence ou non de solutions alternatives, les facteurs ayant conduit à la situation de dépendance (choix stratégique ou "obligé" de la victime du comportement dénoncé) »⁷.

Ce faisceau d'indices pour identifier la dépendance économique ne renvoie à aucune structure de mar-

(1) Par ex. B. Guerrien, *Microéconomie*, Dunod, 1998.

(2) Par ex. J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1998.

(3) Par ex. M. Motta, *Competition Policy : Theory and Practices*, Cambridge University Press, 2004 ; ou E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, coll. « Précis », Dalloz, 2005.

(4) Le terme de contre-pouvoir acheteur a été proposé par J. K. Galbraith dès 1952 pour qualifier la capacité des acheteurs disposant d'une taille importante sur les marchés aval d'obtenir des prix très bas de leurs fournisseurs sur les marchés amont. V. J. K. Galbraith, *American Capitalism : The Concept of Countervailing Power*, Boston, Houghton Mifflin, 1952.

(5) V. par ex. pour une contribution récente sur ce point : L. Benzoni et A. Atlani, « Le délai de préavis lors d'une rupture contractuelle : approche économique », *AJC* 2016, à paraître.

(6) En attestent les travaux récents que l'OCDE a consacrés à ce thème : OCDE, *Les monopsones et le pouvoir d'achat*, Comité de la concurrence, 2008, DAF/COMP(2008)38.

(7) V. la définition de la DGCCRF de la dépendance économique : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Abus-de-dependance-economique>

ché objectivement repérable et quantifiable, contrairement à la position dominante côté offre dont on sait qu'elle est généralement considérée comme effective lorsque la part de marché d'un offreur dépasse le seuil de 50 %, ou bien lorsque la concentration des offreurs sur un marché dépasse le seuil de 1 000 calculé par l'indice de Herfindahl-Hirschman⁸. La quasi-absence d'éléments quantitatifs généraux pour repérer la puissance d'achat au niveau des marchés est une source d'incertitude juridique. À l'instar des offreurs qui savent qu'ils sont soumis à une responsabilité particulière lorsqu'ils disposent d'une position dominante, il ne serait pas inutile que les acheteurs puissent mieux anticiper le ou les seuils au-delà desquels leur puissance d'achat est *a priori* suffisamment affirmée pour que leur responsabilité vis-à-vis des fournisseurs soit affirmée. [« reconnue » ?] Il importe donc d'essayer de mieux objectiver ces structures de marché favorables aux acheteurs où leur puissance d'achat pourra éventuellement s'exprimer et devenir, le cas échéant, abusive.

Il ne s'agit donc pas ici de qualifier des comportements abusifs mais, en amont, d'identifier les environnements concurrentiels dans lesquels les éventuels abus des acheteurs sont susceptibles d'émerger. Pour ce faire, il faut en premier lieu présenter le seul indice quantitatif qui, à notre connaissance, existe dans la jurisprudence pour mesurer la puissance d'achat, à savoir le taux de menace défini par la Commission européenne. Après avoir montré les limites de cet indice, d'autres indices seront proposés qui pourraient fort utilement étayer l'analyse des structures de marché pour identifier celles où la puissance d'achat peut s'exercer.

