



Présente :

Les enjeux concurrentiels
des places de marché en ligne

Par

Eric LE QUELLENEC

DESS juriste d'affaire - DJCE Université de Rennes I

Date de mise en ligne :23 septembre 2003.

*Les enjeux concurrentiels
des places de marché en ligne*

Eric LE QUELLENEC

DESS juriste d'affaire – DJCE Université de Rennes I

Mémoire réalisé sous la direction de Mme Danièle Mélédo, directrice du DJCE de Rennes, de

Me Bernard Lamon, avocat au cabinet Avoquai, Rennes

et Me Fabrice Naftalski avocat au cabinet Ernst & Young Paris.

Juillet 2003

Introduction

Les places de marché en ligne connaissent un tel succès, que les entreprises ne sauraient désormais pouvoir s'en passer¹. Leur nombre continue encore de croître malgré la crise². Cependant lorsque l'on constate comme dans le cas de la plate-forme Covisint³ ou encore GNX⁴, que des groupes concurrents de taille mondiale se réunissent au sein d'une même structure, tout observateur extérieur ne peut être qu'interpellé. Aurait-on franchi la ligne rouge dans le degré de collaboration entre entreprises ? Car il apparaît d'emblée que de multiples problèmes vont se poser, tant en termes d'ententes que d'éventuels abus de position dominante... Le paradoxe est donc le suivant : il semble que grâce à une meilleure communication et à une transparence accrue du marché, les places de marché offrent un climat idéal au développement de pratiques anti-concurrentielles⁵.

Le mouvement de rapprochement entre entreprises pour leurs achats n'a, à l'origine, pour seule motivation, que le souci de réduire les coûts de transaction en résultant. Afin de rester compétitives, elles ont ainsi pour obligation d'optimiser leurs achats intermédiaires de biens comme de services. Les moyens qui leur sont offerts dans ce but ont changé avec l'état de la technique, les places de marché actuelles témoignant maintenant d'un haut niveau de sophistication.

Ainsi depuis près de trois décennies, la méthode des flux tendus⁶ ou « *supply chain management* » passe par la suppression des stocks et la détermination des achats en produits intermédiaires en fonction des strictes commandes finales.

¹ D'aucuns annoncent que dans le domaine B2B (business to business) l'Internet va bientôt monopoliser le marché. Les transactions commerciales seront à 100% conclues par le net. O. Gast & O. Renaud, Petites affiches, 22/08/01 n°161, p.4

² Voir les annexes 3.1 et 3.2, un ralentissement des créations et une phase de concentrations sont toutefois à prévoir à court terme.

³ L'exemple de Covisint est flagrant et a été le déclencheur de procédures diligentées par les autorités de concurrence américaines et européennes. Créée en février 2000, cette plate-forme regroupe rien moins que General Motors, Ford Motors, Daimler Chrysler, le groupe Renault-Nissan et par la suite PSA Peugeot Citroën. Tout le programme de cette aventure est concentrée dans son nom qui est la contraction de Collaboration, Visibilité et Intégration.

⁴ Global Next Exchange a été créé en mars 2000 par Sears Robuck, Carrefour, Métro Sainsbury et PPR fédère une puissance d'achat de 200 milliards de dollars par an. Elle rassemble 70000 fournisseurs. Son concurrent World Wide Rental Exchange regroupe 17 centrales d'achats ; elle compte dans ses rangs Auchan et Casino. Elle réalise près de 500 milliards de dollars par an. Source <http://nzews.zdnet.fr>

⁵ *E-commerce and its implication for competition Policy*, Office of Fair Trading (OFT) 308 prepared by Frontier Economics

⁶ Méthode élaborée dès les années 1960 au Japon par l'ingénieur Taiichi Ohno chez Toyota. Le toyotisme se donne pour moyens de produire « juste à temps et en flux tendus » par référence à l'aval. Le toyotisme s'est largement imposé dans le monde entier. Les places de marché complètent et optimisent ce schéma d'organisation technique de la production. (Source : Encyclopédie Universalis tome 12 p.942)

Ce nouveau schéma économique n'a été rendu possible que grâce à l'essor de l'informatique via l'échange informatisé de données (EDI⁷). Apparu dans les années 70, l'EDI est longtemps resté coûteux. A long terme, les partenaires devaient s'engager à développer des plates-formes logicielles communes. Ces systèmes étaient réservés aux grandes entreprises.

L'avènement d'Internet a permis d'aller beaucoup plus loin. Constitué d'une fédération de réseaux d'ordinateurs qui utilisent le même protocole de communication TCP/IP⁸, l'Internet et le langage HTML⁹ ont permis l'ouverture des systèmes en provoquant une baisse drastique des coûts des plates-formes et des communications. Les places de marché en ligne ont donné un coup d'accélérateur aux mécanismes d'approvisionnement intégré des entreprises. Désormais il leur est possible de négocier les prix pour chaque commande tout en économisant de substantiels coûts de transaction grâce à ce mode d'échange entièrement numérisé. Pour les économistes ces coûts transactionnels recouvrent à la fois le prix de recherche et d'information, les coûts de facturation et de négociation éventuelle des contrats ainsi que les frais afférents à leur bonne exécution. L'effet de levier est démultiplié lorsque les achats peuvent être groupés avec des entreprises ayant les mêmes besoins¹⁰. La force de négociation à l'égard des fournisseurs s'en trouve alors grandie.

Le succès des places de marché est grandissant et répond parfaitement aux pratiques des entreprises qui privilégient de plus en plus l'« *outsourcing* » soit l'externalisation de fonctions qui ne sont pas propres au cœur de métier de l'entreprise. C'est ainsi que l'on peut concevoir que la plate-forme en ligne se charge finalement de la fonction achats d'une entreprise.¹¹ Par ailleurs, certains prédisent déjà que les opérations de « business to business » se réaliseront exclusivement par Internet.

Mais comment définir exactement ce qu'est une place de marché électronique ?

Une place de marché n'est au fond qu'un carrefour d'affaire, une « *venue* » en anglais, c'est-à-dire un lieu de transaction en ligne sur lequel se rencontrent l'offre et la demande.

L'expression place de marché en ligne est un terme générique qui recouvre des systèmes opérés à la fois par des acheteurs ou des vendeurs individuels, par des groupements ou par des

⁷ Electronic Data Interchange : transmission d'ordinateur à ordinateur, d'application à application, de données structurées selon des messages préétablis et normalisés via un moyen de télécommunication.

⁸ Transmission Control Protocol / Internet Protocol : ce sont les deux principaux protocoles de communication entre ordinateurs sur Internet. TCP assure la communication de bout en bout entre les deux ordinateurs, IP représente le standard d'adressage. IPV6 devrait dans un futur proche remplacer ces deux protocoles.

⁹ HyperText Markup Language : permettant de créer des pages web. Java permet de doter les documents HTML de nouvelles fonctionnalités : applications intégrées, modèles 3D...

¹⁰ C'est ce qui est appelé le « *buyer side* », l'offre d'achat est mise en valeur, on cherche à consolider celle-ci à l'égard des vendeurs.

¹¹ FONTAINE M. et autres, *Aspects juridiques de l'out-sourcing*, édition 2001, Université de Louvain la Neuve, Bruylant éditeur. 400p. D'après les auteurs, l'out-sourcing ne doit pas être confondu avec la sous-traitance.

tiers. Les personnes morales de droit public ne sont pas en reste. La réforme du Code des marchés publics leur permet de profiter activement des avantages offerts par ces nouvelles plates-formes¹². Le *business to government* (B2G) a le vent en poupe même s'il reste soumis à une législation particulière¹³. La richesse des Market Places (MP) tient aussi en partie au grand choix de services qui s'y trouvent proposés. Les systèmes sont de plus en plus sophistiqués. Pratiquement toutes les MP autorisent la vente aux enchères, il peut s'agir aussi bien d'enchères conventionnelles que d'enchères inversées dites hollandaises¹⁴. Un appel d'offre peut dès lors être entièrement traité en ligne : de sa publication avec la spécification des biens ou services recherchés, du choix du prestataire jusqu'à l'exécution de contrat qui en résulte¹⁵. Les MP permettent en outre de rapprocher des entreprises nécessitant des partenaires dans la réalisation de certains projets de type recherche développement. Un joint venture peut donc être conclu en ligne! Un autre atout des plates-formes électroniques est d'offrir et de référencer un très grand choix¹⁶ de produits et de services, sans cesse renouvelés. Seuls la prospection et le recrutement de salariés en ligne par les entreprises devraient être écartés, tout du moins en France¹⁷. Ce rapide panorama des places de marché témoigne d'une grande variété de modèles. On peut cependant dégager quelques variantes principales.

Le niveau de collaboration entre entreprises varie selon les caractéristiques de la plate-forme. Toutes ne présenteront pas le même risque d'atteinte au droit de la concurrence. Dans la majorité des cas, elles sont constituées sous la forme d'entreprises communes soit entre concurrents : elles sont dites places de marché horizontales¹⁸, soit entre entreprises d'une

¹² Nota Bene : les particuliers aussi bénéficient des avantages technologiques des places de marché. Seulement, ils ne peuvent le faire que par l'intermédiaire de sites animés par des professionnels. Les questions juridiques soulevées par le B2B relèvent au demeurant en grande partie du droit civil et du droit de la consommation au besoin.

¹³ Le *business to government* est assimilé au B2B dans les pays anglo-américains. En France les achats publics ont pour contrainte de répondre à trois objectifs : l'efficacité, la « moralité publique » et la garantie d'un libre et égal accès des opérateurs économiques à la commande publique. Les décrets du 18/09/2001 et du 30/04/2002 ont aménagé le Code des marchés publics pour permettre à l'Etat et aux collectivités territoriales de profiter des MP dans le respect de ces principes de droit public. Au niveau européen c'est le projet Govenet qui doit fournir une infrastructure informatique permettant aux entreprises, aux particuliers et administrations d'effectuer des transactions commerciales comme des formalités administratives. Compte tenu de son caractère fortement encadré, le B2G ne semble pas poser de problème majeur au regard du droit de la concurrence en Europe.

¹⁴ Enchères inversées. L'adjudicataire est le fournisseur qui sera le mieux disant ou le moins coûtant, voire les deux à la fois. Les critères d'adjudication peuvent varier selon les exigences de l'initiateur de l'enchère.

¹⁵ Un sous-traitant peut être choisi en ligne. Cela ne doit pas être si rare si l'on considère seulement, par exemple, que 85% des articles Nike proviennent directement de la sous-traitance (source www.lesechos.fr).

¹⁶ MORAND P.H., *Les enchères électroniques*, Revue Concurrence consommation – septembre – octobre 2002

¹⁷ VOISIN J., *Enchères inversées, le travail n'est pas une marchandise !* (www.lesechos.fr)

¹⁸ Les places de marché horizontales sont donc créées à l'initiative des acheteurs eux-mêmes désireux d'améliorer leur approvisionnement.

même filière : elles sont dites verticales¹⁹. Au-delà de cette *summa divisio* on peut distinguer les places de marché en fonction des services proposés ou encore selon le degré de spécialisation et d'intégration requis.

Toutes les places de marché ne jouent pas le même rôle²⁰. Les places de marché transactionnelles ou d'« e-procurement » constituent le modèle le plus abouti et le plus courant. La négociation, la commande comme le paiement peuvent se faire en ligne.

Les plates-formes infomédiaires²¹ proposent un service axé autour de l'émission d'appels d'offre ou d'enchères inversées. L'animateur de la plate-forme a au mieux un rôle de courtier²².

Les places de marché tendent à se spécialiser. Il existe encore des places de marché généralistes²³. Elles sont principalement à destination des PME, afin que des entreprises différentes mais ayant certains besoins communs puissent bénéficier des avantages de cette forme d'approvisionnement. Les PME ont tout intérêt à se regrouper entre elles. Elles peuvent non seulement baisser leurs coûts internes par le mécanisme des économies d'échelle mais encore et surtout, elles se voient offrir l'opportunité d'élargir considérablement leur clientèle. En effet, en profitant de la synergie offerte par tous les membres du groupe, elles peuvent prétendre honorer des contrats qu'elles n'auraient pu assumer autrement.

Les places de marché sectorielles intégrées affichent les plus grandes ambitions. Elles sont spécialisées dans un domaine donné et offrent généralement tous les services de l'e-procurement. Elles ont souvent lorsqu'elles existent, l'objectif déterminé d'améliorer l'efficacité de toute une filière²⁴. Ainsi les « hubs » électroniques de dernière génération

¹⁹ C'est le *seller side*, les vendeurs veulent diversifier leur débouchés.

Cette classification sommaire est à nuancer en pratique, Covisint regroupant à la fois des concurrents et des partenaires de toute la filière automobile. On peut ainsi rencontrer des places de marché sectorielles telles que myaircraft.com pour l'aéronautique.

²⁰ Voir l'annexe 1.2 et le rôle minimal de la place de marché conçue comme devant intervenir en ce cas avant la vente et sur la conclusion de la vente elle-même.

²¹ Le terme « *infomédiaire* » est un anglicisme qui est passé dans le jargon technique du milieu. Ces plates formes sont considérées comme étant de seconde génération, c'est-à-dire plus qu'un simple site de consultation de donnée et moins qu'un site permettant une collaboration active entre participants.

²² C'est ainsi le cas de [Freemarkets](http://Freemarkets.com), qui est ouvert aux acteurs économiques de différentes industries et qui met en place une communauté d'affaire entre les partenaires participants.

²³ Ces places de marché laissent pourtant le champ ouvert à de multiples solutions. Ainsi le site barterforum.com se propose d'organiser un troc entre les entreprises de tout bord ! Tout le monde peut y trouver son compte.

²⁴ La Commission a estimé que Covisint illustre parfaitement ce type de place de marché. Non seulement au niveau horizontal des concurrents sont réunis entre eux, mais encore des fournisseurs en sont membres en tant que tel. Dans le domaine du pneu [Rubbernetwork](http://Rubbernetwork.com) s'est inspiré de Covisint.

visent à permettre la collaboration et l'intégration entre adhérents dans les domaines de recherche-développement, de production ou de commercialisation.

Quel est l'impact des plates formes électroniques sur le Marché ?

Le constat dressé dans les premières lignes montre combien cette interrogation est à prendre au sérieux. Afin de mieux cerner la nature et l'ampleur de ce problème, il convient, dans les grandes lignes, de confronter les MP aux principes généraux de la concurrence.

Dans un monde idéal²⁵ chaque offreur sur le marché doit pouvoir prendre ses décisions stratégiques et commerciales de façon autonome. Chaque acteur doit être dans l'incertitude quant aux décisions susceptibles d'être prises par ses concurrents. Il importe enfin que l'entrée sur le marché de concurrents potentiels ne soit pas entravée par des barrières artificielles qu'un opérateur dominant aurait pu ériger²⁶. Il en résulte que les entreprises, soucieuses de maximiser leur profit en viennent, par le processus concurrentiel à servir l'intérêt général. Elles emploient de la façon la plus efficace leurs ressources et assurent la satisfaction des demandes des consommateurs au moindre coût.

Or il apparaît que les places de marché présentent le risque de remettre en cause ce modèle de fonctionnement d'économie de marché. Sous l'influence des adhérents de la place de marché considérée, de par la participation de concurrents à cette même place, une entreprise peut perdre son autonomie de gestion *ipso facto*. Une place de marché entre acteurs dominants aura de même beau jeu d'interdire l'accès de la place de marché aux concurrents extérieurs ou aux PME du secteur. Au pire, une MP trop influente conduira à la mise en place d'un monopsonne sur le marché considéré voire pourquoi pas d'un monopole si le degré d'intégration entre adhérents est très élevé. Sans en arriver à ce point extrême, la MP peut faciliter les ententes entre concurrents membres de la plate forme. Une entente sur les prix, un cloisonnement, une répartition du marché pourraient être à craindre.

²⁵ Les économistes s'accordent à dire qu'un marché parfait relève de l'utopie. Selon le prix nobel d'économie K.Arrow les trois conditions parfaites de marché sont l'atomicité, l'autonomie et la liberté des opérateurs. Or ces conditions entrent en contradiction les unes entre les autres faisant qu'il n'est possible que d'aboutir à un équilibre imparfait.

²⁶ A contrario, il faut donc une atomicité du marché, une pluralité d'acteurs, pour éviter les *dictatorships* comme l'énonce K. Arrow dans son théorème.

Les autorités de la concurrence communautaires, américaines sans parler des organisations internationales ont en conséquence de la découverte de ce « phénomène », eu à cœur d'étudier de près, et en étroite collaboration avec les acteurs des places de marché, les difficultés qui pourraient se présenter. Alors que nombres de questions n'étaient pas toutes nouvelles, la démarche a été pour toutes deux assez prudente et basée sur l'observation attentive des spécificités de ce nouveau type de support de marché. En 2000, l'OCDE a organisé une table ronde sur le commerce électronique et les risques concurrentiels qui lui sont attachés²⁷. Aux Etats-Unis, la première décision de la Federal Trade Commission date seulement du 11 septembre 2000. L'approche de la Commission est révélatrice de la même prudence. Elle ne s'est prononcée pour la première fois que le 7 août 2000, à propos de la plate-forme myaircraft.com. Depuis une vaste consultation a été menée des deux côtés de l'Atlantique. La FTC et le Department of Justice en ont publié les résultats dès octobre 2000.²⁸ La Commission Européenne a pu déterminer sa position aux travers de conférences²⁹ et de décisions dans le cadre de notifications tant sur les fondements de l'article 81 sur les ententes, que de la réglementation sur les concentrations³⁰. Le problème est manifestement traité au plus haut niveau, Mario Monti³¹, dans son intervention concernant la concurrence dans l'e économie, a souligné la vigilance des fonctionnaires de la direction qu'il dirige.

Les autorités nationales européennes ont emboîté le pas. Le directeur général de la DGCCRF, en France, a pris acte du problème³², même si le Conseil de la concurrence n'a pas eu encore à se prononcer. Nos voisins européens sont allés un peu plus en avant. Ainsi le Bundeskartellamt allemand s'est prononcé sur la MP Covisint, elle y a défini une ligne générale qu'elle appliquera dans ses décisions futures. Par ailleurs l'autorité anglaise, l'Office of Fair Trading (OFT) a fait réaliser une étude par un organisme privé sur les conséquences du commerce électronique sous l'angle du droit de la concurrence. Pour méritoire que soient ces initiatives, il faut souligner que la plupart des Market Places ont vocation à être au minimum de dimension européenne³³, sauf à considérer une MP entre des PME d'un Etat Membre et dont l'activité ne saurait affecter le marché commun. Etant donné le gigantisme et

²⁷ OECD, *Competition issues in electronic commerce* (DAFFEE/CLP 2000,32)

²⁸ *Entering the 21st Century: Competition Policy in the World of B2B Electronic Market places*
<http://www.ftc.gov/os/2000/10/index.htm#26>

²⁹ Conférence 'The E-Economy in Europe: Its potential impact on EU enterprises and policies' on 1-2 March 2001 in Brussels, Conférence 'E-marketplaces: new challenges for enterprise policy, competition and standardisation' on 23-24 April 2001 in Brussels. Speech 01/98, Mario Monti.

³⁰ Règlement 4064/89 du 21 décembre 1989 maintes fois amendé.

³¹ Commissaire à la concurrence auprès de la Commission

³² Discours de clôture de la conférence, Internet et commerce électronique, 2001, M.J.Gallot, directeur DGCCRF. Recue concurrence consommation, p.25

³³ Voir les annexes 3.1 et 6.

le caractère hautement international des principales places de marché existantes, on pourrait même souhaiter un traitement à ce niveau du problème. Mais tel n'est pas le cas, la coopération n'étant encore qu'embryonnaire au sein de l'ICN³⁴. Les seuls aménagements existants sont de caractère bilatéral³⁵ et ne concernent que les Etats-Unis et le Canada³⁶. L'échange d'information y tient une grande place, la notification de pratiques anticoncurrentielles et des consultations réciproques sont effectuées. Chaque partie doit appliquer son droit dans le respect de principes de « courtoisie active³⁷ ». Cependant, toute décision d'une autorité est encore actuellement susceptible de rentrer en contradiction avec celle d'une autre³⁸. Le risque est d'autant plus probable que par exemple le Sherman Act américain de juillet 1890 a un champ d'application sans limites concernant même le commerce international des états fédérés avec le reste du monde³⁹. La doctrine souligne par ailleurs que dans le domaine de la concurrence, il ne peut pas faire de doute que les seuls effets d'une infraction en sont bien un élément constitutif puisque les législations consistant en l'énoncé d'interdictions générales de certaines pratiques définissent ces pratiques par référence à leurs effets économiques, voire à la potentialité des ces effets⁴⁰. Il va sans dire que les répercussions d'une infraction peuvent se faire sentir en dehors du territoire de sa commission. Ces principes extraterritoriaux ne sauraient trouver application que si les deux critères des effets sur le territoire de l'Etat concerné et du contrôle économique⁴¹ sont réunis. La FTC et la commission justifient ainsi leur intervention en dehors du territoire assiette de leur compétence. Concernant les places de marchés en ligne, il serait réducteur et pour ne pas

³⁴ Il faut noter que pour le moment, l'International Cooperation Network ou Réseau de Coopération Internationale, n'est pas intervenue dans le débat sur les places de marché en ligne.

³⁵ Des exceptions au régime d'entraide judiciaire résultant de traités bilatéraux sont souvent admis en matière de droit de la concurrence, l'obtention de preuves, la procédure d'exequatur s'en trouvent souvent allégées.

³⁶ Pour les USA : accord de Washington du 23 septembre 1991, entré en vigueur à cette date par effet rétroactif (1995 L132) et complété par l'accord sur la mise en œuvre des principes de courtoisie active (JOCE 1998 L173). Pour le Canada : accord de Bonn du 17 juin 1999 avec entrée en vigueur à cette date (JOCE 1999 L175). Selon la commission, l'avenir de tels accords passe par leur intégration et application au sein de l'OMC (COM/96/284).

³⁷ La courtoisie active permet aux autorités antitrust de la partie requérante de demander aux autorités de concurrence de la partie requise de procéder à une enquête sur les pratiques anticoncurrentielles menées sur leur territoire et d'agir au besoin dans le cadre de son droit.

³⁸ Malgré le dispositif présenté ci-dessus entre l'Union et les Etats-Unis, ce risque de contradiction s'est vérifié dans l'affaire Honeywell / GE. La commission a refusé dans une décision du 3 juillet 2001 l'acquisition de l'équipementier en composants électroniques pour aéronautique par General Electric, là où le DOJ avait entériné l'opération.

³⁹ SEROUSSI R., *Introduction au droit Anglais et Américain*, p.120

⁴⁰ FRIEDEL-SOUCHU E., *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, Bibliothèque de droit international et communautaire, Paris LGDJ, Tome 109, 1994, p.29

⁴¹ L'entité économique poursuivie doit au moins avoir un établissement dans l'Etat la poursuivant pour infraction au droit de la concurrence.

dire trompeur de s'en tenir au seul droit communautaire, celui-ci ne pouvant s'étudier que parallèlement au droit des Etats-Unis d'Amérique.

Malgré ce risque d'hétérogénéité, il faut remarquer que fort heureusement les études publiées à ce jour, de même que les décisions rendues, vont *grosso modo* toutes dans le même sens. Les contacts qu'ils soient formels ou informels sont de plus en plus fréquents entre autorités distinctes. Des auteurs ont pu parler de « mondialisation » du droit à défaut de droit international. Des règles de droit équivalentes d'un endroit à l'autre de la planète voient ainsi le jour sous l'effet d'un consensus global⁴².

En l'espèce, la seule différence réside pour le moment dans la profondeur de champ retenue par chaque entité. La FTC a déjà abordé la possibilité de concurrence entre les places de marchés elles-mêmes là où, la commission estime que le seul marché pertinent affecté à ce jour reste celui des biens échangés. Pour le reste, elles partent en effet toutes deux du postulat que les MP sont bénéfiques à la concurrence. Comme elles facilitent et améliorent la rencontre de l'offre et la demande, des économistes ont pu y voir la réalisation concrète du paradigme de la main invisible développé par Adam Smith au XVIII^{ème} siècle⁴³. Toutefois, et les professionnels sont les premiers à le soulever, les risques concurrentiels se font sentir d'emblée tant en termes d'accès à la plate-forme, qu'en risque de boycott, d'exclusivité et aussi d'échanges d'informations⁴⁴.

Ces problèmes sont classiques et ont pour la plupart été déjà traités vis-à-vis des groupements à l'achat de biens ou de services. Toutefois il convient de se méfier de cet a priori. La vigilance des autorités de concurrence prouve d'ailleurs qu'elles ne s'y trompent pas. Elles insistent d'ailleurs toutes deux sur le fait que leur analyse est pour l'heure au cas par cas. Force est de constater que l'environnement technologique et les marchés concernés sont nouveaux et risquent donc de poser des problèmes inédits. Les exemples sont légion. La FTC en a fait le recensement dans le cadre de ses travaux préparatoires⁴⁵. Dès la création de la plate-forme un doute existe sur la nature intrinsèque de l'opération. S'agit-il d'une

⁴² SHAPIRO M., *The Globalisation of Law* (1993) Indiana Journal of Global Studies, www.law.indiana.edu/glsj/vol1/shapiro.html Cette thèse est particulièrement pertinente en droit de la concurrence qui à la fois permet la mondialisation et limite ses effets indésirables. L'intervention étatique doit se cantonner à assurer un environnement favorable à la libre concurrence. Il convient donc que les Etats adoptent un droit semblable à tout le moins compatible.

⁴³ Cette allusion au célèbre ouvrage *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), a été faite à maintes reprises dans l'atelier animé par la FTC en octobre 2000.

⁴⁴ *Open consultation on "trust barriers for B2B e-marketplaces."* Presentation of the main results. 22/06/2002 Cette consultation à l'initiative de la DG Entreprise fait la synthèse de toutes les difficultés retenant les PME de se joindre et de participer aux Places de Marché.

⁴⁵ FTC Workshop 7-8 may 2000 <http://www.ftc.gov/opp/ecommerce/websitev.htm> and <http://www.ftc.gov/os/2000/05/b2bworkshopfrn.htm>

concentration ou d'une entente ? On continue encore de débattre de la question à l'heure actuelle. De même que faire en cas de constitution d'une méga puissance d'achat telle que les risques d'abus de position dominante se trouve du côté des acheteurs ? Le droit communautaire n'apporte ici non plus aucune réponse claire. Or les acteurs de l'économie ont besoin de certitudes. La confiance passe par la sécurité juridique. C'est d'autant plus vrai que les entreprises elles-mêmes sont invitées à auto évaluer le danger qu'elles présentent au libre jeu de la concurrence. L'audit concurrentiel est très fortement encouragé par la réforme de la législation antitrust européenne. C'est particulièrement vrai du fait du passage d'un contrôle *ex ante* à un contrôle *ad post*⁴⁶. En 2004, il ne sera plus possible de demander à la Commission par voie de notification la validation de la place de marché mise en place. Le credo libéral de la Commission partagé par la FTC est en matière de commerce électronique, de favoriser l'autorégulation⁴⁷. Mais le droit de la concurrence est de nature coercitive et la sécurité juridique implique nécessairement une connaissance préalable des règles de droit.

