

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Annule & remplace le même document du 14 juin 2017

PROBLÈMES DE CONCURRENCE SUR LES MARCHÉS DE L'APRÈS-VENTE

-- Note de référence du Secrétariat --

21-23 juin 2017

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE en tant que note de référence à l'appui du point 4 de la 127e réunion du Comité de la concurrence qui se tiendra les 21, 22 et 23 juin 2017.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans le présent document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays Membres.

*D'autres documents portant sur ce sujet sont disponibles à l'adresse :
www.oecd.org/daf/competition/aftermarkets-competition-issues.htm*

M. Antonio Capobianco, Expert de la concurrence
Courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org

JT03416452

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Résumé

Les marchés de l'après-vente sont très répandus dans l'économie. Du point de vue de la concurrence, le producteur du bien primaire est souvent un fournisseur prépondérant sur le marché secondaire ; il peut ainsi en venir à être en position de force, c'est-à-dire, détenir un « pouvoir de marché » sur le marché de l'après-vente. Il y a donc lieu de se demander si l'intervention des pouvoirs publics en matière de concurrence est propre à garantir la protection du bien-être des consommateurs sur le marché primaire et sur le marché secondaire.

Du fait du niveau de preuve exigé par les tribunaux pour traiter des affaires relatives aux marchés de l'après-vente, les actions à l'initiative de personnes publiques ou privées qui ont abouti ces dernières années sont relativement peu nombreuses. Les points de vue diffèrent sur les raisons à l'œuvre dans la monopolisation des marchés de l'après-vente, et apprécier les effets des pratiques unilatérales de fournisseurs dominants à la fois sur le marché primaire et sur le marché secondaire peut être une entreprise complexe. Ces pratiques (qui relèvent souvent d'une stratégie d'éviction) peuvent parfois être justifiées objectivement par des considérations de propriété intellectuelle et d'efficacité. Dans une perspective de politique publique, l'application du droit de la concurrence impose aux autorités de trouver le point d'équilibre entre deux objectifs : encourager l'innovation et les stratégies d'efficacité sur le marché primaire d'une part, et promouvoir une concurrence effective sur le marché de l'après-vente d'autre part. D'aucuns estiment que le droit de la concurrence n'offre peut-être pas les mesures correctives les plus adaptées face à la monopolisation des marchés de l'après-vente, et que des solutions au titre du droit des contrats ou du droit de la consommation devraient aussi être envisagées pour résoudre les problèmes de concurrence éventuels.

Le présent document récapitule le débat économique sur les marchés de l'après-vente et la façon dont il influence l'approche juridique de l'appréciation des affaires de concurrence sur les marchés de l'après-vente. Il examine les principaux problèmes d'application du droit de la concurrence dans des affaires relatives aux marchés de l'après-vente, en s'intéressant particulièrement aux questions clés de la définition du marché et du pouvoir de marché. Il analyse aussi les pratiques abusives typiques des marchés de l'après-vente et leurs possibles justifications. Sa dernière partie analyse les mesures correctives autres que l'application classique du droit de la concurrence face à la monopolisation de marchés de l'après-vente, telles que l'utilisation des décisions d'engagement et des solutions offertes par les droits des contrats et de la consommation, et fournit des exemples d'approches réglementaires du risque de restrictions sur les marchés de l'après-vente.

Le but de ce document est de proposer aux autorités un cadre analytique pour examiner les problèmes touchant la concurrence sur des marchés de l'après-vente. Il conclut que les actions fondées sur des accusations de monopolisation de marchés de l'après-vente sont possibles, mais que les autorités de la concurrence et les tribunaux ne les poursuivent que dans de rares occasions.

TABLE DES MATIÈRES

1. Introduction	5
1.1. Objet et contexte	5
1.2. Feuille de route et principales conclusions du document	7
2. Le débat économique sur les marchés de l'après-vente et son influence sur l'application du droit	8
2.1 La théorie de l'École de Chicago sur la monopolisation des marchés de l'après-vente	9
2.2 Le point de vue opposé du courant « post-Chicago »	14
2.3 L'influence du débat économique sur les politiques de la concurrence et l'application du droit	18
2.3.1 États-Unis : l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire Kodak (1992)	18
2.3.2 Europe : la décision de la Commission dans l'affaire Pelikan/Kyocera (1995)	20
3. L'application du droit de la concurrence sur les marchés de l'après-vente	21
3.1 La définition du marché pertinent dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente aux fins de l'application du droit	21
3.1.1 Marchés de systèmes	24
3.1.2 Marchés multiples	24
3.1.3 Marchés doubles	25
3.2 Établir le pouvoir de marché dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente	26
3.2.1 La part de marché et le niveau des prix : des indicateurs inadéquats du pouvoir de marché	26
3.2.2 Établir le pouvoir de marché : une étape qui requiert une analyse au cas par cas	28
3.3 Comportement anticoncurrentiel sur les marchés de l'après-vente	29
3.3.1 Vente liée incluant le marché de l'après-vente	30
3.3.2 Refus de vente et autres pratiques d'éviction sur les marchés de l'après-vente	32
3.3.3 Restrictions sur le marché de l'après-vente et droits de propriété intellectuelle	33
3.4 Le rôle des gains d'efficacité et des justifications objectives dans les arguments de défense	36
4. Mesures correctives face aux stratégies de monopolisation du marché de l'après-vente	38
4.1 L'utilisation des mesures correctives au titre du droit des contrats	39
4.2 Mesures correctives au titre du droit de la consommation	40
4.3 Le recours aux décisions d'engagement par les autorités de la concurrence	43
4.4 Exemples de mesures correctives réglementaires face à des problèmes sur les marchés de l'après-vente	44
5. Conclusions	46

Encadrés

Encadré 1. Phénomène de captivité et effet de réputation	8
Encadré 2. Farrell et Klemperer (2007) – Coordination et captivité : concurrence avec coûts de sortie et effets de réseau.....	11
Encadré 3. Carlton & Waldman (2009) – Concurrence, monopole et marchés de l’après-vente	12
Encadré 4. Études sur les décisions d’achat des consommateurs dans le secteur des appareils électriques	15
Encadré 5. Gabaix, X. et D. Laibson (2006) – Attributs cachés, myopie des consommateurs et dissimulation d’informations sur les marchés concurrentiels	16
Encadré 6. Borenstein, MacKie-Mason et Netz (2000) – Exercice du pouvoir de marché sur les marchés de l’après-vente de produits de marque.....	17
Encadré 7. L’évolution de la jurisprudence aux États-Unis après l’affaire Kodak.....	19
Encadré 8. Traitement des marchés de l’après-vente dans l’Union européenne.....	20
Encadré 9. Salop (2000) – La méthode des « principes premiers »	22
Encadré 10. L’importance de la définition du marché dans l’affaire <i>Réparation de montres de luxe ou de prestige</i> (UE)	23
Encadré 11. Les marchés de l’après-vente et l’industrie automobile.....	25
Encadré 12. Exemples de définitions de marché dans des affaires relatives aux marchés de l’après-vente dans différents pays.....	26
Encadré 13. CRA (1998) – La concurrence dynamique et l’incidence de l’innovation sur les marchés de l’après-vente	27
Encadré 14. Évaluation de la position dominante dans des affaires relatives aux marchés de l’après-vente en Europe	29
Encadré 15. Prix abusivement élevés et prix d’éviction sur les marchés de l’après-vente	30
Encadré 16. Exemples d’affaires de vente liée sur des marchés de l’après-vente	31
Encadré 17. Refus de vente sur les marchés de l’après-vente.....	33
Encadré 18. L’équilibre entre les objectifs de propriété intellectuelle et de concurrence dans la jurisprudence aux États-Unis – Les affaires <i>Kodak</i> et <i>Xerox</i>	35
Encadré 19. Justifications dans les affaires relatives aux marchés de l’après-vente.....	38
Encadré 20. Les mesures correctives dans l’affaire « assurance emprunteur » au Royaume-Uni.....	41
Encadré 21. Exemples de décisions d’engagement dans des affaires relatives aux marchés de l’après-vente.....	43
Encadré 22. Le <i>Motor Vehicle Owners’ Right to Repair Act</i> aux États-Unis	45

1. Introduction

1.1. *Objet et contexte*

1. Les marchés de l'après-vente sont des marchés où sont vendus des produits et des services nécessaires ou associés à l'utilisation d'un bien d'équipement durable précédemment acquis¹. Ce bien durable est le « produit primaire » (et son marché est appelé « marché primaire », ou « marché de la vente ») ; les produits complémentaires (le plus souvent, des pièces détachées ou des fournitures consommables) et services utilisés en association avec le produit primaire constituent les « produits secondaires » (et leur marché est appelé « marché secondaire » ou « marché de l'après-vente »).

2. Les marchés de l'après-vente sont très répandus dans l'économie et les exemples couvrent tous les domaines : consoles et jeux vidéo, véhicules et pièces détachées automobiles, ordinateurs et logiciels, imprimantes et cartouches d'encre en poudre, lecteurs de DVD et disques vidéo, rasoirs et lames de rasoir, téléphones mobiles et appels téléphoniques, machines à café et capsules, nuitées hôtelières et services d'hôtel (centre de remise en forme, wifi, minibar, etc.), pour n'en citer que quelques-uns. Le produit du marché de l'après-vente est généralement une fourniture « consommable » (une cartouche d'encre pour une imprimante, une pièce détachée pour une automobile, par exemple), mais il peut aussi s'agir simplement d'un élément complémentaire ou à utiliser en association avec un produit primaire (un disque vidéo pour un lecteur de DVD, ou un jeu vidéo pour une console de jeu), ou encore d'une mise à jour ou d'une extension du produit primaire². Les marchés de l'après-vente peuvent être propres à une marque – ou « en marque propre » ; dans ce cas, seul un produit secondaire de la même marque peut être utilisé pour réparer le produit primaire ou remplacer un de ses composants. Mais ils ne le sont pas nécessairement ; si les produits secondaires sont transférables d'une marque à une autre, le marché de l'après-vente ne peut pas être un marché en marque propre.

3. Une fois qu'ils ont acheté un produit primaire, les consommateurs sont contraints d'acheter des produits ou des services après-vente compatibles avec lui. Si le produit primaire est un bien durable (c'est-à-dire, avec une longue espérance de vie) et coûteux (d'une valeur marchande élevée), les consommateurs seront captifs d'un ou de quelques fournisseur(s) sur le marché de l'après-vente, étant donné que passer à un autre produit primaire serait onéreux ; c'est le phénomène de « captivité du client », encore appelé « effet d'enfermement » ou « effet de *lock-in* ». En fonction du degré d'interchangeabilité des produits secondaires, de la valeur et de l'espérance de vie du produit primaire, ainsi que de l'intensité de la concurrence sur le marché primaire, le fabricant du bien primaire peut détenir un pouvoir de marché sur le marché secondaire et ce, qu'il ait ou non un pouvoir de marché sur le marché primaire.

4. L'existence d'un pouvoir de marché amène à se demander si l'intervention au titre du droit de la concurrence garantit la protection du bien-être des consommateurs autant sur le marché primaire que sur les marchés secondaires. Le fabricant du produit primaire, qui possède la technologie, le savoir-faire, les informations et la motivation pour produire des biens secondaires de qualité, est souvent un fournisseur prépondérant sur le marché de l'après-vente. Si le marché primaire est soumis à une plus forte concurrence que les marchés de l'après-vente correspondants, le fournisseur du produit primaire adoptera peut-être une stratégie commerciale consistant à être très concurrentiel sur le produit primaire (c'est-à-dire, à dégager une marge limitée) et à tenter de maximaliser ses bénéfices sur le marché moins concurrentiel de l'après-vente. C'est pourquoi, bien souvent, un fournisseur actif sur le marché primaire et sur le marché secondaire détient une part de marché élevée sur les deux ou une part supérieure sur le marché secondaire.

5. Si un fabricant baisse le prix d'un bien primaire, cela augmentera la demande de pièces et de services, et vice-versa. Les clients, toutefois, achètent rarement toutes les pièces et tous les services dont ils auront besoin au fil du temps au moment où ils acquièrent le bien primaire et il peut se passer plusieurs années entre l'achat du bien original et la première transaction sur le marché de l'après-vente par le même

client. Ce délai entre les transactions primaire et secondaire joue un rôle important dans l'analyse des marchés de l'après-vente.

6. Si cet « effet de vases communicants »³ peut être justifié par la nécessité de recouvrer les investissements effectués pour mettre au point et commercialiser le produit primaire, on est tenté de se demander dans quelle mesure il ne freine pas la concurrence sur le marché de l'après-vente. Cette relation entre marchés primaire et secondaire peut être la source des problèmes de concurrence souvent traités par les autorités de la concurrence. Les problèmes peuvent relever de pratiques d'éviction – le fabricant du bien primaire mène une stratégie d'exclusion pour augmenter ou préserver son pouvoir de marché sur le marché secondaire – ou de pratiques d'exploitation – le fabricant est en mesure d'extraire du marché secondaire une rente de monopole qu'il ne pourrait pas dégager sur le marché du bien primaire.

7. Quoique le manque de concurrence sur les marchés de l'après-vente soit quelque chose d'à peu près constant, le nombre d'actions concernant des marchés de l'après-vente semble fluctuer selon les années. Les difficultés à poursuivre ce genre d'affaires peuvent être liées aux points de vue économiques différents sur ce qui motive la monopolisation de marchés de l'après-vente ; elles peuvent aussi découler des problèmes auxquels se heurtent les autorités de la concurrence lorsqu'elles apprécient les effets pro- et anticoncurrentiels des pratiques unilatérales de fournisseurs dominants sur les marchés primaires et(ou) secondaires. Les défenseurs font en outre valoir un certain nombre d'arguments pour justifier ces pratiques, notamment les nécessités de protéger la propriété intellectuelle et de stimuler les efficacités, aussi les autorités de la concurrence doivent-elles trouver le bon équilibre entre deux objectifs : encourager les stratégies d'innovation et d'amélioration de l'efficacité sur le marché primaire d'une part, et promouvoir une concurrence effective sur le marché de l'après-vente d'autre part.

8. La concurrence sur les marchés de l'après-vente peut exister à différents niveaux : les biens primaires sont en concurrence sur le marché de la vente ; sur les marchés de l'après-vente, la concurrence peut être intra-marque (quand les produits d'après-vente de la marque sont vendus par le fabricant original et par des fournisseurs indépendants) ou inter-marque (quand le produit d'après-vente de la marque est vendu aux côtés de produits d'autres marques tierces ou de fabricants indépendants), ou encore, inter-systèmes. Le fait que la concurrence puisse exister à différents niveaux sur les marchés primaire et secondaire explique l'apparition de plusieurs modèles économiques ayant des effets différents sur la physionomie de l'innovation. À une extrémité du spectre, certaines entreprises ont mis au point des modèles économiques intégrés qui assurent au fabricant du bien d'équipement initial le contrôle de bout en bout des services d'après-vente et de tout service ou produit additionnel utilisé avec le bien original. À l'autre extrémité du spectre, on trouve un modèle de systèmes ouverts reposant sur le libre accès aux spécifications du produit primaire et sur la coopération entre les fabricants des produits secondaires et le producteur du bien d'équipement initial afin de permettre le développement d'une gamme de produits secondaires concurrents.

9. Le débat sur les marchés de l'après-vente a reçu une nouvelle impulsion récemment à la faveur d'affaires à l'intersection des domaines de la propriété intellectuelle et de la concurrence et, parallèlement, de l'essor de l'économie numérique. Les affaires sur les marchés de l'après-vente qui concernent les droits de propriété intellectuelle posent souvent un problème supplémentaire pour l'action publique : comment mettre en balance et arbitrer entre les valeurs de propriété intellectuelle et de concurrence ? La question sous-jacente qui se pose aux responsables de l'action publique est la suivante : l'intérêt de la société associé à la protection de brevets légitimes doit-il primer sur l'intérêt de la société associé à la défense de la concurrence, ou faut-il maintenir la prééminence des considérations de politique de la concurrence face aux droits de brevet ? Parallèlement, une autre question fait débat : le droit de la consommation ou des mesures correctives autres que celles ressortissant au droit de la concurrence ne seraient-ils pas plus adaptés pour traiter de problèmes possibles créés par les stratégies de monopolisation des marchés de l'après-vente.

1.2. Feuille de route et principales conclusions du document

10. Le présent document examine le lien de complémentarité étroit entre le produit primaire et les produits secondaires. Ce lien est à la base des questions traitées par la littérature et par la jurisprudence sur des affaires où la monopolisation du marché de l'après-vente par le fabricant du produit primaire a pu faire naître un problème. Ce document contient une discussion des méthodes nombreuses et variées qu'utilisent les entreprises afin d'accroître leurs bénéfices sur le marché d'après-vente de leurs produits primaires, méthodes qui sont souvent justifiées par de raisons tout à fait valables de recherche d'efficacité. L'analyse abordera principalement les possibles effets anticoncurrentiels sur le marché secondaire lorsque le fournisseur peut trouver rentable d'appliquer des tarifs supraconcurrentiels à une clientèle captive une fois qu'il s'est assuré le monopole du marché de l'après-vente pour son produit. Ce document ne traite pas des éventuelles stratégies de monopolisation sur le marché primaire, mais se limite à une analyse des préjudices possibles pour les consommateurs sur le marché secondaire.

11. Suivant ce chapitre introductif, le **chapitre 2** résumera le débat économique sur les marchés de l'après-vente et son influence sur le cadre juridique de l'appréciation des affaires de concurrence relatives aux marchés de l'après-vente. Le **chapitre 3** traitera de questions d'application du droit de la concurrence aux marchés de l'après-vente. Il abordera en particulier l'importance de deux critères – la définition du marché (encore appelée « délimitation du marché ») et le pouvoir de marché (également appelée « puissance sur le marché ») – dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente, ainsi que les principales contraintes aux marchés de l'après-vente, et leurs justifications éventuelles telles qu'ont à les examiner les autorités de la concurrence. Le **chapitre 4** analysera les alternatives disponibles en matière de mesures correctives aux problèmes sur les marchés de l'après-vente pour dépasser la seule application classique du droit de la concurrence – en l'occurrence et en particulier, l'utilisation des décisions d'engagement et des solutions offertes par les droits des contrats et de la consommation –, avant de donner des exemples d'approches réglementaires du risque de monopolisation du marché de l'après-vente seront présentés. Le **chapitre 5** exposera les conclusions tirées de l'analyse faite dans ce document.