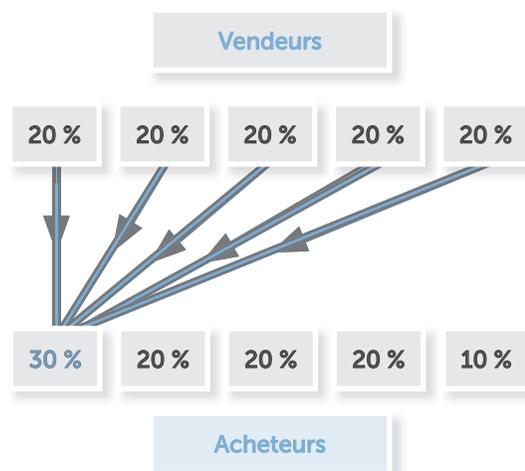
■ Le taux de menace

Pour identifier une situation de dépendance économique, la Commission européenne a défini un « taux de menace » qui mesure le seuil à partir duquel le chiffre d'affaires d'un fournisseur chez un même distributeur le met en position de fragilité structurelle et permet au distributeur d'établir un rapport de force qui lui est favorable dans les négociations commerciales et dont il peut, en conséquence, abuser. Dans l'affaire *Carrefour c/ Promodes*, un seuil critique de ce taux de menace avait été fixé à 22 %, soit le niveau qui avait aussi été retenu dans des affaires similaires (*Rewe c/ Meinel* en Autriche et *Cora c/ SES* en France). Au-delà de ce seuil de 22 % du taux de menace, le distributeur dispose d'une puissance d'achat suffisante pour imposer aux fournisseurs des conditions commerciales abusives.

Cet indice est intéressant en raison de sa simplicité de mise en œuvre. Il est néanmoins insatisfaisant, en particulier car le taux de menace peut être identique, quel que soit le niveau de concentration de l'offre sur les marchés amont. Un exemple numérique simple permet d'appréhender ce problème. Supposons une

situation de marché où cinq offreurs ayant chacun une part de marché de 20 % font face à cinq acheteurs, dont le plus gros dispose d'une part de marché de 30 %, les trois suivants d'une part de marché de 20 %, et le plus petit d'une part de marché de 10 % (**V. Figure 1 : situation 1**). Dans ce cas, le plus gros acheteur représente plus de 20 % dans les ventes de tous les offreurs qui sont donc en situation de dépendance économique vis-à-vis de cet acheteur, puisque la part de ces derniers dans leurs achats représente plus de 22 %. Supposons maintenant une situation où un seul vendeur affronte les mêmes acheteurs. Ce vendeur se trouve toujours en situation de dépendance vis-à-vis du plus gros acheteur, car celui-ci dépasse le seuil de 22 % dans les ventes de ce vendeur unique (**V. Figure 1 : situation 2**). Il paraît néanmoins contre-intuitif que ce vendeur se trouve dans la même situation de dépendance économique vis-à-vis de cet acheteur que les cinq vendeurs de la situation 1. Un vendeur en position de monopole se situe plus en position d'imposer ses conditions et ses prix que de subir le contre-pouvoir d'un acheteur qui représenterait 30 % de ses achats comme dans l'exemple chiffré retenu ici.

Situation 1 | Concurrence entre vendeurs



Situation 2 | Monopole du vendeur

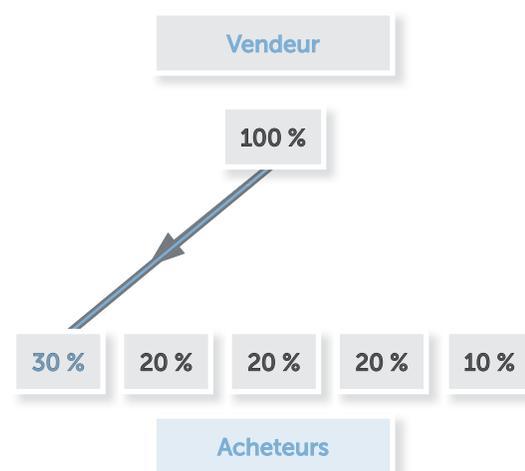


Figure 1 – Taux de menace un même seuil pour des situations contrastées [revoir l'intitulé SVP]
XXXX[situation 1 et situation 2]

(8) Aut. conc., « Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations », juill. 2013, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf

Au-delà de ce point de faiblesse, il faut relever que le seuil de 22 % retenu n'est pas nécessairement pertinent. Il a été en effet construit sur la base d'une enquête déclarative auprès d'un des fournisseurs lors d'une opération de concentration et n'a depuis jamais fait l'objet, à notre connaissance, d'une étude plus poussée pour en tester la pertinence. Par ailleurs, il faut relever que le taux de 22 % est homogène quelles que soient les structures de marché et les conditions technico-économiques des offreurs en amont (produits périssables ou non, production capitalistique ou non, etc.).