Il apparaît inévitable que les règles actuelles doivent être sinon inflexibles au moins adaptées, du seul fait du caractère hautement technologique des plates-formes. La Commission européenne doit présenter dans les prochains mois un rapport précisant son analyse du problème. Toutefois, à l'heure actuelle, il semble que les solutions proposées depuis l'an 2000 aient déjà permis de contenir les débordements les plus pressants. Il faut reconnaître aussi que les acteurs des places de marché ont pris les devants en adoptant les mesures appropriées⁴⁸. On ne peut s'attendre à une évolution spectaculaire du droit de la concurrence mais plutôt à une réponse plus précise aux interrogations persistantes du marché⁴⁹. Des solutions concrètes devraient être apportées. Anticipant ces nouveaux développements, la présente étude s'efforcera de fournir des éléments de réponse les plus précis au regard tant du droit existant que de celui qui se dessine au travers de la doctrine ou de documents internes. De fréquents éclairages de droit comparé notamment issus de la législation américaine permettront d'affiner l'analyse. Enfin, et pour couvrir le plus grand

⁴⁶ C'est un système d'exception légale qui doit donc s'appliquer. La Commission n'interviendra qu'en cas d'infraction supposée ou avérée. Art. 1^{er} du règlement du 13 décembre 2002, voir aussi le considérant n°4 de l'introduction dudit règlement.

⁴⁷ Cf. FTC report et l'article de J. LÜCKING pour la Commission.

⁴⁸ Voir l'annexe 8 et l'exemple de Code de conduite proposé par Euroflex ainsi que les solutions proposées par un constructeur informatique de serveurs.

⁴⁹ Les entreprises ayant participé à la consultation de la DG entreprise de juin 2002, considèrent à plus de 80% que les problèmes liés à la concurrence et notamment aux conditions de gestion interne des données ne sont pas encore suffisamment encadrés par le droit. On attend donc avec impatience le Code de conduite qui doit être proposé prochainement. <http://europa.eu.int/comm/enterprise/ict/policy/b2b-consultation/consultation_en.htm> L'impact des places de marché sur le droit est clairement perceptible au travers du projet de communication sur les concentrations horizontales dans sa version du 11/12/2002 consultable sur http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final_draft_fr.pdf.

nombre d'hypothèses possibles, on rappellera au besoin les règles spécifiques du contrôle concurrentiel prévu par le droit national français.

Afin de mieux cerner l'impact actuel et futur des places de marché⁵⁰, il convient de distinguer selon que l'on se situe au stade de la création (I) ou du fonctionnement de la place de marché électronique (II).

⁵⁰ Cette démarche est aussi celle développée par les diverses autorités de la concurrence dans leur analyse.

Partie I. Les enjeux concurrentiels attachés à la création de la place de marché électronique

Les places de marché interviennent nécessairement comme acteur ou intermédiaire. Ce rôle central ne peut laisser insensible les autorités de la concurrence en charge d'une double fonction de sauvegarde du libre jeu de la concurrence et de régulation du marché des biens et des services. Ainsi, au stade de la création de la plate-forme en ligne, il convient d'ores et déjà de prendre en compte le facteur droit de la concurrence. Les entreprises créatrices sont dès l'origine confrontées à ces questions. Compte tenu de la nouveauté de ces projets en ligne, la première difficulté va porter sur la qualification de l'opération en cause au regard de la législation concurrentielle (I). Après avoir déterminé le caractère plutôt collusif ou concentratif de la place de marché, il faudra apprécier la nature du risque concurrentiel relativement au marché pertinent concerné et aux effets nocifs prévisibles (II).

I. La qualification du risque concurrentiel

La nouvelle économie remet en cause bon nombre de concepts juridiques. Les places de marché électroniques illustrent parfaitement ce constat à tel point que le doute persiste sur la nature de l'opération juridique réalisée (A). La question temporairement tranchée, il faut savoir appliquer le régime juridique adapté, mais cette fois c'est la réforme du droit de la concurrence qui empêche de fournir une solution définitive (B).

A. Les discussions sur la nature collusive ou concentrative de la création des places de marché électronique

La qualification conduisant à l'évaluation des places de marché ne peut se faire que d'une double manière⁵¹, c'est-à-dire en se positionnant à la fois sur le terrain des ententes et du droit des concentrations. Car si les principes ont été clairement énoncés, la réalité les bouscule (1). Seule une application précise des textes peut permettre de sortir de l'impasse (2).

1. La clarté des principes à l'épreuve de la réalité

En regroupant des entreprises préexistantes dans une structure nouvelle, la question qui se pose d'emblée est de savoir si ce partenariat tombe sous le coup de la législation sur les ententes ou sur les concentrations. Dans sa décision *Myaircraft.com*⁵², la Commission européenne a confirmé qu'elle appliquerait l'analyse traditionnelle relative aux entreprises communes lorsqu'elle aurait à qualifier une plate-forme :

« Myaircraft.com a fait l'objet d'un examen au regard du règlement communautaire sur les concentrations car elle accomplira d'une manière durable toutes les fonctions d'une entreprise commune de plein exercice. Contrôlée en commun par ses sociétés mères...mais toutes les bourses électroniques d'entreprise à entreprise ne feront pas nécessairement l'objet d'un examen au regard du règlement sur les concentrations. »

Les principes semblent clairs mais les situations ne le sont pas toujours en raison de la diversité des textes applicables : la plate-forme Covisint a été notifiée aux Etats-Unis et en Allemagne au titre du droit des concentrations et, au plan communautaire, au titre du droit des ententes. A quoi peut tenir cette divergence ? Mis à part des arguments d'opportunité⁵³, il convient de comprendre quels sont les critères pertinents de distinction.

⁵¹ C'est la « *twin-track approach* » retenue aussi bien par la Commission que la FTC même si, en droit américain, la distinction entre entente et concentration n'est pas clairement apparente et ne ressort pas explicitement des deux principaux textes que sont le Sherman Act et le Clayton Act..

⁵² Affaire UTC/Honeywell/i2/myaircraft.com article 6(1)b-decision of 04.08.2000 Case M.1969

⁵³ Ces arguments peuvent être multiples, selon les cas, et pour profiter du flou actuel, les entreprises auraient tout intérêt à préférer une procédure à une autre en fonction de son coût, de sa rapidité, de la discrétion du processus administratif.

En droit communautaire une opération sera appréciée au regard du contrôle des concentrations si les entreprises dépassent les seuils de contrôle de dimension communautaire⁵⁴ et si l'entreprise commune accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. Dans le cas contraire, elle sera analysée comme une entente. Ces principes découlant des textes sont aujourd'hui parfaitement clairs. Mais cela l'est moins dans l'esprit de nombreux acteurs. La réglementation antérieure au 1^{er} mars 1998 est vivace et ce qui était la distinction fondamentale entre entreprise commune concentrative et entreprise commune coopérative est encore évoquée. A prendre ces termes dans leur sens commun, il est vrai qu'ils pourraient a priori décrire avec acuité ce qui correspond à une réalité flagrante des plates-formes en ligne. La distinction entre les différents types de structures communes s'opérait selon que leur création avait pour objet la coopération ou l'intégration. Faire un choix à ce stade entraînait, pour certains, une forme de discrimination procédurale. La distinction n'était pas toujours facile à opérer et les conséquences étaient lourdes⁵⁵. De quelques mois pour une concentration, la décision peut en effet prendre beaucoup plus de temps dans le cadre d'une notification pour entente. L'adoption d'un nouveau critère par le règlement 1310/97⁵⁶ a permis de clarifier la situation. La difficulté tient au fait que le contrôle effectué par la Commission, repose sur les vestiges de cette distinction! Les autorités elles-mêmes n'aident en rien à la meilleure compréhension du système. Le communiqué de presse relatant l'affaire *Emaro* témoigne d'une certaine confusion⁵⁷. Il faut maintenant bien distinguer la phase de qualification procédurale de celle du contrôle subséquent⁵⁸. En conséquence, doit suivre le régime de l'article 81 l'entreprise commune qui, au cours de son existence, s'avère avoir pour objet de coordonner le comportement de ses fondatrices. Dans ce cas de figure, les entreprises mères restent indépendantes mais s'engagent à suivre les instructions données par la filiale commune. On conçoit bien que l'entreprise commune n'a, dans cette hypothèse, pour seul rôle que de cacher l'entente entre

⁵⁴ Voir annexe 6.

⁵⁵ TERCINET A., *Droit européen de la concurrence, opportunités et menaces*, Montchrestien Gualino éditeur, 2000, § 450 et 451.

⁵⁶ Avant le 1^{er} mars 1998, date d'entrée en vigueur du règlement 1310/97, il existait une distinction entre structures communes coopératives et structures communes concentratives. Ces dernières, caractérisées par un contrôle conjoint ont relevé dès 1989 du régime des concentrations. Les entreprises coopératives, quelles qu'elles soient, étaient forcément considérées comme collusives et ne pouvaient faire l'objet d'une notification pour concentration. Maintenant, le seul critère est celui de l'entité économique autonome, peu importe que la MP ait un objet de collaboration ou de fusion. Du point de vue de la méthode appliquée pour apprécier l'atteinte à la concurrence en revanche la distinction s'avère encore pertinente.

⁵⁷ On y parle d'entreprise commune structurelle donc de plein exercice et pourtant on applique allègrement le régime de la notification des ententes... Même si la décision est juste en opportunité, elle est totalement illégale en droit. IP 00/896, 31/07/00.

⁵⁸ Communication de la commission du 02/03/1998, 98/C66/06, JOCE 2/3/98 n°C66, p.38.

deux entreprises concurrentes. De cette sous-distinction entre entreprise commune coopérative et entreprise de plein exercice, il résulte qu'en cas de coordination⁵⁹ du comportement des sociétés mères on doit intégrer au contrôle la possibilité d'une entente négative entre partenaires⁶⁰.

La clarté des principes est obscurcie par cette ancienne distinction, la variété des situations complique le choix de la procédure⁶¹. Le seul critère qui permet de trancher entre l'entente et la concentration est celui de l'entité économique autonome.

2. La place de marché : une entité économique autonome ?

Le critère de l'autonomie économique de la structure a le mérite de mettre fin au système ancien dans lequel on retenait un critère téléologique, ce n'est pas pour autant que l'on cesse de se poser des questions.

Avant les places de marché, le problème de la détermination de l'autonomie économique de structures communes s'est déjà posée au sujet des centrales d'achat⁶². Les places de marché la reposent mais sous une perspective plus complexe car plus fuyante. La place de marché est en effet moins « stable » qu'une centrale d'achat dans la mesure où son rôle n'est pas aussi clairement défini⁶³. Les services offerts par une place de marché⁶⁴ sont beaucoup plus variés et régulièrement mis à jour. La condition d'autonomie risque ainsi d'être plus dure à satisfaire dans le cas de certaines plates-formes électroniques. D'après la Commission, l'entité économique autonome se définit par référence à trois critères principaux et cumulatifs.

⁵⁹ En règle générale la coordination est présumée lorsque les entreprises communes se situent sur le même marché que les fondateurs. Elle a de fortes chances d'exister lorsque les entreprises se trouvant sur des marchés situés en amont ou en aval. La situation est plus mitigée lorsqu'elles exercent leurs activités sur des marchés voisins mais non connexes.

⁶⁰ Ce contrôle inclut un bilan économique complet alors que pour une simple concentration on applique un simple bilan concurrentiel.

⁶¹ Pour une vision synthétique et concrète de la situation voir l'annexe 5.1.

⁶² JALLET Th., *Les concentrations dans la distribution*, revue concurrence consommation, 1992 n°65, p.13

⁶³ Les centrales d'achat sont censées avoir le rôle d'un commissionnaire alors que les plates-formes en ligne ne répondent pas à un schéma unique prédéterminé. Il faut toutefois signaler que même pour les centrales d'achat, la qualification couramment admise peut encore faire l'objet de débats (voir Lamy droit économique 2003 n°4744)

⁶⁴ Une place de marché peut certes s'analyser en une « super centrale d'achat » mais généralement c'est beaucoup plus ou tout au contraire beaucoup moins. Ce peut être effectivement une centrale de référencement reposant sur la relation juridique du courtage, voire même un simple service de comparaison de prix ou de tarifs en ligne...

Premièrement, il faut établir l'existence d'un contrôle conjoint⁶⁵. Les entreprises actionnaires doivent être susceptibles d'exercer une influence déterminante sur la filiale commune. Ce contrôle joint est défini comme la possibilité pour les mères d'exercer chacune un droit de veto⁶⁶. Cette condition n'est plus remplie lorsque le nombre d'associés de la société commune devient trop important et qu'il est impossible d'identifier une coalition capable d'exercer le contrôle. On applique alors l'article 81 du traité. C'est cet argument qui semble avoir pu prévaloir au niveau communautaire dans l'affaire Covisint⁶⁷.

Deuxièmement, l'entreprise commune n'est pas de plein exercice si elle ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités économiques de ses fondatrices sans avoir accès au marché. La filiale doit être autonome et accomplir sur le marché toutes les fonctions exercées par ses concurrentes.

Troisièmement, l'entreprise doit être durable, autrement dit elle doit disposer de ressources initiales suffisantes pour fonctionner de façon autonome. Fort heureusement, eu égard aux turpitudes de la vie économique, il existe une présomption de pérennité de l'entreprise commune.

Finalement, pour être considérée comme autonome, l'entreprise commune ne doit pas apparaître comme un « simple instrument auxiliaire » des fondateurs. Il en résulte que la structure des entreprises mères doit être modifiée du fait de la filiale commune.

Les plates-formes de distribution de produits des sociétés mères ou celles qui sont destinées à acheter les biens dont ces sociétés ont besoin, comme les MP privées mises en place au niveau d'un seul groupe à l'exclusion de tout autre tiers, risquent de ne pas être qualifiées d'entreprises communes concentratives, si tant est qu'on puisse seulement parler d'entreprise. Dans l'hypothèse précédemment évoquée d'une place de marché interne à un groupe, on ne pourra parler d'entreprise que si celle-ci en remplit les conditions plus générales d'activité économique propre et d'autonomie, ce qui est peu probable. Dès lors, le droit de la concurrence ne s'applique tout simplement pas.

⁶⁵ Le contrôle commun n'est pas synonyme d'égalité dans la répartition du capital, mais de possibilité d'influer sur la gestion de la société. Décision n°1999/781 British Interactive Broadcasting, 15/09/99 JOCE 06/12/1999 L312 p1.

⁶⁶ C'est ce qui ressort de la communication du 2 mars 1998 sur la notion de concentration (CE n°98/C66/01, 2/3/98).

⁶⁷ Le communiqué de presse rapportant les points saillants de la lettre de classement mentionne : « *Le projet Covisint n'est pas une opération de concentration étant donné que les entreprises qui ont créé la bourse de commerce n'exerceront pas de contrôle commun ou exclusif sur la nouvelle entreprise. Covisint est donc la première grande bourse de commerce interentreprises qui ait été examinée au regard de l'article 81 plutôt que du règlement sur les concentrations.* » IP 01/1155, 31/07/01.

Les questions de détermination de l'existence d'une entreprise ou, à tout le moins, de la révélation d'une entreprise de plein exercice ne sont pas prêtes de se trouver toutes réglées de sitôt. L'imagination des ingénieurs informaticiens et des commerciaux est toujours fertile. Une tendance est déjà à la connexion des places de marché entre elles. Ces rapprochements qui ne sont pas ouvertement des fusions impliquent bon nombre d'opérations techniques. Les promoteurs de ces projets visent à la création de hubs transversaux. On recense⁶⁸ le E2E⁶⁹, liant une place de marché d'entreprise entreprise à une autre, le M2M⁷⁰ assurant la liaison entre une place de marché d'une collectivité publique à une autre, le E2M⁷¹ permettant le rapprochement d'une place de marché privée avec une MP de caractère public.

Une place de marché qui n'affecterait pas le commerce entre Etats membres, et qui se verrait donc soumise à la législation française sur les concentrations, serait analysée, depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques, de la même façon qu'en droit communautaire. Le critère retenu par l'article L.430-1 II du Code de commerce, étant aussi celui de l'entreprise commune de plein exercice⁷².

Une fois que les entreprises auront estimé quelle est la nature juridique de l'opération de création de place électronique, elles doivent suivre la procédure qui en découle.

B. Le régime d'autorisation préalable

Le règlement sur les concentrations ne fait pas l'objet de réforme importante. En revanche, en matière d'ententes, le régime *ex ante* de notification vit ses derniers moments. A la place la Commission a prévu un régime dit *ad post* basé sur un contrôle *a posteriori*. Il convient de distinguer le régime actuel (1) du régime futur (2).

1. Le régime actuel d'autorisation

⁶⁸ Cette liste n'est pas exhaustive et ressort des services proposés par Cap Gemini Ernst & Young pour le développement des places de marché.

⁶⁹ Place de marché privée à place de marché privée, entreprise to entreprise

⁷⁰ Place de marché publique à place de marché publique, marketplace to marketplace

⁷¹ Place de marché privée à place de marché publique, entreprise to marketplace

⁷² Pour une application en France de ces principes, voir l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 mai 2000 (RJDA 12/00 n°1177, 1^{ère} espèce). Dans cette affaire une entreprise commune de centrale d'achat n'a pas été considérée comme une concentration dans la mesure où les sociétés de distribution restaient notamment actives sur le marché d'approvisionnement en produits de grande distribution.

Le régime applicable varie selon que l'on se trouve en présence d'une entente (a) ou d'une concentration (b).

a) La notification d'une concentration

Les entreprises participant à une opération de concentration sont tenues de notifier à la Commission dans le délai d'une semaine « à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle »⁷³. Ce délai court à compter de la survenance du premier de ces événements si la concentration résulte de plusieurs opérations à la fois. On a pu critiquer la formulation de cette disposition comme pouvant induire en erreur. Il faut bien comprendre en réalité que la notification doit être faite préalablement à la réalisation de l'opération. L'opération ne peut être mise en œuvre avant la décision finale sous peine de lourdes sanctions pécuniaires⁷⁴. Ces dernières peuvent aller de 1000 à 50 000 € voire jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires⁷⁵. Fort heureusement, il est possible de demander une dérogation⁷⁶ aux obligations liées à cette suspension, dans la mesure où cette exécution n'aurait pas d'effets nocifs irréversibles.

Avant de s'engager les partenaires pressentis à la constitution d'une place de marché auraient tout intérêt à soumettre l'opération à titre informel et confidentiel à la Commission pour savoir quelle sera son opinion en cas de notification⁷⁷.

La procédure de notification est très précise. Les membres d'une place de marché peuvent confier à l'un d'entre eux cette tâche⁷⁸. Ce représentant commun devra remplir en 24 exemplaires un formulaire « CO ». Une procédure simplifiée⁷⁹ avec obtention d'une décision dans le mois du dépôt de la notification est appliquée si l'opération n'exerce qu'une activité négligeable⁸⁰ sur le territoire communautaire ou encore si les parties n'exercent aucune activité commerciale sur le même marché de produits et/ou géographique. Les parties ne

⁷³ Art 4§1 du règlement 4064/89.

⁷⁴ Il faut noter que la Commission ne peut se saisir d'office pour traiter d'une opération de concentration d'où la nécessité de sanctions à l'égard des acteurs économiques.

⁷⁵ Art 14§1 & Art14§2 dudit règlement. Seule circonstance atténuante : le fait que l'opération ne porte pas atteinte à la concurrence (affaire Møller Com 10/2/99, JOCE 1999 L183 p29), ce qui ne serait pas le cas d'une place de marché en toute vraisemblance.

⁷⁶ Art. 7§4 nouveau du règlement 4064/89

⁷⁷ C'est une phase dite de « pré-notification » décrite dans l'attendu n°10 du règlement 447/98 de la Commission du 1^{er} mars 1998. JOCE 1998 L61

⁷⁸ Art. 4.2 du règlement 4064/89 et art. 1§3 du règlement 447/98

⁷⁹ JOCE 2000 C217.

⁸⁰ Soit inférieure à 100 millions d'euros de chiffre d'affaire. Règlement 447/98.

doivent pas non plus opérer sur un marché de produits qui se situent en aval ou en amont d'un marché de produits sur lequel se trouve déjà un autre partenaire à la place de marché.

La notification est publiée au Journal officiel de la Communauté Européenne, les tiers ont 10 jours pour formuler leurs observations⁸¹. La Commission dispose de cinq mois pour se prononcer définitivement sur le projet⁸². Force est de constater que cette procédure est lourde, assez longue et relativement coûteuse. Même si une certaine souplesse a été introduite depuis 1998, les entreprises doivent s'y plier. Les déconvenues récentes de la Merger Task Force⁸³ en charge des dossiers de fusions/acquisitions n'ont pas vraiment créé de sentiment de défiance. Le seul obstacle véritable peut peut-être résulter de la confusion entre contrôle et qualification. En effet, en vertu de l'article 2 (4) du règlement sur les concentrations, des décisions impliquant des bourses en ligne structures communes de plein exercice de type coopératif ont été rendues sur le fondement de ce règlement sur les concentrations mais appliquant alors le bilan économique de l'article 81§3⁸⁴.

Après engagement de la procédure, la Commission rend une décision de compatibilité ou au contraire d'incompatibilité. Entre les deux, et c'est le cas le plus fréquent, peut être décidé un avis favorable sous condition suspensive de réalisation de conditions suspensives prenant la forme de charges ou d'engagements⁸⁵. Toutes ces décisions sont publiées au JOCE⁸⁶.

En droit national, à l'inverse du droit communautaire, la sécurité juridique n'existera qu'à l'égard des entreprises communes de plein exercice. En effet, si les seuils⁸⁷ de notification⁸⁸ obligatoire sont atteints, l'entreprise bénéficiera d'une décision sécurisante rendue dans un délai raisonnable par le ministre de l'Economie et des Finances⁸⁹. Aucune

⁸¹ Art.4§3 du règlement 4064/89.

⁸² Art. 6 du règlement 447/98.

⁸³ C'est la direction B de la DG concurrence appelée à être dissoute suite aux déboires des affaires Airtours/FirstChoice, Schneider/Legrand TetraLaval/Sidel, dans lesquelles la CJCE a invalidé les décisions d'interdictions de la Commission .

⁸⁴ Mémento Lefebvre *Communauté Européenne* 2002-2003, n°3269, p.513.

⁸⁵ Les entreprises qui ne respecteraient pas les charges ordonnées par la Commission, s'exposent à une amende plafonnée à 10% de leur chiffre d'affaire total (art. 14§2c). En outre la Commission peut leur imposer une astreinte d'un montant maximal de 100000€ par jour de retard (art. 15§2b).

⁸⁶ Art. 20 du règlement 4064/89.

⁸⁷ Art. L.430-2. C.Com. Ces seuils sont faibles, ils sont cumulatifs : 150 Millions d'€ pour le CA global mondial absorbant absorbé, et 15Millions d'€ pour le CA réalisé en France par l'absorbant et l'absorbé. Pour le rappel des seuils communautaires voir l'annexe 5.

⁸⁸ Art. L.430-3 al.1. C.Com

⁸⁹ Il faut relever quelques différences entre le droit français et le droit communautaire dans la procédure de notification des concentrations. Ainsi, il n'y a pas de délai pour procéder à la notification une fois constaté l'accord irrévocable des parties à l'opération. En cas de création d'une entreprise commune, toutes les parties doivent notifier conjointement (Art. L.430-3 C.com). La sanction de l'absence de notification est de 5% du

notification n'est prévue en matière d'entente en droit national sauf à prendre l'initiative d'une notification facultative auprès de la Commission Européenne au titre de l'article 81. Quelle procédure faut-il suivre si la création de la place de marché est susceptible de constituer une entente restrictive de concurrence ?

b) La notification d'une entente

Il est impératif de se poser la question de la notification d'une entente pour la création d'une place de marché dans la mesure où les MP ne bénéficient pas d'un règlement d'exemption catégorielle. Les règlements d'exemption sur les accords verticaux⁹⁰ ou sur certaines formes de coopérations horizontales⁹¹ ne peuvent être appliqués que si les places de marché entrent effectivement dans leur champ d'application et respectent les conditions d'application qu'ils posent. En outre, la Commission a pu fixer des seuils de notification⁹².

En vertu du règlement de 1962, lorsque les seuils communautaires sont atteints et que l'opération est susceptible d'avoir un effet sensible sur le marché intérieur, les entreprises ont obligation de notifier leur projet à la Commission Européenne. Ce système est perçu comme un moyen pour elle de sécuriser l'opération envisagée sans contraintes dirimantes. La Commission n'a pas à suivre pour toute demande la procédure la plus complète, elle peut prendre au contraire toute une variété de décisions. Toute entreprise participant à l'entente est habilitée à présenter une notification. Les entreprises désignent généralement un mandataire à tous les signataires de l'entente, qui agit au nom et pour le compte de ceux-ci. Si la notification n'est présentée que par certaines entreprises participantes, ces dernières doivent en informer les autres⁹³. La notification doit être établie en 17 exemplaires sur le « formulaire A-B ». Elle doit être loyale et complète, elle est mentionnée au JO CE. La procédure dure en moyenne 24 mois mais, concernant une plate-forme *on-line*, elle n'a pour le moment jamais

chiffre d'affaire HT du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de la même quote-part de celui réalisé par la partie acquise. Le plafond est fixé à 1,5 millions d'euros (Art. L.430-8 C.com). Le ministre peut en outre enjoindre les parties à notifier, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration.

⁹⁰ Règlement d'exemption relatif aux accords verticaux n° 2790/1999, 22 décembre 1999, JOCE 29/12/1999 L336 p.29. Ce règlement n'est applicable que si quatre conditions sont remplies. Il doit s'agir d'un accord d'achat/vente restrictif de concurrence entre des entreprises distinctes opérant à des niveaux différents du processus économique. Pour les places de marché, les relations sont le plus souvent horizontales, c'est-à-dire entre concurrents, ne serait-ce que pour la création de la plate-forme. L'accord conclu entre l'association d'achat et un membre devient un accord vertical relevant du règlement 2790/99.

⁹¹ Règlements d'exemption par catégorie du 29 novembre 2000, n°2658/2000 pour les accords de spécialisation, n°2659/2000 pour les accords de recherche et de développement. JOCE 5/12/00, L304 p.3 & 7.