12. Une des principales conclusions établies dans ce document est que, si en théorie les actions pour monopolisation de marchés de l'après-vente sont possibles, en pratique, les autorités de la concurrence et les tribunaux ne les acceptent que dans de rares circonstances. Il est clair qu'une démarche au cas par cas s'impose pour établir les effets anticoncurrentiels d'une stratégie de monopolisation sur un marché de l'après-vente. Aucun pays n'applique de solution *per se*. La plupart des actions reposaient sur des théories arguant d'un préjudice au titre de l'exclusion et le niveau de preuve exigé pour établir l'existence de pratiques d'exclusion (ou « pratiques d'éviction ») sur un marché de l'après-vente fait que le nombre d'affaires ayant abouti est faible. L'absence de concurrence sur le marché primaire semble aussi être un préalable obligatoire afin d'établir un préjudice pour le consommateur. Mais pour établir le préjudice subi par le consommateur doivent en fait démontrer que la concurrence est faible sur le marché secondaire *et* sur le marché primaire. Étant donné que les stratégies d'après-vente peuvent être justifiées par des raisons d'efficacité, les autorités ont tendance à prendre en considération des justifications objectives aux comportements d'exclusion allégués.

13. L'analyse des affaires traitées en droit de la concurrence révèle que le pouvoir de marché des fabricants de biens d'équipement sur les marchés de l'après-vente a plus de chances de se concrétiser lorsque ces derniers sont des marchés en marque propre. De plus, pour que naisse un problème de nature concurrentielle sur le marché de l'après-vente, il faut que le produit primaire soit un bien durable à long cycle de vie. La probabilité d'effets anticoncurrentiels repose sur l'établissement d'un certain nombre de facteurs tels que :

- une information suffisante permettant aux consommateurs de calculer les coûts du bien primaire et des produits secondaires y associés durant le cycle de vie du bien, et la possibilité pour les consommateurs d'utiliser cette information dans des choix éclairés et rationnels ;
- le degré de captivité des clients existants durant le cycle de vie du bien primaire et la capacité de ces clients de passer à un fournisseur concurrent si le prix des produits ou services après-vente devient non concurrentiel ;
- la force des effets de réputation sur le marché primaire et leur aptitude à restreindre les comportements opportunistes sur le marché secondaire de la part de fournisseurs de biens primaires cherchant à exploiter les consommateurs captifs sur le marché de l'après-vente.

2. Le débat économique sur les marchés de l'après-vente et son influence sur l'application du droit

14. Au cours des dernières décennies, un certain nombre d'affaires concernant des marchés de l'après-vente ont attiré l'attention des chercheurs et des praticiens sur les problèmes de concurrence qui peuvent découler de la monopolisation du marché de l'après-vente, donnant lieu à un vaste débat économique. Le débat s'est animé en particulier à la suite du jugement rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Eastman Kodak Co. v Image Technical Services, Inc.* (1992) (« l'affaire *Kodak* »)⁴.

15. La grande question au cœur de ce débat économique est : les entreprises actives sur un marché primaire peuvent-elles tirer profit d'une monopolisation du marché de l'après-vente correspondant – et, partant, cette monopolisation peut-elle entraîner une perte de bien-être pour les consommateurs ? En effet, un fabricant jouissant d'une puissance substantielle sur le marché de l'après-vente pour ses produits peut s'en servir pour pratiquer des prix supraconcurrentiels ; les inquiétudes surviennent en particulier là où ce pourrait être le cas alors même que le fabricant n'a pas le pouvoir sur le marché de la vente. La réponse à cette question, toutefois, semble dépendre non seulement du degré de concurrence sur le marché primaire, mais aussi de nombreux autres facteurs tels que la qualité de l'information du consommateur, la taille du marché de l'après-vente par rapport à celui de la vente, la disponibilité de solutions contractuelles, le nombre de consommateurs non informés, l'étendue du phénomène de captivité et les coûts de sortie.

Encadré 1. Phénomène de captivité et effet de réputation

La littérature met en évidence qu'il y a menaces pour la concurrence seulement s'il y a phénomène de « captivité ». La capacité du fabricant du bien primaire à exploiter sa clientèle établie est principalement due à l'impossibilité dans laquelle se trouvent les clients soit (i) de substituer aux produits secondaires de la marque des produits concurrents, soit (ii) de passer à un produit primaire concurrent pour un coût de sortie modéré. Les facteurs qui rendent probable le phénomène de captivité sont : la présence de coûts de sortie élevés dus à des différences matérielles ou technologiques entre les produits d'après-vente, et la présence de dispositifs de vente liée associant les produits d'après-vente et le produit primaire. Les modalités contractuelles de la vente du bien primaire imposant des pénalités de sortie en cas de passage à la concurrence ainsi que les dispositions contractuelles incitant à utiliser des produits primaires et secondaires spécifiques sont d'autres facteurs propres à favoriser le phénomène de captivité.

L'ampleur du phénomène de captivité jouera sur l'incitation du fabricant du bien primaire à monopoliser le marché secondaire correspondant et sur son aptitude à pratiquer des prix après-vente supraconcurrentiels. De même, l'incitation augmente si le fabricant du bien primaire voit qu'il peut tirer profit d'une monopolisation du marché de l'après-vente. Cela dépend de l'arbitrage entre le gain de bénéfices tiré de l'exploitation de clients captifs sur le marché de l'après-vente et la perte potentielle de ventes sur le marché primaire due à la migration de clients existants vers d'autres biens primaires ainsi qu'au choix que feront les clients nouveaux d'acquérir le produit primaire auprès de fournisseurs concurrents parce qu'ils anticiperont des prix élevés (« effet de réputation »).

En fonction de l'accent mis par la littérature sur la probabilité du phénomène de captivité et des effets de réputation, les auteurs concluent différemment sur le risque que des effets anticoncurrentiels surviennent en conséquence d'une stratégie de monopolisation du marché de l'après-vente.

16. Tous ces éléments ont fait l'objet de discussions et d'analyses fournies dans la littérature économique, nourries principalement par la confrontation entre les visions antagonistes de deux grandes écoles de pensée économique, celle dite « de Chicago » et celle dite « post-Chicago ». Un premier point fondamental qui différencie les deux approches énoncées dans la littérature économique est en effet l'arbitrage entre l'opportunisme lié à la clientèle établie (c'est-à-dire, l'exploitation de consommateurs captifs) et la force des effets de réputation, ce qui a des implications importantes pour l'application du droit de la concurrence. Les arguments spécifiques qui étayaient chaque théorie – le courant de Chicago considérant le préjudice anticoncurrentiel comme improbable et les théoriciens post-Chicago affirmant que le phénomène de captivité prévaudrait généralement – seront décrits plus en détail ci-dessous.

2.1 La théorie de l'École de Chicago sur la monopolisation des marchés de l'après-vente

17. Pour les théoriciens de l'École de Chicago, les fournisseurs exerçant sur les marchés primaires n'ont en général rien à gagner à exploiter les consommateurs sur les marchés de l'après-vente en pratiquant des prix supraconcurrentiels. D'ailleurs, les clients sont considérés comme aptes à se protéger tout seuls contre ce risque d'exploitation, puisqu'ils prendront en considération l'ensemble des coûts sur le cycle de vie du produit⁵ au moment de prendre leur décision d'achat sur le marché de la vente.

18. Même lorsque cela ne se passe pas ainsi et que les clients n'ont pas pleine connaissance du coût sur la totalité du cycle de vie des produits primaire et secondaires, on estime qu'une concurrence saine sur le marché de la vente suffit à prévenir tout préjudice anticoncurrentiel, puisque la surfacturation sur le marché de l'après-vente sera contrebalancée par un prix inférieur sur le marché primaire⁶.

19. L'idée force de la théorie de Chicago est que les clients perçoivent les produits primaire et secondaire comme étroitement liés et pratiquent des choix d'achat informés, comme si les deux catégories de produit appartenaient à un même grand marché. Dans la mesure où ce marché élargi peut être discipliné par une concurrence effective, les autorités de la concurrence ne devraient pas s'inquiéter d'éventuelles stratégies de monopolisation sur le marché de l'après-vente, puisque de telles stratégies ne seraient, au bout du compte, pas rentables.

20. Les théories de l'École de Chicago sur la monopolisation des marchés de l'après-vente reposent sur trois grands arguments.

Argument n° 1 : les clients sont rationnels et « hypermétropes » et prennent des décisions d'achat éclairées à partir d'une pleine information du coût des biens primaire et secondaires sur le cycle de vie

21. Des consommateurs informés et rationnels sont capables de prendre des décisions en tenant compte du coût total de l'achat des biens primaire et secondaires. Si la complexité de ce calcul peut varier en fonction du type de client (le consommateur occasionnel est généralement moins susceptible de le faire, contrairement au client professionnel ou régulier) ou de la qualité de l'information disponible sur le coût des produits primaire et secondaires, pour l'École de Chicago, l'argument n° 1 est suffisant pour discipliner la concurrence en aval et empêcher qu'un fabricant puisse exploiter ses clients sur le marché secondaire. Cette réflexion se fonde en grande partie sur le fait que l'information est suffisamment disponible et, la plupart du temps, aisément accessible aux consommateurs, ce qui leur permet de faire des calculs – parfois même complexes – sur le coût global de leur achat.

22. Les théoriciens de l'École de Chicago estiment que les fournisseurs des biens d'équipement primaires eux-mêmes ont un fort intérêt personnel à diffuser des informations exhaustives sur leurs produits (primaire et secondaires) et à comparer leur offre à celles de la concurrence, ainsi qu'à faire la publicité des atouts et avantages de leurs produits auprès des consommateurs. Cette information ne

concerne pas seulement les caractéristiques du produit, mais aussi les formules de tarification en présence – en l’occurrence pour avertir le consommateur des prix après-vente plus élevés pratiqués par la concurrence. Sont surtout incitées à procéder ainsi les entreprises à coûts serrés qui ont particulièrement intérêt à montrer aux clients « myopes » leur avantage concurrentiel sur le marché de l’après-vente⁷.

23. Comme nous le verrons plus loin dans l’analyse de la position de l’École « post-Chicago », au fil des années, certaines études ont empiriquement remis en cause la capacité ou la volonté des consommateurs de faire ces choix informés, soulignant la tendance des consommateurs à se comporter en myopes, notamment face à des choix complexes entre systèmes concurrents faisant intervenir un produit ou service primaire et un produit ou service secondaire⁸. Si l’apport de ces études est précieux pour comprendre les modes d’achat des consommateurs, leurs conclusions devraient aujourd’hui être lues à la lumière des dernières évolutions ; les services numériques et en ligne à la disposition des consommateurs sont en effet bien plus nombreux qu’avant et offrent une information abondante qui n’existait pas précédemment. Les comparateurs de prix en ligne, par exemple, rendent les informations tarifaires bien plus accessibles et facilement exploitables par les consommateurs ; ces services collectent, compilent, analysent et présentent de manière conviviale une multitude sans précédent de renseignements sur les produits. Ces sites n’ont cessé de se développer en nombre et en puissance au cours des dix dernières années ; ils sont de plus en plus utilisés par les consommateurs et se sont imposés comme l’outil de prédilection de ceux qui recherchent les bonnes affaires sans avoir à déployer trop d’efforts. Ils peuvent donner aux consommateurs le sentiment d’avoir plus de pouvoir, en leur permettant de comparer les prix et les services de plusieurs fournisseurs en quelques clics⁹.

24. Même si ces études mettent en garde contre une sujétion inconditionnelle à l’argument n° 1, l’idée de consommateurs « hypermétropes » et rationnels demeure un pilier fondamental de la théorie de Chicago selon laquelle les consommateurs sont aptes à calculer le coût total d’un produit sur toute sa durée de vie, ce qui « discipline » le comportement des entreprises sur les marchés de l’après-vente. Shapiro et Teece (1994) concluent que « *sur les marchés matures à tout le moins, mais aussi sur nombre de marchés émergents, des comparaisons implicites, voire, souvent, explicites, des coûts sur le cycle de vie sont régulièrement faites* » (...) étant donné que « *de puissantes forces économiques amènent les acheteurs à être désormais bien informés* ».

Argument n° 2 : la concurrence sur le marché primaire compromettrait les stratégies de monopolisation sur marché secondaire, puisque les profits de monopole sur le marché de l’après-vente seront érodés par la baisse des prix résultant de la concurrence sur le marché primaire, éliminant à terme toute incitation à pratiquer des prix supraconcurrentiels sur le marché de l’après-vente.

25. Le deuxième argument avancé par l’École de Chicago pour soutenir la théorie que les consommateurs sont généralement protégés de tout éventuel préjudice anticoncurrentiel dû à la monopolisation du marché de l’après-vente est lié au rôle central de la concurrence sur le marché de la vente. Cette idée est développée dans Shapiro (1995), qui construit un modèle pour quantifier le concept selon lequel « *la concurrence sur le marché des biens d’équipement tendra à réduire toute surfacturation après-vente par le biais de rabais sur les biens primaires* » et, par conséquent, « *les préjudices importants ou durables aux consommateurs dus à la monopolisation de marchés de l’après-vente seront probablement rares, en particulier si les marchés des biens d’équipement sont concurrentiels* ». De fait, même lorsque les consommateurs ne tiennent pas compte de l’ensemble des coûts sur le cycle de vie des produits dans leurs décisions d’achat, au risque, donc, de faire les frais de prix supraconcurrentiels sur le marché de l’après-vente, le prix final pour le produit complet sera concurrentiel, puisque la « course au client » sur le marché primaire devrait entraîner une baisse des prix sur le marché de la vente, suffisante pour compenser leur hausse sur le marché de l’après-vente monopolisé.

26. Dans le même esprit, Klein (1996) démontre que la concurrence sur le marché primaire peut éliminer les profits supraconcurrentiels sur le marché de l'après-vente en réduisant les prix sur le marché primaire d'un montant proportionnel à la rente supraconcurrentielle sur le marché de l'après-vente. Il conclut que c'est la seule façon pour les fournisseurs de d'attirer des consommateurs sur le marché primaire afin de les enfermer dans le marché de l'après-vente. Cette stratégie est valable que l'argument n° 1 soit satisfait ou non, c'est-à-dire même si les consommateurs ignorent tout du coût total du produit complet sur son cycle de vie. Le résultat sera un prix global concurrentiel pour le produit complet. Cette hypothèse se trouve toutefois mise en question dans des cas où la concurrence par les prix sur le marché primaire ne suffit pas forcément à compenser les prix monopolistiques sur le marché de l'après-vente. L'argument est alors que la concurrence sur le marché primaire ne compense peut-être pas l'atteinte aux consommateurs sur le marché secondaire.

Encadré 2. Farrell et Klemperer (2007) – Coordination et captivité : concurrence avec coûts de sortie et effets de réseau

La question des coûts de sortie et du phénomène de captivité est analysée de façon exhaustive dans une étude de 2007 par Farrell et Klemperer, qui attirent l'attention sur la structure « bonne affaire puis arnaque » (« *bargain-then-rip off* »)¹⁰ et soulignent comment l'existence de coûts de sortie peut déplacer la concurrence vers une cible plus large, à savoir, les besoins des clients étalés sur plusieurs périodes. Quoique cela n'ait pas nécessairement une issue anticoncurrentielle, par exemple si les vendeurs s'affrontent avec des contrats complets¹¹ qui indiquent font état des prix détaillés sur la durée de vie, cela peut avoir d'importantes répercussions sous la forme d'un affaiblissement de la concurrence lorsque les « *contrats ne précisent pas tous les prix futurs, de sorte qu'une relation à long terme est gouvernée par des contrats à court terme* », un schéma qui « *crée un monopole ex-post, pour lequel les entreprises se battent ex-ante* ».

De fait, lorsque l'on se détourne du modèle simple présenté dans cette étude, où la concurrence *pour* le marché remplace aisément et efficacement la concurrence traditionnelle *sur* le marché, cela donne souvent lieu à l'apparition d'un préjudice pour les consommateurs. On estime que les coûts de sortie globaux diminuent habituellement l'efficacité et, d'une manière générale, « *les rentes ex-post ne sont pas totalement éliminées par la concurrence* ». En dernier lieu, les auteurs observent que, en présence de tels problèmes, des mesures correctives au titre du droit de la consommation ainsi qu'une meilleure information peuvent être cruciales dans une perspective de politiques publiques, compte tenu de l'importance des décisions en amont des consommateurs¹². Plus encore, elles encouragent un examen réfléchi dans les cas « *où l'incompatibilité est stratégiquement choisie et non inévitable* ».

27. L'argument n° 2 peut être illustré par une stratégie d'après-vente bien connue : le modèle économique des produits liés de type « rasoir et lames » ; ce modèle est également dit « de l'appât et de l'hameçon » (*freebie marketing*). Si le marché primaire est hautement concurrentiel, les fournisseurs peuvent faire le choix du prix d'appel en vendant le produit primaire avec un gros rabais, voire en le donnant, afin d'accroître les ventes d'articles complémentaires de ce produit sur le marché de l'après-vente. Il s'agit souvent de biens durables qui sont proposés à un prix bas (voire inférieur au coût marginal) afin d'attirer de nouveaux clients au sein de marchés primaires concurrentiels, la perte encourue sur le marché primaire se trouvant compensée par les bénéfices tirés des biens consommables sur le marché de l'après-vente. Des exemples classiques de cette stratégie sont courants dans le commerce avec des produits tels que : rasoirs et lames de rasoirs, imprimantes et cartouches d'encre, consoles de jeu et accessoires ou jeux. Glick et Cameron (1999) suggèrent que la stratégie rasoir-et-lames peut souvent être profitable aux consommateurs, aux motifs que ce régime de tarification « *fournit des informations importantes pour le consommateur sur la qualité du produit et son suivi* » et « *rend les produits accessibles à un plus grand public d'utilisateurs* ».