Au regard de ses insuffisances, le taux de menace tel que défini ne saurait constituer un indice fiable d'évaluation de situations de marché où la puissance d'achat peut être clairement identifiée. La disponibilité d'indices supplémentaires venant enrichir cette première approche semble donc nécessaire. Utilisables dans des circonstances variées, ces indices doivent se baser sur des informations aisées à obtenir et être simples à calculer.

■ IDR : un indice de dépendance relative

Un premier indice vise à calculer le ratio entre la part des ventes d'un fournisseur A chez un acheteur X, soit le taux de menace sur la part des achats de l'acheteur X chez le fournisseur A, soit une sorte de mesure inversée du taux de menace. Il est qualifié d'indice de dépendance relative (IDR).

$$\text{IDR} = \frac{\text{Part des ventes d'un fournisseur A chez l'acheteur B}}{\text{Part des achats de l'acheteur X chez le fournisseur A}}$$

Si IDR = 1 : relation complètement à l'équilibre

Si IDR ≥ 1 : situation de dépendance

Si IDR ≤ 1 : situation de pouvoir de marché

Source : TERA Consultants

Encart 1 - Formule de l'indice de dépendance relative et interprétation

Avec cet indice, il est possible d'apprécier le rapport entre la dépendance du fournisseur à l'acheteur, mais aussi la dépendance de l'acheteur au fournisseur d'un strict point de vue quantitatif. Si l'IDR est égal à l'unité, la relation est complètement équilibrée car chacun représente une part quantitative équivalente dans son chiffre d'affaires et ses approvisionnements. Par exemple, si un acheteur représente 30 % des ventes d'un fournisseur et que ce fournisseur représente 30 % des achats de l'acheteur en cause, l'indice de dépendance relative est égal à 1. Si l'IDR est très supérieur à l'unité, cela signifie que l'acheteur représente une part bien plus significative des ventes pour le fournisseur, que le fournisseur ne représente qu'une part des achats pour l'acheteur : le fournisseur se trouve alors potentiellement exposé à la puissance d'achat. Inversement, si l'acheteur représente une part moindre dans le chiffre d'affaires d'un fournisseur que celle représentée par ses achats dans les ventes du fournisseur, l'IDR est alors inférieur à l'unité et le pouvoir de négociation se situe plutôt côté fournisseur (V. Encart 2 ci-dessous pour des exemples numériques).

Cas 1

Si un fournisseur A réalise 10 % de son chiffre d'affaires avec un acheteur X et,

Si l'acheteur réalise 10 % de ses achats chez le fournisseur A

$$\text{Alors IDR} = 10 \% / 10 \% = 1$$

Cas 2

Si un fournisseur A réalise 30 % de son chiffre d'affaires avec un acheteur X et,

Si l'acheteur réalise 5 % de ses achats chez le fournisseur A

$$\text{Alors IDR} = 30 \% / 5 \% = 6$$

Source : TERA Consultants

Encart 2 - Exemples numériques d'application de l'indice de dépendance relative et interprétation

L'IDR présente aussi des limites évidentes. Par exemple, si un acheteur représente 2 % des ventes des produits d'un fournisseur et que ce fournisseur représente 0,1 % des achats de l'acheteur, l'IDR est très supérieur à un. Pour autant, au regard des faibles pourcentages des achats en cause pour le fournisseur, il est peu probable que l'acheteur puisse exercer une puissance d'achat significative sur le fournisseur en question. Par ailleurs, l'IDR ne fournit qu'une mesure quantitative brute de la dépendance relative. En effet, si un composant est essentiel pour l'approvisionnement d'un acheteur et détermine la possibilité de produire un bien complexe, la part du fournisseur dans les achats peut s'avérer très faible mais, pour autant, la faible quantité est déterminante pour l'acheteur. En dépit d'une faible quantité achetée et que cette quantité représente une part substantielle du chiffre d'affaires pour le fournisseur, [phrase à compléter ou à relier avec la précédente ? à modifier SVP] Le pouvoir de négociation entre les parties peut être en réalité équilibré, voire se situer plutôt du côté du fournisseur plutôt que du côté de l'acheteur.