⁹² Voir annexe 5 et § II B 2 de la partie I

⁹³ Règlement 17/62, 26 février 1962, art.1^{er}.

dépassé quelques mois pour le moment. A l'issue de celle-ci, la réponse de la Commission peut prendre plusieurs formes. Cette flexibilité profite aux places de marché électroniques. En effet, jusqu'à présent aucune décision formelle et juridiquement contraignante n'a été rendue à leur égard. La Commission ne s'est pas bornée non plus à classer le dossier purement et simplement. Elle a eu recours au système de la lettre administrative de classement⁹⁴. Elle est utilisée « *afin de régler rapidement et sans travail administratif excessif les cas qui ne posent aucun problème sous l'angle du droit des ententes* »⁹⁵. Autrement appelée lettre de confort, elle informe les parties que les articles 81§1 et 82 ne sont pas applicables à l'accord. Il faut indiquer que cette lettre n'a pas grande valeur juridique ; elle n'est jamais publiée au JO CE⁹⁶. La « *comfort letter* » ne peut produire les effets ni d'une demande d'attestation négative ni d'une décision d'application de l'article 81§3 puisqu'elle n'est pas adoptée conformément aux dispositions du règlement de 1962. La Cour de justice considère seulement qu'elle « *reflète une appréciation de la Commission et termine une procédure d'examen par les services compétents de la Commission* »⁹⁷. La lettre est donc un élément de fait ne liant pas formellement les juridictions nationales⁹⁸. Comme elle n'est pas une décision⁹⁹, elle n'est opposable ni au tiers, ni même à la Commission. La précarité de cet acte semble être la contrepartie à la relative rapidité de sa délivrance. En l'absence d'exemption individuelle elle-même révocable, la vigilance des membres d'une MP doit être d'autant plus en alerte. La FTC ne procède cependant pas autrement, le droit américain usant avec la plus grande parcimonie des mécanismes d'exemption¹⁰⁰, les MP se voient soumettre à un régime souple d'autorisation¹⁰¹ et les décisions rendues le sont sous conditions suspensives. Ce constat est patent dans la décision Covisint de septembre 2001.

⁹⁴ Dans le communiqué de presse concernant une plate-forme de service de courtage électronique pour les opérations interbancaires d'options sur devises, baptisée Emaro, il est dit que : « *la Commission a fait application de la procédure accélérée des entreprises communes structurelles* ». Cette formulation générale montre bien qu'il n'est pas question d'envisager toute autre forme de procédure. IP/00/896, 31/07/00. Pour l'utilisation impropre de la notion d'entreprises communes structurelles voir infra.

⁹⁵ Rép. JOCE 5 avril 1982, C85, p 6.

⁹⁶ Cette publication se fait dans d'autres domaines et permet aux tiers intéressés de faire connaître leurs observations. Communication de la Commission, JOCE 15/08/1995, C211, p.11.

⁹⁷ CJCE, 1^{er} octobre 1998, aff. C279/95/P Langnese Iglo GmbH, Recueil CJCE I p.5609.

⁹⁸ CJCE, 11 décembre 1980, NV L'Oréal, Rec. CJCE p.3775 et pour une application en France de ce principe : CA Paris, 9 décembre 1992, Contrats, concurrence, consommation, 1993, p.14 obs. Idot L.

⁹⁹ On renvoie ici au vocable décision au sens de l'article 230 CE, *id est* tout acte opposable et contestable en justice.

¹⁰⁰ Seule une loi spécifique peut exempter une catégorie d'accords outre Atlantique. Autant dire que les exemples sont peu nombreux (Voir par exemple le National Cooperative Research Act, NCRA, 1984).

¹⁰¹ Le système américain est dit *a posteriori*. Seulement, les Etats-Unis considèrent que les ententes horizontales sont présumées nocives, une déclaration est donc nécessaire pour les activités de ce type. BRAULT D. *Droit de la concurrence comparé*, Economica, p.23

On signalera qu'au niveau européen, il existe parallèlement à la notification la possibilité de faire une demande d'attestation négative dans le cas où une entreprise n'estimant pas tomber sous le coup de la prohibition de l'article 81§1CE, souhaite néanmoins que la Commission atteste du fait que, en fonction des éléments dont elle a connaissance, il n'y a pas lieu pour elle d'intervenir¹⁰².

A côté de ces procédures de droit commun, il ne faut pas négliger ce qu'il convient d'appeler la procédure informelle même si elle est devenue formelle *stricto sensu* à la suite d'un texte consacrant la pratique. Selon le règlement de 1994 : « *dans des cas appropriés la Commission donnera aux intéressés qui en font la demande, l'occasion d'avoir des entretiens informels et strictement confidentiels au sujet de l'accord envisagé (...) dès avant la notification* »¹⁰³. Les problèmes découverts à ce stade peuvent faire l'objet d'une résolution amiable. Les critères de cette procédure restent mystérieux. Il n'empêche qu'elle peut s'avérer bien utile et est à conseiller en cas de doute.

Quoique source de démarches administratives fastidieuses et de ralentissement de projets économiques, le système de notification préalable encore valable jusqu'au 1^{er} mai 2004. Concrètement, une place de marché instaurant un groupement d'achat ne peut à l'heure actuelle faire l'économie d'une notification dès lors qu'elle représente une part de marché supérieure à 15% sur les ventes de biens échangés entre professionnels¹⁰⁴. Le contrôle *a priori* présente le grand avantage de rassurer les entrepreneurs comme les investisseurs. Après la crise de confiance dans les nouvelles technologies, la lettre de confort peut apparaître comme la preuve d'un projet économiquement viable. Malgré ces arguments la Commission a décidé de passer à un système opposé basé sur un contrôle *a posteriori*.

2. L'absence future d'autorisation en matière d'ententes

Le nouveau règlement de décembre 2002 opère un renversement des principes et de la pratique découlant du règlement 17/62. Il existera une présomption simple de légalité des décisions en accord avec les dispositions de l'article 81§3¹⁰⁵. Cet article permet d'exempter les ententes qui ont un effet pro-concurrentiel. Les accords ou pratiques qui peuvent en

¹⁰² Règlement 17/62, 26 février 1962, art.3. La demande d'attestation se fait dans les mêmes formes que la notification, *id est* avec le formulaire A-B.

¹⁰³ Règlement communautaire n°3385/94, 21 décembre 1994, JOCE 31/12/1994 L377, p.28.

¹⁰⁴ Voir l'annexe 5 ainsi que le § IIB2 pour plus de détails.

¹⁰⁵ Art. 1^{er} règlement 1/03 alinéa 2.

bénéficiaire sont ceux qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en profitant au consommateur et sans restrictions excessives ou élimination conséquente de la concurrence. Dès lors que ces conditions sont remplies, le nouveau règlement reconnaît *ipso facto* le bénéfice de l'exemption. Ces accords seront valides et exécutoires *ab initio* sans qu'aucune décision administrative ne soit nécessaire à cet effet. L'article 2 du nouveau règlement précise alors que la charge de la preuve incombe au demandeur. Aussi, celui qui veut faire interdire une pratique prohibée par l'article 81§1 devra établir que les conditions en sont réunies. Pour accélérer et simplifier la procédure, le nouveau système réserve aux autorités de concurrence des Etats membres et aux juridictions nationales le soin d'appliquer le droit communautaire¹⁰⁶ dès lors qu'elles seront en charge d'une affaire susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. Ce critère à lui seul est vague d'autant plus que la Commission et la Cour de justice elles-mêmes accordent une portée différente¹⁰⁷ à cette notion définie par la jurisprudence comme « *le fait que d'une manière directe ou indirecte, soit actuellement, soit potentiellement, la liberté du commerce entre les Etats membres [se trouve altérée] dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre Etats* »¹⁰⁸. Certains commentateurs ont pu craindre un plus grand risque de divergence entre les décisions des diverses autorités. Ce risque est accentué par la perspective future d'élargissement¹⁰⁹. Il n'est pourtant pas totalement justifié. L'échange d'information¹¹⁰ est bien organisé et un Comité consultatif européen est institué¹¹¹. La Commission se réserve en outre le droit de dessaisir une autorité nationale de concurrence pour traiter elle-même de l'affaire.

Certains verront dans la validité a priori de l'accord une règle favorable aux entreprises qui pourraient profiter de la liberté qui leur est offerte. Le régime futur les incite plutôt à une grande responsabilité. La volonté de la Commission est d'ailleurs de se consacrer pleinement à la chasse aux ententes occultes. Les sanctions sont alourdies notamment en augmentant le mode ou le calcul des amendes pour violation volontaire ou involontaire des

¹⁰⁶ Art. 11-1 du règlement 1/03

¹⁰⁷ Lamy droit économique 2003, n°1858.

¹⁰⁸ CJCE 13 juillet 1966, aff. 56 et 58/64 Grungig-Consten Rec.CJCE p.429

¹⁰⁹ Coïncidence remarquable, la date de l'élargissement correspond à l'entrée en vigueur du nouveau règlement. On veut clairement éviter une superposition des réglementations et relever par du même coup le défi d'un élargissement harmonieux.

¹¹⁰ Art. 12 et pour la coopération art.15 du règlement 01/2003.

¹¹¹ Art. 14 du règlement 1/2003. Le comité est composé d'un représentant de chaque Etat et est systématiquement consulté par la Commission même s'il ne rend qu'un avis simple.

règles de procédure, ou celui des astreintes, par la prise en compte d'un pourcentage en chiffre d'affaires¹¹².

Malgré l'absence de contrôle a priori par la Commission, il semble que les entreprises pourront toujours s'adresser à Bruxelles pour obtenir des orientations informelles¹¹³. Le projet de règlement de réforme en date de septembre 2002¹¹⁴ prévoyait encore que la Commission pourrait, par voie de règlement, et pour certains types d'association d'entreprises ou de pratiques concertées, contraindre les entreprises à se plier à une obligation d'enregistrement proche de la procédure actuelle. Cette solution n'a semble-t-il pas été reprise, ce qui prouve la confiance des autorités dans le nouveau système. On aurait pu imaginer en ce cas un traitement particulier des places de marché, tel n'est pas le cas. Il faut cependant attirer l'attention sur une exception aux principes de l'article premier du règlement de 2002. Lorsque l'intérêt public communautaire le requiert l'ensemble des articles 81, 81§3 et 82 ainsi que les règlements qui les appliquent, est mis entre parenthèse. Cet article est très vague et ne peut que prêter à interprétation. C'est apparemment une simple décision de la Commission qui décidera quels sont les accords d'association d'entreprises, les pratiques concertées concernées. La rédaction de l'article laisse à penser qu'on vise individuellement et ponctuellement des actes anti-concurrentiels. Aucun critère d'application ne ressort du texte. Pire encore, rien n'est dit sur ce qui doit être appliqué en lieu et place du droit communautaire. On peut supposer qu'il s'agit de mettre en place un règlement amiable de la situation...ou alors s'agit-il d'un mécanisme de notification qui cacherait son nom ? Les places de marchés pourraient se trouver concernées si elles venaient à être par trop menaçantes.

En définitive, à partir de mai 2004, les seules contraintes procédurales pesant sur les plates-formes on-line concerneront celles qui auront un caractère concentratif. La distinction entre concentration et entente risque de se creuser sur le plan procédural avec la réforme du règlement 17/62. On peut observer qu'il n'est pas sain, et qu'il sera difficilement supporté par les entreprises, que des procédures très différentes s'appliquent à des cas que l'analyse a parfois les plus grandes difficultés à distinguer.

¹¹² Art. 23s. du règlement. A titre d'exemple, le simple fait de ne pas obtempérer à un contrôle d'une autorité de la concurrence peut emporter le prononcé d'une amende allant jusqu'à concurrence de 1% du chiffre d'affaire global de l'exercice précédent...tout en sachant par ailleurs que les entreprises françaises se voient refuser le droit de déduire fiscalement ces amendes administratives (LNRE art. 85, art.39-2 CGI).

¹¹³ Point 38 de l'introduction au règlement du 16/12/2002 (JOCE L 1/1 1/2003).

¹¹⁴ Il s'agissait de l'article 4.2 de la proposition de règlement.

Il convient maintenant de préciser sur quel terrain et de quelles façons les places de marché peuvent constituer un risque d'atteinte à la concurrence.

II. L'appréciation du risque concurrentiel

Quel que soit le type de plate-forme auquel on peut avoir à faire, l'analyse en vue de déterminer le marché pertinent ne devrait pas beaucoup varier, le business model n'étant pas le critère déterminant (A). Il n'en est pas de même dès lors que l'on recherche à caractériser le risque lié à la mise en place de la place de marché (B).

A. La détermination du marché pertinent visé par la place de marché électronique

La définition du marché pertinent constitue la première étape de toute procédure de droit de la concurrence. Une fois encore, les plates-formes en ligne sèment le trouble. La thèse de la référence au marché des biens échangés (1) l'emporte sur celle de l'autonomie économique des places de marchés électroniques (2).

1. La nécessaire référence aux marchés pertinents des biens ou services échangés

Avant d'entamer la recherche matérielle du marché sur lequel porte la place de marché, on peut, à tort, être perturbé par le caractère mondial des places de marché (a). L'étape suivante est alors de s'intéresser au marché par référence à l'objet de la transaction (b).

a) Le faux problème de la définition géographique du marché.

La définition du marché pertinent englobe fréquemment la dimension géographique. Il serait en effet absurde de retenir une analyse nationale de parts de marché pour un produit régional. Le marché géographique s'entend au sens des textes « *du 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 voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »¹¹⁵.

La question susceptible de se poser à l'égard des places de marché est de savoir si le marché de référence des biens échangés doit être élargi. En effet, Internet relègue au second plan les contraintes d'éloignement dans les relations entre acheteur et vendeur. On assiste déjà à ce phénomène, et c'est valable aussi bien pour le B2B que pour le B2C. La Commission n'a pas estimé utile de se prononcer sur la question. Force est de constater que les marchés concernés sont déjà mondiaux. Les places de marché n'y changent rien. L'industrie de l'automobile ou de l'aviation se positionnent depuis bien longtemps sur le monde entier. En outre, le droit de la concurrence est par essence parfaitement en mesure de répondre à des problèmes transnationaux¹¹⁶.

Dans une perspective judiciaire, il apparaît que cette position globalisante mal comprise pourrait être finalement très favorable au défendeur d'un procès en violation du droit de la concurrence. C'est du moins ce que l'on pourrait croire à la lumière d'un jugement américain isolé s'étant prononcé clairement sur la consistance du marché résultant de la nouvelle économie. Dans cette affaire le fournisseur d'accès Internet¹¹⁷ AOL reprochait à GreatDeal.net ses pratiques d'envois de courriels non sollicités autrement appelés spamming. Formulant une demande reconventionnelle pour abus de position dominante, GreatDeal.net a reproché au FAI AOL d'abuser de sa position dominante sur ce marché pour réduire et fausser le jeu de la concurrence sur le marché de l'information et de la publicité sur Internet. La Cour fédérale a rejeté cette plainte au motif que l'Internet est par définition infini et facile d'accès, AOL n'étant qu'un des multiples FAI. Puisqu'Internet est considéré comme présentant un marché sans frontière, alors on peut en déduire que le risque d'atteinte à la concurrence est infime dans la mesure où il est toujours possible de trouver ou de créer des solutions alternatives parfaitement substituables. Les juges ajoutent très clairement qu'il ne peut donc pas y avoir de monopole sur Internet. L'absence de caractérisation de la dimension géographique du marché conduit ici à rejeter l'application de l'ensemble du droit de la concurrence. Dans cette optique, les places de marché auraient encore de beaux jours devant elles... Force est de constater que cette décision témoigne d'une vision simpliste et

¹¹⁵ Règlement de 1989 sur les concentrations et règlement de 1962 pris sur la base des articles 81 & 82.

¹¹⁶ Cf. introduction

¹¹⁷ FAI : acronyme de fournisseur d'accès Internet

déconnectée de la réalité, il ne faut pas confondre le moyen de communication Internet de son contenu. La FTC comme la Commission européenne ne s'y sont pas trompées. Une décision française a également très clairement énoncé cette distinction¹¹⁸, mais en retenant qu'Internet n'est qu'un simple moyen d'information! L'affaire Parfumnet.com est en retrait par rapport à la position de la Commission, du fait que le juge des référés n'a pas admis qu'Internet puisse constituer un véritable segment de distribution.

Globalement parlant, la définition du marché pertinent ne peut se faire que par référence à ce sur quoi porte la transaction entre les parties, qu'il s'agisse de biens ou de services.

b) Le marché portant sur les produits commercialisés

L'analyse du marché pertinent est déterminante, de ses résultats vont souvent dépendre l'issue même de l'évaluation engagée. La Commission a défini les principes présidant à la détermination du marché pertinent dans une communication de 1997¹¹⁹. Ces principes restent valables dans le domaine des marchés B2B électroniques. Ils doivent cependant être tempérés. Leur application peut être rendue difficile par le manque de données sur les ventes et les prix, de même que par les rapides changements technologiques.

La Commission s'est d'abord demandée en quoi les places de marché entrent en concurrence avec les canaux normaux de vente des produits concernés. Cette hypothèse suppose que les MP soient utilisées comme voie supplémentaire de commercialisation. Cette question a été discutée pour la première fois dans la décision Myaircraft.com, une place de marché pour matériel aéronautique. Dans cette affaire, la Commission a enquêté sur la question de savoir si cet échange en ligne était partie intégrante du plus large marché de l'aéronautique ou s'il constituait en soi un marché plus étroit pour les échanges en ligne voire pour les seuls échanges d'équipement aéronautiques.

C'est alors qu'il a été décidé, après investigation, et de l'avis même des participants aux MP, que la place B2B est une manière comme une autre de faire affaire. L'échange électronique va certes améliorer l'efficacité des communications mais en aucun cas changer la façon dont sont opérées les transactions dans un tel ou tel domaine. Se trouve donc exclue la reconnaissance de la distribution par Internet comme marché en soi. La vente par Internet ne

¹¹⁸ T. Com. Nanterre, 4 octobre 2000, D.2001, p.1317. Note C. MANARA.

¹¹⁹ Communication de la Commission sur la détermination du marché pertinent pour les besoins du droit de la concurrence communautaire. (JOCE C372, 09/12/1997, p.5)

peut être appréhendée indépendamment des autres formes de distribution. En conséquence, une action pour violation du droit de la concurrence du fait d'une place de marché nécessitera d'étudier la nature et la structure du marché des biens et produits échangés ainsi que leur mode de distribution. A partir de cette analyse, il sera possible de déterminer si la place de marché en tant que structure commune est à l'origine d'abus de position dominante, d'ententes par rapport au marché de ces biens échangés. Les problèmes pourront se présenter pour une partie seulement des biens échangés via la MP.

Selon le type de place de marché, les recherches pour le marché pertinent pourront varier. En effet, la société mère de la MP ne sera pas toujours présente simultanément à ces côtés, comme on l'a présupposé jusqu'à présent. La plate-forme virtuelle, peut se situer en amont ou aval du marché d'un de ses fondateurs. Sa création peut aussi induire des effets restrictifs de concurrence. Quand le marché de l'entreprise commune coopérative est en aval de celui d'un des fondateurs et en amont d'une autre partie fondatrice, la MP peut se voir reprocher de n'être qu'un organe de liaison susceptible de n'être que l'instrument d'une intégration verticale¹²⁰. Si l'entreprise commune agit sur un marché voisin de celui des fondateurs, il n'y aura restriction de concurrence que lorsque les deux marchés présentent un fort caractère d'interdépendance. Le cas pourra se présenter si l'entreprise commune rend des services complémentaires de ceux de ses fondateurs.

Le lien entre le marché d'origine des biens échangés et l'impact sur ce marché de la plate-forme en ligne n'est objectivement qu'une situation parmi d'autres d'atteinte à la concurrence. C'est certes le premier qui se pose à court terme, c'est-à-dire au moment de la création des premières places de marché. La réalité économique montre que ce stade est dépassé, il faudra un jour aborder la question de la concurrence entre MP.

2. La reconnaissance différée d'un marché propre aux plates formes

Dès les premières décisions la Commission s'est posée la question de la pertinence d'un marché propre aux services proposé par la MP. Elle a admis cette possibilité (a). Elle n'a pas encore franchi l'étape supérieure tendant à la reconnaissance d'un marché des sites d'échange B2B (b).

¹²⁰ Une telle intégration verticale est répréhensible au titre de la prohibition des ententes. Ce problème concerne donc les MP ne constituant pas une entreprise autonome.

a) Le marché des services proposés par la plate-forme de marché

La Commission s'est demandée dans un second temps en quoi les services rendus par la plate-forme pouvaient constituer un marché propre, indépendamment tant des participants que des biens véritablement échangés.

Cette étude implique que la place de marché propose des services lui permettant véritablement de se distinguer des autres formes de vente. L'examen devra se faire par la seule comparaison des MP entre elles. La FTC parle déjà de *marché des places de marché*¹²¹.

La méthode de la Commission laisse présager la voie à la création d'un marché spécifique aux services B2B. C'est pourquoi, elle a aussi examiné si ces services offerts par l'échange constituaient un marché en soi. En l'espèce les services offerts par Myaircraft.com incluaient des outils de management des stocks en flux tendus de même que des fonctions complètes de e-procurement. Mais ces services ont été qualifiés de simples outils nécessaires à la conclusion des ventes et n'ont pas été considérés comme spécifiques. En revanche, certaines fonctions de gestion en flux tendus ont été qualifiées comme dépassant le simple cadre de la réalisation de vente en ligne. Tel était le cas très précisément d'options de gestion et de prévision. La Commission soutient que cette vision des choses a été confirmée par les adhérents de la place de marché. Le constat s'arrête malheureusement à ce niveau. Il ne semble pas que la Commission distingue entre différents types de plates-formes relativement aux services spécifiques qu'elles proposent. On remarque que la référence au produit ou service consommé ne peut être et pour cause totalement absente. Or à l'avenir, il serait préférable que des distinctions soient tracées selon les secteurs d'activités dans lesquelles interviennent les plates-formes. Mieux encore la classification pourrait se faire en fonction des fonctions qu'elles remplissent. On pourrait ainsi opérer un découpage entre les MP simple catalogue, les MP d'aide à la conception, d'aide à la gestion, de rationalisation de la logistique, ou encore d'optimisation des achats/ventes. Cette position de la commission est une avancée. D'un strict point de vue national, la décision Parfumnet.com ne semble pas permettre de mener la même analyse. Le juge n'est pas très explicite mais dans leurs conclusions les parties en demande estiment qu'il faut prendre en compte la complémentarité entre la vente d'un bien et les services nécessaires à la vente de celui-ci. Le bien et les

¹²¹ Cf. l'executive summary du rapport du 26 octobre 2000 de la FTC.

services qui s'y rattachent forment un tout, ce tout constituant le marché pertinent à considérer. La valeur ajoutée d'Internet est alors très faible, il semblerait difficile de distinguer quels sont les services spécifiques qui y sont offerts. Le directeur de la DGCCRF¹²² est très critique à l'égard de cette décision, pour lui, rien n'empêche de « modulariser » le processus et de séparer la fonction de service en la qualifiant de conseil¹²³. Ce serait aller un peu au-delà de la position de la Commission qui semble n'admettre que les services novateurs apportés par Internet, ce qui est un premier pas.

Depuis cette affaire la voie entr'ouverte n'a pas encore été explorée plus en avant. Les décisions ultérieures ont suivi la ligne de la Commission selon laquelle la plate forme est un mode de distribution parmi d'autres.

b) Le futur marché spécifique des plates-formes B2B *per se*

Il faudra se demander dans un avenir proche si les places de marché en tant que mode de distribution spécifique, peuvent être distinguées au regard de leur marché d'origine ou du moins du marché qu'elles visent, se faire concurrence entre elles. C'est une question en suspens mais d'autant plus importante que les MP sont, la plupart du temps, affectées à une industrie particulière pour les MP verticales ou à un certain type de bien pour les MP horizontales. Il faut aussi pouvoir analyser le degré de substitution entre les différents modes d'échanges en ligne proposées par les MP d'un secteur donné. Pour apprécier le degré de substituabilité entre places de marché, rien de tel que de prendre un exemple. Un fabricant automobile désireux d'acquérir des sièges d'intérieur se voit offrir trois possibilités. Soit il rejoint une MP verticale comme Covisint, soit il s'adresse à une MP horizontale telle que Grainger, soit enfin il se tourne vers un site généraliste d'enchères à l'instar de Freemarkets. Dans ce schéma, il ne peut ne pas y avoir de concurrence entre ces acteurs. En revanche, pour certaines pièces spécifiques, le choix risque d'être plus restreint. Aucune place de marché

¹²² GALLOT J., directeur de la DGCCRF, discours *de clôture à la conférence nouvelle économie et concurrence*, revue de la concurrence et de la consommation, n°121, mai/juin 2001, p.20. La complémentarité « forcée » entre le produit et le service est, pour lui, une forme d'autorisation de vente liée. Cette pratique peut permettre de prouver un abus de domination entre professionnels (Art. L420-2 II) et reste prohibée vis-à-vis des consommateurs par l'article L.122-1 C.consom.

¹²³ J. Gallot d'ajouter que cette simple fonction de conseil pourrait être facturée dès l'accès à la boutique, même en l'absence d'achat. Il faut souligner qu'en pratique l'abonnement payant à une place de marché remplit en quelque sorte déjà cette fonction

n'existe même peut-être s'il s'agit de produits technologiques d'avant-garde peu répandus encore sur le marché. La demande peut ainsi se trouver tributaire de la configuration du marché de l'offre en places de marché accessibles. Les échanges B2B sont encore loin de se faire exclusivement par Internet. C'est la raison pour laquelle la Commission n'a pas encore traité le problème, même si elle a admis dans la décision EC4EC qu'il existera « *une concurrence entre bourses électroniques de pose et d'installation de machine industrielle* ». Pour le moment son argument principal pour écarter le problème est de dire que d'autres formes de transactions peuvent encore se substituer aux MP. Le système de l'EDI et tout autre forme classique de passation de commande prennent sans difficulté le relais d'une plate-forme en ligne. Il n'est pas encore à craindre qu'un agent économique se trouve paralysé par l'absence de MP ou par l'existence d'une unique MP à laquelle il n'aurait pas accès.

La FTC américaine a estimé utile et judicieux de se projeter un peu plus en avant dans un avenir qu'elle considère très proche¹²⁴. C'est pour elle une question critique qu'il faut aborder dès maintenant car il permettra de dresser le tableau de la concurrence entre places de marché pour de nombreuses années¹²⁵. L'accent est mis sur la liberté d'accès à la MP le rejet de toute forme d'exclusivité. La Commission ne laisse évidemment pas de côté ces préoccupations mais elle les aborde au cas par cas. Faut-il d'ailleurs rappeler que la FTC ne fait pas autrement : le rapport de 2000 n'ayant ni force de loi, ni même de règlement.

La définition du marché pertinent sera fonction de l'atteinte que l'on cherche à faire cesser. Actuellement il est considéré en droit positif, que l'impact de la plate-forme se situe uniquement sur le marché des biens échangés. A l'avenir, elle pourra aussi concerner le marché particulier d'un service spécifique offert par la MP indépendamment de l'industrie pour laquelle elle opère mais dépendamment des autres MP offrant ce service *sui generis* aux entrepreneurs. Enfin à plus long terme, la concurrence entre structures en ligne aidant, la question pourra être portée sur le terrain du marché des MP concernant un secteur économique donné. La tendance dominante conduit incontestablement à la sectorisation des marchés pertinents et à leur définition de plus en plus stricte.