Argument n° 3 : la monopolisation du marché de l'après-vente peut être motivée par des raisons proconcurrentielles telles que l'investissement de qualité et l'innovation, la signalisation de la qualité du produit, le « contingentement » et la discrimination par les prix propice à la concurrence.

28. L'École de Chicago considère souvent la monopolisation des marchés de l'après-vente comme une stratégie motivée par des raisons proconcurrentielles. Selon elle, toute tentative des États pour interférer avec de telles justifications proconcurrentielles de la monopolisation du marché de l'après-vente peut mener à des résultats inefficaces.

29. La principale justification d'efficacité avancée pour la monopolisation du marché de l'après-vente est liée à la **promotion de l'investissement** par les fabricants sur le marché primaire dans l'optique d'améliorer la qualité de leurs produits ou d'innover sur le marché primaire lui-même. Cet investissement peut par la suite être récupéré via des stratégies de tarification sur le marché secondaire. Les théoriciens de Chicago avancent que, sans la possibilité de monopoliser le marché secondaire, les entreprises seraient amenées soit à proposer des produits de moindre qualité, soit à augmenter le prix des produits primaires, ce qui serait à long terme source de préjudice pour les consommateurs. Dans cette perspective, la monopolisation du marché de l'après-vente est vue comme un moyen d'opérer une tarification efficace pour les entreprises exerçant sur les deux marchés. Les consommateurs en bénéficieront au travers d'une amélioration de la qualité et d'innovations sur le marché primaire qui seraient sinon inaccessibles¹³.

Encadré 3. Carlton & Waldman (2009) – Concurrence, monopole et marchés de l'après-vente

Carlton et Waldman (2009) présentent trois modèles pour montrer comment « *la monopolisation du marché après-vente par le fabricant de biens durables monopoleur peut accroître le bien-être social en réduisant les décisions d'entretien inefficaces* ». Leur étude conclut que la monopolisation du marché de l'après-vente non seulement peut accroître le bien-être social, mais qu'elle est aussi bien plus fréquente que ne le laisse entendre la littérature ; surtout, elle peut souvent améliorer le bien-être global des consommateurs. Les auteurs proposent trois modèles de marché différents pour illustrer les effets de la monopolisation du marché de l'après-vente sur les efficacités et le bien-être social. Ces trois modèles sont fondés sur une structure en deux ou trois périodes et un fabricant produisant un bien durable, avec le choix de monopoliser son marché secondaire ou d'y permettre la concurrence. Le marché primaire est concurrentiel, mais, du fait des coûts de sortie, le fournisseur peut exercer un certain degré de pouvoir de marché dans la deuxième période, alors que certains consommateurs reviennent sur le marché primaire pour acheter de nouveaux articles en remplacement du bien initial.

- Le premier modèle considère une structure en deux périodes avec un marché après-vente de l'entretien. Dans la seconde période, les clients peuvent choisir d'acheter un nouveau produit sur le marché de la vente pour remplacer le produit existant, ou d'acheter des produits ou services après-vente pour entretenir leur bien primaire et allonger sa durée de vie. Si le marché de l'entretien est concurrentiel, avec $P=CM$ (coût marginal), et si le fournisseur est en mesure de faire payer $P>CM$ sur le marché primaire, dans la seconde période, les consommateurs feront des décisions d'entretien inefficaces en sur-entretenant leur bien usagé au lieu de le remplacer par un neuf sur le marché de la vente. À l'équilibre, les fabricants vont alors monopoliser leur marché secondaire (le marché de l'entretien) pour éliminer l'inefficacité. Cette situation, ajoutée à l'existence d'une concurrence sur le marché primaire, mène à un accroissement global du bien-être de la société et des consommateurs.
- Dans le deuxième modèle, le marché après-vente consiste en mises à jour, c'est-à-dire des produits complémentaires que l'on peut acquérir pour améliorer le bien usagé ou augmenter sa fonctionnalité. Ce modèle en deux périodes fonctionne dans les grandes lignes comme le précédent et il repose sur l'hypothèse que, certes, dans la seconde période, le bien usagé mis à jour présente une moins grande fonctionnalité que le bien neuf, mais les consommateurs estiment différemment la fonctionnalité supérieure du produit neuf. La logique de l'analyse est la même que dans le premier modèle ; le prix concurrentiel des mises à jour se traduit par des décisions d'achat inefficaces dans la seconde période¹⁴. Cependant, du fait de l'hétérogénéité des calculs de valeur faits par les consommateurs, les clients qui choisissent de procéder à la mise à jour, avec $P=CM$, sont « subventionnés » par ceux qui achètent un produit neuf sur le marché primaire dans la seconde période, avec $P>CM$. Là encore, à l'équilibre, l'issue est la monopolisation du marché après-vente des mises à jour avec cette fois pour résultat l'élimination non seulement des inefficacités, mais aussi du subventionnement croisé des consommateurs et, in fine, un accroissement du bien-être de la société et des consommateurs.

- Le troisième modèle est structuré en trois périodes et prend en considération le rôle des pièces reconditionnées, ou « refabriquées », c'est-à-dire les pièces usagées qui, après reconditionnement, retrouvent une fonctionnalité analogue à celle de pièces neuves. Dans ce modèle, outre un marché après-vente de l'entretien, il y a aussi un marché après-vente du reconditionnement. Par exemple, un article usé peut être remplacé par un neuf acheté sur le marché primaire, par le même article reconditionné, ou encore, entretenu ou réparé. La refabrication s'accompagne d'une remise, ou ristourne, offerte aux clients qui sont prêts à retourner l'article usagé. De plus, le montant de la ristourne, également appelé « prix de la reprise », dépasse souvent en valeur le prix de la ferraille pour l'article, ce qui fait qu'une autre entreprise aurait du mal à entrer en concurrence sans perdre en rentabilité sur le marché du reconditionnement¹⁵. Le troisième modèle commence par faire l'hypothèse de l'existence d'une concurrence ainsi que d'économies d'échelle sur le marché de l'après-vente, ce qui procure au fabricant original des avantages de coûts dans le reconditionnement. Par la monopolisation du marché secondaire, obtenue grâce à l'utilisation des ristournes pour reprise, le producteur est en mesure de refabriquer les éléments usés au coût le plus bas possible, ce qui a pour résultat d'accroître le bien-être social.

Globalement, ces modèles montrent comment, dans des conditions spécifiques, la monopolisation du marché de l'après-vente ne crée pas de perte sèche, mais, au contraire, élimine les distorsions du bien-être social causées par des marchés de l'après-vente concurrentiels. Comme le soulignent les auteurs, « *dans une perspective de politique publique, c'est une différence cruciale* », puisque, dans ces situations, « *le comportement devrait normalement être permis plutôt qu'interdit* ».

30. Une seconde justification (étroitement liée à la première) à la monopolisation du marché de l'après-vente concerne la capacité des fournisseurs à **signaler** la qualité de leur offre. Avec des prix élevés sur le marché de l'après-vente, le fournisseur fait savoir aux consommateurs qu'il a investi dans la qualité et l'innovation du produit primaire. Les fournisseurs étalent en fait les coûts de R-D sur l'ensemble des marchés primaire et secondaires complémentaires. Elzinga et Mills (2001) expliquent que, durant la vie du bien primaire, les consommateurs ont le choix entre remplacer celui-ci par un neuf ou le faire « vivre » plus longtemps par le biais d'achats supplémentaires sur le marché secondaire (pièces de rechange, services, etc.). Ce mécanisme rend les schémas de consommation plus efficaces : si les fabricants étaient contraints de relever les prix du produit primaire pour récupérer les coûts de R-D, cela contraindrait les consommateurs à acheter trop du produit secondaire (moins cher) et trop peu du produit primaire (plus cher). Cela nuirait à l'équilibre entre les ventes de produits primaire et secondaires et mènerait éventuellement à des inefficiences économiques. Dans le même esprit, Schwartz et Werden (1996) considèrent que lier le produit d'après-vente à la transaction sur le marché de la vente peut être un moyen pour le fabricant de signaler la qualité du bien primaire à des consommateurs qui n'en seraient pas conscients avant l'achat¹⁶.

31. Emch (2003) s'intéresse à une troisième justification proconcurrentielle de la monopolisation du marché de l'après-vente : le « **contingement** » (« *metering tie-in* »). La relation étroite entre le prix sur le marché primaire et le prix sur le marché secondaire permet aux fabricants des produits respectifs de discriminer entre les clients sur la base de l'utilisation du système « produit primaire + produit secondaire ». Dans cette conception, le degré de demande des consommateurs pour les biens secondaires peut être utilisé comme un indicateur du prix de réserve des consommateurs pour le bien sur le marché de la vente ; il en résulterait une forme de discrimination par les prix propre à améliorer le bien-être. Klein (1996) explique comment « *une telle tarification est un élément courant et important du processus concurrentiel* » et, quoiqu'une « *telle tarification discriminée ne saurait exister dans un monde parfaitement concurrentiel, elle n'est pas significative d'un pouvoir de marché anticoncurrentiel* ». D'après OCDE (2016a), la capacité d'un monopoleur à exercer une discrimination par les prix peut accroître la production en permettant au monopoleur de fixer des prix plus faibles pour un groupe de consommateurs qui autrement n'achèteraient pas le produit. La discrimination imparfaite par les prix accroît le bien-être des consommateurs. En effet, si le prix n'est pas égal à la valeur attribuée au produit par chaque consommateur, elle permet à des consommateurs supplémentaires d'acheter le produit moyennant un prix inférieur à celui qu'ils auraient été disposés à payer.

32. Cabral (2014) confirme l'idée bien connue qu'une augmentation du pouvoir de marché sur le marché de l'après-vente est compensée par un accroissement de la concurrence sur le marché de la vente, avec la réserve importante que, dans un contexte de rendements croissants, l'augmentation de la concurrence sur le marché de la vente excède l'accroissement de la puissance sur le marché de l'après-vente. L'étude conclut que « *[si] le marché de l'après-vente est caractérisé par des rendements d'échelle constants, alors le surplus pour la société et le surplus pour le consommateur sont constants eu égard au pouvoir de marché sur le marché de l'après-vente. En conditions de rendements d'échelle croissants, en revanche, une augmentation du pouvoir de marché sur le marché de l'après-vente a pour conséquences une intensification de la concentration sur le marché de la vente, un relèvement des barrières à l'entrée et une augmentation du surplus social, voire, éventuellement, du surplus des consommateurs* ». L'auteur introduit donc une nouvelle raison pour laquelle la puissance sur le marché de l'après-vente peut mener à des gains d'efficacité, à savoir une meilleure exploitation des rendements d'échelle croissants telle que même les consommateurs peuvent bénéficier de la puissance sur le marché de l'après-vente.

2.2 *Le point de vue opposé du courant « post-Chicago »*

33. Le courant post-Chicago soutient que la monopolisation du marché de l'après-vente peut en réalité engendrer un préjudice anticoncurrentiel et ce, même lorsque les conditions isolées par l'École de Chicago – à savoir, des consommateurs « hypermétropes », des clients pleinement informés et un marché de la vente concurrentiel – sont réunies. Cette affirmation découle du postulat que les producteurs seraient en général aptes et enclins à exploiter leur clientèle établie, et incités à le faire. Autrement dit, le gain découlant de l'exploitation de consommateurs captifs est supposé excéder la perte liée à l'effet de réputation, ce qui se traduit par une augmentation globale des prix au-delà du niveau concurrentiel. Comme le remarquent Borenstein et al. (2000), « *la concurrence sur les marchés de l'équipement n'empêchera pas les entreprises de pratiquer des prix supraconcurrentiels sur leurs marchés après-vente en marque propre ; l'incitation à exercer au moins un certain degré de pouvoir de marché sur le marché de l'après-vente est incontestable* ».

34. Les tenants de l'École post-Chicago étayent leur théorie sur la monopolisation des marchés de l'après-vente par deux arguments principaux.

Argument n° 1 : les comportements des consommateurs sont souvent marqués par la myopie et les décisions d'achat ne sont pas nécessairement rationnelles et clairvoyantes.

35. Le postulat au cœur des théories post-Chicago est le concept de myopie du consommateur. Ce concept décrit le fait que souvent, le client n'est pas capable de faire un choix efficace intégrant le prix total sur la durée de vie et qu'il est habituellement plus sensible au coût immédiat (sur le marché de la vente) qu'au coût futur sur le marché de l'après-vente. De fait, dans une étude sur le marché de l'après-vente pour les imprimantes à jet d'encre, Hall (1997) explique comment « *les éléments d'observation montrent que les consommateurs sont peu au courant du prix des cartouches de rechange au moment où ils achètent une imprimante* » et que, « *en conséquence, ils se retrouvent captifs de marchés de l'après-vente particuliers* ». En effet « *seule la concurrence sur ces marchés de l'après-vente peut discipliner les prix, tandis que la concurrence sur le marché des imprimantes est sans effet pour contenir les prix des cartouches d'encre sur le marché de l'après-vente.* » Pour les fabricants, cette myopie des clients facilite la pratique rentable de prix supraconcurrentiels sur le marché secondaire, même si le degré de myopie peut varier selon les secteurs et évoluer avec le temps.

Encadré 4. Études sur les décisions d'achat des consommateurs dans le secteur des appareils électriques

Hausman (1979) s'est intéressé à la question des choix pratiqués par les consommateurs en analysant un modèle appliqué au secteur des appareils électriques, où les ménages doivent arbitrer entre l'achat de produits primaires chers aux coûts d'après-vente bon marché (efficaces par leur consommation d'énergie) et des produits moins chers aux coûts d'après-vente élevés sur l'ensemble du cycle de vie¹⁷. En estimant les taux d'actualisation, l'auteur montre que les clients accordent plus d'importance au coût immédiat sur le marché primaire, au moment de l'achat, qu'aux coûts futurs sur le marché de l'après-vente. Autrement dit, les consommateurs ne peuvent pas calculer correctement le prix total sur la durée de vie puisqu'ils ne tiennent pas compte des coûts de fonctionnement (c'est-à-dire de la consommation d'énergie) en temps opportun et de façon rationnelle.

Les conclusions recueillies dans Hausman (1979) sont complétées par Gately (1980), dans un bref exposé de ses observations sur le marché des réfrigérateurs. Sur la base de taux élevés d'actualisation résultant de son analyse, l'étude conclut que le choix des acheteurs d'acquiescer des produits peu efficaces est plus probablement dû à leur ignorance des coûts de fonctionnement futurs et à la complexité des calculs, plutôt qu'à une préférence réelle.

Dans le même esprit, Hausman et Joskow (1982) attribuent des causes possibles aux décisions des consommateurs concernant les appareils électriques. Les auteurs observent comment « *les consommateurs ont peut-être une tendance générale à sous-estimer l'augmentation des prix de l'énergie sur toute la période envisagée* », ce qui explique leurs choix d'achat qui n'intègrent pas l'ensemble des coûts sur le cycle de vie du produit¹⁸. Cette très forte décote implicite pratiquée par les consommateurs traduit peut-être en outre un manque d'informations. Les auteurs concluent que les programmes commerciaux capables d'améliorer l'information disponible « *semblent représenter la stratégie à court terme la plus payante* ».

36. Le courant post-Chicago conteste aussi que les fabricants seraient incités à livrer des informations détaillées sur leurs prix après-vente tout au long de la vie des produits primaires. À la place, ses penseurs mettent l'accent sur ce qu'il est convenu d'appeler la « théorie de l'antisélection », selon laquelle dissimuler les coûts après-vente peut être une stratégie rentable en ce que cela empêche les consommateurs d'effectuer un calcul exhaustif des coûts sur la durée de vie des produits, permettant aux fabricants d'exercer un certain degré de pouvoir de marché sur les marchés de l'après-vente¹⁹. Comme l'expliquent Gabaix et Laibson (2006), « *les entreprises qui ont un comportement d'optimisation exploitent la myopie des consommateurs au moyen de formules de marketing qui dissimulent les produits additionnels chers* ». En outre, concernant le rôle des pratiques dites de « suppléments », Ellison (2005) arrive à la même conclusion, à savoir que les entreprises « *peuvent augmenter les profits d'équilibre en créant un problème d'antisélection qui rend les rabais inintéressants* » ; au bout du compte, les bénéfices dégagés sur le marché de l'après-vente ne seront pas éliminés par la concurrence au travers des rabais sur le marché primaire. Les théoriciens du courant post-Chicago introduisent ainsi dans le débat la question des incitations, qui influent sur le comportement des entreprises, avec des conséquences claires pour les consommateurs sur les marchés secondaires et sur le marché primaire.

Encadré 5. Gabaix, X. et D. Laibson (2006) – Attributs cachés, myopie des consommateurs et dissimulation d'informations sur les marchés concurrentiels

Après avoir observé comment les entreprises cachent délibérément des informations à leurs clients, souvent dans des situations où un fournisseur est présent à la fois sur le marché de la vente et sur celui de l'après-vente pour un de ses produits, Gabaix et Laibson (2006) établissent un modèle de myopie des consommateurs pour expliquer ce phénomène, c'est-à-dire, la « dissimulation ».

La stratégie de dissimulation des prix additionnels crée un obstacle substantiel au calcul exhaustif des coûts sur la durée de vie des produits, ce qui empêche les consommateurs de prendre des décisions éclairées et rationnelles sur le marché primaire. Supposer la présence de consommateurs myopes dans une économie avec des pratiques de suppléments mène à un équilibre dans lequel « *les rabais concurrentiels et la publicité pédagogique n'auront pas lieu* », les entreprises n'étant pas incitées à éclairer les consommateurs non informés et à accroître ainsi l'efficacité de marché même si cela ne leur coûte rien.