■ IOS : un indice des options de sortie

Sur le plan économique, la possibilité pour l'une des parties d'exercer un pouvoir dans la négociation sur l'autre partie dépend drastiquement des options de sortie dont dispose chacune des parties. Une partie disposant d'importantes options de sortie peut aisément rompre la négociation si les conditions contractuelles que l'on veut lui imposer lui semblent inacceptables. La mesure des options de sortie est souvent évaluée au niveau individuel dans l'analyse de la dépendance économique, elle renvoie aux possibilités de substitution que le fournisseur peut envisager en cas de clauses contractuelles déséquilibrées, voire de menace de rupture du contrat, émanant de l'acheteur.

Il est alors possible de construire un indice des options de sortie (IOS) au niveau du marché. Pour le marché d'un produit donné, l'IOS est le ratio entre la part de marché des fournisseurs non présents chez un acheteur donné et la part de marché des acheteurs que ne fournit pas le fournisseur A (V. encart 3).

$$\text{IOS} = \frac{\text{Part de marché des fournisseurs non présents chez l'acheteur X}}{\text{Part de marché des acheteurs que ne fournit pas le fournisseur A}}$$

Si IOS = 1 : options de sortie parfaitement équilibrées

Si IOS ≥ 1 : options de sorties favorables à l'acheteur

Si IOS ≤ 1 : options de sorties favorables au vendeur

Source : TERA Consultants

Encart 3 - Formule de l'indice des options de sortie et interprétation

Si l'IOS est égal à l'unité, les deux parties disposent d'options de sortie relativement équilibrées. Si l'IOS est très supérieur à l'unité, les options de sortie sont plus importantes pour l'acheteur que pour le fournisseur dans la mesure où l'acheteur trouvera plus facilement des nouveaux fournisseurs chez qui il ne s'approvisionne pas, et que le fournisseur trouvera

de nouveaux débouchés en cas de rupture de la relation commerciale avec l'acheteur. Inversement, si le ratio est inférieur à l'unité, alors le fournisseur est en position de force dans la négociation car l'acheteur dispose de moins d'options de sortie.

L'encart 4 ci-dessous donne deux exemples numériques afin de mettre en évidence la simplicité du calcul et l'interprétation aisée de cet indice.

Cas 1

Si les fournisseurs non présents chez un acheteur X représentent 30 % du marché et,

Si les acheteurs du marché non fournis par A représentant 30 % du marché, alors : $IOS = 30 \% / 30 \% = 1$

Cas 2

Si les fournisseurs non présents chez un acheteur X représentent 10 % du marché et,

Si les acheteurs du marché non fournis par A représentant 50 % du marché, alors : $IOS = 10 \% / 50 \% = 0,2$

Source : TERA Consultants

Encart 4 – Exemples numériques d'application de l'indice des options de sortie et interprétation

À l'instar des deux autres indices, l'IOS présente aussi des limites. Comme l'IDR, le niveau du ratio est indépendant des valeurs absolues figurant au numérateur et au dénominateur, ainsi de faibles valeurs absolues en cause peuvent néanmoins déboucher sur des ratios très élevés ou très faibles alors même que les options de sortie pourraient apparaître comme très élevées pour chacune des parties.

■ IHH-A : l'indice de Herfindahl-Hirschmann côté acheteurs

L'indice de Herfindahl-Hirschmann (IHH) est l'indice de concentration de référence utilisé dans les opérations de concentration, que ce soit au niveau européen, américain ou français afin de mesurer si la concentration atteinte à l'issue d'une concentration horizontale ou verticale ne dépasse pas un seuil critique à partir duquel l'opération est susceptible d'emporter des préoccupations de concurrence. Cet indice se calcule en effectuant la somme des parts de marché des offreurs au carré sur le(s) marché(s) pertinent(s) affecté(s) par l'opération.