¹²⁴ La position de la FTC a cet égard se traduit dans le plan adopté dans son rapport. Dans la Troisième partie traitant de l'analyse antitrust, la section A traite des problèmes sur le « *marché des biens échangés sur les MP* » et la section B du « *marché des places de marché* ».

¹²⁵ FTC report, page 23.

Après avoir défini le marché concerné, l'autorité en charge d'un dossier concurrentiel se doit d'établir la nature des atteintes possibles.

B. L'analyse de la potentialité des atteintes à la concurrence

Une fois saisie d'un dossier de création de place de marché électronique, la Commission doit déterminer en quoi l'opération envisagée peut être attentatoire au libre jeu de la concurrence. Selon la nature de la structure étudiée, une détermination adaptée des risques, est à préconiser. De prime abord, il serait tentant de faire porter l'analyse principalement selon que l'on se trouve en présence d'une plate forme concentrative ou coopérative. Retenir ce schéma issu de l'ancienne nomenclature ne correspond plus à l'économie générale de la réglementation actuelle. Les subtilités dans le contrôle s'apprécieront plus facilement en distinguant les plates-formes soumises au règlement sur les concentrations (1) de celles soumises à l'article 81 CE (2).

1. Les plates-formes soumises au règlement sur les concentrations

Cette analyse va conduire à constater pour le moment un faible risque de constitution de position dominante néfaste (a), mais les choses peuvent évoluer (b).

a) Le faible risque d'abus de domination à court terme

En principe, lorsque l'ensemble des activités des entreprises fondatrices dans un secteur déterminé est transféré à la société en participation, le risque de coordination doit être écarté, et le critère de contrôle des risques anticoncurrentiels se limitera à l'examen du pouvoir de marché de l'entreprise commune.

L'élément fondamental d'une procédure de concentration porte sur les effets que sont susceptibles de produire l'opération. L'évaluation de la probabilité de création de position dominante y tient un grand rôle. La position dominante d'une entreprise sur un marché se définit comme une position 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 à

l'égard de ses concurrents de ses clients et finalement des consommateurs¹²⁶. La commission recherche si les entreprises, au terme de l'opération de concentration notifiée, seront dans une situation de position dominante créée ou renforcée de nature à leur conférer un tel pouvoir de marché. Les places de marché peuvent amener à l'existence d'une position dominante collective de type oligopole, il ne peut exister que deux ou trois MP dans un secteur donné, à l'échelle mondiale. Même si le règlement ne prévoit pas expressément ce cas de figure, la Commission l'inclut dans son enquête¹²⁷. Elle doit prouver que l'opération entraîne une réduction sensible de la concurrence entre les parties à la concentration et un ou plusieurs tiers en donnant collectivement à ces parties la capacité, d'adopter une politique commune. Elles peuvent alors agir de façon fondamentalement indépendante des concurrents, des clients qui seraient pour la place de marché ses utilisateurs, et ce *in fine*, au détriment des consommateurs.

Le critère principal dans cette procédure est le pouvoir de marché¹²⁸. Ce n'est qu'un indicateur qui dépend en fait du marché pertinent tant au regard des produits et services que d'un point de vue géographique. La conception favorable du marché pertinent favorise les MP. Au delà de 25% de parts de marché, la Commission procède à un examen plus détaillé de l'opération. Lorsque l'opération se situe entre 25 et 40%, elle a priori en dessous du seuil critique mais tout dépend de la réalité des marchés pertinents là encore. Au-delà de 40%, de telles parts constituent un indice de position dominante¹²⁹. La Commission prend aussi en compte d'autres indicateurs de la puissance économique. C'est notamment le cas quand des entreprises vont par exemple bénéficier d'un accès privilégié à une technologie. La commission va aussi s'intéresser à la structure de l'offre, appréciant le risque d'élimination d'un compétiteur sur le marché.

Dans son enquête, la Commission va établir un bilan concurrentiel de l'opération envisagée¹³⁰. Il est tenu compte de l'évolution du marché dans la détermination de la position sur le marché. L'existence de barrières à l'entrée sera aussi examinée. La concurrence actuelle mais aussi et surtout la concurrence future¹³¹ sont étudiées. Le progrès économique et technique participe aussi de l'examen mais pour une part bien moindre que dans le bilan

¹²⁶ Tel est le sens donné à l'article 82 CE par la jurisprudence.

¹²⁷ Affaire France c/ Commission CJCE 31/03/1998, aff. 68/94 & 30/95.

¹²⁸ Le projet de communication de décembre 2002 dans le considérant n°16 précise que la Commission a recours à l'indice Herfindahl-Hirschmann (dit indice IHH) pour se faire une première idée des pressions concurrentielles qui seront exercées à l'issue d'une concentration

¹²⁹ CJCE 03/07/1991 Akzo affaire 62/86.

¹³⁰ Article 2, 1 du règlement 4064/89.

¹³¹ Déc. N°95/354/CE Mercedes-Benz c/Kässbohrer 14/02/95, JOCE 6/9/95 L221 p.11.

économique de l'article 81§3¹³². En droit des concentrations, l'analyse détaillée des coûts avantages n'est retenue que pour les places de marché coopératives, *id est* coordonnant le comportement de ses fondateurs.

Dans le cadre de la modernisation globale du droit communautaire, les restrictions accessoires aux opérations de concentration n'ont plus à être dénoncées dans la décision de la Commission¹³³. Ce sont les parties qui doivent déterminer si les restrictions sont accessoires ou non. Les litiges au sujet de cette qualification relèvent de la compétence des juridictions nationales. Les restrictions ancillaires doivent être directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération. Dans sa communication la Commission a été inspirée de donner certaines orientations notamment pour la création d'entreprises communes. Les engagements de non concurrence¹³⁴, les licences de droit de propriété industrielle et les accords de service et de distribution¹³⁵ peuvent être tolérés sous certaines conditions.

Du fait de la conception actuelle du marché pertinent qui se fonde d'abord par référence au marché des produits ou des services échangés, il semble que la création d'une plate-forme B2B a peu de chances d'aboutir à la création ou au renforcement d'une position dominante. De même on a vu que le risque apparaît faible que les autorités considèrent qu'une MP constitue à elle seule un nouveau marché. A l'avenir, la notion de position dominante et le rôle de la place de marché pourraient toutefois être modifiés de par le caractère dynamique du secteur des plates-formes électroniques.

b) L'effet de base installée et le risque probable d'abus de domination à moyen terme

Plus il y a d'utilisateurs, plus la valeur, l'utilité et l'efficacité de la place de marché augmentent¹³⁶. Les MP sont d'autant plus attractives qu'elles sont liquides et que la surface d'échanges est importante. Celle qui affichera une taille critique initiale aura une liquidité importante dès sa création et sera potentiellement pour ne pas dire mathématiquement en mesure de s'imposer à celles se trouvant en dessous de cette taille critique. Les études scientifiques montrent que la propension à la création d'une position dominante est inévitable. La raison en est simple. Les plates-formes de taille critique ne sont pas celles mise en place par des acteurs indépendants mais celles créées par les acteurs de l'ancienne économie. Pour

¹³² En droit français c'est l'article L.420-4 I 2° qui remplit ce même rôle.

¹³³ Communication du 4 juillet 2001, JOCE 2001 C.188.

¹³⁴ Clause de deux ans maximum pour la clientèle et de trois pour l'achalandage et un savoir faire.

¹³⁵ Ces accords doivent être de simples accords de fourniture.

¹³⁶ BASLE M-T. & autres, *E-Europe, le commerce électronique horizon 2010*, Economica 2001, 200p.

l'instant, dans le monde virtuel, les MP apparaissent porteuses d'une intensité concurrentielle accrue, mais l'effet dit de base installée peut vite changer la donne. Les premiers concepteurs de place de marché bénéficient d'un avantage qui peut être décisif par la suite. Compte tenu, par ailleurs, de la très forte croissance des investissements par Internet, et de l'importance des investissements irrécupérables à court ou moyen terme, il est possible que certaines places de marchés acquièrent rapidement une situation stratégique sur certains marchés de produits. La situation peut facilement être renforcée par l'effet de brevets sur des outils techniques conférant à leurs titulaires des exclusivités de droit.

Outre ce risque, il suffirait que deux MP se rapprochent ou fusionnent pour pareillement compromettre le jeu concurrentiel.

Les autorités de la concurrence se trouvent face à un véritable dilemme. D'un côté, elles sont conscientes des effets bénéfiques actuels des MP et qu'il est nécessaire qu'elles puissent évoluer et se développer à une grande échelle. A la rigueur, ce problème pourrait déjà en soi se traiter par le simple recours au règlement de 1989 sur les concentrations. Mais d'un autre côté, les autorités doivent anticiper ce qui s'apparente à un effet domino¹³⁷. Car il semble même que le premier compétiteur qui présente ne serait-ce qu'un infime avantage concurrentiel est en passe de saisir l'ensemble du marché. Le basculement se fera d'autant plus facilement que l'on se situe déjà sur un marché oligopolistique. Le risque ne sera pas aussi prégnant dans le cas de site de bourse en ligne se contentant d'un rôle d'infomédiaire. Ces sites qui sont des « facilitateurs » dans la conclusion de contrats, des organisateurs d'enchères en ligne jouent au mieux un rôle de courtier, à l'exclusion de tout mandat pour remplir leur fonction. Même en tant que structure commune de plein exercice on ne peut craindre de véritables problèmes qu'en cas d'exclusivité exigée de la part des participants. Les autorités de concurrence ne pourront éviter ces rapprochements, il conviendra d'être vigilant au sujet d'un certain nombre de questions essentiellement en rapport avec les pratiques discriminatoires¹³⁸.

Qu'en est-il pour les plates-formes collusives ?

2. Les plates-formes soumises au contrôle de l'article 81

¹³⁷ C'est l'expression employée par Johan Lücking dans son article sur les *B2B Marketplaces*, il parle en effet de « *tipping effect* ».

¹³⁸ Voir la deuxième partie de la présente étude.

Parmi les entreprises communes relevant de l'article 81, il faut opérer une distinction entre les places de marché qui ont pour seul objet de coordonner le comportement de leurs fondatrices (a) de celles qui ont pour but la coopération au sens littéral du terme de deux entreprises distinctes au sens des différents règlements d'exemption (b).

a) Les places de marché coordinatrices

En règle générale, la coordination est présumée lorsque les entreprises communes qui ne sont pas des entités économiques autonomes, se situent sur le même marché que les fondateurs. La présence simultanée sur le même marché des entreprises créatrices et de l'entité nouvelle constitue l'élément de base pour savoir si la place de marché constitue un élément de coordination des premiers. En effet, si l'entreprise commune reste active sur le même marché que les fondateurs la conséquence normale sera la restriction de concurrence entre toutes les entreprises intéressées. L'entente a aussi de fortes chances d'exister lorsque les entreprises se trouvent sur des marchés situés en amont ou en aval. La situation est plus mitigée lorsqu'elles exercent leurs activités sur des marchés voisins mais non connexes. Globalement trois situations peuvent se présenter.

Dans un premier cas de figure on peut concevoir que les activités des sociétés fondatrices ne se chevauchent sur aucun marché de référence. On peut alors dire que le risque anticoncurrentiel est nul.

Dans une seconde hypothèse, on peut envisager que les activités des sociétés fondatrices se chevauchent sur l'un des marchés pertinents ou sur un marché amont ou aval. Selon la Commission Européenne, le risque de coordination sera nul dès lors que les parts de marché des entreprises demeurent faibles. Dans les décisions rendues jusqu'à présent le seuil de dangerosité est fixé à 15%.

Dans une troisième configuration, les activités des sociétés fondatrices se chevauchent sur l'un des marchés pertinents ou sur un marché amont ou aval et les parties contrôlent plus de 15% du marché. Il faut apprécier le risque d'échanges d'informations sensibles entre les fondatrices et l'entreprise commune.

La présence de clauses de non concurrence dans les accords de création de la nouvelle entité constituera un facteur clé, parmi d'autres éléments pour aboutir à l'absence des risques

de coordination nuisibles à la concurrence¹³⁹. Il en sera de même du degré de l'éventuel transfert des droits de propriété intellectuelle détenus par les entreprises fondatrices à l'entité de nouvelle création.

Les accords dépassant les seuils peuvent bénéficier du mécanisme de l'article 81§3 permettant d'obtenir une exemption individuelle. Pour ce faire l'accord doit contribuer au progrès technique ou économique en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit, ce que les lettres de confort déjà publiées reconnaissent volontiers pour le moment¹⁴⁰. Pour les PME ayant conclu un accord dépassant les seuils, il semblerait que les autorités fassent preuve de clémence¹⁴¹. En droit français¹⁴², un régime de faveur est prévu par les textes. Si l'accord permet de rationaliser la gestion de l'entreprise moyenne ou petite les conditions exemptant de toute poursuite, en l'état des choses, peuvent être reconnues¹⁴³ par décret.

Le critère de la coordination du comportement des entreprises créatrices peut paraître encore trop général. Pour savoir plus exactement quel est le régime applicable, il faut poursuivre la réflexion relativement aux buts poursuivis par l'accord surtout dans les relations verticales. D'autres seuils spécifiques pourront être dégagés en présence de places de marché coopératives.

b) Les places de marché purement coopératives

La création en tant que telle de la plate-forme coopérative sera appréciée à la lumière du droit des ententes et de la théorie du bilan voire même de la règle de raison¹⁴⁴. On vérifie si les restrictions de concurrence sont compensées par des effets pro compétitifs. Les restrictions feront l'objet d'une appréciation individuelle au regard des lignes directrices de la Commission européenne relative aux accords de coopération horizontale¹⁴⁵ et des règlements d'exemption plus spécifiques. Plusieurs cas de coopération sont visés, elles peuvent concerner

¹³⁹ Deux décisions le démontrent : affaire CRS, Commission, 02/08/99, aff.IV/M.1547 et Lufthansa/Amadeus/Start, COM 23/10/91, M.086.

¹⁴⁰ Déjà en droit français, il est admis que les centrales d'achat peuvent contribuer au progrès économique lorsqu'elles offrent des services effectifs aux producteurs (assurance de débouchés, groupement des livraisons ou de la facturation) ou lorsqu'elles permettent aux distributeurs d'améliorer les conditions de leur exploitation en leur proposant des services techniques (avis du 30 octobre 1986 aff. « ARCI association »).

¹⁴¹ Mario Monti 'E-marketplaces : new challenges for enterprise policy, competition and standardisation' on 23-24 April 2001 in Brussels. Speech 01/98 available online

¹⁴² Il faut préciser qu'en droit français, il n'y a pas de contrôle préalable des accords ni de seuils spécifiques.

¹⁴³ Art. L.420-4 II du Code de commerce, tel est le mécanisme d'exemption exprès et général en droit français, il faut noter que le Ministre de l'économie doit suivre l'avis du conseil de la concurrence.

¹⁴⁴ Lamy droit économique 2003, n°1914

¹⁴⁵ Il est frappant de constater que le traitement de la question est en tout point identique en droit américain.

n'importe quel stade du processus économique. Concernant les MP, il est peu probable que ces contrats soient concomitants à sa création, cependant cela peut être le cas, l'objet d'une place de marché peut être la coopération. De plus, et en toute vraisemblance, de telles conventions de coopération, de spécialisation, peuvent résulter de l'activité de la structure commune. Il est donc bon de savoir s'y repérer. Pour tout opérateur la réglementation est touffue. La Commission affirme dans les lignes directrices sur les coopérations horizontales¹⁴⁶, qu'il n'est pas possible de déterminer un seuil global au-delà duquel il existe des risques de comportements anticoncurrentiels. Pour dépasser ce constat par trop général, un examen sérieux du cas d'espèce permettra de lever le doute. Ce n'est pas parce que la coopération est mise en place entre des entreprises non concurrentes qu'aucune notification n'est nécessaire, il faut bien plutôt privilégier une approche *in concreto*. Un excellent point de départ est le seuil critique fixé par les différents règlements d'exemption par catégorie.

En matière de recherche développement, règlement général d'exemption¹⁴⁷ de 2000 a fixé un seuil de 25% de parts de marché cumulées des entreprises participantes concurrentes. L'objectif est clairement de relancer les initiatives en matière de recherche/développement.

Pour les accords de spécialisation, le règlement 2658/2000¹⁴⁸ déclare l'article 81§1 inapplicable en cas de spécialisation unilatérale¹⁴⁹, réciproque¹⁵⁰, ou encore dans l'hypothèse d'une production conjointe¹⁵¹ pour peu que les parts de marché cumulées des participants ne dépassent pas 20% du marché en cause. Ces accords génèrent normalement, des avantages économiques sous forme d'économies d'échelle ou de gamme ou d'amélioration des techniques de production tout en réservant à l'utilisateur une partie équitable du profit qui en résulte.

Pour les accords de sous-traitance, il faut distinguer trois hypothèses. Les contrats entre non concurrents sont, en règle générale, considérés comme des accords verticaux, qui relèvent du règlement 2790/1999 et des lignes directrices sur les restrictions verticales¹⁵². Les accords de sous-traitance entre entreprises non concurrentes et qui impliquent un transfert de savoir-faire au bénéfice du sous-traitant relèvent d'une communication concernant

¹⁴⁶ Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale (JOCE C3, 06/01/2001)

¹⁴⁷ Règlement sur la recherche et le développement 2659/2000 en date du 29/11/2000.

¹⁴⁸ Règlement du 29/11/2000, JOCE 2000 L304

¹⁴⁹ Une des entreprises accepte de cesser ou de s'abstenir de fabriquer certains produits et s'engage à les acheter à une entreprise concurrente cette dernière s'engageant à fabriquer et à fournir ces produits.

¹⁵⁰ Deux ou plusieurs entreprises s'engagent sur une base réciproque à cesser ou à s'abstenir de fabriquer certains produits, qui ne sont pas les mêmes, et à acheter aux autres parties à l'accord, lesquelles s'engagent à les leur fournir.

¹⁵¹ Deux ou plusieurs entreprises acceptent de fabriquer certains produits conjointement.

¹⁵² JOCE 2000 C291

l'application de l'article 81. Ces accords sont en principe licites¹⁵³. Les accords de sous-traitance entre entreprises concurrentes sont, quant à eux, de véritables accords de coopération s'analysant soit en accord de spécialisation unilatérale, soit en simple accord collusif.

Les accords d'achats quant à eux, sont évoqués dans les lignes directrices sur la coopération horizontale. Le seuil est fixé par ce texte à 15%¹⁵⁴.

Au-delà de ces parts de marché, une appréciation individuelle est requise. Toutefois, les restrictions caractérisées de concurrence telle la fixation des prix, la limitation de la production ou la répartition de marchés de clientèle, continueront d'être interdites, que les parties détiennent un pouvoir de marché ou non.

Savoir quelle sera l'activité réelle de la place de marché est essentiel pour savoir sur quoi va porter le contrôle et comment il va être effectué. Les créateurs d'une place de marché doivent mener une réflexion approfondie dans ce sens avant même d'exécuter le projet.

La création d'une place de marché est loin d'être une opération anodine au regard du droit de la concurrence. Mais les risques d'atteinte au jeu de la concurrence sont bien plus souvent potentiels, que véritablement effectifs. En réalité le fonctionnement de la plate-forme va présenter un risque accru de distorsion de concurrence.

¹⁵³ Communication du 18/12/1978, JOCE

¹⁵⁴ Paragraphes 130 et 149 des lignes directrices du 06/01/2001.

Partie II. Les enjeux concurrentiels attachés au fonctionnement de la place de marché électronique

A l'instar des groupements d'achats ou de vente, il a été démontré que les plateformes présentent des risques anticoncurrentiels en elles-mêmes. Ces dangers risquent d'être exacerbés par l'usage qui en est fait. Dans ses relations avec les futurs adhérents comme avec ceux qui le sont déjà, la plate-forme doit suivre une ligne de conduite cohérente et prédéterminée, le tout sans abus (I). A l'égard des tiers de nombreux problèmes ne vont pas manquer de se poser également, ne serait-ce déjà que pour les autorités de la concurrence elles-mêmes, tenues de s'adapter et de fournir des réponses aux interrogations des acteurs concernés (II).

I. La place de marché et ses adhérents

En position de force, les créateurs d'une place de marché peuvent être tentés de sélectionner de façon draconienne qui aura le privilège de pouvoir utiliser le service. De même, une fois admis, les nouveaux membres pourraient se voir soumis à des sujétions bien supérieures à celle que les créateurs s'engagent à respecter. C'est pour éviter toute forme de discrimination entre les parties en présence au sein de la plate-forme, que les autorités de la concurrence se sont penchées sur les conditions d'accès (A) comme d'exclusivité à la structure (B).

A. L'accès à la place de marché électronique

Comment devient-on adhérent ? Outre les modalités pratiques de cette adhésion, il importe de savoir qui peut le devenir. La raison d'être d'une place de marché est par définition de réunir un maximum de participants, c'est de cette manière qu'elle pourra assurer sa pérennité et afficher la plus importante liquidité possible. Il semble être dans son intérêt manifeste de poser le principe de la liberté d'accès, comme la Commission les y invite fortement¹⁵⁵. Le principe corollaire de non-discrimination doit alors être observé (1). Cette solution n'est néanmoins pas exclusive de toute forme de sélection (2).

1. Les principes de libre accès et de non discrimination

Le libre accès à une solution collective de gestion des achats en ligne dépend du type de place de marché considéré. En 2000, on pouvait recenser une proportion de l'ordre de 90% de places de marché privées. Même si la tendance s'est clairement inversée depuis, cette donnée témoigne de la volonté pour certaines entreprises de conserver des contacts directs et privilégiés avec certains partenaires. Les risques concurrentiels pressentis ont certainement pesé dans le choix de conservation d'un mécanisme propre et sous contrôle direct des achats de l'entreprise.

Pour les places de marché publiques la Commission met en avant le libre accès des tiers, dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficient les fondateurs. On retrouve strictement ici la même démarche que celle adoptée par la Commission dans les années 90 concernant les systèmes de réservation informatisés pour les compagnies aériennes. Une décision d'exemption ne peut être obtenue de la Commission que si les gérants du système informatique prennent des engagements de non-discrimination. Cette mesure de prudence est suivie par les autres autorités de concurrence. Ainsi, dans la décision Covisint, la FTC a réservé son appréciation dans la mesure où les conditions d'adhésion n'étaient pas encore définies. Dans la même affaire et quelques mois plus tard, le Bundeskartellamt souligne le

¹⁵⁵ La Commission réaffirme sa vigilance sur ce point dans les considérants 78 et suivants de son projet de communication sur les concentrations horizontales.

libre accès des tiers dans des conditions égales. Aucun avantage n'est accordé aux fabricants ou à certains fournisseurs. La décision précise que :

« L'accès à Covisint sera techniquement possible sans grandes difficultés, de sorte que l'on ne peut pas percevoir de mesure de fermeture du marché. »

Très concrètement, sur le site Covisint, les participants apparaissent dans l'ordre alphabétique sans ordre prioritaire en aucune façon¹⁵⁶. Les conditions d'utilisation de la plate-forme sont aussi, en conséquence, les mêmes pour tous.

Le paiement d'un droit d'entrée peut constituer une barrière importante à l'accès au site. Cet élément a fait l'objet d'une grande vigilance de la part des autorités de la concurrence et ce dans de nombreux domaines. Cette pratique est courante lorsqu'il s'agit d'intégrer un réseau de franchise ou de concession. Le montant de ce droit devrait varier pour les places de marché en fonction de l'importance économique du futur utilisateur ou tout simplement des services dont il entend pouvoir bénéficier au sein de la MP. Ce droit s'accompagne généralement par la suite du paiement de redevances. Il va sans dire que ces droits doivent être proportionnés et non discriminatoires¹⁵⁷. Si la MP a les mêmes fonctions qu'une centrale d'achat, une commission doit être payée. Seul le contrat d'affiliation à la place de marché peut fixer ces éléments.

N'est-il pas possible néanmoins de refuser l'accès à une entreprise requérante ? Assez étonnamment, la réponse va en réalité dépendre de la structure du marché sur lequel se situe la place de marché ainsi que de son importance stratégique. Si la MP n'est qu'un mode parmi d'autres de distribution sur un marché de biens échangés pouvant se matérialiser sous de multiples formes, autrement dit, si la place de marché n'est pas l'unique porte d'accès à l'échange des biens considérés, il est toléré que l'admission à la plate-forme puisse échouer. Libre au demandeur infructueux d'opter pour un autre mode de distribution, voire même de créer sa propre place de marché. Ce sont donc les règles relatives à l'abus de position dominante qui permettront d'évaluer les risques encourus. Seule la mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles¹⁵⁸ pourrait contraindre les opérateurs à accepter tout demandeur satisfaisant aux conditions de base.

¹⁵⁶ C'est une des conditions de validité requise par la FTC dans la décision précitée et que M. Bouteloup responsable sécurité de Covisint prend soin de respecter (cf. son interview dans l'étude sur les grands types de MP http://www.cyberstrat.net/cyberstrat/places_marché.htm).

¹⁵⁷ Si la MP fonctionne comme une centrale d'achat, la commission est calculée soit sur le montant des achats effectués pour son compte par le site, soit, mais à taux moindre par le montant des ventes que le commettant réalisera. Lamy droit économique n°4736.

¹⁵⁸ Cf. Infra.

Le principe d'égalité est loin d'être absolu, dans l'intérêt de tous, il n'empêche pas de pouvoir sélectionner un minimum les nouveaux arrivants.

2. Les conditions de sélection des adhérents

L'admission à une place de marché peut être conditionnée par le respect de critères objectifs et non discriminatoires. Il est évident qu'une plate-forme sectorielle va s'intéresser de près à l'activité du candidat. Certaines exigences peuvent porter sur la capacité de celui-ci à assumer ses engagements. Les décisions rendues par la Commission en 1985 sur les bourses de Londres pourraient servir de guide d'interprétation pour la définition de critères d'admission. Toute une série de conditions ont été considérées comme licites. Les fondateurs d'une MP peuvent ainsi créer plusieurs catégories de membres titulaires de droits différents. Des critères financiers, d'expérience ou de formations peuvent aussi être imposés¹⁵⁹. L'appartenance à une structure garantissant la bonne fin des engagements pris et tout simplement des garanties de fiabilité peuvent être requises. La preuve d'un intérêt durable dans la commercialisation de produits concernés peut être enfin nécessaire.

Sur la forme, la Commission a demandé qu'une procédure d'appel soit instituée en cas de refus d'admission ou d'exclusion et que les décisions soient motivées¹⁶⁰. Un tel formalisme est rarement exigé en droit de la distribution. Un franchiseur peut refuser un candidat à la franchise sans autre forme de procès, c'est même la fin de la relation de franchise qui bien souvent est interrompue dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée moyennant le respect du seul préavis contractuel sans obligation aucune pour le responsable du réseau de fournir la moindre explication. C'est donc dire si les places de marché ont un caractère hautement ouvert, il serait tentant de parler de bien commun susceptible de servir l'ensemble d'une profession. Il serait en conséquence parfaitement concevable qu'une MP soit créée par un syndicat interprofessionnel pour l'usage exclusif de tous ses membres. Sans aller jusqu'à ce degré d'ouverture, il faut rappeler que la Commission et notamment la DG entreprises ont seulement pour ambition d'offrir à toutes les petites et moyennes entreprises la possibilité de participer et de profiter des bienfaits des places de marché.