Le modèle montre comment ce résultat vaut aussi dans un environnement concurrentiel, ce que les auteurs nomment « la malédiction de l'information » : les clients informés par les producteurs se transforment en consommateurs avisés, désormais capables de comprendre que les prix qu'on leur cache sont le plus souvent des prix élevés, évitant ainsi l'exploitation et diminuant le profit pour le fournisseur. Autrement dit, si, d'un côté, dévoiler les attributs cachés masqués augmenterait le bien-être des consommateurs, de l'autre, les entreprises non seulement ne pourraient en tirer aucun profit, mais auraient aussi du mal à « *écarter ces consommateurs lucides sans perdre également des clients myopes (et rentables)* ».

Argument n° 2 : même si le marché primaire est parfaitement concurrentiel, la monopolisation du marché de l'après-vente peut encore produire un préjudice pour le consommateur dans certaines circonstances.

37. Les tenants du courant post-Chicago contestent aussi l'argumentaire de l'École de Chicago selon lequel la concurrence sur le marché primaire compensera toute tentative de monopolisation des prix sur le marché de l'après-vente. Les raisons qu'ils avancent ont trait au fait que les prix de monopole sur le marché de l'après-vente ne donneront lieu qu'à quelques pertes en ventes nouvelles non réalisées sur le marché primaire, tandis qu'ils permettront au fabricant de continuer à récolter les bénéfices monopolistiques d'une plus large clientèle établie. Ce raisonnement ne critique pas tant la thèse de l'École de Chicago qu'il ne conteste l'ampleur du phénomène qu'elle décrit.

38. Pour Voortman (1993), par exemple, s'il est vrai que, souvent, les prix sur le marché de la vente sont maintenus bas pour contrebalancer des prix plus élevés sur le marché secondaire, l'effet net sur le prix final²⁰ n'est pas forcément concurrentiel. Son idée repose sur l'hypothèse que le client va ignorer les prix futurs des produits après-vente compte tenu de l'incertitude qui les entoure ; les entreprises peuvent ainsi maintenir des coûts après-vente supérieurs sans craindre de conséquence sur le marché primaire. Selon Voortman (1993), « *le prix combiné du bien d'équipement et de son entretien est plus élevé lorsqu'il y a un monopole sur le marché de l'après-vente que lorsqu'il y a concurrence sur le marché du bien original et sur le marché de l'après-vente* » et « *si une intervention publique touchant les pièces de rechange est souhaitable, c'est celle qui encouragera la concurrence sur le marché de l'après-vente, pas celle qui aura pour effet de créer des monopoles sur le marché de l'après-vente* ».

39. Les théoriciens du courant post-Chicago suggèrent que les effets sur l'incitation à la monopolisation du marché secondaire par le fabricant du bien primaire sont liés à plusieurs facteurs :

- la taille de la clientèle établie (c'est-à-dire, le nombre de clients captifs) – plus elle est grande, plus forte est l'incitation à monopoliser le marché de l'après-vente ;

- le niveau des coûts de sortie pour le produit primaire – plus il est élevés, plus grande est l'incitation à monopoliser le marché de l'après-vente ;
- le degré de myopie de la clientèle – plus il est élevé, plus grande est l'incitation à monopoliser le marché de l'après-vente²¹ ;
- le niveau des taux de décote – plus ils sont élevés sur le marché de l'après-vente, plus forte est l'incitation à monopoliser le marché de l'après-vente ;
- la taille et la croissance respectives des ventes du produit primaire et des ventes des produits secondaires – des ventes élevées (et une faible croissance) sur le marché primaire incitent davantage à exploiter la clientèle captive²².

**Encadré 6. Borenstein, MacKie-Mason et Netz (2000) –
Exercice du pouvoir de marché sur les marchés de l'après-vente de produits de marque**

Borenstein et al. (2000) développent un modèle différencié de duopole à la Bertrand, constitué d'un marché primaire de biens d'équipement et d'un marché secondaire de services après-vente, pour illustrer les incitations des entreprises à exercer le pouvoir de marché sur le marché secondaire. Ils évaluent ainsi dans quelle mesure la concurrence sur le marché de la vente empêche effectivement les fabricants de pratiquer des prix supraconcurrentiels sur le marché de l'après-vente. Leur modèle en deux périodes suppose deux entreprises concurrentes qui vendent des biens d'équipement neufs, chacune agissant en monopoleur sur son propre marché de l'après-vente et étant entendu qu'aucune ne peut s'engager de façon crédible sur des prix après-vente précis pour sa marque. Les consommateurs prennent le prix des services qu'ils peuvent observer dans la première période comme indicateur de celui qu'ils devront payer dans la seconde période. Lors de cette seconde période, ils peuvent conserver le produit usagé, l'entretenir en achetant des services sur le marché secondaire, ou acheter un nouveau bien d'équipement auprès de l'un des deux fournisseurs. Dans ce scénario, il n'y a pas de coûts de sortie sur le marché primaire, mais les clients sont captifs du fournisseur du bien d'équipement pour leurs achats sur le marché secondaire.

Sur la base de ces hypothèses, les auteurs entreprennent d'analyser le modèle afin de détecter s'il est effectivement possible d'avoir un équilibre à prix constant de $P=CM$ sur le marché des services après-vente. Le résultat auquel aboutit l'analyse est qu'il n'en va pas ainsi. En réalité, « *si le prix du service est égal à son coût marginal, une légère hausse de ce prix n'aura qu'un effet de second ordre sur les bénéfices futurs une fois le prix du bien d'équipement abaissé à un niveau optimal, car cela crée seulement une perte sèche de second ordre ; en revanche, elle produira un effet de premier ordre sur les bénéfices courants tirés de la vente du produit secondaire, puisque les biens d'équipement correspondants ont déjà été vendus* ». Par conséquent, les entreprises seront toujours incitées à fixer les prix après-vente au-dessus du coût marginal, étant donné que cela sera rentable dans tous les cas. L'étude examine également comment ce résultat se comporte et s'il se maintient même en l'absence de clientèle établie et dans des conditions de concurrence parfaite sur le marché de la vente.

Deux scénarios supplémentaires sont envisagés :

- Premièrement, les auteurs imaginent que les consommateurs décident de racheter un bien d'équipement neuf au lieu d'acheter des services pour entretenir le bien usagé. Dans cette situation, plus le degré de concurrence est élevé sur le marché de la vente, plus le prix est bas sur le marché de l'après-vente, puisque « *avec l'accroissement de la concurrence, il faut laisser au consommateur davantage de surplus sur les services pour l'encourager à conserver son bien usagé* ». Cela n'empêche pas que, si acheter les services pour entretenir le bien usagé constitue un choix efficient²³, les prix ne descendront pas, quoiqu'il en soit, au niveau du coût marginal.
- Deuxièmement, les auteurs remplacent le duopole par un monopole sur le marché de la vente et démontrent que la principale observation de cette étude, à savoir des prix des services après-vente supraconcurrentiels, se confirme dans ce cas de figure également.

40. Zegner et Kretschmer (2013 et 2016) étudient également l'incidence sur les bénéfices des entreprises d'une situation de pouvoir de marché sur le marché de l'après-vente. Ils concluent qu'avec un fort pouvoir de marché et, partant, des bénéfices élevés, sur le marché de l'après-vente, les entreprises

peuvent être incitées à pratiquer une stratégie inutilement agressive de prix inférieurs aux coûts sur le marché de la vente. L'inefficience de cette stratégie s'explique par la présence de clients non rentables dont la valeur est inférieure aux coûts marginaux de production. Les auteurs concentrent leur analyse sur des marchés de la vente où la concurrence est tellement acharnée que les entreprises vendent leurs biens durables en dessous du coût. Dans ces conditions, les entreprises réussiront à attirer non seulement des consommateurs rentables avec lesquels elles pourront faire des bénéfices sur le marché de l'après-vente, mais aussi des consommateurs non rentables qui achèteront des volumes de produits complémentaires suffisants pour qu'elles récupèrent leurs pertes sur le marché de la vente. En fonction de la proportion respective de clients rentables et non rentables, la rentabilité des entreprises, le bien-être des consommateurs et le bien-être social peuvent alors être inférieurs à ce qu'ils seraient en l'absence de pouvoir sur le marché de l'après-vente.

2.3 *L'influence du débat économique sur les politiques de la concurrence et l'application du droit*

41. Il n'est pas aisé d'inférer des règles de droit du débat Chicago–post-Chicago. Cependant, il est juste de dire que, si le courant post-Chicago critique l'implication que tirent ses adversaires de l'utilisation autodestructrice du pouvoir de monopole (illustrée par le théorème du « *single monopoly profit* » selon lequel il n'existe qu'un seul profit de monopole) – à savoir, que la monopolisation du marché de l'après-vente devrait être légale *per se* –, il ne défend pas pour autant une interdiction absolue. Les théories développées par le courant post-Chicago ne produisent pas non plus un ensemble de conditions universellement valables pouvant servir de liste de référence pour mettre en œuvre une *règle per se modifiée*. Ces modèles établissent juste certaines conditions « nécessaires » – quoique pas « suffisantes » – pour déclencher une surveillance antitrust. La littérature économique post-Chicago devrait donc être interprétée comme plaidant pour l'application d'une analyse au cas par cas (« règle de raison ») dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente²⁴.

42. Une chose est sûre, toutefois : l'étude de plus de vingt-cinq ans de débat économique montre combien l'analyse économique est importante pour la mise au point des politiques de la concurrence, dans la détermination des effets, sur le bien-être des consommateurs, des stratégies de monopolisation des marchés de l'après-vente. Ce débat économique, inévitablement, influe aussi beaucoup sur la façon dont les autorités de la concurrence et les tribunaux traitent les affaires relatives aux marchés de l'après-vente. Deux décisions de justice illustrent les différences d'approche qui caractérisent ce domaine du droit de la concurrence. Quoique ces visions diffèrent peut-être fortement à plusieurs égards, elles reconnaissent toutes l'importance d'analyser le pouvoir de marché sur le marché primaire et sur le marché secondaire simultanément, ce en raison des liens étroits entre produits primaire et produits secondaires, et leur tarification, dans les choix et les décisions d'achat des consommateurs.

2.3.1 *États-Unis : l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire Kodak (1992)*²⁵

43. En 1987, dix-huit entreprises de service après-vente indépendantes qui réparaient des photocopieurs de la marque Kodak déposèrent plainte contre la firme en réaction à sa décision de cesser de les approvisionner en pièces de rechange pour ses appareils. En conséquence de ce changement dans la stratégie commerciale de Kodak, les clients des entreprises indépendantes de service après-vente se retrouvaient contraints de passer aux propres services de Kodak et de nombreuses sociétés de service après-vente indépendantes durent mettre la clé sous la porte. Le procès en droit de la concurrence qui s'ensuivit visait à déterminer si Kodak avait recouru à des pratiques d'éviction anticoncurrentielles sur le marché de l'après-vente. Pour justifier sa conduite, Kodak affirmait dans son argumentaire de défense que la concurrence sur le marché de la vente des photocopieurs restreignait sa capacité à exercer un pouvoir de marché sur le marché d'après-vente des pièces de rechange et services d'entretien. Cette défense de la firme était ni plus ni moins alignée sur la thèse de l'École de Chicago voulant que la concurrence sur le marché primaire soit capable de discipliner le comportement des fabricants sur le marché secondaire. De

leur côté, les plaignants – les entreprises indépendantes de service après-vente – accusaient Kodak d'enfreindre la législation antitrust des États-Unis en monopolisant le marché de l'après-vente et en liant illégalement la vente de services pour ses biens d'équipement primaires à la vente de pièces de rechange.

44. Dans la décision définitive sur l'affaire, un point fondamental était l'acceptation de la définition du marché par le tribunal. En effet, deux marchés séparés étaient identifiés pour le « système de photocopieurs » de Kodak : celui des photocopieurs eux-mêmes et celui des pièces de rechange et services d'entretien, constituant le marché de l'après-vente. Quoique sa part du marché de la vente ne fût que de 2 %, Kodak fut considéré comme détenant une position dominante sur le marché correspondant de la vente de pièces de rechange (près de 100 %) et des services (80 à 90 %). Le tribunal concluait en conséquence que Kodak avait mis en œuvre des pratiques pour conserver et renforcer sa part de marché par l'« utilisation intentionnelle d'un pouvoir de monopole » en violation de la loi Sherman (Sherman Act)²⁶.

45. Dans son arrêt de 1992, la Cour suprême des États-Unis a déterminé que l'absence de pouvoir de marché sur le marché primaire d'un bien d'équipement n'excluait pas nécessairement la responsabilité en droit de la concurrence pour comportement d'éviction sur le(s) marché(s) de l'après-vente. Le tribunal a également rejeté l'éventualité que les clients soient en mesure de calculer correctement le prix total sur la durée de vie. Il a considéré que, particulièrement pour le type de bien d'équipement concerné, ce calcul aurait impliqué un processus difficile et coûteux pour les consommateurs. Cette hypothèse, associée à d'autres éléments propres à l'affaire, renforçait l'idée que la position et le comportement de Kodak pouvaient effectivement entraîner un préjudice anticoncurrentiel et une réduction du surplus des consommateurs. Depuis, l'affaire Kodak est considérée comme une référence pour le droit de la concurrence, ainsi que « le zénith de l'influence du courant post-Chicago »²⁷.

Encadré 7. Bell et Kramer (2015) - L'évolution de la jurisprudence aux États-Unis après l'affaire Kodak

Le traitement actuel du pouvoir de marché sur le marché de l'après-vente par les instances antitrust américaines reste en grande partie fondé sur le cadre analytique établi par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Kodak*. Avec cette décision, la Cour laissait ouverte la possibilité que, dans certaines circonstances, une exploitation rentable des consommateurs sur le marché de l'après-vente soit faisable, même en présence d'un marché de la vente concurrentiel. Depuis, les juridictions inférieures ont réduit l'ensemble de conditions qui doit être réuni pour qu'une plainte soit jugée fondée même en présence d'un marché de la vente concurrentiel²⁸.

Comme cela a été synthétisé dans Bell et Kramer (2015) :

- **Phénomène de captivité et coûts de sortie élevés.** Pour qu'une plainte relative au marché de l'après-vente soit jugée fondée, il faut en règle générale qu'elle concerne le marché d'un bien d'équipement complexe, durable, onéreux et difficile à remplacer (par exemple, les photocopieurs dans l'affaire Kodak), et que cela conduise à une « captivité » des clients du fait de « coûts de sortie » élevés.
- **Coûts de l'information et changements de politique.** Un plaignant dans une affaire d'entrave à la concurrence doit généralement prouver qu'il y a exploitation de clients « captifs » et que le coût des biens ou des services sur le marché de l'après-vente est alourdi au-delà de ce que les clients attendaient raisonnablement au moment de leur achat primaire. Pour valider ce grief, les tribunaux ont tendance à rechercher des preuves de « coûts de l'information » élevés ou de changements de politique qui accroissent les prix après-vente.
- **Pas de restrictions d'après-vente dans les contrats de vente.** Lorsqu'un fabricant ne dispose pas du pouvoir de marché sur le marché primaire, une restriction sur le marché de l'après-vente établie dans le contrat de vente du bien primaire est généralement à l'abri d'une contestation en droit de la concurrence aux États-Unis. De nombreux tribunaux ont rejeté des plaintes relatives au marché de l'après-vente fondées sur des dispositions contractuelles excluant la concurrence sur un marché de l'après-vente. Étant donné que ces restrictions sont portées à leur connaissance au moment de l'achat, les clients peuvent comprendre et anticiper la restriction sur le marché de l'après-vente avant de se retrouver captifs.

En raison des conditions strictes instituées par les tribunaux dans le sillage de l'affaire *Kodak*, les plaignants dans des actions privées en droit de la concurrence l'ont rarement emporté en vertu de la jurisprudence *Kodak*. Alors que, dans la récente affaire *Avaya*, un jury s'était – pratiquement pour la première fois depuis l'affaire *Kodak* – prononcé en faveur du plaignant²⁹, la Cour d'appel du troisième circuit a annulé ce verdict³⁰.

2.3.2 Europe : la décision de la Commission dans l'affaire Pelikan/Kyocera (1995)³¹

46. En 1995, la Commission européenne a rejeté la plainte de Pelikan, fabricant allemand de cartouches de poudre d'encre (« toner ») pour imprimantes, contre Kyocera, fabricant japonais d'imprimantes d'ordinateurs et de cartouches de toner pour ces imprimantes, pour abus de position dominante sur les marchés de l'après-vente relatifs aux cartouches de toner. Dans sa plainte, Pelikan avait allégué un certain nombre de pratiques auxquelles Kyocera se serait livré pour l'évincer du marché du toner et accusait Kyocera notamment d'abuser de sa position dominante sur le marché secondaire, bien que Kyocera ne fût manifestement pas dominant sur le marché primaire. Outre l'absence de preuve d'un comportement pouvant être considéré comme abusif, la Commission n'avait pas constaté non plus que Kyocera occupait une position dominante sur le marché secondaire des fournitures consommables.

47. La procédure avait montré que les clients étaient bien informés du prix pratiqué pour les fournitures consommables et paraissaient en tenir compte dans leur décision d'acheter une imprimante. Le « coût total par page » était l'un des critères les plus couramment utilisés par les clients en choisissant une imprimante. Ceci était dû au fait que les coûts sur le cycle de vie correspondant aux fournitures consommables (principalement les cartouches de toner) constituent une part très élevée de la valeur d'une imprimante. Par conséquent, en cas de hausse du prix des fournitures consommables d'une marque donnée, les clients seraient fortement incités à acheter une autre marque d'imprimante. En outre, il n'y avait pas de preuve de possibilité de discrimination par les prix entre les clients anciens captifs et les nouveaux clients.