S'agissant des opérations de concentration horizontale, fusions entre concurrents, la première valeur seuil de l'IHH est fixée à 1 000. S'agissant des opérations de concentration verticale, la valeur de 2 000 est retenue. L'utilisation de l'IHH se fonde sur une propriété économique qui relie directement le pouvoir de marché des vendeurs à la concentration dans les marchés oligopolistiques⁹. L'utilisation de cet indice afin d'estimer le pouvoir de marché, côté acheteurs, peut constituer un complément utile pour l'analyse de la puissance d'achat estimée au niveau d'un

(9) Plus précisément, dans une concurrence en quantités (Cournot), le pouvoir de marché mesuré par l'indice de Lerner croît avec le niveau de concentration sur le marché mesuré par l'IHH pondéré de la valeur de l'élasticité de la demande aux prix.

marché. La définition d'une valeur critique serait alors utile pour identifier les niveaux de concentration côté acheteurs qui peuvent favoriser l'émergence de la puissance d'achat, de telle sorte que les opérations de concentration horizontale ou les accords horizontaux menés au niveau des acheteurs sur les marchés puissent aussi être évalués dans les conséquences concurrentielles au niveau des marchés amont engageant les relations commerciales entre les acheteurs et les fournisseurs.

■ Des analyses préliminaires à approfondir et à prolonger

Les quelques réflexions présentées ci-dessus pour proposer de nouveaux indices d'évaluation de la puissance d'achat restent préliminaires. Les différents indices requièrent peu de données pour être calculés. Mais la définition des valeurs critiques qui permettraient de les rendre opérationnels pour les autorités de concurrence ou les juges civils restent à définir. Seules des analyses approfondies menées sur des corpus de données permettraient d'estimer des valeurs seuils des indices qui seraient des repères utiles pour qualifier les situations de marché critique, comme cela est fait pour les situations où est évalué le pouvoir de marché des offreurs. Bien évidemment, les situations de marché où la puissance de marché se manifeste n'impliquent aucune conséquence *a priori* sur des pratiques abusives que conférerait cette puissance de marché.

Par ailleurs, il conviendrait de prolonger les réflexions en réfléchissant à l'élaboration d'autres indices. En particulier, des indices devraient être construits pour mesurer les transferts de risques entre acheteurs et fournisseurs sur la base des pratiques contractuelles généralement en vigueur sur les marchés. Cette approche serait un moyen d'estimer comment une puissance d'achat collective peut s'exprimer même si les seuils individuels de puissance d'achat n'apparaissent pas. Ici aussi, l'analyse de la puissance d'achat rejoindrait les analyses qui sont menées côté offreurs pour identifier l'existence d'éventuelles positions dominantes collectives et/ou d'effets coordonnés. Enfin, la multiplication d'indices pourrait donner lieu à la création d'un indice synthétique dans la mesure où des indices peuvent afficher des valeurs seuils et d'autres ne pas les atteindre : un indice synthétique aurait alors pour vertu de neutraliser des effets opposés.

Enfin, la construction de ces indices présuppose que les marchés sur lesquels ils sont calculés soient bien délimités. Rappelons que la délimitation des marchés pertinents se fait principalement dans deux directions, la dimension produit et la dimension géographique. Le droit de la concurrence peut aboutir dans les contentieux à délimiter des marchés de produits particulièrement étroits comme celui « des boissons gazeuses sucrées au goût de cola ». Mais, la délimitation géographique des marchés pertinents sera un enjeu tout aussi important dans le cadre de l'analyse des relations entre fournisseurs et acheteurs. Sur quel marché géographique doit-on mesurer l'IDR, l'IOS, l'IHH-A proposés ci-dessus s'agissant de fournisseurs vendant un même produit sur de nombreux marchés nationaux face à des acheteurs essentiellement nationaux, ou bien comment mesurer ces indices pour un fournisseur régional ou local face à un acheteur national ou multinational ? Sur ce point, la question de la juste délimitation des marchés pertinents sera un élément, en amont du calcul des indices, déterminant pour les calculer et vérifier leur valeur. Mais cette incertitude sur la délimitation des marchés pertinents afin d'évaluer la puissance d'achat ne paraît ni plus ni moins sujette à discussion qu'elle ne l'est lorsqu'il s'agit d'évaluer le pouvoir de marché des offreurs.