¹⁵⁹ La décision sur le marché du sucre détaille les critères de sélection. London Sugar Futures Market Ltd 13.12.1985 Negative clearance Art.81(1) [ex 85(1)] Official Journal : L 369 - 31/12/1985 Page : 25 Celex No. : [385D05 63](#) - IV/27590. Trois autres décisions ont été rendues sur le même jour pour les marchés de la gomme, du cacao et du café.

¹⁶⁰ C'est un élément récurrent des décisions sur les bourses de Londres.

Une fois adhérent à une plate-forme en ligne, il convient d'éviter que l'entreprise admise ne se voie imposer des contraintes lui retirant son autonomie de gestion. L'impétrant ne doit pas serment d'allégeance exclusif et perpétuel, il doit pouvoir avoir recours à la plate-forme uniquement en fonction de ses besoins.

B. L'exclusivité des relations avec la plate forme

Toute forme d'exclusivité est généralement considérée avec la plus grande méfiance par les autorités de concurrence. Pour les places de marché, c'est la jurisprudence sur les groupements d'achat qui peut servir de modèle d'application le plus pertinent (1). Des allègements à cette jurisprudence semblent être admis pour les structures en ligne (2).

1. L'application des principes de la jurisprudence sur les groupements d'achats

En vue de son entrée à la place de marché, le candidat sélectionné va conclure avec la place de marché « un contrat d'affiliation ». Si la place de marché achète en son nom et pour le compte de ses affiliés, le contrat est dit de commission. A défaut, la place de marché ne joue que le rôle d'un courtier chargé de référencer des fournisseurs¹⁶¹. Libre alors à l'adhérent en principe d'utiliser ou nom les services du site. C'est donc dans le cas d'un contrat de commission conclu entre la centrale d'achat et les adhérents qu'une clause d'exclusivité se rencontrera, l'enjeu étant plus conséquent dès lors. Calquant ce modèle incontournable en matière de distribution, les places de marché on reprinted cette disposition qui leur est protectrice. Il s'agit en effet de renforcer le lien d'affiliation notamment lorsque des contrats de licence de marque ou/et d'assistance s'ajoutent déjà au contrat d'adhésion. La justification économique de cette clause tient dans le fait d'éviter que certaines entreprises ne se joignent à la MP simplement dans l'intention de capter des informations confidentielles sur ses concurrents.

Cette clause, pour être licite, doit répondre à deux conditions. *Primo*, les adhérents doivent pouvoir effectuer des transactions en dehors du groupement. *Deusio*, les participants ne doivent pas être empêchés d'adhérer à un autre groupement sous réserve de ne pas compromettre l'intérêt du premier groupement.

¹⁶¹ Cass. Com 6 décembre 1988 n°86-17.310

Ces exigences ont inspiré les premières décisions sur les plates-formes. Dans sa décision Covisint, le Bundeskartellamt relève que :

« Covisint ne va pas passer des accords avec les fournisseurs directs ou indirects des fabricants qui obligerait les fournisseurs à utiliser exclusivement ou principalement Covisint en tant que plate-forme B2B et ne peut pas restreindre sa liberté d'utiliser, d'organiser, ou de créer d'autres places de marché. Par ailleurs, Covisint ne peut pas interdire à un fournisseur de participer à d'autres plates-formes B2B et ne peut pas restreindre d'utiliser, d'organiser ou de créer d'autres plates-formes. »

Si clause d'exclusivité il y a, il serait particulièrement avisé de limiter l'engagement, par exemple, à un certain pourcentage des achats totaux réalisé sur une année par l'adhérent. Une disposition l'obligeant à s'approvisionner à hauteur de 25% via la MP pourrait être parfaitement envisageable. La Commission des Communautés européennes s'est justement prononcée sur la validité d'un groupement d'achat en commun au regard du droit des ententes¹⁶². En l'espèce, le règlement d'une association entre importateurs de soufre au Royaume-Uni exige que le quart de la quantité totale importée achetée par l'adhérent au cours d'une année civile le soit par l'intermédiaire du groupement. La Commission a estimé qu'il y a constitution d'entente dans la mesure où les membres sont tenus de s'approvisionner par son truchement ce qui empêche les fournisseurs de vendre directement à leur client. Mais le bénéfice de l'article 81§3 a été tout de même reconnu en relevant les avantages résultant de l'accord en matière de prix et de transport. La liberté d'approvisionnement pour les trois-quarts a été déterminante du rejet du chef d'illicéité allégué.

L'engagement d'exclusivité est souscrit à la fois par l'affilié mais aussi par le groupement qui peut s'obliger à ne pas accepter comme affiliés des entreprises concurrentes de l'adhérent dans un certain secteur géographique.

Parfois, la centrale d'achat autorise l'affilié à effectuer des achats directs lorsque les conditions sont plus intéressantes, sous réserve que lui soient fournis tous les renseignements relatifs à cette opération. Le groupement pourra ainsi profiter des mêmes conditions de vente en traitant par la suite avec le même fournisseur. On retrouve ici l'esprit du principe contractuel de droit international public du cocontractant le plus favorisé.

La violation de l'engagement d'exclusivité par l'affilié est souvent sanctionnée par le versement d'une indemnité forfaitaire, dont le montant, stipulé au contrat est égal à la

¹⁶² Affaire National Sulphuric Acid Association, Déc. N°89/408/CEE du 9 juin 1989, JOCE 05/07/89 L190 p.22.

commission qui aurait été due si les achats en cause avaient été effectués par l'intermédiaire du commissionnaire.

Dans certaines circonstances, les autorités de la concurrence peuvent admettre que l'exclusivité soit plus poussée et non simplement partielle. Ces cas de figure, par ailleurs, font, tout simplement, que ces autorités se montrent plus clémentes.

2. Les exceptions temporaires admises

Pour que la plate-forme soit licite, il paraît indispensable que les adhérents ne soient pas empêchés d'adhérer à d'autres plates-formes, ni d'effectuer des transactions en dehors de la place de marché. Toutefois des clauses de non-concurrence sont admises au cours de la phase de démarrage des entreprises communes si elles sont objectivement nécessaires. Cette exception ressort directement de la théorie économique du protectionnisme dans l'enfance développée par List¹⁶³. Selon cet économiste, une activité économique nouvelle et bien souvent technologiquement novatrice a besoin d'être mise à l'abri de la concurrence classique jusqu'à ce qu'elle atteigne une taille critique lui permettant d'affronter ses compétiteurs. Or les places de marché sont spécifiquement concernées. Ces projets sont relativement fragiles mais présentent généralement une croissance rapide. Pour leur permettre d'atteindre une taille suffisante nécessaire à leur mise en compétition, il est nécessaire de leur ménager des facilités à leur début. Dans ces conditions, certaines clauses restrictives de concurrence pourraient être plus facilement admises sur le fondement de l'article 81§3 du Traité. Dans l'affaire *Emaro*¹⁶⁴, une place de marché horizontale pour la fourniture en matériel de bureau mise en place par SAP et la Deutsche Bank, la Commission a accepté que la banque allemande s'engage à s'approvisionner à concurrence de 68% des achats totaux réalisés par les actionnaires via la MP. La clause a été admise car elle a pu être justifiée comme directement et absolument nécessaire à l'installation du site. La Commission a cependant posé l'exigence d'une durée maximale de trois ans à la disposition ancillaire litigieuse. Le caractère temporaire de ces mesures a été relevé par certains auteurs qui n'hésitent pas à parler d'un effet possible de

¹⁶³ D'après Friedrich List (1789-1846), il est nécessaire que les autorités étatiques instaurent un protectionnisme éducatif à l'abri duquel les nouvelles formes productives pourront se développer. Ce protectionnisme dans l'enfance est transitoire avant de revenir à l'application du droit commun. Cette théorie énoncée en 1840 dans l'ouvrage « *Das nationale System der politischen Ökonomie* » a conservé toute sa pertinence.

¹⁶⁴ Affaire Deutsche Bank/SAP/JV, au sujet de *Emaro marketplace*. 13/07/00, Case M2027.

forclusion se manifestant tant vis-à-vis des partenaires à la transaction qu'à l'égard des opérateurs¹⁶⁵.

La clause d'achat exclusif est la solution la plus couramment retenue. Mais même dans le présent cas de figure, il importe de respecter certaines limites. La jurisprudence requerrait une déterminabilité du prix. Etaient nuls pour indétermination du prix, les contrats d'affiliation comportant une obligation d'achats exclusifs lorsque les affiliés étaient obligés de se servir chez les fournisseurs de l'affiliant, donc aux conditions de tarifs fixés unilatéralement par ce dernier¹⁶⁶. Depuis le revirement opéré dans les quatre arrêts de l'Assemblée plénière en date du 1^{er} décembre 1995¹⁶⁷, il n'est plus nécessaire de que les prix de vente soient déterminés dans le contrat cadre lorsque ce dernier prévoit la conclusion de contrats ultérieurs d'exécution.

La clause d'exclusivité se doit d'être claire et précise ce qui n'est pas incompatible, bien au contraire, avec des dérogations prévues à cette obligation. Elles peuvent concerner les produits n'existant pas à l'assortiment proposé par l'affiliant et les produits non livrés depuis trois ou cinq fois consécutives selon les cas.

Même lorsque l'exclusivité est partielle, la question peut se poser de savoir si, quand le contrat est conclu pour une durée supérieure à dix ans, la clause peut toujours produire effet. La loi du 14 octobre 1943¹⁶⁸ limite à dix ans la durée de validité des clauses d'exclusivité. Ce texte ne s'applique pas en l'espèce car le champ d'application de cette loi porte sur les contrats transférant la jouissance d'un bien et non les contrats de commission dont relèvent les contrats d'affiliation. La limitation de 5 ans prévue au niveau communautaire ne s'applique pas non plus aux contrats d'affiliation.

Bien plus préoccupant que les questions qui viennent d'être évoquées, le cœur du problème engendré par les places de marché électroniques consiste dans l'échange d'information entre concurrents qu'elles peuvent faciliter.

C. L'information, objet de toutes les convoitises

¹⁶⁵ DUPUIS-TOUBOL F., GUNTHER J-P., LESQUINS J-L, *La matinée débats de la lettre des juristes d'affaires sur les places de marchés en ligne*, compte rendu.

¹⁶⁶ Cass. com. 14/04/1992, n°90-13.126 Bull. Civ. n°167, p.117; Cass. com 16/02/1993 JCP éd. E., I n°310 obs. ANDRE M-E.

¹⁶⁷ Cass. Ass.plén., 1^{er} décembre 1995, n° 91-15. 999, n°91-15. 578, n°91-19.653, n°93- 13. 688. JCP éd.G, II n°22565.

¹⁶⁸ Art. L.330-1 C.com

Internet a été créé dans le but d'échanger de l'information. Inutile de rappeler combien le résultat en a été révolutionnaire. Seulement, l'outil s'est révélé rapidement trop peu sûr dans le monde du commerce. Ces dangers sont mis en exergue au sein des plates-formes (1). La neutralité requise dans leur fonctionnement commande aux places de marché de faire preuve de diligence dans la gestion des données qu'elles recueillent (2).

1. Les dangers d'Internet dans la transmission des informations

L'information occupe une place croissante dans les réseaux cybernétiques que ce soit au titre de l'infrastructure c'est-à-dire de l'information pour commander le réseau, ou au titre des services et applications fournies à l'utilisateur final du site¹⁶⁹. Il faut d'abord pouvoir comprendre les enjeux de l'échange d'informations par Internet (a) avant de s'intéresser au cadre juridique s'appliquant aux places de marché relativement à ce problème (b).

a) Les enjeux de l'échange d'information par Internet

Lorsque l'on analyse de façon un peu sommaire le fonctionnement des places de marché, il serait tentant d'estimer que celles-ci ne soulèvent aucune question spécifique et/ou nouvelle de droit de la concurrence non résolues antérieurement. A ce titre, l'exemple des solutions adoptées par la Commission en ce qui concerne les systèmes de réservation informatisés dits CRS pour les compagnies aériennes, pourraient constituer un précédent incontestable. A priori, la transmission de données par Internet ne soulève pas plus de difficultés que dans le cadre d'un système d'échange ordinaire de type EDI. La jurisprudence précitée est en grande partie transposable, mais c'est quelque peu négliger l'ampleur du phénomène Internet. En effet, et comme le souligne Pierre Lévy dans son ouvrage sur *la cyberculture*¹⁷⁰, l'information numérisée a pour formidables caractéristiques de pouvoir « être traitée par ce médium automatiquement, avec un degré de finesse quasi absolu, très rapidement et sur une grande échelle quantitative. » Pour la FTC, la gestion de l'information collectée par le site est la question essentielle à examiner. La Commission partage la même opinion. Dans sa décision EC4EC¹⁷¹, elle affirme : « le développement de normes de sécurité destinées à empêcher que les informations sensibles du point de vue de la concurrence ne

¹⁶⁹ BASLE M-T. & autres, *E-Europe, le commerce électronique horizon 2010*, Economica 2001, p.14.

¹⁷⁰ LEVY Pierre, *Cyberculture*, Rapport au Conseil de l'Europe, éditions Odile Jacob 1997, p 62.

¹⁷¹ Affaire EC4EC article 6(1)b-decision of 22/01/01, M2398

soient pas diffusées constitue l'un des grands atouts techniques de cette bourse. » De fait, l'informatisation, en accroissant la puissance et la rapidité de l'échange multiplie les risques d'atteintes à la concurrence. Internet augmente la transparence des prix sur les marchés en cause puisque les transactions peuvent être suivies en temps réel et, à cet égard, les risques de condamnation pèsent autant sur les adhérents que sur la plate-forme elle-même. Le rapport de la FTC relève que les « *chat rooms* » constituent le cadre idéal de rencontre entre concurrents pour conclure des ententes. Enfin, il est vraisemblable que les autorités de la concurrence auront plus de mal à déceler une entente sur l'Internet que dans le monde réel. De nouvelles techniques d'investigations vont devoir être implémentées¹⁷². Plus fondamentalement, c'est même la jurisprudence traditionnelle relative aux comportements parallèles, qui pour l'heure est relativement protectrice des opérateurs, qui ne pourra peut-être pas se voir maintenue dans le cadre des places de marché B2B.

En effet, le déroulement simultané sur un site unique d'un grand nombre d'enchères ou de négociations bilatérales permet techniquement d'extraire en temps réel des données sur l'équilibre macro-économique global. Les quantités faisant l'objet de transaction et prix de transactions peuvent techniquement être affichées en temps réel. Moyennes pondérées, écarts aux extrêmes ou écarts aux moyennes sont susceptibles d'être calculées sans difficultés. La tentation de le faire ne manquera d'apparaître sur certains sites. Il semble difficile de pouvoir laisser faire. D'un point de vue classique, l'échange d'informations entre acheteurs peut favoriser des comportements coordonnés sur les marchés de l'aval, là où ils sont réellement en concurrence. A l'égard de l'équilibre des transactions : le marché peut difficilement se montrer équilibré si une catégorie d'opérateurs bénéficie d'informations soustraites aux autres.

En l'espèce, et pour s'appuyer sur ce qui est le droit positif, la jurisprudence « classique » sur l'échange d'information doit donc être rappelée et analysée mais dans une perspective plus globale. La licéité des systèmes d'information dépend de la nature de l'information et de sa destination, de son caractère public ou non. L'identification des participants joue aussi un grand rôle de même que les modalités de l'échange. C'est surtout le degré de concentration du marché qui déterminera la zone de risque effective.

b) Le cadre juridique de l'échange d'informations au sein des places de marché

¹⁷² Voir *infa* § II B 2 de la deuxième partie .

La probabilité de constitution d'ententes est très forte. La transparence accrue du marché va conduire des participants à échanger des informations stratégiques. Or cet échange est la quintessence même de la notion d'entente¹⁷³. Toutes les places de marché sont concernées par cette nécessité de conserver secrètes et/ou confidentielles un certain nombre de données sensibles, mais comme le fait remarquer le commissaire Mario Monti¹⁷⁴, les entreprises regroupant des entreprises concurrentes comme celles regroupant des vendeurs sont plus particulièrement affectées par cette problématique. Ces informations portent souvent sur les prix, les marges, les parts de marché, l'organisation de la production et le partage des marchés.

Le problème se posera si une partie des acheteurs comme des vendeurs peut utiliser la bourse électronique pour obtenir, et après exploiter ces données. Le « design » du système et en particulier la facilité d'accès aux données émanant des autres parties est un facteur clef d'appréhension du risque. Il faut aussi distinguer selon que l'échange d'information est susceptible de se faire entre tous les participants ou alors entre seulement une parties d'entre eux. Ce sous-groupe sera souvent celui des actionnaires particulièrement bien placés à cette fin.

Un autre facteur non inhérent à la place de marché mais qui, en pratique, permet d'évaluer pertinemment le danger est le niveau de concentration du marché. Ainsi, si la transparence des prix sur un marché où interviennent de nombreux concurrents apparaît généralement comme positive, la même transparence sur un marché oligopolistique peut aboutir à une harmonisation des prix à la hausse grandement attentatoire au libre jeu de la concurrence.

D'autres critères permettent d'évaluer au plus juste la zone de risque. La jurisprudence des Cours de Luxembourg résultant des affaires sur les tracteurs¹⁷⁵ et les poutres en aciers¹⁷⁶ fournit d'utiles clarifications en ce domaine. En plus de la structure du marché, il convient de s'intéresser au plus près au type d'informations échangées, de la diffusion qui en est faite. Les données seront d'autant plus prisées qu'elles seront récentes voire instantanées. La fréquence des échanges constitue aussi un bon élément d'évaluation. La Commission considère que l'échange d'information sur les prix est illicite quand les informations portent sur des données

¹⁷³ KÜHN K.-U., 'Fighting collusion by regulating communications between firms' (2001) Economic Policy, 197.

¹⁷⁴ Conférence 'E-marketplaces: new challenges for enterprise policy, competition and standardisation' on 23-24 April 2001 in Brussels. Speech 01/98 § 1211.

¹⁷⁵ Case C-8/95/P New Holland Ford v. Commission [1998] ECR-565 and Case C-7/95/P John Deere v. Commission [1998] ECR I-3111

¹⁷⁶ Jurisprudence foisonnante comprenant les affaires T-134/94, T-137/94, T-148/94, T-151/94, T-157/94 entres autres, [1999] ECR II-0347.

individuelles et ne profitent qu'aux seuls offreurs en position oligopolistique. Ces échanges ne doivent jamais permettre la coordination de comportements. On est au cœur du problème de la recherche de l'impossible équilibre entre un maximum de transparence pour les demandeurs et d'une opacité totale pour les offreurs. Pour résoudre le problème, il faudrait, peut-être, comme par le passé pour certains produits, décider d'organiser une cotation unique, transparente et instantanée, avec la formation d'un prix de marché unique correspondant au prix réel des transactions. Ce serait alors sans doute perdre en souplesse et facilité d'accès au marché...

La jurisprudence française a eu l'occasion de se prononcer sur ces questions de diffusion de données dans les relations au sein des syndicats professionnels et des réseaux de distribution. Toujours est-il qu'une MP sera nettement moins susceptible de poser problème si sont accessibles uniquement des informations abrégées telles que des statistiques sur les volumes d'affaire¹⁷⁷. L'accès à des informations plus précises mais de caractère historique c'est-à-dire, selon le marché datant de deux ou trois exercices antérieurs, est tout à fait anodin. La sélection des informations peut constituer une bonne méthode pour se prémunir contre tout risque. Pour des enchères, on peut très bien concevoir que les participants ne se voient pas communiquer le nom de l'enchérisseur ou alors si ce n'est pas le cas que soit fait en sorte que le détail de sa commande ou de son offre ne soit pas visible.

Les professionnels des MP sont attentifs à toutes ces questions et ont, dès l'origine, mis en place des mécanismes pour limiter les risques.

2. Les palliatifs nécessaires à la sauvegarde de la confidentialité des informations

Deux voies d'action s'offrent aux professionnels. Elles peuvent avantageusement être combinées, il est même souhaitable qu'elles le soient. Il est ainsi possible d'agir soit en interne (a) soit en externe (b).

a) La nécessité d'une rigoureuse organisation interne à la place de marché

L'action préventive passe d'abord par des mesures internes. Ces mesures sont avant tout de nature technique et informatique mais elles doivent aussi être managériales, les fuites

¹⁷⁷ L'avis du 14 avril 1983 dans l'affaire du marché des plâtres, carreaux et plaques de plâtres a jugé licite un échange d'informations entre une partie des producteurs de ce secteur du bâtiment, concernant leurs parts respectives de marché.

pouvant par exemple aussi tout simplement émaner du personnel. C'est le fonctionnement global de la place de marché que les autorités de la concurrence peuvent être amenées à contrôler.

D'un point de vue technique il faut dès l'origine travailler sur l'architecture du site. Il faut songer d'emblée aux *fire-walls*, ces murs coupe-feux qui cantonnent les informations dans l'espace Web dans lequel elles sont strictement nécessaires et peuvent être aisément contrôlées. Les procédés cryptographiques et autres certificats digitaux peuvent utilement venir en renfort.

D'un point de vue managérial, les engagements peuvent émaner des entreprises fondatrices, qui dès la création ont pour obligation de réfléchir à la question. Dans l'affaire du site Volbroker.com, la Commission relève, malgré la simplicité de la disposition, que les membres du personnel ou de la direction ne travailleront pas dans les locaux des entreprises actionnaires. Aucun membre du personnel ou de la direction du site ne sera lié contractuellement à ces entreprises. La décision relative à cette bourse de change fourmille de détails. Les représentants des entreprises fondatrices au conseil d'administration du site n'auront pas accès aux informations commerciales sensibles relatives aux autres parties ou à des tiers. Les entreprises actionnaires n'auront pas accès aux systèmes informatiques et de communication de la structure B2B. Une sensibilisation du personnel aux enjeux tenant à la confidentialité des informations commerciales sensibles doit être prévue dès l'embauche. Des sanctions touchant directement les salariés pourront être prévues.

Dans la décision CFL¹⁷⁸, suivant à deux mois d'intervalle l'affaire précitée, la Commission poursuit son œuvre de pédagogie managériale. Il s'agit clairement d'orienter les fondateurs des places de marché quant à l'organisation et au fonctionnement du site. Cette décision revient sur certains aspects déjà abordés et notamment sur les conditions de publication en ligne des offres et des demandes. La coopération des membres, l'ordre du jour et les diverses discussions abordées lors des réunions de toute nature doivent être traitées sous l'angle des exigences de confidentialité. Mieux encore, la Commission encourage vivement à la rédaction d'une charte éthique acceptée préalablement par tous les acteurs de la place de marché.

En dépit de toutes ces mesures, il n'est pas certain que la confidentialité soit assurée à un niveau optimal. La structuration organisationnelle des communautés cybernétiques est loin d'être consacrée.

¹⁷⁸ Affaire CFL : New House/ Jupiter/ Scudder, plates-formes communes de réservation de titres de transport 01/09/2000 aff. COMP/M.2075.

b) Le recours recommandé aux tiers de confiance

La politique que doit adopter toute place de marché digne de ce nom tient en deux mots : cloisonnement et confidentialité. Du fait des nombreux acteurs que peut réunir une place de marché, on peut espérer que la discipline interne suffira à éviter tout dérapage. Mais c'est faire montre d'une confiance trop importante surtout lorsque l'on est en présence de véritables concurrents au sein de la MP. Malgré les efforts d'édification d'un *mur de Chine*¹⁷⁹ entre la joint-venture et ses sociétés mères, il semble difficile d'assurer un niveau de protection efficace. Les difficultés de gestion sont énormes. Bien sûr, il est facile de rétorquer que dans le secteur bancaire et des services financiers, ces contraintes existent depuis longtemps et qu'elles sont scrupuleusement respectées, mais c'est oublier que la confidentialité est la culture de ces métiers. Beaucoup d'autres entreprises ne sont pas habituées à ces enjeux, attendre qu'une culture du secret s'impose peut prendre du temps. Pour accélérer ce phénomène certains sites revendiquent le recours à la labellisation interne. Le maître de place s'engage à respecter certains critères¹⁸⁰. Cette solution comporte des avantages en termes de souplesse de mise en œuvre et de coût mais a évidemment une portée limitée. Il semble nécessaire de chercher une solution auprès de personnes extérieures à l'activité dans laquelle s'inscrit le site. Encore trop timidement exploitée à l'heure actuelle, la solution idéale consiste à confier le contrôle de la gestion, voire la gestion elle-même, à un tiers neutre. Si on ne vise que le contrôle et l'approbation du site on parlera de tiers certificateur, si on envisage d'externaliser la gestion, on fait référence plus globalement aux « neutramediaries ».

Dans la fin des années 90, on présentait les tiers certificateurs¹⁸¹ comme la solution miracle pour résoudre les problèmes de confiance dans le cyberspace¹⁸². Il est vrai que la

¹⁷⁹ La métaphore employée par les informaticiens est reprise par Johan Lücking dans son article " *B2B E-marketplaces: a new challenge to existing Competition Law Rules?*" Cosmo Graham editions in *Competition Law, regulation and the new economy*, Hart Publishing, 2003.

¹⁸⁰ Ces chartes d'éthique comprennent le plus souvent un engagement de protection des données stratégiques et confidentielles, l'information sur les produits et services proposés, un état des mesures de sécurité et le souci général de respect du cadre législatif et réglementaire.

¹⁸¹ Une quarantaine de sites proposent leur service dans ce domaine. Les plus célèbres sont entre autres : Truste, BBBonline, Webtrust souvent en collaboration avec Ernst&Young LLP, Privacy Alliance, Network advertising initiative, Which ?Web, Casetrust, Bureau Veritas WebValue ... Tous ces organismes n'ont pas forcément été déclarés en France.

¹⁸² GAUTRAIS V., *Labellisation des sites et protection des consommateurs : vision comparée*. Revue Contrat Concurrence Consommation, éditions du Juris - Classeur, août - septembre 2001, p.5. L'auteur dresse le constat de la crise de confiance des sites de certification, avant de s'attacher à montrer quelles sont les nouvelles pistes à explorer.

nécessité de leur intervention s'est fait vivement ressentir notamment dans la gestion des fichiers clients des sites B2C. Ces intervenants extérieurs n'ont malheureusement pas été à la hauteur des espérances qu'ils peuvent susciter, et spécialement outre-Atlantique. Les affaires Toysmart.com ou encore Amazon.com¹⁸³ ont très vite montré qu'il ne suffisait pas d'avoir un label de qualité sécurité, encore faut-il qu'un contrôle constant de la charte soit assuré. Le rôle mineur du tiers certificateur met le site dans une situation proche de l'auto-labellisation. Un système de certification de qualité implique une organisation autre que la seule émission du sceau et c'est ce que le législateur français avait compris dès 1994¹⁸⁴. Très vite et en dehors du cas particulier de la France, les professionnels B2C et B2B se sont vus offrir un service comprenant un audit régulier de gestion des informations sensibles. Des vérifications inopinées sont effectuées et les sceaux ont une durée de vie limitée.