48. Contrairement à la Cour suprême des États-Unis, la Commission européenne, dans l'affaire Pelikan/Kyocera, a statué que les consommateurs étaient bien informés et tenaient compte des prix sur le marché de l'après-vente lorsqu'ils choisissent un bien d'équipement donné. Étant donné qu'il existait une concurrence intensive sur le marché primaire – celui des imprimantes – la Commission estimait que Kyocera n'était pas en position dominante sur le marché secondaire des fournitures pour imprimantes (en l'occurrence, les cartouches de toner). Cette décision est vue comme une application des thèses de l'École de Chicago sur les marchés de l'après-vente.

Encadré 8. Traitement des marchés de l'après-vente dans l'Union européenne

L'analyse de l'affaire Pelikan/Kyocera se démarque de précédentes affaires relatives aux marchés de l'après-vente, dans lesquelles la Commission et les tribunaux européens ont eu à juger de cas où il convenait de retenir une définition étroite du marché – par exemple dans le cas de composantes d'une même marque ou d'un même produit. Beaucoup de ces affaires concernaient les pièces détachées ou les fournitures consommables pour des machines ou appareils³². Dans ces conditions, il était relativement facile d'établir la domination sur le marché de l'après-vente de la marque où le fabricant possède normalement une très large part de marché, éventuellement supérieure à 90 %. Cette conception étroite de la définition des marchés en aval a permis la réussite de nombreux procès pour entrave à la concurrence sur les marchés de l'après-vente en Europe dans les années 1980 et au début des années 1990.

L'affaire *Kodak* aux États-Unis a fortement influencé la vision de l'UE, avec pour conséquence que les actions en droit de la concurrence sur les marchés de l'après-vente sont désormais beaucoup plus rares. Du fait de la perspective économique proposée par la jurisprudence *Kodak*, la domination sur le marché de l'après-vente est devenue secondaire par rapport à la nécessité de démontrer la domination sur le marché primaire. L'affaire Pelikan/Kyocera a donné le ton de cette nouvelle vision de l'UE. Depuis, plusieurs affaires, au niveau européen ou national, ont illustré l'évolution du droit à la suite de l'affaire *Kodak*. Dans l'affaire *Info-Lab/Ricoh*³³, appliquant la même logique que pour le cas Pelikan/Kyocera, la Commission a statué que, comme les acheteurs d'imprimantes, les acheteurs de photocopieurs effectuaient un calcul de coût sur le cycle de vie et faisaient des choix éclairés entre des appareils concurrents (les photocopieurs) en se fondant sur le coût par copie, et que les nouveaux clients adapteraient leur comportement d'achat dans un délai raisonnable s'ils entrevoyaient une exploitation sur le marché de l'après-vente relatif aux poudres d'encre. La Commission concluait par conséquent que la concurrence sur le marché primaire des photocopieurs contraignait la liberté d'action de Ricoh sur le marché secondaire, en l'occurrence celui des poudres d'encre. Plus récemment, la Commission et les tribunaux européens ont examiné des questions relatives aux marchés de l'après-vente dans l'affaire *Montres de luxe ou de prestige* étudiée plus loin dans ce document, à la section sur la définition du marché.

3. L'application du droit de la concurrence sur les marchés de l'après-vente

49. De l'analyse des principaux travaux sur la monopolisation des marchés de l'après-vente, on déduit sans surprise que la question au cœur de toute affaire relative à un marché de l'après-vente est celle de la puissance sur le marché. En principe, apprécier le pouvoir de marché sur un marché de l'après-vente n'est pas différent d'évaluer le pouvoir de marché dans n'importe quel autre contexte et les instances exécutives devraient se demander si une seule entreprise contrôlant le marché de l'après-vente pourrait profiter de cela pour relever ses prix au-dessus du niveau de concurrence. Cette question peut être posée en termes de définition du marché (« le marché de l'après-vente est-il un vrai marché de concurrence ? ») ou en termes de pouvoir de marché (« un fabricant a-t-il le pouvoir de marché sur ses marchés de l'après-vente en marque propre ? »)³⁴.

50. Abordant ces questions fondamentales, le présent chapitre dresse un panorama des problèmes d'application du droit de la concurrence dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente. Il commence par la façon dont il convient de délimiter le ou les marchés pertinents (définition du marché pour évaluer le pouvoir de marché ou la domination sur les marchés primaire et secondaires ; il passe ensuite en revue les pratiques anticoncurrentielles types par lesquelles les entreprises peuvent monopoliser les marchés de l'après-vente ; il conclut par un exposé des gains d'efficacité et des justifications objectives le plus souvent allégués dans les affaires relatives à des marchés de l'après-vente.

3.1 *La définition du marché pertinent dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente aux fins de l'application du droit*

51. La délimitation du ou des marché(s) pertinent(s) dans les affaires en droit de la concurrence sur les marchés de l'après-vente n'est, en principe, pas différente de la délimitation des marchés pertinents dans d'autres affaires de droit de la concurrence. Cependant, il semble que ce soit une étape plus cruciale et, dans une certaine mesure, plus délicate³⁵. La raison en est simple : une définition trop étroite pourrait entraîner une application trop vaste du droit de la concurrence aux marchés de l'après-vente et conduire les autorités compétentes à mettre en œuvre des mesures antitrust dans des cas où, en réalité, les entreprises sont soumises à une concurrence intense et les consommateurs peu susceptibles de subir un préjudice. Les risques d'effets paralysants dus à des pratiques commerciales proconcurrentielles combinées à un excès d'interventionnisme sont bien connus et la façon de les éviter est au cœur du débat qui oppose les tenants de l'École de Chicago et les théoriciens post-Chicago.

52. Les points de vue divergents des Écoles de Chicago et post-Chicago sur la probabilité d'un préjudice pour les consommateurs découlant de la monopolisation des marchés de l'après-vente sont clairement sous-tendus par les avis tout aussi différents sur la façon dont les marchés interagissent dans des produits complémentaires et sur le bien-fondé d'une application du droit de la concurrence qui interférerait avec cette interaction. Pour l'École de Chicago, les liens entre produit primaire et produit secondaire sont si étroits que les deux devraient être considérés comme relevant d'un seul et même marché pertinent aux fins de l'application du droit de la concurrence. Du moment que ce marché « étendu » est concurrentiel, il n'y a pas de place pour des effets anticoncurrentiels. Pour les théoriciens du courant post-Chicago, l'aptitude du fournisseur à monopoliser le marché de l'après-vente implique que les prix après-vente sont supérieurs au prix concurrentiel, dans une proportion petite mais significative. Par conséquent, chaque marché de l'après-vente est un marché pertinent distinct au regard du droit de la concurrence (puisqu'il y a un marché par produit primaire)³⁶.

Encadré 9. Salop (2000) – La méthode des « principes premiers »

Salop (2000) préconise la méthode dite des « principes premiers » et approuve le jugement *Kodak* en ce qu'il marque une adaptation rapide aux nouvelles idées économiques et qu'il incorpore celles-ci à l'analyse concrète de la concurrence. Cette approche met l'accent sur l'évaluation directe des effets, pour la concurrence, du comportement en cause. Le pouvoir de marché et la définition du marché jouent un rôle en tant que composantes et références de l'analyse économique de la pratique anticoncurrentielle présumée et de ses effets pour la concurrence sur le marché. L'analyse du pouvoir de marché (et de la définition du marché) se trouve ainsi incorporée à l'analyse des effets anticoncurrentiels au sein d'une démarche modèle unique intégrée.

L'auteur préconise de définir le pouvoir de marché comme le pouvoir de relever avantageusement ses prix au-dessus du niveau concurrentiel de référence, c'est-à-dire le prix en l'absence de la restriction anticoncurrentielle et non celui correspondant au coût marginal de l'entreprise défenderesse. Il désigne ensuite deux étapes pour examiner les effets anticoncurrentiels : i) déterminer si l'entreprise défenderesse avait le pouvoir d'exclure ses concurrents et ii) établir si les plaignants ont subi un préjudice. Il conclut que cette méthode peut établir clairement le vrai désaccord des parties et qu'elle permet de se concentrer sur « *la vraie question des bénéfices et préjudices effectifs engendrés par la pratique anticoncurrentielle présumée* ». Elle évite « *des controverses compliquées et souvent vaines sur la désignation de la bonne définition du marché* » ou « *des marchés pertinents délimités trop largement ou définis de manière inexacte* » et aboutit à une définition du marché correcte.

Salop insiste à plusieurs reprises sur le fait que l'analyse de la définition du marché et du pouvoir de marché ne doit pas être menée indépendamment de l'analyse de la pratique incriminée et de ses effets. Il critique une méthode dans laquelle un test d'acceptabilité du pouvoir de marché (et la définition du marché qui en sera la première étape) a lieu à un stade initial afin de servir de gabarit pour apprécier les plaintes en droit de la concurrence. Cette manière de procéder mènerait à divers « pièges » dans des affaires de concurrence, tels que le « sophisme de la cellophane », et à la déduction de conclusions erronées de l'application de plusieurs tests relatifs aux coûts et aux prix.

53. La complexité de la délimitation des marchés dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente est liée à la nature complémentaire des biens en jeu et à la nécessité, pour les autorités compétentes, de répondre à la question fondamentale, objet de la procédure : une augmentation des prix sur le marché de l'après-vente ferait-elle baisser la demande pour le produit primaire ?³⁷ Face à cette question, la méthode de base pour définir les marchés pertinents dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente reste le test SSNIP (test de l'augmentation légère mais significative et non transitoire du prix, encore appelé « test du monopoleur hypothétique »), l'examen portant principalement sur la substituabilité à la fois du côté de la demande et du côté de l'offre. Cette analyse permet à une autorité de la concurrence d'apprécier si un monopoleur hypothétique sur le marché secondaire trouverait rentable une application du SSNIP au produit secondaire, compte tenu de la baisse de la demande qui se produira *tant* pour le produit primaire que pour le produit secondaire.

54. Si les autorités sont habituées à l'application – certes souvent théorique – du test du monopoleur hypothétique, il convient d'admettre que les marchés de l'après-vente sont un domaine où l'application des principes généraux doit être menée avec précaution, en particulier eu égard à la nature et à l'étendue des liens entre marchés de la vente et marchés de l'après-vente. Il n'existe pas de règle générale pour décider que le marché primaire et le marché de l'après-vente devraient être considérés comme des marchés séparés ou comme constitutifs d'un seul marché. La définition appropriée dépendra des faits de l'affaire et des particularités du ou des marché(s) en question. Ainsi, si une autorité peut démontrer qu'à la suite d'une augmentation modérée des prix sur le marché de l'après-vente, suffisamment de clients se tourneraient vers d'autres produits primaires pour rendre cette hausse des prix non rentable, elle pourra conclure que le marché de la vente et le marché de l'après-vente forment un seul marché pertinent.

55. Les autorités, dans leurs principes directeurs sur la définition du marché, reconnaissent aussi l'impératif d'examiner les contraintes concurrentielles sur le marché primaire *et* sur le marché secondaire. Selon la Commission européenne (1997), lorsqu'elles prennent en considération les marchés primaire et

secondaire, les autorités de la concurrence devraient apprécier non seulement les réactions des clients, sur la base de leurs décisions d'achat, à des variations des prix relatifs, mais aussi « *les contraintes éventuelles à la substitution imposées (...) sur les marchés connexes* »³⁸. De plus, la communication explore divers scénarios susceptibles de se présenter lors de la définition des marchés pertinents aux fins de traiter des affaires de droit de la concurrence : « *une définition étroite du marché des produits secondaires [...] peut devoir être faite quand la compatibilité avec le produit primaire est importante* ». *Les problèmes pour trouver des produits secondaires compatibles avec l'existence de prix élevés et une longue vie des produits de base peuvent rendre les augmentations relatives des prix des produits secondaires rentables. Une définition différente du marché peut résulter si une substitution significative entre les produits secondaires est possible ou si les caractéristiques des produits primaires entraînent des réponses rapides et directes de consommateurs aux augmentations relatives des prix des produits secondaires possibles.*

Encadré 10. L'importance de la définition du marché dans l'affaire *Réparation de montres de luxe ou de prestige (UE)*

En 2010, le Tribunal (Union européenne) a examiné l'importance de la définition du marché aux fins de l'analyse des marchés de l'après-vente. Dans sa décision initiale en 2008³⁹, la Commission avait rejeté une plainte de la Confédération européenne des Associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) concernant le refus des producteurs de montres suisses de fournir des pièces de rechange aux horlogers-réparateurs indépendants. Le Tribunal suivait le cadre analytique général appliqué par la Commission pour estimer la concurrence sur les marchés de l'après-vente, mais annulait la décision au motif que la Commission n'avait pas correctement apprécié la question de si les montres et leurs pièces détachées constituaient un seul marché ou deux marchés séparés⁴⁰.

Dans sa décision, la Commission concluait à l'existence d'un « marché de systèmes » englobant le marché des montres de luxe ou de prestige et ceux des services de réparation et d'entretien et des pièces de rechange pour ces montres. Cette conclusion se fondait sur deux considérations : (1) du côté de la demande, les clients *existants* pouvaient éviter des services de réparation onéreux en revendant leur montre sur le marché de l'occasion ; (2) du côté de l'offre, les horlogers étaient contraints par le fait que les *nouveaux* clients choisiraient une autre enseigne si le prix des pièces de rechange était perçu comme non concurrentiel sur le marché de l'après-vente.

Le Tribunal avalisait pleinement le cadre analytique utilisé par la Commission pour la définition du marché, ce qui correspond au droit européen actuel, mais il concluait que la Commission n'avait pas démontré, dans le cas spécifique des montres de luxe ou de prestige, qu'aucun de ces deux critères était satisfait. Selon le Tribunal, la Commission aurait dû démontrer que vendre sa montre sur le marché d'occasion et en racheter une sur le marché de la vente seraient plus rentable que de payer le prix renchéri de la réparation. Concernant la contrainte exercée par les nouveaux clients, la Commission n'avait pas démontré dans quelle mesure les clients prennent en considération le coût tout au long du cycle de vie du produit lorsqu'ils achètent une montre de luxe ou de prestige ni, d'ailleurs, s'ils sont même au courant de ces coûts. À la suite de l'arrêt du Tribunal annulant la décision de la Commission de 2008, la Commission a rouvert la procédure et, sur la base de cet arrêt, défini les différents marchés séparés pour les pièces de rechange, chacun associé à une enseigne d'horloger particulière⁴¹.

56. Dans les paragraphes qui suivent, nous traiterons des différentes issues possibles au test du monopoleur hypothétique pour définir les marchés pertinents lorsqu'un fournisseur est le fabricant à la fois du produit primaire (par exemple, un bien d'équipement original tel qu'une imprimante) et des biens secondaires (par exemple, les pièces détachées pour ce matériel telles que les cartouches d'encre). Dans de tels cas, le marché pertinent peut inclure le bien d'équipement original et les pièces de rechange ou il peut être défini séparément du marché du bien d'équipement original et de son ou ses marché(s) de l'après-vente en fonction des circonstances du cas d'espèce. Il est généralement admis qu'il existe trois possibilités pour définir les marchés pertinents aux fins des affaires en droit de la concurrence sur les marchés de l'après-vente, à savoir : i) un marché de systèmes, ii) des marchés multiples et iii) des marchés doubles⁴². Comme le montreront les descriptions ci-dessous, la survenue de préoccupations pour la concurrence est probable surtout lorsque les autorités peuvent définir des marchés multiples.

3.1.1 *Marchés de systèmes*

57. Un « marché de systèmes » fait référence à une définition large du marché englobant à la fois le marché du produit primaire et son marché pour les produits secondaires. Dans le cas d'une imprimante et des cartouches d'encre, par exemple, cela reviendrait à définir un marché pertinent pour toutes les imprimantes et toutes les cartouches d'encre. Selon l'Office of Fair Trading (OFT) (2004), définir un marché de systèmes convient soit lorsque (i) les clients considèrent le coût total sur le cycle de vie du système au moment d'acheter le produit primaire, ou (ii) le fournisseur du bien primaire ne facture pas un prix supraconcurrentiel pour le produit secondaire en raison de la baisse des bénéfices sur les ventes futures de son produit primaire que pourrait entraîner la dégradation de sa réputation (c'est-à-dire, lorsque des effets de réputation existent)⁴³. De même, selon la Commission européenne (2010a), si une proportion significative des acheteurs fait son choix en tenant compte des coûts pour toute la durée de vie du produit, cela indique qu'il n'y a qu'un seul marché, pour l'équipement d'origine et les pièces détachées.⁴⁴

58. Dans plusieurs affaires relatives aux marchés de l'après-vente, les autorités de la concurrence et les tribunaux ont défini un marché pour le « système ». Par exemple, aux États-Unis, l'existence d'un marché de systèmes est souvent centrale dans le rejet des allégations des plaignants lors de recours privés en dommages-intérêts pour monopolisation présumée du marché de l'après-vente⁴⁵. De toute évidence, définir un marché de systèmes large engloberait normalement un plus grand nombre de fournisseurs et des parts de marché inférieures, ce qui, en fin de compte, donnerait lieu à un rejet des plaintes pour monopolisation. Avec l'arrêt *ICL/Synstar*⁴⁶, par exemple, l'Office of Fair Trading (OFT), l'autorité de la concurrence britannique, a conclu que le marché de l'après-vente pour les services de maintenance du matériel et le marché de la vente des ordinateurs centraux d'ICL formaient un seul et même marché pertinent. L'OFT a considéré que la majorité des clients calculaient l'ensemble des coûts sur le cycle de vie de l'ordinateur au moment de leur achat. De plus, une estimation du degré de captivité, de la possibilité de changer de fournisseur et de l'éventuel effet de réputation a révélé l'existence de contraintes au comportement du fournisseur des ordinateurs centraux sur le marché de la fourniture des produits secondaires.

3.1.2 *Marchés multiples*

59. Là où il n'est pas possible de définir un marché de systèmes, les autorités compétentes devraient envisager s'il est possible de définir plusieurs (« multiples ») marchés pertinents consistant en un marché pour les produits primaires d'une part et des marchés de l'après-vente séparés pour chaque marché primaire d'autre part. Dans le cas d'une imprimante et des cartouches d'encre, par exemple, cela reviendrait à définir un marché pour toutes les imprimantes et des marchés de l'après-vente séparés pour les cartouches d'encre compatibles avec chaque imprimante. D'après l'OFT (2004), les autorités de la concurrence devraient définir des marchés multiples « *là où, après avoir acheté un produit primaire, les clients se retrouvent captifs d'un choix restreint de produits secondaires seuls compatibles avec le bien primaire* »⁴⁷. De même, la Commission européenne (2005) conclut que de marchés multiples doivent être définis là où il n'est probablement pas possible pour les clients de passer aux produits secondaires d'autres fournisseurs (pour des raisons de compatibilité), ou lorsque le coût de migration vers un autre produit primaire est très élevé⁴⁸.

Encadré 11. Les marchés de l'après-vente et l'industrie automobile

Une application de l'approche des marchés multiples peut être observée dans les textes de l'UE (*Règlement concernant les accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles et Lignes directrices supplémentaires de la Commission européenne*)⁴⁹. D'après les *Lignes directrices supplémentaires*, dans la plupart des cas, il est probable qu'il existe des marchés pertinents propres à chaque marque pour ses services de réparation et d'entretien ; ces marchés secondaires sont séparés de celui de la vente de véhicules automobiles neufs. Sur chacun de ces marchés, la principale source de concurrence provient de l'interaction concurrentielle entre les réparateurs indépendants et les réparateurs agréés de la marque en question⁵⁰. En conséquence, le texte fait l'hypothèse que le pouvoir de marché de chaque constructeur automobile sur les marchés de l'après-vente devrait être estimé sur le marché de l'après-vente de ses propres modèles uniquement, sans prendre en considération la pression concurrentielle sur le marché primaire de la vente d'automobiles. La Commission considère que les consommateurs sont généralement myopes puisque, dans la pratique, il leur est très difficile d'apprécier le montant des dépenses futures qu'ils pourront encourir pour l'entretien de leur véhicule.

La Commission, toutefois, n'exclut pas qu'en certaines circonstances, un marché qui inclut à la fois les véhicules à moteur et les pièces détachées (c'est-à-dire un marché de systèmes) peut être défini, en fonction d'un certain nombre de facteurs, à savoir :

- la durée de vie du véhicule à moteur ainsi que les préférences et comportements d'achat des utilisateurs ;
- si une proportion substantielle des acheteurs font leur choix d'achat en tenant compte des coûts sur la durée de vie du véhicule à moteur ou non⁵¹ ; et
- l'existence et le statut relatif des fournisseurs de pièces de rechange, des réparateurs et (ou) des distributeurs de pièces détachées opérant sur le marché de l'après-vente indépendamment des constructeurs automobiles⁵².

60. L'implication de la définition de marchés multiples est qu'un fournisseur qui opère à la fois sur le marché primaire et sur son marché de l'après-vente détiendra probablement une part de marché importante sur le marché de l'après-vente, où il n'y a souvent que quelques autres fournisseurs. En effet, lorsqu'un fournisseur produit à la fois le bien d'équipement original et ses pièces détachées ou de rechange, il sera souvent le seul ou le principal fournisseur sur le marché de l'après-vente. Cela peut aussi se produire lorsque le fournisseur sous-traite la fabrication des pièces détachées ou de rechange. Le fournisseur aura alors plus de chances d'être considéré comme détenant un pouvoir de marché sur le marché de l'après-vente en dépit du fait qu'il est soumis à une forte concurrence sur le marché primaire. Les premières interventions d'autorités de la concurrence dans des affaires relatives aux marchés de l'après-vente concernaient presque toutes des marchés multiples ; en effet, dans ce type de cas, peut être défini comme un marché pertinent en droit de la concurrence un marché de l'après-vente séparé où le fabricant du bien d'équipement détient un pouvoir de marché⁵³.

3.1.3 Marchés doubles

61. Lorsqu'il n'est pas possible de circonscrire un marché de systèmes ou des marchés multiples, les marchés pertinents peuvent consister en un marché pour les produits primaires et un marché distinct pour les produits secondaires (c'est l'approche dite « des marchés doubles »). Dans le cas des imprimantes et des cartouches de poudre d'encre, par exemple, cela reviendrait à définir un marché pour toutes les imprimantes et un marché de l'après-vente séparé, commun, pour toutes les cartouches d'encre. Selon l'OFT, la définition de marchés doubles est appropriée « *lorsque les produits secondaires sont compatibles avec tous les produits primaires (et que les clients les perçoivent ainsi)* »⁵⁴. Cela signifie que les consommateurs seraient en mesure de choisir n'importe quelle combinaison de produits primaire(s) et secondaires⁵⁵. Dans la pratique, les cas où les autorités compétentes définissent des marchés doubles semblent être très peu nombreux.

Encadré 12. Exemples de définitions de marché dans des affaires relatives aux marchés de l'après-vente dans différents pays

Dans l'**Union européenne**, la Commission a défini des marchés pertinents séparés pour le(s) produit(s) après-vente (c'est-à-dire, des marchés soit multiples, soit doubles) dans de nombreuses affaires relatives aux marchés de l'après-vente. Dans l'affaire *Hugin*⁵⁶, la Commission a défini un marché pour les pièces détachées de la marque Hugin requises par les prestataires de services indépendants ; dans l'affaire *Hilti*⁵⁷, la Commission a défini un marché pour les clous destinés à des pistolets de scellement ; dans l'affaire *Pelikan/Kyocera*⁵⁸, la Commission a défini un marché pour les fournitures consommables (poudres d'encre et autres produits) destinées aux imprimantes d'une marque spécifique ; dans l'affaire *Tetra Pak International*⁵⁹, la Commission a défini un marché pour les machines et les cartons aseptiques destinés au conditionnement de liquides alimentaires et pour les machines et cartons non aseptiques ; dans l'affaire *IBM – Services de maintenance*⁶⁰, la Commission a défini un marché pour la maintenance des ordinateurs centraux IBM ; dans l'affaire *Réparation de montres de luxe ou de prestige*⁶¹, la Commission a défini plusieurs marchés séparés pour les pièces de rechange, chacun associé à une enseigne d'horloger particulière.

Au **Japon**, dans les affaires *Mitsubishi Electric Building Techno-service (2002)*⁶² et *Tokyu Parking System (2004)*⁶³, la Japan Fair Trade Commission (JFTC) a défini le marché pertinent comme constitué du marché de l'après-vente pour l'entretien des produits primaires d'une enseigne spécifique. En **Inde**, dans l'affaire *Shri Shamsher Kataria v Honda Siel Cars India Ltd. & Ors (2014)*⁶⁴, relative aux pièces détachées automobiles, la Competition Commission of India a rejeté l'argument des parties affirmant l'existence d'un marché de systèmes unifié et a défini des marchés multiples pour les pièces détachées, les outils de diagnostic et les services après-vente de réparation et d'entretien de marques séparées. En **Italie**, dans l'affaire « ascensoristes italiens »⁶⁵, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) a défini des marchés multiples pour les pièces détachées de marque destinées aux ascenseurs de chaque fabricant. En **Espagne**, dans deux affaires concernant, respectivement, des cartouches d'encre⁶⁶ et des ascenseurs⁶⁷, l'autorité de la concurrence a discerné des marchés multiples ; ces affaires ont toutefois été par après classées sans suite par manque de preuves. Au **Royaume-Uni**, dans l'affaire *ICL/Synstar*⁶⁸, l'OFT a conclu que la fourniture et l'entretien de matériel informatique à fonction d'ordinateur central fournie par ICL ne formaient qu'un seul et même marché dans le pays.

3.2 Établir le pouvoir de marché dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente

62. La question du pouvoir de marché est intrinsèquement liée à celle de la définition du marché. Pour mener des interventions en droit de la concurrence, les autorités de la concurrence doivent déterminer si oui ou non un pouvoir de marché (ou « position dominante ») existe. Concernant la définition du marché pertinent, l'appréciation d'un pouvoir de marché sur les marchés de l'après-vente ne diffère pas beaucoup de ce qu'elle est pour d'autres types d'affaires en droit de la concurrence, même si elle doit prendre en considération la relation particulière entre produits primaire et produits secondaires⁶⁹. Pour estimer si une entreprise détient le pouvoir de marché, les autorités de la concurrence devront le plus souvent examiner des facteurs tels que les contraintes concurrentielles que subit l'entreprise concernée à partir de sa position sur le marché par rapport à celle de ses concurrentes, les barrières existantes à l'expansion et à l'entrée, et le contre-pouvoir des acheteurs⁷⁰. Cependant, dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente, il est généralement admis que la concurrence sur le marché primaire peut suffire à discipliner les fournisseurs opérant sur les marchés de la vente *et* de l'après-vente, indépendamment de la présence substantielle (éventuellement signalée par une part de marché conséquente ou par des prix élevés) que l'entreprise peut détenir sur le marché de l'après-vente. Les auteurs n'ont connaissance que de très rares affaires d'infraction au droit de la concurrence dans lesquelles l'entreprise en cause n'ait pas été convaincue de dominer également le marché primaire⁷¹.

3.2.1 La part de marché et le niveau des prix : des indicateurs inadéquats du pouvoir de marché

63. En général, quoique ce ne soit pas déterminant en soi, l'analyse des parts de marché dans les affaires en droit de la concurrence part du principe que la contrainte concurrentielle exercée par une entreprise sur ses concurrentes est un indicateur de sa position sur le marché. Plus la part de marché est grande et la contrainte concurrentielle forte, plus le pouvoir de marché est présumé important. Cette hypothèse de base ne se vérifie pas lorsqu'il s'agit d'apprécier le pouvoir de marché d'entreprises qui vendent des produits complémentaires, comme c'est le cas avec des produits sur le marché de la vente *et* sur le

marché de l'après-vente. Si les autorités compétentes devaient appliquer une analyse classique des parts de marché, cela pourrait les amener à surestimer ou à sous-estimer le pouvoir de marché sur le marché secondaire⁷².

64. Comme l'a clairement énoncé la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Kodak*, la nature complémentaire des marchés de la vente et de l'après-vente influe sur la façon dont les autorités de la concurrence doivent aborder la question du pouvoir de marché (« *la question fondamentale est de savoir [...] si la concurrence sur le marché du bien d'équipement est efficace pour limiter sensiblement la puissance sur les marchés des services après-vente et des pièces détachées* »). De même, dans l'Union européenne, la Commission (2005) conclut que la position de force d'un fournisseur sur les marchés de l'après-vente n'est pas nécessairement un indicateur du degré effectif de son pouvoir de marché, du fait qu'il subit peut-être la contrainte de la concurrence sur le marché primaire⁷³. Certains commentateurs considèrent qu'en pratique, la domination du fournisseur sur le marché de l'après-vente est établie *seulement* s'il domine le marché primaire⁷⁴.

65. Selon la Commission (2005), « *les marchés de l'après-vente figurent habituellement dans des affaires de concurrence lorsqu'ils sont exclusifs, c'est-à-dire qu'ils sont propres à une enseigne ou une marque en ce sens que les produits secondaires qui peuvent être utilisés avec un produit primaire d'une certaine marque ne peuvent l'être avec le produit primaire d'une autre marque, même si les produits primaires sont des substituts* »⁷⁵. Dans ce scénario, si on ne considérait que le critère de la concurrence sur le marché de l'après-vente, un fournisseur opérant à la fois sur le marché primaire et sur le marché secondaire posséderait probablement une part de marché élevée sur le marché de l'après-vente et aurait donc plus de chances d'être considéré comme détenant une position dominante. Pour cette raison, le même document reconnaît que « *[si] un marché de l'après-vente composé des produits secondaires d'une marque de produit primaire a été jugé constituer un marché de produits pertinent, il ne sera possible d'établir la position dominante sur ce marché qu'après avoir analysé la concurrence sur le marché de l'après-vente et sur le marché primaire* »⁷⁶.

Encadré 13. CRA (1998) – La concurrence dynamique et l'incidence de l'innovation sur les marchés de l'après-vente

En raison du délai entre les ventes sur le marché primaire et les transactions sur les marchés de l'après-vente, l'analyse de la concurrence relative à ces derniers exige un soin particulier en présence d'une concurrence dynamique intense. Les économistes décrivent la dimension temporelle de la concurrence par l'expression « concurrence dynamique ». Dans de nombreux secteurs d'activité, l'ingrédient principal de la concurrence dans le temps est l'innovation technologique ; les entreprises tentent de s'arroger un avantage concurrentiel soit en réduisant les coûts, soit en créant de nouveaux produits. Un nouveau produit qui peut faire plus de choses – ou faire la même chose plus vite, pour moins cher ou de façon plus sûre – remplacera les produits précédents inférieurs. À cette occasion, l'entreprise innovante se taille la part du lion dans les ventes nouvelles – jusqu'à ce que les autres entreprises la rattrapent ou que survienne une nouvelle innovation. Sur ce genre de marchés, la détention temporaire du pouvoir de marché est inévitable – et c'est d'ailleurs là que les entreprises trouvent l'incitation à innover. Elles se battent pour être en tête, pour décrocher « le prix ». Lorsque le rythme de l'innovation est rapide, l'utilité d'une intervention des pouvoirs publics pour supprimer ou empêcher le pouvoir de marché temporaire est moindre. Une intervention inconsidérée peut être nuisible, en sapant les incitations futures à innover. Le rôle central de la politique de la concurrence sur les marchés caractérisés par l'innovation technologique est de faire en sorte que l'entrée en lice pour produire la prochaine innovation reste possible.

Lorsque les marchés de la vente et de l'après-vente sont étroitement liés, une concurrence dynamique intense entre les fabricants de biens durables réduira aussi les risques pour la concurrence associés à un pouvoir de marché sur le marché de l'après-vente. Si les fournisseurs du dernier bien d'équipement sorti réalisent des ventes confortables sur le moment, leur part du marché de la vente s'effritera rapidement dès qu'un nouveau produit sera commercialisé, rendant obsolètes les systèmes actuels. Si une nouvelle génération de biens durables induit de nouvelles fournitures consommables, la part de marché du fournisseur dominant à ce moment le marché de l'après-vente fondra elle aussi – mais avec un décalage dans le temps déterminé par le cycle de remplacement du bien durable. Toute évolution observée aujourd'hui sur le marché de la vente nous donnera une idée assez juste de la façon dont le marché de l'après-vente évoluera demain.

66. Si les parts de marché sur le marché de l'après-vente ne sont peut-être pas nécessairement, à elles seules, un bon indicateur de pouvoir de marché, la même conclusion s'applique aux prix élevés sur le marché de l'après-vente. Comme on l'a vu précédemment, du fait de la complémentarité naturelle entre les biens primaire et secondaires, les variations de prix sur le marché de l'après-vente auront aussi un effet sur les ventes du bien primaire. Il est donc important de reconnaître que la surtarification des produits sur le marché de l'après-vente entraînera une sous-tarification correspondante du bien primaire. Ce lien entre produits primaire et secondaires est ce qui explique que des prix après-vente élevés ne résultent pas forcément de l'exercice du pouvoir de marché ; un vendeur ne peut avoir plus qu'un certain pouvoir de marché et une augmentation de ce pouvoir sur le marché de l'après-vente est compensée par une diminution équivalente du pouvoir sur le marché primaire.

3.2.2 *Établir le pouvoir de marché : une étape qui requiert une analyse au cas par cas*

67. La question de savoir si une entreprise peut exercer un pouvoir de marché sur le marché de l'après-vente doit être examinée au cas par cas. La réponse à cette question dépendra de paramètres tels que :

- *le ratio clients captifs/nouveaux clients*. Là où les nouveaux clients sont un facteur prépondérant dans la branche d'activité (par exemple parce qu'il s'agit d'une activité naissante et que la demande des nouveaux clients croît), cela constituera une contrainte concurrentielle importante pour la tarification sur le marché de l'après-vente ;
- *la possibilité de pratiquer une discrimination par les prix en faveur des nouveaux clients*. La capacité de discrimination par les prix facilitera la monopolisation du marché de l'après-vente, puisque les fournisseurs seront incités à appliquer des prix plus bas aux nouveaux clients pour les encourager à entrer sur le marché et des prix plus élevés aux clients captifs existants⁷⁷ ;
- *Le degré de perspicacité ou de naïveté des clients*. Les autorités de la concurrence devraient contrôler la disponibilité préalable d'informations sur les prix après-vente et la possibilité de prévoir les besoins futurs en produits secondaires (fournitures consommables et entretien courant contre réparations et mises à niveau). Les constatations dépendront aussi des types de consommateurs sur un marché donné. Les acheteurs professionnels ont une compréhension plus aiguë du marché et utiliseront un référentiel d'informations plus détaillé que les clients occasionnels. Les autorités devraient aussi vérifier si des informations sont disponibles auprès de la concurrence, de magazines et de sites web spécialisés, d'associations de consommateurs ou d'acheteurs réguliers ;
- *le prix du produit primaire et du produit secondaire*. Il importe par exemple d'établir si le choix du produit primaire est fondé principalement sur son prix ou sur d'autres critères tels que les caractéristiques techniques, voire, simplement, des effets de réputation. Il faudrait également de déterminer si le coût relatif des produits du marché de l'après-vente est insignifiant ou au contraire important par rapport au prix du bien d'équipement primaire, et s'il existe des solutions alternatives ou des substituts sur le marché de l'après-vente⁷⁸.

68. Les autres facteurs intéressants pour cette analyse sont les effets des contraintes en jeu sur le marché de l'après-vente⁷⁹, la durée de vie moyenne du produit primaire, l'étendue de l'information des consommateurs sur le coût total du produit secondaire⁸⁰, le niveau des coûts de sortie vers un produit primaire concurrent⁸¹, l'importance des problèmes de réputation (crainte d'une perte de ventes futures sur le marché primaire, par exemple), l'existence de dispositions contractuelles empêchant les comportements opportunistes sur le marché de l'après-vente, ou encore la compatibilité des produits secondaires avec plusieurs produits primaires⁸².