Les prestataires externes vont jusqu'à vérifier les « procédures convenues », c'est-à-dire les pratiques spécifiques dont la place de marché voudrait se faire valoir auprès de ses clients ou prospects. Est proposé également de garantir l'identité et l'existence réelle des entreprises en présence sur la place.

En France, l'activité de certification de service ne peut résulter que d'une démarche officielle conformément à la loi de 1994 venue réformer celle de 1978 dite loi Scrivener¹⁸⁵. Seuls des organismes certificateurs, déclarés¹⁸⁶ auprès du ministère de l'industrie, sont habilités à apporter ce service. La certification externe de service nécessite que le cœur de métier de l'entreprise soit cette activité. Sur le terrain, la méthodologie doit suivre les règles opérationnelles et déontologiques de la certification¹⁸⁷. L'intervenant ou plusieurs entreprises certificatrices doivent avoir élaboré un référentiel¹⁸⁸ prenant en compte les attentes des utilisateurs et la réalité opérationnelle des clients. Ce référentiel est un document technique définissant les caractéristiques que doit présenter le service ou le produit et les modalités de

¹⁸³ Dans ces deux cas rapportés par le Pr. Vincent Gautrais, les sites s'interdisaient de revendre leurs fichiers clients. Toysmart, site malchanceux de vente de jouets, et disposant pourtant d'un label Truste, s'est empressé de vendre cet actif incorporel au moment de sa liquidation. Amazon, quant à lui, a changé de politique de gestion de ce fichier, sans prévenir personne.

¹⁸⁴ Loi n°94-442 du 3 juin 1994 relative à la certification des produits industriels et des services complétée par le décret n°95-354 du 30 mars 1995. Textes repris aux articles L.115-27 et R.115-1 du Code de la consommation.

¹⁸⁵ Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 loi dite Scrivener ayant créé les certificats de qualification attestant qu'un produit comportait bien certaines caractéristiques spécifiques suite au contrôle d'un organisme agréé.

¹⁸⁶ La déclaration doit être accompagnée d'un dossier faisant la preuve de l'impartialité et de la compétence du demandeur (art. L.115-28 C. consom.). Le ministre délivre un récépissé si le dossier est complet (R. 115-3).

L'accréditation est facultative et est remise après étude sur le fond du même dossier (R.115-6). L'instance française d'accréditation est le Comité français d'accréditation (Cofrac).

¹⁸⁷ Les métiers concernés sont divers et variés et rassemblent des auditeurs des consultants voire des comités de certification rassemblant les acteurs du marché concerné.

¹⁸⁸ Le référentiel Bureau Veritas Web Value a suivi la procédure française et couvre tous les problèmes auxquels sont confrontés les places de marché.

contrôle de conformité¹⁸⁹. Les organismes certificateurs peuvent déposer leur sceau au titre des marques collectives de certification¹⁹⁰.

Le poids des mécanismes de certification est grandement renforcé par des infractions pénales particulièrement coercitives. A titre d'exemple, le site qui se prévaudrait d'une certification usurpée est passible de 37500 Euros d'amende et de deux ans de prison¹⁹¹.

En amont de la certification mais de façon parfaitement complémentaire à celle-ci, des initiatives de normalisation sont en cours¹⁹². Ce concept renvoie à une démarche d'encadrement technique qui a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée dans les relations entre les partenaires économiques scientifiques, techniques et sociaux¹⁹³. Bien que ces normes ne constituent pas une source de droit contraignant, elles indiquent la marche à suivre. Elles sont d'autant mieux acceptées qu'elles sont le résultat d'un dialogue où une attention particulière a été apportée sur le plan des intérêts catégoriels. A défaut de suivre la procédure officielle rendant ces normes éligibles à une extension obligatoire par décret¹⁹⁴, on devra plutôt parler de code de conduite¹⁹⁵, leur effet est en définitive le même que pour les normes. Les organismes de normalisation ont pour relais les opérateurs accrédités de certification qui s'assurent du respect de ces normes.

Concrètement quel va être le rôle des organismes certificateurs ? En fait, il se peut que son rôle se rapproche de celui d'un arbitre ou d'un médiateur pour toute une série d'incidents, de litiges, souvent d'ordre technique. Il va d'abord certifier les procédures de transaction et en cas de non respect de celles-ci analyser la nature du manquement, mais il peut aussi assurer la conservation de clés de décryptage et éviter de la sorte qu'elles ne restent entre les mains de ceux qui détiennent les supports informatiques à savoir le plus souvent le gérant de la MP. Enfin, son accessibilité et ses connaissances rendent possible un recours rapide et effectif à un avis impartial en cas de contestation portant sur l'une ou l'autre des obligations du contrat. Le participant n'est plus soumis à une MP qui serait juge et partie. Si le tiers de confiance assure

¹⁸⁹ Art. L.115-27 C.consom. Selon le règlement de 1995 (R.115-8), les diverses parties intéressées doivent être consultées et vont valider le document final. Un avis publié au JO signale l'existence du référentiel validé. Cet avis comprend les caractéristiques certifiées faisant l'objet du contrôle (R.115-11).

¹⁹⁰ Art. L.115-28 al.5 C.concom.

¹⁹¹ Art. L.115-30 C.consom. le code prévoit de nombreuses autres incriminations.

¹⁹² L'AFNOR ne semble pas s'être penchée sur la question pour le moment mais le projet de la DG entreprise avec la rédaction d'un code de conduite modèle pourrait à terme prendre la forme d'une norme.

¹⁹³ Cette définition résulte de l'article 1^{er} du décret n°84-74 du 26 janvier 1984.

¹⁹⁴ Art.12 décret n°84-74 du 26 janvier 1984.

¹⁹⁵ Des modèles pour les B2B existent déjà, on peut citer Euroflex (www.euroflex.org), Argez (www.argez), Europacable (www.europacable.com) ou encore la charte de confiance de constructeo.com qui présente le grand intérêt de veiller au respect des grands principes de l'équité et de la concurrence.

véritablement toutes ses fonctions on pourra vraiment parler de « neutramédiaire ». En tout état de cause le rôle de celui-ci doit être clairement défini dans le contrat conclu avec lui. Le coût¹⁹⁶ de la prestation assurée par l'intervenant extérieur sera en pratique l'argument qui incitera les gérants du site à réduire au maximum son intervention...

Les enjeux concurrentiels avec les adhérents de la place de marché sont particulièrement prégnants. Vis-à-vis des tiers, La problématique concerne l'organisation du marché et les modalités d'intervention des autorités de la concurrence.

II. La place de marché électronique et les tiers

C'est en prenant un peu de recul qu'il faut pouvoir maintenant étudier les effets que le fonctionnement de la place de marché peut avoir à l'égard des personnes extérieures à la plate-forme (A). C'est alors qu'il sera possible faire ressortir un modèle d'innocuité des bourses électroniques (B).

A. Les effets de la place de marché électronique à l'égard des tiers

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie¹⁹⁷ rejette la constitution de corps de métiers. Aucun professionnel ne peut se voir contraindre de rejoindre une place de marché. Mais que faire si d'aventure une place de marché devient l'unique moyen pour une PME d'écouler ses produits ? Les sites B2B peuvent modifier la structure du marché, il convient de voir dans quelle mesure la plate-forme ne peut être qualifiée de bien public (1). Les prix aussi peuvent être affectés à la hausse comme à la baisse par l'existence d'une plate-forme (2).

1. Les conséquences sur la structure du marché

¹⁹⁶ A titre d'exemple, le package de base conclu pour une durée de trois ans avec le bureau Veritas WebValue coûte entre 15000 et 20000 Euros. On peut parler d'investissement réel dans la sécurité de la part des MP.

¹⁹⁷ Principe incontournable issu de la loi Le Chapelier (14 juin 1791) et du décret d'Allarde (2-17 mars 1791).

Les visionnaires du début des années 90 prédisaient diversité et créativité sans bornes sur le Web. La réalité se révèle tout autre en matière de B2B. Il faut revenir sur les causes de l'effet réseau (a) avant d'en tirer les éventuelles conséquences (b).

a) L'effet réseau et l'interopérabilité entre réseaux

Le terme réseau ne désigne pas ici la simple interconnexion d'ordinateurs géographiquement éloignés au moyen de télécommunications, Internet représentant alors le réseau des réseaux, concept inattaquable puisque permettant par définition toutes les combinaisons possibles. On vise ici le système résultant du choix de certains opérateurs de se relier entre eux pour constituer leur propre réseau. C'est ce choix qui est le plus intéressant d'un point de vue économique, car il va entraîner certaines conséquences sur le comportement des autres agents économiques. Une place de marché constitue en soi un réseau de fournisseurs et d'acheteurs ayant choisi de se connecter entre eux. La première spécificité des services en réseau est à rechercher du côté de la demande qui engendre de fortes externalités. Cela signifie que l'utilité ou la satisfaction retirée d'un service en réseau dépend positivement du nombre d'utilisateurs de ce service. Les externalités de réseau peuvent jouer sur la qualité du service et sur l'utilité qu'en retire chaque utilisateur. On parle de double externalité¹⁹⁸ lorsque le réseau accueille à la fois des fournisseurs de services et les utilisateurs de ces prestations. L'utilité de se raccorder au réseau pour l'utilisateur dépendra positivement du nombre de fournisseurs présents, soit en d'autres termes du nombre de services offerts. Ainsi, chaque utilisateur du réseau stimule l'offre de nouveaux services et aura indirectement un effet positif sur la satisfaction des clients présents. Par symétrie, chaque nouveau service lancé stimule les adhésions de nouveaux utilisateurs et a indirectement un effet positif sur les gains des fournisseurs de services installés. Du côté des gérants du site, l'intérêt de proposer des services sur ce réseau dépendra du nombre d'utilisateurs. Les places de marché *on-line* reposent sur cette logique de double externalité : l'intérêt du site est une fonction croissante du nombre d'acheteurs et de vendeurs potentiels en présence. Il a pu être évoqué précédemment que, dès la création du site, il faut envisager la possibilité de création d'un abus de position dominante¹⁹⁹.

¹⁹⁸ BASLE M-T. & autres, *E-Europe, le commerce électronique horizon 2010*, Economica 2001, p.17.

¹⁹⁹ KATZ M. & SHAPIRO C., '*Network Externalities, Competition and Compatibility*' (1985) Am Ec rev 75 (3) 424. La théorie de ces auteurs est parfaitement transposable concernant les places de marché B2B.

L'effet réseau peut être atténué si le site est compatible avec d'autres sites concurrents. L'interopérabilité doit permettre au membre d'un réseau de se connecter à un autre réseau sans obstacles tels qu'il se verrait, de fait, entièrement lié à la place de marché initiale. Internet a justement pour qualité essentielle de permettre cette interconnexion et l'accès réciproque d'un site Web à un autre, la difficulté semble donc écartée...pour mieux la retrouver sur le terrain, cette fois, du standard retenu soit du logiciel en cause. On peut très bien imaginer que pour les MP la question porte sur le type de logiciel d'enchères virtuelles. Dans bien des domaines, et à défaut d'accord entre les professionnels d'un métier, on assiste à la domination de fait d'une solution par rapport à une autre. C'est simplement la constatation d'abus manifestes qui éveille l'attention des autorités de concurrence.

Dans son rapport, la FTC souligne d'ailleurs, que l'effet réseau est pro-concurrentiel c'est pourquoi, selon elle, il faut même le préserver ! Certaines pratiques d'exclusivité peuvent être justifiées à ce titre, et afin de conserver une certaine émulation entre places de marché de taille suffisante. La nécessité de l'interopérabilité à tout prix entre les sites ne semble d'ailleurs pas être une nécessité impérative pour l'agence gouvernementale, d'autant que l'interaction entre MP est peu claire et peut être source d'autres problèmes en termes de transfert de fichiers clients. Ces questions sont purement prospectives mais permettent de relativiser certains enjeux.

Il n'empêche que, à plus brève échéance, les tiers à une place de marché leader dans son secteur pourront très vite se trouver dans une position d'isolement inquiétante. Seule la jurisprudence peut venir à leur rescousse.

b) La place de marché un bien public ?

Un tiers à la place de marché peut se trouver dans la situation critique dans laquelle le site constitue un goulot d'étranglement obligé pour accéder à ses clients ou à ses fournisseurs. Comme cette facilité ne peut être dupliquée à des coûts raisonnables, elle confère à ses propriétaires un avantage stratégique dont ils peuvent abuser et dont les victimes seront aussi bien les non membres interdits que les membres non actionnaires de la MP. Face à une telle situation les autorités de concurrence et à l'origine la FTC, raisonnent en termes d'infrastructures essentielles. En droit de la concurrence, la Cour d'appel de Paris²⁰⁰ a défini l'infrastructure essentielle comme :

²⁰⁰ CA Paris, 1^{ère} Chambre, section H, 09/09/97, SARL Héli-Inter Assistance, BOCCRF 07/10/1997, p.694 .

« des installations, des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leur activité et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables. »

Trois critères permettent de caractériser l'existence d'une infrastructure essentielle. En premier lieu, il faut un ou plusieurs opérateurs en situation de position dominante, voir de monopole. En second lieu, l'existence d'installation ou d'équipement spécifiques et hors du domaine public doit être rapportée. En troisième lieu, ces facilités doivent être essentielles pour atteindre la clientèle ou exercer l'activité en cause.

En droit communautaire, il faut rapporter l'existence d'une position dominante au sens de l'article 82 du Traité, les autres conditions sont les mêmes et l'analyse globale ne varie donc presque pas. Dans l'affaire Oscar Bronner²⁰¹, la CJCE a mis au point un test relativement restrictif. Un refus d'accès à une facilité doit être susceptible d'éliminer toute compétition y compris sur les marchés voisins. On retrouve l'idée dans cet arrêt de l'absence ou de l'impossibilité d'alternatives à moins que ne soit parfaitement justifié cet état de fait. Lorsque l'infrastructure essentielle est caractérisée, la conséquence première est de permettre aux tiers refoulés d'y avoir accès moyennant paiement d'un prix raisonnable correspondant aux frais d'entretien²⁰². Mais de telles décisions sont rares. Dans l'affaire Bronner précitée, un éditeur de journaux souhaitait accéder à un réseau de distribution à domicile. Suite à un refus de l'exploitant un recours a été porté devant les instances européennes. Finalement la CJCE a rejeté la demande tendant à la reconnaissance d'une facilité essentielle du fait que le portage à domicile n'a pas été jugé indispensable étant donné l'existence d'autres modes de distribution. L'argument du demandeur selon lequel la création d'un réseau de portage concurrent n'aurait pas été rentable n'a pas été jugé recevable. La démonstration de ce point doit être largement étayée de statistiques et autres études de marché à l'appui.

La théorie des infrastructures essentielles a-t-elle des chances d'aboutir un jour pour des places de marché ? Le caractère immatériel de la structure en ligne n'est pas un obstacle, récemment, la Commission a admis l'extension de cette théorie concernant l'accès à une base de données²⁰³. Le véritable obstacle tient à la définition étroite du marché pertinent admise par

²⁰¹ Oscar Bronner GmbH & co versus Mediaprints Zeintungs und Zeitschriftenverlag GmbH & co KG [1998] ECR I-7791, 41.Case C-7/97 .

²⁰² La Commission consacre un véritable droit d'accès. Tel a été le cas dans l'affaire de l'aéroport de Francfort, déc. n° 98/190/CE du 14/01/1998, JOCE 11/03/98, L72 p.30.

²⁰³ Affaire IMS du 03/07/2001, COMP D3/38. 044 NDC Health v. IMS Health n°38044 révisée par le jugement du TPICE du 26/10/01aff. T084/01 R , Expertise des systèmes d'informations n°258 04/2002. En France la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée sur la base de donnée safran de France Télécom, C.cass 04/12/2001, FTc/Lectiel et autres, Contrats concurrence consommation n°3 03/2002.

les autorités compétentes²⁰⁴. Les moyens conventionnels de distribution sont une alternative aux MP. Toutefois, comme le souligne la FTC dans son rapport, seule à une appréciation *in concreto* permet de se prononcer justement.

Cette théorie semble décidément difficile à appliquer aux places de marché en ligne car cela signifierait que les canaux traditionnels de vente finiraient par devenir obsolètes. Beaucoup moins théoriques sont les conséquences des bourses en ligne sur les prix.

2. Les conséquences sur le marché des biens échangés

En regroupant les achats de centaines d'entreprises les places de marché en ligne, on peut dire que l'on assiste actuellement à un changement d'échelle inouï en matière de négociation commerciale. Un tel changement ne peut être anodin en droit de la concurrence (a). Plus modestement le recours fréquent aux enchères comme mode de détermination du prix entre professionnels met à l'épreuve les règles de droit traditionnelles (b).

a) La puissance d'achat des plates-formes électroniques

Les coordinations de comportement d'achat posent des problèmes subtils. Il n'existe en effet pas de seuil indiquant qu'un groupement d'achat est contraire à la bonne concurrence²⁰⁵. Seule une analyse concrète du marché d'achat avec observation des concentrations relatives des acheteurs et des vendeurs mais également des marchés aval, permet de trancher. Les associations d'achats de petits fabricants ou de petits revendeurs peuvent être appréciés favorablement. De même, il sera fait montre de clémence à l'endroit d'une bourse électronique offrant simplement un lieu de rencontre entre offreurs et demandeurs²⁰⁶. En revanche, la coordination d'achat permettant des collusions ou, simplement, une réduction d'incertitude sur les marchés de vente sera a priori suspecte. Tout ce qui dans de tels accords, est susceptible de permettre la constitution d'une position dominante sur l'un des deux marchés sera proscrit. Par exemple, la pression collective d'acheteurs pour faire baisser le prix de leurs approvisionnements, si elle risque d'affecter à terme la quantité et la qualité de l'offre, ou de pousser les fournisseurs à compenser les

²⁰⁴ La décision CFL précitée met, par exemple, sur le même plan les places de marché et les autres moyens conventionnels de distribution.

²⁰⁵ Le projet de communication sur les concentrations horizontales ne le prévoit pas non plus (§ 74 à 77).

²⁰⁶ C'est aussi vrai dans le cas d'un groupement d'entreprises concurrentes pour aller négocier et acheter avec des fournisseurs en position de force sur un marché oligopolistique.

baisses de prix accordées par des hausses imposées aux acheteurs moins puissants. La puissance d'achat est reconnue 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 en dessous d'un niveau d'équilibre concurrentiel ou que l'accès au marché peut être fermé aux acheteurs concurrents²⁰⁷. Le développement des places de marché aura pour conséquence inexorable une prise en compte de plus en plus systématique de cette puissance de marché. La fréquence potentielle du problème est nouvelle en droit de la concurrence où les autorités ne sont guère habituées à traiter des cartels d'acheteurs. Les dispositions antitrust s'intéressent traditionnellement à la situation inverse où un fournisseur profite d'une situation économique avantageuse pour augmenter les prix et diminuer les quantités disponibles sur le marché final.

La Commission indique commencer un examen sérieux des parts de marché à l'achat et à la vente excédant 15%. A la lumière du marché pertinent sur lequel les acteurs de la MP agissent, l'agrégation des achats devra être regardée avec d'autant plus d'acuité que les parts de marché sont élevées. La zone de fort risque se situe aux alentours des 30 à 40% de parts de marché. A ce stade d'examen, qui ne s'écarte pas des critères traditionnels, les procédures de négociation ou d'enchères menées par des acheteurs ou des vendeurs puissants doivent rester étanches les uns aux autres et toute coordination relève des interdictions de l'article 81 et de l'article 420-1 du Code de commerce, sauf à ce que l'on soit dans l'un de cas particuliers où la coordination accroît l'efficacité globale et l'intensité de la concurrence sur les marchés concernés considérés globalement. Dans les lignes directrices sur l'application de l'article 81CE aux accords de coopération horizontale, les dangers des accords d'achats sont expressément relevés²⁰⁸. La délimitation du marché pertinent peut, dans certains cas atténuer la prégnance de la place de marché et de ses acteurs sur le marché concerné, dans la mesure où celui-ci serait global²⁰⁹. Le type de bien acheté aussi peut avoir une influence sur l'appréciation du risque. L'achat de services ou de biens participant à l'entretien, la maintenance²¹⁰ aura moins d'impact que l'achat de produits stratégiques entrant directement dans le processus de fabrication²¹¹.

²⁰⁷ Les produits sont alors indisponibles pour d'autres entreprises et au bout du compte d'autres marchés qui peuvent en pâtir.

²⁰⁸ Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale (JOCE C3, 06/01/2001, p.2, note n°1, considérant n° 128). C'est ce texte qui aux paragraphes 130 et 149 fixe les seuils informels précités. A noter que la FTC retient un seuil d'intérêt à hauteur de 30% (FTC report p.15)

²⁰⁹ On rappelle par exemple que dans l'affaire myaircraft.com, il est indiqué que le marché est mondial.

²¹⁰ Décision du 9 octobre 2000.

²¹¹ FTC report p.14.

Le rapport de la FTC pousse le raisonnement plus avant et s'interroge de savoir comment gérer le cas de figure du monopsonne. Ce phénomène est assez rare et désigne la situation dans laquelle un seul acheteur est en présence d'un grand nombre de vendeurs d'un même produit²¹². L'autorité américaine estime qu'on s'approche de cette situation limite quand le marché se caractérise par une asymétrie flagrante entre le grand nombre de vendeurs et le peu d'acheteurs²¹³. Le rapport admet que la règle de raison puisse jouer même en ce cas de figure. La question est controversée et somme toute assez théorique. Il suffit qu'un acheteur extérieur au groupement puisse sans contrainte aucune librement agir, pour que l'état de monopsonne disparaisse²¹⁴.

Le recours aux mécanismes d'enchères a un effet plus directement perceptible à l'heure actuelle que le phénomène de puissance d'achat.

b) Les enchères inversées et l'effet sur les prix

Le mécanisme des enchères n'est pas en soi un problème. Le commerce électronique a mis au goût du jour ce mécanisme de conclusion des ventes. Dans les places de marché B2B, il faut préciser qu'on ne pratique pas les enchères classiques sous l'égide d'un président de vente dûment habilité par le Conseil de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques²¹⁵, mais tout simplement du courtage aux enchères²¹⁶. Les parties seront mises en relation par le site et le prix déterminé par un mécanisme d'enchérissements pouvant d'ailleurs prendre toutes les formes possibles²¹⁷. C'est parce que les enchères comportent nécessairement un aléa faisant que le prix variera toujours selon les enchérisseurs, que des problèmes peuvent surgir au sujet de l'articulation avec les règles nationales sur les conditions

²¹² Définition de BLUMBERG G., Encyclopédia Universalis, Thésaurus.

²¹³ Par extension, il semble qu'en droit américain, le terme de « *monopsony* » corresponde à la notion de puissance d'achat traitée en droit communautaire.

²¹⁴ C'est du moins ce qui est avancé dans le « *Competitor Collaboration guidelines* » §3.35 n.50.

²¹⁵ Longue périphrase pour désigner simplement le commissaire-priseur. La réglementation européenne a nécessité d'ouvrir la profession, d'où un changement, en droit, de la terminologie. C'est la loi n°2000-642 du 10 juillet 2000 codifiée aux articles L.321-1s. du Code de commerce qui a opéré la distinction.

²¹⁶ La réforme du 10 juillet 2000 a pris en compte cette modalité de vente l'assujettissant même à la réglementation des enchères en cas de vente de biens culturels. L'article L.321-3 du Code de commerce pose clairement la distinction et propose dans son alinéa 2 une définition du courtage : « *Les opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique se caractérisant par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties, ne constitue pas une vente aux enchères publique* ».

²¹⁷ Il n'y a pas de limite à l'imagination. On rencontre des enchères ascendantes ou descendantes, des enchères transparentes et itératives ou instantanées, successives ou simultanées, enfin des opérations immédiates ou à terme.

générales de vente et les pratiques discriminatoires²¹⁸. L'enchère peut conduire à un prix s'écartant sans contrepartie particulière des tarifs contenus aux CGV²¹⁹; deux ventes identiques peuvent se conclure à des prix différents. Lors des enchères d'achat les vendeurs n'ont aucune maîtrise de leur déroulement et de leur conclusion. Le feu des enchères peut les conduire là où ils ne pensaient pas aller à l'origine. Au regard du droit actuel²²⁰, ces situations peuvent théoriquement donner lieu à la recherche de discriminations. D'un point de vue économique les critiques portent aussi sur le risque d'abus de position dominante, notamment dans le cas d'enchères inversées. La pression exercée par les acheteurs sur les vendeurs ne connaît aucune limite et confère une prime aux acheteurs et vendeurs qui tentent les coups les plus audacieux et les plus tordus. Tous les fournisseurs petits ou grands, sont incités à se comporter en casseur de prix et aucun d'eux ne sait à qui il s'étalonne²²¹. Il semble inévitable a priori que ce type de transaction échappe dans une certaine mesure aux règles traditionnelles. Si cette zone d'exception tolérée actuellement devait être officiellement reconnue, il serait impératif de la préciser²²².

En sus de ces questions, il faut signaler toutes celles soulevées par l'emploi de la technique des enchères. En l'absence de tiers de confiance, il semble difficile de garantir la loyauté des enchères. Quid si un adjudicataire refuse de payer? Comment s'assurer que l'organisateur des enchères ne participera pas lui-même pour faire monter artificiellement les

²¹⁸ Il faut souligner que ces règles sont d'application territoriale. Peu importe la loi choisie par les parties au contrat de création de la place de marché, ce qui va compter c'est la détermination de l'établissement stable de la plate-forme. La directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 tente de définir cette notion rapportée au cyberspace dans son considérant 19 : « *Le lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée. Cette exigence est également remplie lorsqu'une société est constituée pour une période donnée. Le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique. Dans le cas où un prestataire a plusieurs lieux d'établissement, il est important de déterminer de quel lieu d'établissement le service concerné est presté. Dans les cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique.* » La loi de transposition française dite loi sur l'économie numérique devrait reprendre la même idée.

²¹⁹ La violation de l'article L.442-6 I. du Code de commerce est patente.

²²⁰ Les pratiques restrictives de concurrence des articles L.442-1s du Code de commerce peuvent être aisément caractérisées du seul fait de l'usage du mécanisme d'enchères. Attention toutefois ! La notion de revente à perte (art.L.442-2 C.com) ne s'applique que dans le cas de la revente au consommateur. De même, le concept de prix prédateur (art.L.420-5 C.com) concerne aussi la revente généralement en grande distribution de produits sous marque de distributeurs. Les MP peuvent avoir pour conséquences indirectes ces incriminations.