Encadré 14. Évaluation de la position dominante dans des affaires relatives aux marchés de l'après-vente en Europe

La Commission européenne retient généralement quatre critères pour établir si une entreprise détient une position dominante sur le marché de l'après-vente. En l'occurrence, la domination sur le marché secondaire peut être exclue « dans la mesure où un client (i) a la possibilité de faire un choix informé intégrant le calcul des coûts sur l'ensemble de la durée de vie, (ii) est susceptible de prendre une décision éclairée en conséquence et où, (iii) au cas où une politique d'exploitation serait visiblement menée sur un marché de l'après-vente particulier, un nombre suffisant de clients adapteraient leur comportement d'achat au niveau du marché primaire (iv) dans un laps de temps raisonnable⁸³. »

Dans l'affaire *Pelikan/Kyocera*⁸⁴, la Commission a appliqué ces quatre critères. Elle en a conclu que la concurrence sur le marché des imprimantes constituait un facteur de discipline efficace sur le marché de l'après-vente et a rejeté l'idée que Kyocera détenait une position dominante sur le marché de l'après-vente. De même, dans l'affaire *Info-lab/Ricoh*⁸⁵, la Commission a conclu que le marché des poudres d'encre pour les photocopieurs de la marque Ricoh était étroitement lié au marché des photocopieurs et que la position dominante de Ricoh sur le marché de l'après-vente ne pouvait être établie en raison de la pression concurrentielle subie par le fabricant sur le marché primaire.

3.3 Comportement anticoncurrentiel sur les marchés de l'après-vente

69. L'objet de cette section n'est pas d'analyser dans le détail les théories juridiques et économiques sous-tendant les pratiques anticoncurrentielles éventuelles auxquelles pourraient recourir des entreprises opérant sur les marchés de l'après-vente. Ce serait un travail inutile si l'on considère que les organes de réglementation et d'exécution n'ont jamais jugé nécessaire de modifier les normes et instruments classiques d'application du droit de la concurrence – a fortiori d'en créer de nouveaux – pour apprécier ces comportements sur les marchés de l'après-vente, mais qu'ils appliquent là les outils et les méthodes développés pour d'autres types d'affaires en droit de la concurrence. Cette section passera néanmoins en revue différentes pratiques que les entreprises peuvent employer pour tenter de monopoliser le marché de l'après-vente en étendant leur pouvoir de marché et en limitant le choix de produits ou de services après-vente offerts aux consommateurs.

70. Les pratiques qui sont généralement analysées par les autorités de la concurrence dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente relèvent d'une forme d'« exploitation du pouvoir de marché » qu'une entreprise a sur un marché (en l'occurrence, le marché du bien primaire) sur un autre marché (le marché de l'après-vente). Dans la mesure où ces pratiques contribuent à réduire le nombre et la diversité des sources auprès desquelles les consommateurs peuvent acquérir le produit ou le service secondaire, elles offrent des occasions aux vendeurs pour tenter de relever leurs prix ; parfois, ces tentatives peuvent aboutir et nécessiter en conséquence une surveillance par les autorités. Si les autorités de la concurrence peuvent établir le pouvoir de marché ou l'existence d'une position dominante, elles pourront chercher à déterminer si l'une ou l'autre de ces situations avantageuses est susceptible de constituer un comportement anticoncurrentiel. Dans le contexte des marchés de l'après-vente, ces comportements abusifs consistent le plus souvent en pratiques d'éviction⁸⁶, mais pourraient aussi, dans certains cas, relever de l'exploitation abusive.

Encadré 15. Prix abusivement élevés et prix d'éviction sur les marchés de l'après-vente

Les affaires de prix excessifs ou non équitables sur les marchés de l'après-vente sont rares. Les juridictions qui poursuivent pour pratique abusive de prix excessivement élevés (« prix abusivement élevés ») pourraient aussi appliquer les règles sur les pratiques unilatérales aux marchés de l'après-vente – en particulier pour les cas où les prix élevés sur le marché de l'après-vente ont été fixés après l'achat du produit primaire – selon une théorie du préjudice au titre de l'« opportunisme lié à la clientèle établie ». Cependant, les poursuites pour pratique de prix élevés sont globalement rares dans les pays de l'OCDE, en raison de la difficulté de prouver l'exploitation abusive.⁸⁷ Ainsi, pour Heimert (2016), la législation antitrust aux États-Unis ne traite quasiment pas des abus d'exploitation tels que la pratique de prix excessifs sur les marchés de l'après-vente. La raison en est que, comme évoqué tout au long de ce document, des prix après-vente élevés peuvent être le résultat de prix relativement bas sur le marché primaire, ce qui rend très difficile, sinon impossible, de poursuivre en infraction au droit de la concurrence pour prix abusifs sur les marchés de l'après-vente. Temple Lang (2011) parvient à une conclusion similaire pour le droit de la concurrence dans l'UE.

Dans une structure de prix excessivement bas (« prix d'éviction »), la stratégie du fabricant serait de vendre le produit primaire à un prix proche du coût le plus bas, et à compenser *via* des prix après-vente plus élevés les bénéfices auxquels il aura renoncé sur le marché primaire. Là encore, du fait de la connexion étroite entre les prix des produits primaire et secondaires, le fabricant du produit primaire aura tendance à adopter une stratégie tarifaire comprenant à la fois le marché primaire et le marché secondaire. Par exemple, le fabricant pourrait pratiquer des prix bas sur le marché primaire (pour augmenter les ventes du bien d'équipement) et des prix après-vente élevés pour les produits de sa marque (afin de discriminer par les prix entre « grands » et « petits » utilisateurs et de recouvrer l'investissement en développement du produit primaire). Une telle tarification pourrait constituer une pratique de prix d'éviction. Pour l'établir, toutefois, l'autorité de la concurrence devrait prendre en considération le prix sur le marché primaire et les prix sur le marché de l'après-vente, puisque les deux marchés sont liés. Il n'est pas nécessaire de poursuivre ici l'analyse de ce cas, puisque les effets d'éviction d'une telle stratégie se produiraient normalement sur le marché primaire et non sur le marché de l'après-vente⁸⁸.

71. Dans les paragraphes qui suivent, nous nous intéresserons aux comportements d'exclusion les plus couramment adoptés par les entreprises en position dominante sur les marchés de l'après-vente, en laissant de côté les pratiques d'exploitation et d'autres théories du préjudice fondées sur la coordination des comportements des concurrents⁸⁹. Les pratiques d'éviction les plus communes sont la vente liée et le refus de vente.

3.3.1 Vente liée incluant le marché de l'après-vente

72. La vente liée est l'une des pratiques les plus courantes analysées dans les affaires en droit de la concurrence relatives aux marchés de l'après-vente. Dans une formule de vente liée, le fabricant conditionne la vente du produit primaire (le « produit liant ») à l'achat par le client d'un produit ou d'un service après-vente (le « produit lié »). Un résultat analogue est obtenu par l'interdiction contractuelle faite au client d'utiliser conjointement avec le produit primaire tout produit autre que ceux vendus par le fabricant ou par un de ses revendeurs agréés. Quelle que soit la forme que peut prendre la pratique dans les faits (et elles sont nombreuses)⁹⁰, un dispositif illicite de vente liée incluant spécifiquement le marché de l'après-vente sera toujours établi par la preuve :

- qu'il y avait deux produits distincts, ce qui est souvent le cas dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente ;
- que le vendeur a demandé ou imposé à l'acheteur d'acquiescer les deux produits, au lieu de simplement les proposer sous la forme d'un lot dans lequel il aurait été moins cher, plus pratique ou plus intéressant d'acquiescer les deux articles ;

- que le vendeur disposait d'un pouvoir de marché sur le marché du produit liant, ou, dans le cas de marchés de l'après-vente, sur le marché du produit primaire ;
- et que la stratégie a eu des effets non négligeables pour la concurrence sur le marché du produit lié, c'est-à-dire sur le marché de l'après-vente.

73. Il est généralement admis que le fournisseur doit être en position dominante sur le marché *primaire* pour que la vente liée soit considérée comme illégale. La Commission européenne (2009) précise que « *dans le cas particulier des ventes groupées sur les marchés de l'après-vente, l'entreprise doit occuper une position dominante sur le marché liant et/ou sur le marché lié de l'après-vente*⁹¹ ». Cela concorde avec l'idée que, pour le préjudice porté par la vente liée, la théorie de l'effet de levier comme moyen d'exclusion est celle qui s'applique. Autrement dit, la vente liée serait préjudiciable si une entreprise en position dominante faussait le jeu de la concurrence sur le marché du produit lié (c'est-à-dire, dans le contexte de l'après-vente, le marché secondaire) en exploitant le pouvoir dont elle dispose sur le marché du produit liant (c'est-à-dire, le marché primaire). À part cela, les conditions préalables pour établir une vente liée illégale seraient les mêmes que dans toute affaire de vente liée ne faisant pas intervenir un marché de l'après-vente⁹².

74. Il est largement admis que la vente liée apporte souvent avec elle des effets proconcurrentiels et (ou) des gains d'efficacité, sur le marché primaire et (ou) sur le marché de l'après-vente du fait des liens étroits entre les deux marchés. Dans le contexte du marché de l'après-vente, les gains d'efficacité que peut éventuellement engendrer un dispositif de vente liée sont des économies d'échelle et une diminution des coûts de transaction, une stimulation de l'innovation et une augmentation de la production globale due au faible prix relatif du produit primaire⁹³. La littérature économique évoque aussi la possibilité de compensations entre degrés de concurrence sur le marché de l'après-vente et sur le marché de la vente ; la concurrence féroce sur le marché secondaire serait cause de la concurrence légère sur le marché primaire⁹⁴. De plus, les entreprises mises en cause pour vente liée tentent souvent de justifier la pratique par des considérations objectives d'intérêt général (la santé et la sécurité sont généralement invoquées)⁹⁵, par la nécessité de préserver leur image de marque, ou par celle de garantir la qualité ou le bon usage de leurs produits⁹⁶. Les autorités de la concurrence devraient examiner attentivement ces justifications et arguments d'efficacité avant de condamner ce qui apparaît à première vue comme une pratique abusive de vente liée sur un marché de l'après-vente.

Encadré 16. Exemples d'affaires de vente liée sur des marchés de l'après-vente

En **Europe**, dans l'affaire *Hilti AG*⁹⁷, la Commission a conclu que Hilti avait abusé de sa position dominante en liant la vente de clous à la vente de chargeurs. Le Tribunal a rejeté une justification objective invoquée par Hilti qui prétendait que cette vente liée était motivée par un souci de sécurité, arguant que les clous produits par ses concurrents comportaient des défauts significatifs qui les rendaient incompatibles avec leur utilisation dans les systèmes FCP de Hilti et que la vente liée était justifiée par le devoir de diligence qui incomberait à Hilti au titre de sa responsabilité du fait des produits. Dans l'affaire *Tetra Pak International*⁹⁸, la Commission a jugé que Tetra Pak avait abusé de sa position dominante en liant la vente de machines de conditionnement à la vente de cartons, jugement qu'on ensuite confirmé le Tribunal et la Cour. L'arrêt du Tribunal, confirmé par la Cour, stipulait que « *même lorsque la vente liée de deux produits est conforme aux usages commerciaux ou lorsqu'il existe un lien naturel entre les deux produits en question, elle peut néanmoins constituer un abus [...], à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée* ». Dans la décision d'engagement de l'affaire *Digital*⁹⁹, l'une des sources de préoccupations pour la concurrence repérées par la Commission était que Digital avait abusé de sa position dominante sur les marchés européens de la maintenance de logiciels Digital et des services matériels pour ordinateurs Digital « *en liant la fourniture de services 'matériel' et la fourniture de services 'logiciel', notamment en offrant des services logiciel à des prix considérablement plus avantageux lorsqu'inclus dans une offre combinée de services logiciel et matériel que lorsque vendus séparément* », ce qui est considéré comme une forme de « lien économique »¹⁰⁰.

Au **Japon**, dans l'affaire *Toshiba Elevator Service* intentée à titre privé¹⁰¹, des dommages-intérêts en droit de la concurrence ont été accordés à une société d'entretien indépendante et au propriétaire d'un immeuble qui avaient installé un ascenseur fabriqué par Toshiba, pour vente liée illégale par une filiale à 100 % de Toshiba (*Toshiba erebeta tekunosu*) assurant des services d'entretien et de réparation pour les ascenseurs fabriqués par Toshiba. Le tribunal a conclu que, par ses refus répétés de fournir des pièces de rechange aux prestataires de services indépendants et par ses délais de livraison pour lesdites pièces, l'appelant (la filiale à 100 % de Toshiba) avait lié le contrat d'entretien et de contrôle à la fourniture de pièces détachées.

3.3.2 Refus de vente et autres pratiques d'éviction sur les marchés de l'après-vente

75. Un autre comportement unilatéral d'éviction par un fournisseur de produits primaires opérant à la fois sur le marché primaire et sur le marché de l'après-vente consiste à refuser de fournir des produits aux concurrents sur le marché secondaire. Par exemple, si les pièces détachées ne sont pas reproductibles ou sont soumises à des droits exclusifs, refuser de fournir des pièces de rechange à ses concurrents (existants et potentiels) sur le marché de l'après-vente laisserait *de facto* le fabricant du bien primaire comme seul fournisseur des produits secondaires, puisque ses concurrents ne seraient alors pas en mesure de fournir les services d'entretien et réparation sur le marché de l'après-vente. Pour et sur le marché de l'après-vente, ces refus de vente peuvent aussi prendre diverses formes : refus d'accorder des licences de propriété intellectuelle aux concurrents, refus de communiquer aux concurrents les informations techniques dont ils ont besoin pour entrer sur le marché ou pour y être effectivement concurrentiels, stratégies de discrimination par les prix dans laquelle le fournisseur fait payer plus cher ses produits aux concurrents (principalement indépendants ou non agréés) afin de faire augmenter leurs coûts, retards intentionnels dans la fourniture de pièces de rechange aux concurrents, ou toute autre pratique visant à alourdir les coûts des concurrents¹⁰².

76. Les conditions pour établir l'illégalité d'un refus de vente sur le marché de l'après-vente sont les mêmes que celles appliquées par les autorités de la concurrence et tribunaux dans d'autres affaires relevant du droit de la concurrence¹⁰³. Généralement, plusieurs éléments doivent être réunis pour qu'une autorité puisse conclure qu'un refus de vente constitue une infraction au droit de la concurrence¹⁰⁴, notamment :

- L'entreprise opposant le refus doit nécessairement avoir une position dominante concernant un produit ou un service particulier. Dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente, les autorités de la concurrence vérifient en général si l'entreprise dispose du pouvoir de marché sur le marché primaire.
- Il faut que l'entreprise opposant le refus ne soit pas prête à vendre à des conditions jugées « appropriées ». La définition de ce que sont des conditions commerciales « appropriées » est effectivement un élément majeur dans ce cas et diffère d'une affaire à l'autre.
- Le refus de prestation de service à des conditions « appropriées » doit avoir un impact important sur la concurrence sur un marché connexe au détriment des consommateurs. Dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente, les autorités compétentes devront généralement examiner les effets du comportement de l'entreprise sur la concurrence au sein du marché de l'après-vente.
- Il ne doit pas exister de justification commerciale objective au refus de prestation de service¹⁰⁵.

Encadré 17. Refus de vente sur les marchés de l'après-vente

Dans l'Union européenne, dans l'affaire *Hugin*¹⁰⁶, la Commission a établi que la société Hugin avait refusé de fournir des pièces détachées pour ses caisses enregistreuses aux sociétés d'entretien et de réparation indépendantes externes à son propre réseau de distribution. Dans les affaires *AB Volvo/Erik Veng* et *CICRA et al./Renault*¹⁰⁷, la Commission a conclu qu'un refus de fournir des pièces de rechange par la société détenant un droit exclusif sur la production de ces pièces pouvait constituer une infraction aux dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'UE relatives aux abus de position dominante. Dans l'affaire *IBM*¹⁰⁸, l'effet cumulé de plusieurs pratiques eu égard à la fourniture d'intrants essentiels pouvait être constitutif d'un refus de vente implicite. La Commission établissait les pratiques problématiques suivantes mises en œuvre par IBM : les horaires de mise à disposition des pièces détachées moins étendus pour les prestataires de maintenance indépendants que pour les propres clients d'IBM ; la facturation aux prestataires de maintenance indépendants des non-retours et des retours effectués au-delà d'un certain délai ; et la mise à disposition manifestement tardive des informations techniques nécessaires à ces entreprises pour prester les services de maintenance.

En Inde, dans l'affaire de 2014 relative aux pièces détachées automobiles (*Shri Shamsher Kataria v Honda Sael Cars India Ltd. & Ors*)¹⁰⁹, la Competition Commission of India a statué que le comportement de 14 constructeurs automobiles refusant l'accès des réparateurs indépendants aux pièces détachées ou aux outils de diagnostic de leur marque constituait une infraction à la Loi indienne sur la concurrence de 2002. Le refus constitué découlait de l'imposition de clauses restrictives ayant pour effet de fermer complètement les marchés de l'après-vente à la concurrence. Singulièrement, les constructeurs automobiles restreignaient la gamme de pièces détachées à la disposition des garagistes indépendants et rationnaient la fourniture des outils de diagnostic et manuels techniques nécessaires à l'entretien et à la réparation des véhicules de leur marque.