²²¹ VOISIN J., *Enchères inversées: le travail n'est pas une marchandise!* Les échos 10 décembre 2002

²²² La « circulaire Dutreil » du 26 mai 2003 introduit la notion de conditions particulières de vente. La jurisprudence devra préciser l'étendue de cette ouverture on peut s'interroger sur le point de savoir si elle pourra profiter aux places de marché « françaises » tout en supposant au préalable que la MP soit qualifiée de distributeur ?

prix, le tout, sous couvert de l'anonymat supposé nécessaire pour éviter les risques d'ententes ?

Les règles actuelles témoignent d'une certaine inadaptation appelant sinon une réponse des autorités de la concurrence, une réponse du juge voire du législateur.

Dans une optique de conseil, il faut pouvoir rappeler à tout candidat à l'aventure B2B quels sont les pièges à éviter.

B. L'activité des autorités de la concurrence et la recherche d'un modèle vertueux de place de marché

Les autorités de la concurrence sont appelées à jouer un rôle de plus en plus actif et en amont des violations de concurrence. Leur travail d'investigation est renouvelé (1). Elles participent à la quête d'une place de marché respectueuse du droit (2).

1. Le travail d'investigation des autorités de la concurrence

Les places de marché douteuses au regard des règles de concurrences pourraient avoir le faux espoir de tabler sur le flou d'attribution de compétence entre les différentes autorités de concurrence (a) et de l'inadaptation des textes permettant la poursuite (b), pour échapper à leurs obligations. Fort heureusement, il n'en est rien en réalité.

a) La compétence territoriale des autorités de la concurrence

Quoi de plus tentant que d'espérer pouvoir échapper au droit, du simple fait que les activités illicites se trouvent sur Internet ? Une place de marché peu scrupuleuse pourrait très bien baser le serveur²²³ abritant le site dans un paradis *off shore* et ainsi espérer être à l'abri de toute poursuite judiciaire. Ce raisonnement peut encore malheureusement se vérifier dans les faits concernant des sites commerciaux douteux au chiffre d'affaire modeste. Compte tenu du caractère modique des sommes en jeu et du faible nombre de consommateurs concernés,

²²³ Le critère contesté du serveur pour situer physiquement un site a été celui retenu par l'OCDE à l'origine depuis 2002 et à l'instar de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, on retient le lieu où est exercé l'activité économique ou à défaut le lieu à partir duquel est fournie de la prestation.

sans parler de la complexité des formalités judiciaires transnationales, les procédures n'aboutissent souvent pas. Il ne saurait en être de même en droit de la concurrence. Faut-il rappeler que ce droit permet d'appréhender les problèmes dans leurs effets, peu importe le lieu d'établissement des entreprises en tort. Il a pu aussi être évoqué au cours de cette étude le poids grandissant des sanctions en cas de contournement de ces règles.

Compter sur le flou de la répartition de compétence entre autorités communautaire et nationales est tout aussi illusoire. Les critères répartiteurs de compétence sont assez clairs²²⁴. En cas de doute, il est toujours possible de solliciter par la voie officielle les autorités de la concurrence susceptibles de pouvoir connaître de l'affaire. Sur le fond du droit, le forum shopping n'a strictement aucun intérêt. D'une part parce que parmi les membres de l'OMC, les règles de droit ont plus ou moins toute la même inspiration, d'autre part parce qu'il a été dit qu'en cas de doute sérieux les autorités peuvent se saisir d'office. Sur le fond du droit, il faut ajouter qu'en Europe²²⁵, les règles sont très homogènes et la prévalence du droit communautaire est remarquable²²⁶. Le règlement de décembre 2002 dans son article 3, introduit la notion de décentralisation du droit communautaire, ayant pour conséquence que toute autorité nationale ayant à traiter d'une procédure nationale mais ayant un effet sur le commerce européen, doit inclure et appliquer les articles 81 et 82.

Pour éviter tout sentiment d'impunité, les autorités doivent s'adapter aux nouveaux défis du B2B.

b) Les nouvelles méthodes d'analyses et d'investigation

En raison de la dématérialisation des documents permettant d'avoir une traçabilité des prix et des volumes échangés, il est à craindre que les pratiques collusives des participants à la place de marché soient plus difficiles à prouver. Aux dires des inspecteurs eux-mêmes²²⁷, un renouvellement des modalités d'enquête s'impose.

Il est nécessaire de pouvoir développer notamment des investigations au-delà du simple niveau des pages accessibles au public. Ces dernières sont en réalité une simple vitrine des services proposés et les meilleures intentions y sont affichées, de même que les garanties

²²⁴ Voir annexe.

²²⁵ L'Europe au sens des 25 ainsi que de la Norvège, l'Islande et la Suisse en tant que membres de l'EEE.

²²⁶ Communication Com 15/10/97, point 17 et s., JOCE 15/10/97, n°C 313, p.3

²²⁷ GALLOT J., (directeur de la DGCCRF), discours de clôture à la conférence nouvelle économie et concurrence, revue de la concurrence et de la consommation, n°121, mai-juin 2001, p.20

les plus sérieuses. L'accès aux pages interactives et essentiellement aux catalogues, appels d'offre et enchères n'est possible qu'après examen du dossier du candidat à l'entrée et obtention d'un numéro d'identification personnel et d'un mot de passe confidentiel. Certains spécialistes assimilent les réseaux MP à de l'intranet interentreprises. Ces obstacles virtuels ne doivent pas empêcher de procéder à des contrôles.

La première démarche consiste à déterminer la nature juridique des pages non accessibles au public. On peut considérer en faisant un simple parallèle avec les entreprises traditionnelles qu'il s'agit de l'équivalent des locaux de la place de marché. Les enquêtes peuvent parfaitement être effectuées par la mise en œuvre des pouvoirs classiques confiés aux agents de la DGCCRF par les articles L.450-3 et L.450-4 du code de commerce. Au niveau communautaire, la Commission peut procéder par voie de demandes écrites²²⁸ et surtout par voie de vérifications auprès des entreprises²²⁹. Elle effectue elle-même ces vérifications ou par l'entremise des Etats membres pour son compte. Ces contrôles ne sont possibles que s'il existe une présomption suffisante d'infraction²³⁰. La Commission ne dispose pas du pouvoir de contrainte, en cas de refus d'une entreprise de se soumettre à son pouvoir d'enquête ou même simplement pour anticiper un refus très probable²³¹, elle demandera aux autorités nationales de lui donner les moyens de perquisitionner. En France c'est le juge des libertés et de la détention, du Tribunal de grande instance du ressort duquel les lieux sont visités, qui délivrera une ordonnance. Ce sont alors les agents nationaux qui prêtent main-forte aux mandataires communautaires²³².

Refuser de se plier aux contraintes d'une inspection peut coûter cher²³³. Inversement une collaboration constructive avec les autorités peut être récompensée²³⁴.

Des mesures provisoires peuvent être nécessaires si, dans l'intérêt des Etats membres et des entreprises, il faut éviter que des dommages irréparables ne soient causés²³⁵. En droit français, il est possible d'avoir recours à des mesures conservatoires. Elles permettent le rétablissement

²²⁸ Art.11 du règlement 17/62, remplacé en 2004 par les articles 20 et 21 du nouveau règlement de 2002.

²²⁹ Art.14 du règlement 17/62, remplacé en 2004 par les articles 20 et 21 du nouveau règlement de 2002.

²³⁰ La CJCE apprécie cette condition de manière souple une simple corrélation entre la demande de renseignements et l'infraction présumée suffit. (CJCE 19/05/1994, Aff. C36/92 Rec.CJCE I. p.1932)

²³¹ Cass.com 11/01/2000, N°97-30 .109, D2000 cahier aff. jurisprudence p.132.

²³² Art.20-6 du nouveau règlement.

²³³ L'article 23 du nouveau règlement prévoit une amende jusqu'à concurrence de 1% du chiffre d'affaire total réalisé au cours de l'exercice social précédent. C'est un changement important le règlement 17/62 fixant jusqu'à présent ces amendes entre 100 et 5000€. En droit français, l'article L.450-8 prévoit un emprisonnement de 6mois et 7500€ d'amende.

²³⁴ Si l'entreprise a collaboré durant toute la procédure, la Commission peut tenir compte de cette circonstance atténuante dans la détermination de l'amende finale. Une réduction de l'amende finale est même envisageable si des informations à valeur ajoutée sont fournies.

²³⁵ Cette faculté de prendre des mesures provisoire a, pour le moment encore, un fondement jurisprudentiel (CJCE 17/10/1980, Camera care rec. CJCE p.119). Le règlement de décembre 2002 l'intègre en son article 8.

de l'équilibre concurrentiel sur le marché. C'est particulièrement nécessaire dans le domaine de l'Internet et du commerce électronique, où la réactivité conditionne souvent l'efficacité des décisions et l'effectivité du droit de la concurrence. Le conseil de la concurrence a d'ores et déjà eu l'occasion de prononcer de telles mesures conservatoires dans des affaires concernant le secteur des télécommunications et l'accès à Internet²³⁶. Le ministre de l'Economie, lorsqu'il saisit le Conseil de la concurrence, ou les représentants de la DGCCRF en qualité de Commissaire du gouvernement devant ce Conseil milite en faveur de l'adoption de ces mesures.

Malgré ces moyens de droit, il faut, d'après le responsable de la DGCCRF, en revanche, une évolution de la formation des enquêteurs et un élargissement de leurs compétences en matière d'accès à de nouveaux supports d'enregistrement d'information et d'enquête sur les systèmes informatiques et sur Internet. Les échanges d'expériences et de formation se développent au niveau international, notamment dans le cadre des accords avec les Etats-Unis et le Canada. La création, le 27 novembre 2000, d'un centre de surveillance électronique situé à Morlaix vient renforcer la capacité de détection des problèmes éventuels. La DGCCRF renforce ainsi le réseau de surveillance créé en 1996 pour adapter son rôle de contrôle et de conseil aux nouvelles techniques de communication et d'information. Il s'agit de permettre à tous les usagers du Web un traitement rapide de leurs questions ou réclamations, d'assurer un service de veille concurrentielle face à la croissance rapide d'Internet. Ce centre assure aussi une mission en droit de la consommation.

Dans leur rôle de prévention, quelles sont les propositions des autorités de la concurrence aux fins de la rédaction d'un code de conduite ?

2. Le paradigme de la place de marché vertueuse

La Commission, au travers des différentes décisions rendues jusqu'à présent, préconise deux axes de travail. Il importe, selon elle, de porter un soin tout particulier à la conception du site (a), de même que de privilégier certains aménagements contractuels (b).

a) Le travail sur la conception du site

²³⁶ Décision 98-MC-03 du 19 mai 1998, « Internet dans les écoles » relative à une demande de mesures conservatoires de l'Afopt, décision 99-MC-06 « Grolier Interactive » du 23 juin 1999 lors du lancement par l'opérateur historique de la technologie de l'ADSL. Décision 00-MC-01 du 18 février 2000 « 9 Télécom réseau », CA Paris du 30 mars 2000 encore pour l'ADSL...

Le site par principe et comme n'importe quel autre doit être facilement accessible sous réserve, bien sûr, d'une possible sélection sur critères objectifs. Ce principe d'ouverture est déterminant pour éviter de tomber sous le coup de l'abus de position dominante²³⁷.

Le sondage réalisé par la DG entreprise révèle que plus de 80% des membres professionnels concernés sont soucieux de la protection crédible des informations sensibles et souhaitent la mise en place de garde-fous robustes. Il leur est répondu de mettre en place un mur de Chine afin d'enserrer les données dans les différents espaces Web desquels elles ne doivent pas sortir. Le recours à un tiers certificateur, même s'il n'est jamais clairement imposé, est en filigrane chaudement recommandé²³⁸.

La place de marché doit éviter d'avoir recours à des standards informatiques rendant l'accès à d'autres sites en ligne impossible ou déraisonnable, financièrement parlant.

De simples dispositions contractuelles peuvent permettre de pallier les difficultés les plus prégnantes.

b) Les aménagements contractuels nécessaires

Le rapport de la FTC tient pour fondamental le contrat conclu par les parties en présence au sein de la place de marché. Lui seul permet d'instaurer un véritable équilibre dans cette structure. Pour la rédaction de la charte du site, le droit financier pourrait apporter d'utiles précisions. Ce droit ne peut s'appliquer²³⁹ en tant que tel aux places de marché en ligne, sauf à prévoir la vente à terme de marchandises²⁴⁰. Il peut en tout cas de par les objectifs de liquidité, sécurité et moralité qu'il poursuit, fournir des solutions concrètes à certains problèmes comme cela a pu d'ailleurs déjà être évoqué au travers de la jurisprudence sur les bourses de Londres²⁴¹.

En substance et au travers des décisions de la Commission, il apparaît que les sociétés actionnaires doivent prendre l'engagement formel de ne pas abuser de leur position favorable.

²³⁷ Cf. article de J. Lücking.

²³⁸ Dans la lettre des matinées débat sur le thème des places de marché, les auteurs rapportent les propos de membres du Bundeskartellamt allant jusqu'à conseiller d'externaliser complètement la gestion de la place de marché à des neutramédiaires. Cette position est quand même quelque peu excessive, pour ne pas dire dirigiste.

²³⁹ On distingue en effet traditionnellement les bourses de valeur des bourses de commerce. Les premières concernent les opérations sur les instruments financiers, les secondes de la vente de marchandises.

²⁴⁰ Art.L.221-1, I 4 du Code des marchés financiers. On dépasserait véritablement en ce cas le cadre de la notion de place de marché au sens de la présente étude.

²⁴¹ Voir Supra.

Elles doivent se soumettre elles-mêmes au règlement de la plate-forme et renoncer à l'obtention de toutes informations autres que celles les concernant directement.

Plus généralement, le contrat doit permettre d'éviter toute forme de discriminations tant à l'entrée, que pendant et à la fin de l'utilisation de la MP.

En outre, les places de marché ont intérêt à ne pas inclure de clauses d'exclusivité autres que celles strictement nécessaires à la préservation des effets pro-concurrentiel du service en ligne.

L'achat en ligne, tout comme la commercialisation, doivent se faire en conformité avec les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale.

Pour être encore plus explicite, il est possible en conclusion de suggérer le strict respect d'un triangle de vertu.

Conclusion

Jusqu'à présent, les règles traditionnelles ont semblé suffire pour répondre aux problèmes soulevés par les places de marché en ligne. Ce constat positif est dû en grande partie à la responsabilité des structures elles-mêmes qui ont fait preuve d'anticipation et d'autoévaluation. Les initiatives privées de rédaction de codes de bonnes conduites sont apparues très tôt et il semble que l'enjeu de la situation au regard du droit de la concurrence ait été pris au sérieux dès l'origine. Il faut ajouter à cela une certaine clémence des autorités de la concurrence. Mais avec la généralisation des bourses électroniques et les inévitables effets pervers qui en découleront, cette attitude bienveillante ne sera sans doute pas maintenue. Les règles de droit elles-mêmes ne résisteront peut-être pas aux assauts d'un phénomène à la fois novateur et de grande ampleur. Une adaptation des règles en découlera à coup sûr. Les velléités de légiférer se concrétisent parfois plus vite qu'on ne le souhaite. Il ne faudrait pas que les différents législateurs ne s'emparent du sujet pour faire des places de marché, des nouveaux marchés réglementés. On imagine alors un encadrement administratif des gestionnaires de la structure, des regroupements autoritaires au besoin sur des sites centralisés et enfin pourquoi pas, des cotations uniques sous l'autorité d'un arbitre agréé.

Cette orientation a heureusement peu de chance d'aboutir, la tendance étant à éliminer les vestiges de l'économie administrée. Mais encore une fois, il ne tient qu'aux plates-formes elles-mêmes d'éviter ces dérives. Pour limiter à tout point de vue les risques juridiques, il faut anticiper ces transformations potentielles. La licéité des places de marché électroniques s'inscrit aujourd'hui comme demain dans un triangle d'or dont les trois côtés sont : l'indépendance, la non discrimination et la confidentialité.

Annexes

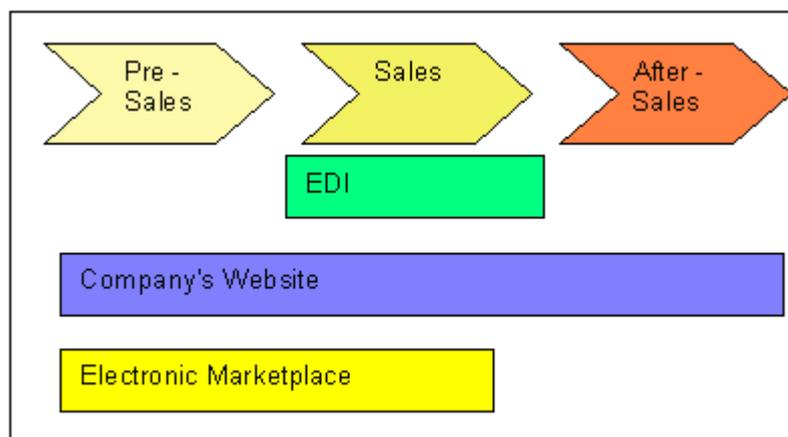
Annexe 1.1 – Le modèle de transaction des places de marchés entre professionnels



Source : SAP AG

Légende : Le schéma économique des places de marchés en lignes peut prendre la forme d'un papillon, dont l'une des ailes représente les offreurs et l'autre les acquéreurs. Le logiciel de la place de marché est figuré dans l'encadré central, il coordonne les processus économiques des deux catégories d'intervenants. Plus les ailes sont grandes plus les services offerts par la place de marché sont nombreux.

Annexe 1.2 – Le rôle d'une place de marché



Source : www.emarketservices.com

Légende : Le rôle des places de marché électroniques est très varié. Il comprend au minimum des services antérieurs à la vente ou concernant la vente elle-même. Les sites Web les plus évolués de bourses électroniques incluent aussi des services liés à l'après vente voire à la gestion prévisionnelle des stocks de matières premières dans le cadre d'une gestion en flux tendus.

Annexe 2 – Les places de marché dans leur environnement

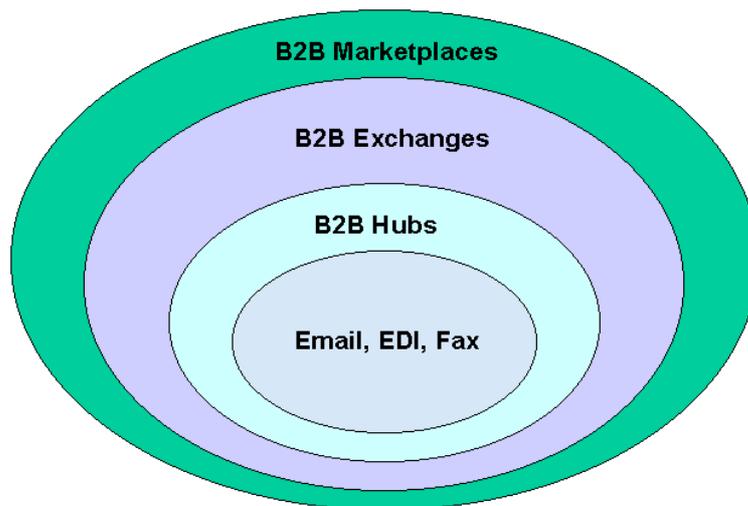


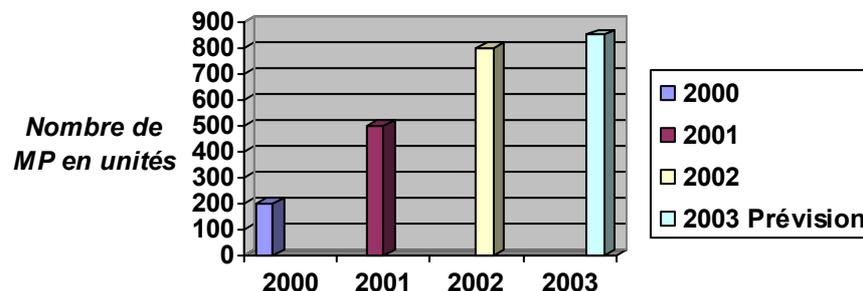
Figure 2.0 Hubs, Exchanges and Marketplaces in context

Source : http://www.mysupplychain.co.uk/b2b_portals.htm

Légende : Les places de marché B2B situées dans l'environnement global des échanges électroniques entre commerçants. Les MP ne se substituent donc pas aux autres formes d'échange. Elles s'y superposent en proposant des services innovants. L'EDI (electronic data interchange) est encore utilisé dans des industries telles que l'automobile, la grande distribution.

Les B2B hubs et B2B exchanges correspondent en fait à des solutions informatiques à périmètre d'intervention restreint (Intranet commun avec un fournisseur, un sous-traitant).

Annexe 3.1 – Les places de marché en chiffres, en Europe

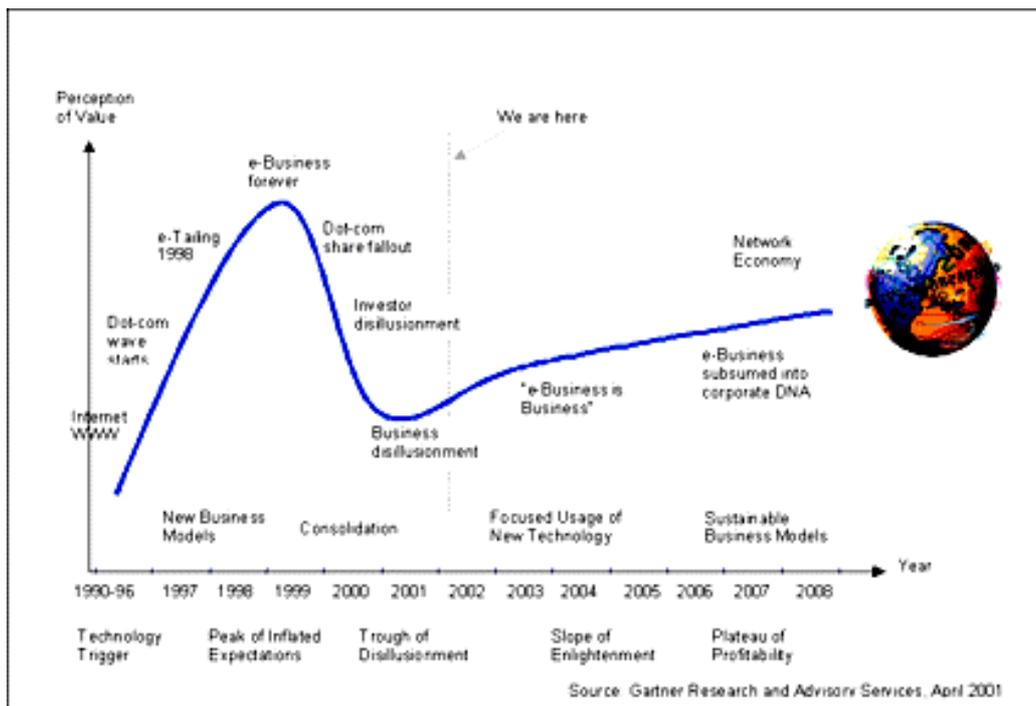


Origine des données : www.emarketservices.com

Légende : Jusqu'en 2002, la progression des places de marché a été soutenue. Après l'émergence de l'E-économie, les places de marché représentent véritablement la

concrétisation de la rencontre entre l'ancienne et la nouvelle économie²⁴². Cependant les nouvelles créations se font rares. Les analystes spécialisés annoncent une restructuration du secteur et estiment qu'à terme en Europe le nombre total de places de marché devrait se stabiliser entre 380 et 540. Pas plus de 1200 sites viables dans le monde sont envisagés.

Annexe 3.2 – La courbe caractéristique du développement de l'E-économie



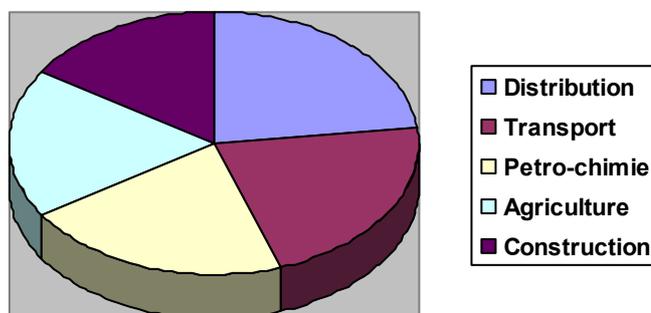
Légende : malgré un décalage dans le temps cette courbe s'applique aux places de marché en ligne. Un phénomène de concentration est à prévoir entre les MP actuellement disponibles. Les Bourses électroniques suffisamment liquides continueront à n'en pas douter à connaître une croissance soutenue, la perspective de l'économie globale en réseau y contribuant fortement.

²⁴² Goldman Sachs, *The Old World meets the New Economy: B2B in Europe - Book 2* (London, 2000)

Annexe 4 – La répartition des places de marché par domaine d’activité en avril 2001 parmi les 222 MP principales.

Distribution Alimentaire	51
Transport	48
Chimie et plastiques	47
Agriculture	41
Construction	35

Sources: Management Consultancy, April 2001, Gartner, AMR



La présentation en diagramme camembert des données chiffrées ci-dessus permettent de mieux appréhender la répartition équitable des places de marché par secteur d’activité. Les sites dominants retenus mettent en exergue l’absence de site généraliste. Il semble que pour être viable une place de marché doivent se rattacher à un domaine de l’ancienne économie quitte à recourir au besoin à des solutions d’interconnexion entre sites complémentaires pour répondre aux attentes des adhérents.

Le site *emarketservices* fait, quant à lui, une rapide présentation des 27 places de marché dominantes. Ce sont dans les secteurs de la distribution, de l’automobile, de la construction (BTP) et de l’aéronautique que les plates-formes B2B semblent avoir le plus de succès.

Annexe 5.1 – Tableau synoptique des places de marché au regard du droit communautaire de la concurrence

		Filiale commune		Filiale commune non autonome
		concentratif	coordinatrice	
Qualification procédurale	Entente			X
	Concentration	X	X	
Nature du contrôle	Bilan économique		X	X
	Bilan concurrentiel	X		

Annexe 5.2 – Les seuils de sensibilité des différents types de places de marché en droit des ententes

	Accords horizontaux divers	Accords d'achat	Accords de recherche développement	Accords de production conjointe
Seuils en %	15% ²⁴³	15% ²⁴⁴	25% ²⁴⁵	20% ²⁴⁶

²⁴³ Seuil indicatif résultant des décisions rendues par la Commission pour toutes sortes d'accords entre concurrents hors hypothèses prévues spécialement par un texte.

²⁴⁴ Seuil résultant des lignes directrices sur les accords horizontaux du 06/01/2001, § 130 et 140.

²⁴⁵ Seuil résultant du règlement 2659/2000 valable pour les accords entre entreprises concurrentes.

²⁴⁶ Seuil résultant du règlement 2658/2000 sur les accords verticaux de spécialisation.

Annexe 6 – Dimension communautaire d'une opération de concentration

Une opération est de dimension communautaire et soumise à l'appréciation de la Commission, tout d'abord lorsque :

- Le chiffre d'affaire total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées par le projet représente un montant supérieur à 5 milliards d'Euros ;

Et

- Le chiffre total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'€, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre.

Le règlement modificatif n°1310 du 30/06/97 a ajouté de nouveaux seuils de compétence à la Commission, applicables seulement si les seuils précédents ne sont pas atteints.

Le règlement s'applique également lorsque :

- Le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'€
- Le chiffre d'affaire total réalisé par toutes les entreprises concernées dans chacun d'au moins trois Etats membres est supérieur à 100 millions d'€
- Dans chacun d'au moins trois Etats membres, le chiffres d'affaires, réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées, est supérieur à 25 millions d'€

Et

- Le chiffre total, réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées, représente un montant supérieur à 100 millions d'€, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même Etat membre.

Annexe 7 – Procédure schématisée d'une concentration devant la commission

- 1) Pré-notification : obligatoire pour les parties en cause.
- 2) Vérification de la dimension communautaire du projet :

- Non : intervention possible d'une autorité nationale
- Oui



- 3) Compatibilité du projet avec le Marché Commun ?

Doutes sérieux ? Non : projet accepté

Oui : investigations supplémentaires



- 4) Doutes sérieux : ouverture d'une procédure

- Délimitation des marchés (produits et territoires concernés)
- Création et renforcement d'une position dominante ?

Non : projet accepté

Oui



5) Solutions

- Refus
- Compatibilité sous réserves d'aménagements du projet



Charges et conditions imposées par la Commission

Sources : BASLE M-T. & autres, *E-Europe, le commerce électronique horizon 2010*, Economica 2001, 200p.

Annexe 8 – Exemple d'un code de conduite d'un site de place de marché

Flexible Packaging Europe (euroflex.org)
Code de conduite pour enchères inversées
Novembre 2002

FLEXIBLE PACKAGING EUROPE CODE DE CONDUITE POUR ENCHERES INVERSEES

PREAMBULE

Le commerce électronique offre de grandes possibilités à la société tout entière, y compris à l'industrie de l'emballage souple. Il s'agit de découvrir, de développer, d'exploiter et de soutenir ces possibilités.

Ce code de conduite « enchères inversées », rédigé par FLEXIBLE PACKAGING EUROPE, le forum européen pour l'industrie de l'emballage souple, se propose d'assurer une procédure équitable qui engendrera, à terme, parmi tous les participants aux enchères inversées, une confiance vis-à-vis de cette procédure.

Dans le cadre de ce code de conduite, 'enchères inversées' et 'adjudications électroniques' désignent le même procédé.

Les enchères inversées se différencient des pratiques courantes du négoce et exigent certaines lignes directrices afin qu'elles puissent promouvoir un commerce équitable.

Les autorités gouvernementales en Europe ont incité les associations professionnelles à présenter des codes de conduite clarifiant les responsabilités, y comprises civiles, tout en assurant la sécurité pour tous ceux qui participent aux processus.

En adhérant à ce code de conduite le fournisseur de services et/ou le client qui initie une adjudication électronique souscrit à ces exigences qui feront par la suite partie intégrante du contrat passé entre les parties concernées.

FLEXIBLE PACKAGING EUROPE soutient le commerce électronique et encourage ses membres à saisir les possibilités qu'il présente.

Ce code de conduite constituera un outil important permettant d'y arriver. Il permettra notamment aux entreprises individuelles de décider si elles devaient participer à une passation de marché aux enchères inversées ou non.

La décision quant à la participation sera toujours du ressort de l'entreprise individuelle et n'engagera en rien FLEXIBLE PACKAGING EUROPE.

Transparence :

Il faut faire en sorte que tous les soumissionnaires partent sur un pied d'égalité : le fournisseur de service et/ou le client doit faire en sorte que tous les soumissionnaires respectent toute réglementation (européenne) concernée (en matière d'environnement, de protection du consommateur, de santé et de sécurité, etc.)

Le fournisseur de services et/ou le client doit faire en sorte que les quantités soumises aux enchères constituent un engagement ferme envers tous les soumissionnaires.

Les soumissionnaires doivent garantir leur capacité suffisante et leur aptitude à honorer le contrat et à respecter toutes les spécifications concernant tous les objets et lots pour lesquels des prix sont soumis lors de la vente aux enchères inversées.

Spécifications, conditions

Le client doit établir les conditions obligatoires du contrat et les spécifications du matériau d'emballage au moins 4 semaines avant l'adjudication, délais dans lequel il ne peut plus y avoir de modifications.

Il incombe au client de faire en sorte que les spécifications du matériau d'emballage soient clairement définies et que le matériau corresponde aux buts poursuivis.

Les lots devraient être définis dans l'invitation à participer à l'adjudication. Au cas où le client devrait changer, après l'adjudication, les spécifications et conditions, les fournisseurs retenus auront le droit d'adapter leur prix en conséquence.

A l'opposé d'autres formes de demande de prix servant par exemple à évaluer le marché, le client et le fournisseur de services devraient s'engager à ce que l'enchère inversée donnera lieu à une passation du marché au soumissionnaire(s) que le client aura choisi, à condition que les spécifications soient remplies.

Les conditions du processus d'offre

Le client devrait faire en sorte que le prix d'entrée (ou prix plafond) n'empêche pas le (les) fournisseur(s) actuels de participer à l'adjudication.

Les offres devraient être visibles (dans l'anonymat), de préférence en temps réel pendant la vente aux enchères inversées.

Sécurité et confidentialité :

Le fournisseur de services et le client devront traiter toutes les données relatives à l'enchère inversée de manière confidentielle et seront responsable de toute utilisation abusive que souffriront ces informations.

Notamment, le fournisseur de services et le client ne communiqueront pas à d'autres soumissionnaires ou à des tiers des informations reçues d'un des soumissionnaires.

Responsabilité

Ni le fournisseur de services, ni le client peuvent se soustraire à leur responsabilité en cas de non-respect de leurs obligations ou de négligence.

Le client et le fournisseur de services peuvent être tenus pour responsables, individuellement ou conjointement et séparément, en cas de non-respect de leurs obligations ou de négligence.

En cas de liquidation du fournisseur de services ou dans un quelconque autre cas le mettant dans l'impossibilité d'honorer ses obligations, le client reprendra à son compte ses obligations.

Supervision

Le fournisseur de services est tenu de garder le procès-verbal de l'adjudication pendant une durée dépassant d'un an la durée du contrat conclu à la suite de cette adjudication. En cas de litige concernant l'adjudication, ce procès-verbal doit être consulté.

A la demande du client et/ou du soumissionnaire le procès-verbal des soumissions/de l'enchère inversée doit être mis à disposition d'un auditeur externe indépendant.

Si le non-respect des règles gouvernant l'enchère inversée est constaté, les données relatives seront communiquées à la partie requérante, et ce dans le respect de la confidentialité des données relatives à des tiers.

La partie requérant l'audite en supportera les frais.

Annexe 9 – Les solutions techniques en matière de gestion de données proposées par les concepteurs de sites

« SunScreen EFS est un serveur de sécurité haute disponibilité très rapide pouvant être déployé dans l'ensemble d'une entreprise. SunScreen EFS est un composant essentiel de SunScreen Secure Net, un produit de sécurité complet, souple et abordable qui protège les ressources de l'entreprise, assure la sécurité des intranets et des extranets et offre un accès distant sûr aux employés mobiles ou distants.

Les besoins relatifs à la sécurité n'ont plus seulement pour objectif de prévenir les intrusions venant d'Internet, mais également de garantir la sécurité sur l'ensemble du réseau. Longtemps réservées à l'égard d'Internet, les grandes entreprises souhaitent aujourd'hui utiliser son potentiel pour permettre l'émergence de nouveaux modèles d'échanges, tels que des intranets et des extranets sécurisés intégrant des partenaires et un accès distant sécurisé pour les employés.

Face à l'évolution actuelle des entreprises, qui passent du déploiement d'un simple pare-feu pour protéger leurs ressources à l'utilisation d'Internet et des intranets d'entreprise en tant que réseau global d'échanges sécurisés, de nouveaux besoins doivent être couverts par les produits de sécurité.

Un réseau d'échanges sécurisés : le "Secure Business Network"

Le concept d'un réseau global sécurisé n'est plus d'offrir un simple pare-feu filtrant les paquets IP, mais de protéger une infrastructure entière. Dans le cas d'un pare-feu, un mur est fourni pour protéger les ressources situées derrière le pare-feu. Lorsque les entreprises mettent en place un réseau de commerce électronique sécurisé, c'est l'infrastructure toute entière qui doit être protégée. Les départements critiques, les bureaux distants et les entreprises partenaires travaillant avec un réseau de l'entreprise, ainsi que les employés distants, doivent tous être sécurisés. Avec le "Secure Business Network", le réseau qui permet à ces groupes de personnes de communiquer doit être sûr.

C'est pourquoi le déploiement du Secure Business Network exige, au delà du simple pare-feu :

- Des produits complets pouvant être déployés dans l'ensemble d'une entreprise, permettant d'établir n'importe où une défense périmétrique ainsi que des intranets, un accès distant et des extranets sécurisés.
- Une solution économique facilitant un déploiement partout dans l'entreprise. Le Secure Business Network ne devient viable que lorsque la sécurité est intégrée au sein de l'infrastructure du réseau.
- Une technologie de chiffrement standard éprouvée pour les serveurs et les clients multiplates-formes. Elle doit garantir la sécurité des accès distants et des extranets sans limiter l'entreprise à une offre propriétaire du fournisseur.
- La haute disponibilité pour le filtrage et le chiffrement des flux de données, et des performances aptes à fournir la qualité de service attendue par les utilisateurs.
- Une sécurisation des plates-formes fournissant les différents services de sécurité. Trop souvent oubliée, la sécurité de la machine est pourtant un élément essentiel. »

Source : <http://fr.sun.com/produits-solutions/logiciels/securite/efs.html>

Bibliographie

Recueils et monographies:

BASLE M-T. & autres, *E-Europe, le commerce électronique horizon 2010*, Economica 2001, 200p.

BERTRAND, A. & PIETTE-COUDOL T., *Internet et le droit*, Que sais-je, PUF, 2^{ème} édition sept.2000, 124p

BONNEAU Th. & DRUMMOND F., *Droit des marchés financiers*, Economica collection droit des affaires et entreprise, 2001.

BOCHURBERG, L., *Internet et commerce électronique*, 2^{ème} éd., Encyclopédie Delmas, 2001, 350p.

BRAULT D., *Droit de la concurrence comparé. Vers un ordre économique mondial?* Economica, collection droit des affaires et entreprises, 1995

Editions Francis Lefebvre Mémento *Concurrence - Consommation* édition 2002 1500p

Editions Francis Lefebvre Mémento *Communauté -Européenne* édition 2002-2003 1700p

EDWARDS L. & WAELDE C. *Law & the Internet, a framework for electronic commerce*, Hart publishing 2000

FERRIER D., *Droit de la distribution* , édition 2002, Litec.

FONTAINE M. et autres, *Aspects juridiques de l'out-sourcing*, édition 2001, Université de Louvain la Neuve, Bruylant éditeur. 400p.

FRIEDEL-SOUCHU E., *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, Bibliothèque de droit international et communautaire, Paris LGDJ Tome 109, 1994.

KALAKOTA R. & ROBINSON M., *e-Business 2.0, Roadmap for Success*, Addison-Wesley 2000, 500p.

JALLET Th., *Les concentrations dans la distribution*, revue concurrence consommation, 1992 n°65, p.13

LAMY *droit de l'informatique et des réseaux*, sous la direction de M. VIVANT, édition 2002, 1820 pages, numéros 1556s

LAMY *droit économique*, édition 2003, sous la direction de R.BOUT, édition 2003, 2500p, numéro 1880 et tous autres articles sur les concentrations abus de position dominantes, ententes.

LEVY, P. *Cyberculture*, rapport au Conseil de l'Europe, éditions Odile Jacob, 1998, 310p.

LENDREVIE LINDON *Mercator*, 6^{ème} édition, Dalloz 2000 750p

SHAPIRO M., *The Globalisation of Law* (1993) Indiana Journal of Global Studies,
www.law.indiana.edu/glsj/vol1/shapiro.html

TERCINET A., *Droit européen de la concurrence, opportunités et menaces*, Montchrestien Gualino éditeur, 2000, 380p.

TRUDEL, P. et autres, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997, 1000p

VOLLE M., *e-économie*, Economica, 2000, 330p

WHISH R., *Competition Law* Butterworth 2001, 4^{ème} édition 950p

Dictionnaires juridiques

GUILLIEN, R ; VINCENT, J. & autres. *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2001, 566p

SAINT DAHL, H., *Dahl's Law dictionary*, Dalloz, 1995, 852p.

Table de la législation et des rapports institutionnels

France

Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 (codifiée depuis l'ordonnance du 18/09/00, art.L.420-1s. C.com)

Loi n°96-588 dite loi Galland de 1996 du 1^{er} juillet 1996 (art.L.442-6 notamment)

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (art.L.430-1s. C.com), décret en application n°2002-689 du 30 avril 2002.

Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 loi dite Scrivener ayant créé les certificats de qualification attestant qu'un produit comportait bien certaines caractéristiques spécifiques suite au contrôle d'un organisme agréé.

Loi n° 94-442 du 3 juin 1994 relative à la certification des produits industriels et des services complétée par le décret n°95-354 du 30 mars 1995. Textes repris aux articles L.115-27 et R.115-1 du Code de la consommation.

Décret n°84-74 du 26 janvier 1984

La « circulaire Dutreil », circulaire du 16 mai 2003 relative à la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOC0300050C>

Union Européenne

Traité CE (art.81, 81§3 et 82)

Règlement CEE 4064 /89 JOCE 1989 L395 relatif au contrôle des concentrations

Règlement n°1310 /97 JOCE 1997 L80 amendant le règlement 89 sur les concentrations

Règlement n°447 /98 JOCE 1998 L61 relatifs aux notifications aux délais et aux auditions prévues par le règlement de 89

Règlement n°17/62 du 26 février 1962 sur l'application des articles 85 et 86 du Traité (maintenant 81 et 82)

Règlement n°1/2003 du 16/12/2002, JOCE 04/01/2003 L1/1 nouveau règlement sur l'application des articles 81 et 82 du Traité, entrée en vigueur le 01/05/2004

Règlements d'exemption par catégorie du 29 novembre 2000, n°2658/2000 pour les accords de spécialisation, n°2659/2000 pour les accords de recherche et de développement. JOCE 5/12/00, L304 p.3 & 7

Règlement d'exemption relatif aux accords verticaux n° 2790/1999, 22 décembre 1999, JOCE 29/12/1999 L336 p.29

Directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 JOCE n°2000/31

Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale (JOCE C3, 06/01/2001, p.2)

Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 décembre 2000 JOCE 2000 C291

XXX^{ème} Rapport sur la politique de concurrence, 2001.

Communication de la Commission sur la détermination du marché pertinent pour les besoins du droit de la concurrence communautaire. (JOCE C372, 09/12/1997, p.5)
Communication du 2 mars 1998 sur la notion de concentration (CE n°98/C66/01, 2/3/98).

Projet de communication sur l'appréciation des concentrations horizontales en date du 11 décembre 2002

http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final_draft_fr.pdf

Open consultation on "trust barriers for B2B e-marketplaces." Presentation of the main results. 22/06/2002, eur-lex:

<http://europa.eu.int/comm/enterprise/ict/policy/b2b-consultation/b2b-trust-cons-sum.pdf>

États-Unis

Sherman act juillet 1890

Clayton Act 1914

Entering the 21st Century: Competition Policy in the World of B2B Electronic Market places :

A Report by Federal Trade Commission Staff (October 2000) 70p.

<http://www.ftc.gov/os/2000/10/index.htm#26>

Workshop on Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces, Washington DC, (June 30, 2000)

As Reported by Federal Trade Commission Staff.

www.ftc.gov/bc/b2b/b2b.htm

An Overview of Federal Trade Commission Antitrust Activities September 19, 2002

www.ftc.gov/os/2002/09/020919overviewtestimony.htm

Questions to be addressed for the public workshop

<http://www.ftc.gov/os/2000/05/b2bworkshopfrn.htm>

Case studies for the public workshop

<http://www.ftc.gov/opp/e-commerce/websitev.htm>

Royaume-Uni

E-commerce and its implication for competition Policy, Office of Fair Trading (OFT) 308 prepared by Frontier Economics

<http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/eligeyucd2jmolb2rjofshtdhf34rmvi5zmrribew7tpqhsbv5fadaw7gdyeq4pfxbh7wzd4wcf2d5e4fybmsgkmdf/oft308.pdf>

Competition in e-commerce (Dec 2000) A joint OFT and OFTEL study.

<http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/e5zklqme7d275uqnlka5tpurox74jrs6etokcx3wmuk5qxwcdwhtmrmiifrqwibd42jgyfyol75btgkafzrqandkoa/oft327.pdf>

Traités de coopération internationale

- Entre l'Europe et les Etats-Unis : accord de Washington du 23 septembre 1991, entré en vigueur à cette date par effet rétroactif (1995 L132) et complété par l'accord sur la mise en œuvre des principes de courtoisie active (JOCE 1998 L173)
- Entre l'Europe et le Canada : accord de Bonn du 17 juin 1999 avec entrée en vigueur à cette date (JOCE 1999 L175).

Jurisprudence – Décisions des autorités régulatrices de concurrence

Allemagne

Bundeskartellamt affaire Covisint 2000
<http://www.bkarta.de/B5-40-00.pdf>

États-Unis

Affaire Covisint, FTC, 11 septembre 2000
www.ftc.gov/opa/2000/09/covisint.htm

AOL v. GreatDeal.net, Federal Court in the Eastern District of Virginia, 01/1999

France

Cass. Com 6 décembre 1988 n°86-17.310
CA Paris, 1^{ère} Chambre, section H, 09/09/97, SARL Héli-Inter Assistance, BOCCRF
07/10/1997, p.694
CA Paris du 30 mars 2000
T. Com. Nanterre, 4 octobre 2000, D.2001, p.1317.

Union Européenne

- Décisions de la Commission

Affaire Covisint Commission Press release IP/01/1155, 31 July 2001

Affaire UTC/Honeywell/i2/myaircraft.com article 6(1)b-decision of 04.08.2000 Case M.1969

Affaire vollbroker.com Commission Press Release IP/00/896 of 31 July 2000

Affaire EC4EC article 6(1)b-decision of 22/01/01, M2398

Affaire CFL : New House/ Jupiter/ Scudder, plates formes communes de réservation de titres de transport
01/09/2000 aff. COMP/M.2075.

Affaire Deutsche Bank/SAP/JV, au sujet de *Emaro marketplace*. 13/07/00, Case M2027.
Décision rendue sur le fondement de l'article 6(1)b du règlement sur les concentrations.

Affaires Computer Reservation System, Commission, 02/08/99, aff.IV/M.1547 et Lufthansa/Amadeus/Start, COM 23/10/91, M.086

Affaire National Sulphuric Acid Association, Déc. N°89/408/CEE du 9 juin 1989, JOCE 05/07/89 L190 p.22.

Déc. N°95/354/CE Mercedes-Benz c/Kässbohrer 14/02/95, JOCE 6/9/95 L221 p.11

Case C-8/95/P New Holland Ford v. Commission [1998] ECR-565 and Case C-7/95/P John Deere v. Commission [1998] ECR I-3111

Oscar Bronner GmbH & co versus Mediaprints Zeitung und Zeitschriftenverlag GmbH & co KG [1998] ECR I-7791, 41.Case C-7/97

Affaire IMS du 03/07/2001, COMP D3/38. 044 NDC Health v. IMS Health n°38044

Conditions d'admission aux bourses de Londres :

Coffee Terminal Market Association of London Ltd 13.12.1985 Negative clearance Art.81(1) [ex 85(1)]

Official Journal : L 369 - 31/12/1985 Page : 31 Celex No. : [385D05 65](#) - IV/27592

London Cocoa Terminal Market Association Ltd 13.12.1985 Negative clearance Art.81(1)

[ex 85(1)]

Official Journal : L 369 - 31/12/1985 Page : 28 Celex No. : [385D05 64](#) - IV/27591

London Rubber Terminal Market Association Ltd 385D05 66 - IV/27593

London Sugar Futures Market Ltd 13.12.1985 Negative clearance Art.81(1) [ex 85(1)]

Official Journal : L 369 - 31/12/1985 Page : 25 Celex No. : [385D05 63](#) - IV/27590

- Décisions du TPICE

TPICE IMS Health du 26/10/01 aff. T084/01 R , Expertise des systèmes d'informations n°258 04/2002

- Décisions de la CJCE

CJCE 03/07/1991 Akzo affaire 62/86

Jurisprudence sur la lettre de confort:

CJCE, 1^{er} octobre 1998, aff. C279/95/P Langnese Iglo GmbH , Recueil CJCE I p.5609

CJCE, 11 décembre 1980, NV L'Oréal, Rec. CJCE p.3775

Affaire France c/ Commission CJCE 31/03/1998, aff. 68/94 & 30/95.

CJCE 19/05/1994, Aff. C36/92 Rec.CJCE I. p.1932

Articles de revue

CIGREF Rapport sur “*E-procurement et places de marché*”, Club Informatiques des Grandes Entreprises Françaises, Bulletin d’actualité Lamy droit de l’informatique, n°150, Septembre 2002, p.15s.

DUPUIS-TOUBOL F., GUNTHER J-P., LESQUINS J-L, *La matinée débats de la lettre des juristes d’affaires sur les places de marchés en ligne*, compte rendu.

FERRE D. & TRONCOSO FERRER M., *Places électroniques – quelques questions de droit de la concurrence*, Rev. Lamy Dr. Aff. 2001, n°39, p.19

FACCHIN J.-C., *Droit de la concurrence et commerce électronique*, Revue de la concurrence et de la consommation, n°101, janvier 1998, p.17-21

GALLOT J., (directeur de la DGCCRF), *discours de clôture à la conférence nouvelle économie et concurrence*, revue de la concurrence et de la consommation, n°121, mai-juin 2001, p.20

GAST O. & RENAUD O., *Internet et le droit*, Petites affiches, 22/08/01 n°161, p.4

GAUTRAIS V., *Labellisation des sites et protection des consommateurs : vision comparée*. Revue Contrat Concurrence Consommation, éditions du Juris - Classeur, août - septembre 2001, p.5

KÜHN K.-U., ‘*Fighting collusion by regulating communications between firms*’ (2001) Economic Policy, 197.

LA LAURENCIE J.P., GIVRY L., et autres (Cabinet Norton Rose Paris)

- *LNRE et pratiques anti-concurrentielles*
- *LNRE et concentrations*

Bulletin d’actualité Lamy droit économique, *Projet de réforme des articles 81 & 82 du Traité CE n° 141 et 142*, juillet/août 2001

LAFLAMME E. BIGGIO C., *Applying Antitrust Law to B2B Marketplaces*

As appeared in the April 2001 edition of the *Start-Up & Emerging Companies Strategist*.
<<http://www.akingump.com/docs/publication/9.pdf>>.

LÜCKING J., *B2B E-marketplaces: a new challenge to existing Competition Law Rules?*
À paraître: in Cosmo Graham editions in *Competition Law, regulation and the new economy*, Hart Publishing, 2003;

Sur le web: http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_030_en.pdf

MORAND P.-H., *Les enchères électroniques et les marchés publics*, Revue de la concurrence et de la consommation, n°129, sept.-oct.2002

MONTI M., (Commissaire européen en charge de la concurrence), Conférence :

'E-marketplaces : new challenges for enterprise policy, competition and standardisation' on 23-24 April 2001 in Brussels. Speech 01/98 available online

SAINT-PAUL B.Y., Les différents modèles de places de marché en ligne, contribution de recherche école de commerce de Toulouse, septembre 2001, disponible en ligne sur http://www.cyberstrat.net/cyberstrat/places_marché.htm

SHUBBA G.,

- *Antitrust scrutiny of Business-to-Business Web sites*, 2000, consultable sur www.gigalaw.com (<http://www.gigalaw.com/articles/2000/ghosh-2000-11.html>).
- *The antitrust implications of B2B Electronic marketplaces*, 2002, <http://www.gigalaw.com/articles/2001/ghosh-2001-01.html>
- *The legal importance of defining the market on the Internet*, Feb. 2001, (<http://www.gigalaw.com/articles/2001-all/ghosh-2001-02-all.html>)

TACK V., *Commerce électronique et droit de la concurrence*, Journal des tribunaux Droit européen, janvier 2001, p.1-5

VOISIN J., *Enchères inverses: le travail n'est pas une marchandise!*, Les échos 10 décembre 2002

VOGEL L., *Les places de marché et le droit*, revue concurrence consommation, DGCCRF n°121, mai 2001, p.9

VERBIEST T., *Places de marché électroniques : vers de nouvelles règles du jeu?* , 24 septembre 2002 (www.journaldunet.com)

Places de marché, fiche concept

en ligne sur www.appui.market-in-mind/cours/place%20de%20marche/pq_fiches.asp

Sites visités pour les besoins de l'étude

- Sites institutionnels :
 - www.europa.eu.int
 - www.finance.gouv.fr/DGCCRF/
 - www.ftc.gov
 - www.doj.gov
 - www.ofc.gov.uk
 - www.bkarta.de

- Sites informatifs :
 - www.journaldunet.com
 - www.gigalaw.com
 - *What are B2Bs?* http://www.mysupplychain.co.uk/b2b_portals.htm
 - www.emarketservices.com
 - www.zdnet.fr
 - www.lesechos.fr
 - www.cyberstrat.com
 - www.juriscom.net
 - www.droit-technologie.org

- Sites de conception de places de marchés en ligne
 - Ariba, I2, Claris Oracle, SAP (B2B exchange software)
 - Spaceworks, I2 (B2B order management)
 - Order Trust ecredit, webvalue bureau Securitas, Truste, BBBonline (B2B third party services)
 - Webmethods, Vitria (B2B integration to suppliers)
 - Ondisplay, ec-content (B2B content management)
 - Ernst & Young Cap Gemini, (B2B Consulting)

- Sites de places de marchés en ligne
 - Covisint (www.covisint.com) et son concurrent pour l'automobile supplyon, pour les pneus rubbernetwork
 - Myaircraft (www.myaircraft.com) : aérospatial
 - Emaro, freemarkets : Bureaux
 - Constructeo.com (www.constructeo.com) BTP
 - Global Next Exchange (www.gnx.com), Worldwide Rental exchange: grands distributeurs

Liste des abréviations utilisées

B2B	Business to business, relations entre professionnels sur la toile
B2C	Business to consumer, relations professionnel consommateur
B2G	Business to government, relations entre des commerçants professionnels et les personnes morales de droit public de tous horizons
CA	Cour d'appel, Court of appeal
C.civ	Code civil Français
C.com	Code de commerce tel que résultant de l'ordonnance de 2000
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Com	Commission européenne
Cons. Conc	Conseil de la concurrence
DOJ	Department of justice (USA)
FTC	Federal trade commission (USA)
IHH	Indice Herfindahl-Hirschmann
OFT	Office of faire trading (UK)
MP	Market places