3.3.3 Restrictions sur le marché de l'après-vente et droits de propriété intellectuelle

77. L'analyse de la monopolisation des marchés de l'après-vente révèle souvent un lien étroit avec l'exercice légitime d'un droit de propriété intellectuelle. Un survol rapide des nombreuses affaires en droit de la concurrence intéressant les marchés de l'après-vente montre déjà que la plupart des problèmes surviennent lorsque ces marchés sont exclusifs, c'est-à-dire qu'ils sont propres à une enseigne ou une marque, et éventuellement protégés par des brevets ou par d'autres droits de la propriété intellectuelle¹¹⁰. L'interaction entre concurrence et propriété intellectuelle dans ces affaires soulève d'intéressantes questions pour les politiques publiques. Ainsi, dans quelle mesure le droit de la concurrence devrait-il interférer avec l'exercice légitime de droits liés à la propriété intellectuelle – y compris celui d'interdire l'utilisation d'un produit à ses concurrents ? L'éventail des comportements de détenteurs de droits de propriété intellectuelle qui peuvent intéresser une analyse de la monopolisation du marché de l'après-vente est vaste. En voici quelques exemples.

- **Refus de vente de produits protégés par un droit de propriété intellectuelle.** La stratégie la plus courante pour les détenteurs de droits de propriété intellectuelle consiste à refuser de vendre des produits protégés par ces droits à leurs concurrents. Tel serait le cas d'un refus de vendre à des prestataires indépendants de services d'entretien les pièces détachées brevetées dont ces entreprises auraient besoin pour assurer l'entretien du produit primaire en concurrence avec le fabricant.
- **Déni d'interopérabilité avec des produits protégés par un droit de propriété intellectuelle.** Le vendeur peut concevoir ou configurer son produit primaire de telle sorte que seule la version en marque propre du produit secondaire fonctionnera avec le produit primaire, empêchant d'autres fournisseurs de proposer aux acheteurs du produit primaire de marque des produits de substitution sur le marché secondaire.

- **Alourdissement des coûts des concurrents.** Le vendeur peut retenir des spécifications ou des caractéristiques d'un nouveau produit protégé par un droit de propriété intellectuelle avant sa première commercialisation, se gardant ainsi la survaleur associée à l'avantage du précurseur.
- **Brevets de conception abusifs.** Lorsque des pièces détachées originales (brevetées) et non originales (non brevetées) sont en cause, le fabricant du bien d'équipement primaire peut tenter de rechercher la protection d'un brevet pour les pièces qui ne sont pas encore couvertes par un droit de propriété intellectuelle ; cette manœuvre peut se traduire par l'éviction du marché de l'après-vente des prestataires de services indépendants (au cas où le fabricant du bien d'équipement déciderait de restreindre ses ventes de pièces nouvellement brevetées à ces professionnels) ou par un alourdissement de leurs coûts (au cas où le fabricant du bien d'équipement déciderait de vendre sous licence les pièces nouvellement brevetées)¹¹¹.
- **Vente conditionnelle de produits secondaires protégés par un droit de propriété intellectuelle.** Le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle pourrait imposer des conditions à la vente de son produit protégé par ce droit afin de limiter son utilisation après-vente. Ce serait par exemple le cas avec un fabricant d'imprimantes qui accorderait une remise sur le prix de cartouches de poudre d'encre brevetées à condition que l'acheteur rapporte les cartouches usagées. Un tel procédé empêchera *de facto* les autres fournisseurs sur le marché des poudres d'encre de reconditionner les cartouches brevetées afin de les proposer en concurrence avec les poudres d'encre originales du fabricant d'imprimantes, limitant par conséquent la concurrence sur le marché de l'après-vente¹¹².

78. Les principes généraux régissant l'application du droit de la concurrence aux pratiques basées sur les droits de la propriété intellectuelle sont assez bien établis. Dans beaucoup de pays, les autorités de la concurrence et les tribunaux reconnaissent généralement que le droit de la concurrence ne s'applique pas aux pratiques qui représentent le simple exercice d'un droit de la propriété intellectuelle. Est habituellement inclus dans cette catégorie le droit du détenteur de la propriété intellectuelle à exclure unilatéralement d'autres personnes de l'utilisation de la propriété intellectuelle en question. S'il en allait autrement, le droit de la propriété intellectuelle serait vidé de sa raison d'être, et il s'ensuivrait un préjudice direct pour les avantages économiques, culturels sociaux et pédagogiques qui sous-tendent l'octroi d'un droit de monopole au détenteur des droits de propriété intellectuelle. À l'inverse, toute extension de la protection du monopole de la propriété intellectuelle au-delà du simple exercice du droit y associé pourrait éventuellement exposer le détenteur du droit en question à une mise en cause au titre du droit de la concurrence. Il en serait ainsi du détenteur d'un droit de propriété intellectuelle qui adopterait un comportement propre à établir, maintenir ou accroître son pouvoir de marché sur un marché séparé. Une illustration de ce cas de figure est la manœuvre du détenteur d'un droit de propriété intellectuelle qui lie un produit d'une autre marque (vendu sur le marché de l'après-vente, par exemple) à un produit couvert par son droit de propriété intellectuelle (en l'occurrence, le produit primaire).

79. Il n'entre pas dans le propos du présent document d'analyser l'interaction délicate entre politique de la concurrence et politique de la propriété intellectuelle, mais les exemples ci-dessus donnent la mesure de l'intrication et de la complexité du lien entre deux objectifs de l'action publique : l'exercice légitime de droits de la propriété intellectuelle et la sauvegarde de l'incitation à innover des détenteurs de ces droits d'un côté, et la nécessité de garantir un degré suffisant de concurrence sur les marchés de l'après-vente de l'autre. La perception du conflit entre propriété intellectuelle et concurrence, et la recherche du rôle à donner à la politique de la concurrence lorsqu'elle s'oppose à la politique de la propriété intellectuelle dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente varient d'un pays à l'autre, en fonction de la culture, du contexte juridique et du degré d'attachement respectif aux valeurs de la concurrence et de la propriété intellectuelle.

Encadré 18. L'équilibre entre les objectifs de propriété intellectuelle et de concurrence dans la jurisprudence aux États-Unis – Les affaires *Kodak* et *Xerox*

Trouver l'équilibre optimal entre les valeurs de la concurrence et de la propriété intellectuelle peut toutefois se révéler difficile, y compris au sein d'un même territoire. Ainsi, aux États-Unis, deux juridictions ont statué différemment dans deux procédures relatives aux marchés de l'après-vente qui ont fait date : les affaires *Kodak* et *Xerox*¹¹³. Dans ces deux affaires, les faits portaient sur le refus du fournisseur du bien d'équipement original – les sociétés *Kodak* et *Xerox*, respectivement – de vendre des pièces de rechange brevetées à des prestataires indépendants de services d'entretien et réparation qui lui faisaient concurrence sur son marché de l'après-vente. Les deux juridictions ont été confrontées à la même question : l'exercice légitime d'un droit de propriété intellectuelle (qui comprend le droit au refus de vendre) doit-il primer sur l'intérêt général de l'exercice de la concurrence sur le marché de l'après-vente ?

Dans le cas de *Kodak*, le tribunal du neuvième circuit a jugé que le droit d'un détenteur de brevet à exclure ses concurrents était « *une justification commerciale a priori légitime* » pour refuser de traiter avec un concurrent, mais a ajouté que cette présomption était réfutable si le plaignant apportait la preuve que la justification commerciale alléguée « *ne procurait pas un encouragement légitime à la concurrence ou que la justification était sans substance* ». Le tribunal a donc considéré que les droits de la propriété intellectuelle doivent être respectés de manière générale, mais a laissé la possibilité de faire primer des considérations de concurrence en fonction des faits de l'espèce. Dans l'affaire *Xerox*, le circuit fédéral a adopté une approche plus catégorique et jugé que la protection des brevets devait avoir priorité absolue. D'après cette juridiction, le propriétaire d'un brevet a en toutes circonstances le droit de refuser de vendre à des concurrents, sauf si le plaignant arrive à prouver que ledit brevet a été obtenu illégalement. Le circuit fédéral a en outre explicitement récusé l'interprétation du neuvième circuit dans l'affaire *Kodak* (« *Nous nous refusons à suivre Image Technical Services* »)¹¹⁴ ; en prenant ainsi le contre-pied du jugement *Kodak*, l'arrêt *Xerox* montre à quel point l'objectif de protection de la propriété intellectuelle peut être envisagé très différemment en droit de la concurrence¹¹⁵.

80. Les études économiques ne sont pas d'une grande aide pour déterminer quel est le « bon » choix à faire parmi diverses options de politique publique ; ce choix relèvera donc davantage du jugement de valeur que du calcul de rentabilité. Les législateurs et les instances exécutives peuvent cependant jouer un rôle important dans la formalisation de la politique de l'innovation, car les choix qu'ils font lorsqu'ils décident si l'exercice du droit de la propriété intellectuelle doit se plier aux considérations de défense de la concurrence influencent directement les tendances de l'efficacité et de l'innovation. Fox (1986) résume les choix disponibles en matière d'action publique par le diagramme ci-dessous :

	A	B
1	Liberté, pour l'entreprise en position dominante, de choisir sa stratégie et de ne pas divulguer d'informations	Liberté de stratégie pour l'entreprise en position dominante, à moins que le plaignant ne prouve que l'entreprise utilise cette stratégie pour alourdir les coûts de ses concurrents afin d'accroître sa propre domination
2	Accès de la concurrence aux informations nécessaires pour rendre les produits compatibles, à moins que l'entreprise en position dominante ne prouve que l'obligation de transmettre ces informations interférera indûment avec l'incitation à inventer et créera ainsi un préjudice pour les consommateurs	Accès de la concurrence aux informations indispensables pour assurer la compatibilité

81. Davantage de liberté pour l'entreprise en position dominante (choix de politique publique 1A) = moins de concurrence par les prix en général et moins de développement technologique par les entreprises

de moindre dimension. Dans ce régime de politiques publiques, l'innovation émanera probablement de l'entreprise dominante et les évolutions seront moins perméables à la pénétration des concurrents. Davantage d'accès aux informations d'interface pour les concurrents (choix de politique publique 2B) impliquera moins de développement technologique par l'entreprise en position dominante ; pour les concurrents, les incitations à copier aussi bien qu'à inventer seront maximales ; leur concurrence plus immédiate aura tendance à faire baisser les prix.

82. Les deux autres scénarios de politique publique (choix 2A et 1B) constituent des modèles intermédiaires qui offrent la possibilité aux organes d'application du droit de la concurrence dans des contextes de propriété intellectuelle d'arbitrer différemment entre l'innovation menée par l'entreprise dominante et l'innovation menée par la « frange concurrentielle ». Cet arbitrage n'est pas facile à réaliser et ses conséquences peuvent être imprévisibles. L'augmentation (ou la diminution) nette attendue en matière d'efficacité et d'innovation dépendra de plusieurs facteurs : les avancées technologiques de l'entreprise en position dominante, la contribution à l'innovation attendue des petites entreprises et les baisses de prix qui pourront résulter de l'interaction entre l'entreprise dominante et ces petits concurrents à court et à long terme dans les différents scénarios de choix de politique publique.

83. Ces choix ont aussi leur importance dans les stratégies des entreprises pour le marché de l'après-vente et leur impact sur l'innovation. Étant donné que la concurrence peut s'exercer à divers niveaux sur les marchés primaire et secondaire, les entreprises ont élaboré différents modèles économiques.

- **Concurrence de systèmes.** À une extrémité du spectre se trouvent des modèles économiques intégrés qui assurent au fabricant du bien d'équipement initial le contrôle de bout en bout des services après-vente et de tous les services ou produits complémentaires utilisés avec le bien original. En règle générale, les modèles économiques ayant pour principe la concurrence entre des systèmes intégrés s'appuient fortement sur des systèmes de marque (c'est-à-dire protégés par des droits de propriété intellectuelle) exclusifs et fermés. Ce modèle intégré permet au fabricant de maîtriser la qualité tout au long de la chaîne de valeur, de réguler l'utilisation des systèmes par la discrimination des clients et de dégager de l'utilisation du bien un savoir-faire qui pourra servir à innover et à améliorer le produit primaire lui-même. Les consommateurs bénéficient de la concurrence entre systèmes ; en revanche, une fois qu'ils ont opté pour un système, ils en sont captifs et ne peuvent espérer aucun effet de contrainte concurrentielle.
- **Concurrence déliée.** À l'autre extrémité du spectre, on trouve des modèles de systèmes ouverts reposant sur le libre accès aux spécifications du produit primaire et sur la coopération entre fabricants de produits secondaires et producteur du bien d'équipement initial, qui permet le développement d'une gamme de produits secondaires concurrents. Ces modèles économiques encouragent les fabricants indépendants à apporter des améliorations sur le marché secondaire et peuvent à terme favoriser leur entrée sur le marché primaire. Les modèles économiques déliés reposent en grande partie sur des systèmes ouverts et sur la coopération et le partage de savoir-faire entre fournisseurs de produits primaires et de produits secondaires.

3.4 *Le rôle des gains d'efficacité et des justifications objectives dans les argumentaires de défense*

84. Comme évoqué précédemment, une part importante de la littérature économique (en particulier émanant de l'École de Chicago) est consacrée à l'examen des considérations d'efficacité dans la monopolisation du marché de l'après-vente. L'idée force de ces travaux est que les tentatives des entreprises pour conserver ou renforcer leur pouvoir de marché ne sont pas nécessairement préjudiciables au consommateur et peuvent même, en réalité, accroître le bien-être des consommateurs ou, au minimum, ne pas l'amoinrir. Les autorités de la concurrence reconnaissent que certaines des pratiques anticoncurrentielles passées en revue dans les paragraphes précédents, qui sont régulièrement en cause

dans les affaires relatives à des marchés de l'après-vente (telles que la vente liée ou le refus de vente) sont souvent capables propres à générer des gains d'efficience que les défenseurs pourront mettre en avant pour se justifier dans des actions en droit de la concurrence.

85. Ces gains d'efficience incluraient des économies d'échelle, une diminution des coûts de transaction, une stimulation de l'innovation et l'augmentation de la production globale grâce au faible prix relatif du produit primaire en cas de vente liée¹¹⁶, ainsi que l'obtention d'un retour sur investissement adéquat et l'évitement d'effets négatifs sur l'incitation à innover. Par exemple, dans l'économie numérique, il serait particulièrement important de prendre en considération l'économie dynamique et les gains d'efficience, de façon que l'intervention des autorités de la concurrence ne décourage pas l'innovation future sur le marché primaire.

86. Des arguments de défense types dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente sont les considérations d'intérêt général (le plus souvent, la santé ou la sécurité), les effets de réputation liés au bon fonctionnement et au bon usage des deux produits¹¹⁷, la préservation de l'image de marque, le maintien des incitations à l'innovation et l'exercice des droits de propriété intellectuelle, spécialement dans les affaires de refus de vente. Il incombe à l'entreprise mise en cause de prouver l'existence de ces gains d'efficience et de démontrer que la pratique incriminée est nécessaire et proportionnée et que ces gains d'efficience ne pourraient pas être obtenus par des moyens moins anticoncurrentiels.

87. Une fonction importante des restrictions sur les marchés de l'après-vente est d'assurer la maîtrise de la qualité et la protection des actifs incorporels du fabricant du produit primaire. Ainsi, si les garagistes devaient utiliser des pièces de rechange d'une qualité inférieure à celle des pièces détachées d'origine, tandis que les consommateurs croiraient à tort que ces dernières sont fabriquées ou agréées par le constructeur, la réputation du constructeur automobile serait entachée. Dans de tels cas, les restrictions sur le marché de l'après-vente peuvent être une façon concrète et efficace de protéger les intérêts en jeu, avant tout et par-dessus tout ceux des consommateurs. Les autorités de la concurrence devraient cependant déterminer s'il existe éventuellement d'autres moyens, peut-être moins anticoncurrentiels, d'assurer cette maîtrise de la qualité. On pourrait imaginer par exemple que le fournisseur impose un cahier des charges spécifiant les caractéristiques et propriétés des produits secondaires et se réserve le droit de mettre fin au contrat de fourniture de produits après-vente qui se révéleraient d'une qualité inférieure à celle attendue.

88. Une autre justification souvent avancée pour ces restrictions sur le marché de l'après-vente est le « contingentement », qui permet au vendeur du bien primaire de pratiquer une discrimination par les prix pro concurrentielle fondée sur la différenciation entre les types d'utilisateurs qui achètent le produit¹¹⁸. Ainsi, Chen et Ross (1993), Emch (2003) et Klein (1996) avancent qu'un vendeur peut se servir du marché de l'après-vente comme d'un instrument de « contingentement » pour discriminer entre les utilisateurs « haute intensité et haute valeur » et les utilisateurs « faible intensité et faible valeur ». De leur côté, Carlton et Waldman (2010) montrent que les comportements anticoncurrentiels sur les marchés de l'après-vente peuvent être une réponse efficace aux inefficiences susceptibles d'exister sur le marché de la vente. Concernant le « contingentement », Hovenkamp et Hovenkamp (2010) observent que les dispositifs de vente liée sont dans leur « *grande majorité* » propices au bien-être des consommateurs et au bien-être dans son ensemble ; ils « *ne nuisent au bien-être des consommateurs que dans les situations les plus flagrantes* » et « *la plupart du temps, les consommateurs sont probablement gagnants* ». Lambert (2011) conclut que les liens de « contingentement » « *améliorent en règle générale le bien-être dans son ensemble* » et « *la plupart des cas de contingentement améliorent le bien-être du consommateur* ». Selon Wright (2006), « *la discrimination par les prix de deuxième degré dans le contexte du contingentement est en définitive proche de la discrimination par les prix idéale*¹¹⁹. »

Encadré 19. Justifications dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente

Dans l'**Union européenne**, dans l'affaire *Hilti*¹²⁰, le Tribunal a rejeté la justification objective invoquée par Hilti, à savoir que sa pratique de vente liée était motivée par un souci de sécurité et par le devoir de diligence qui lui incombait au titre de sa responsabilité du fait des produits. Dans l'affaire *Haladjian Frères/Commission*¹²¹, la société Caterpillar était accusée d'avoir modifié son système de commercialisation de pièces détachées afin de limiter les importations parallèles en Europe à partir des États-Unis. Le Tribunal a estimé que Caterpillar avait un intérêt légitime à protéger son réseau de revendeurs agréés contre les revendeurs de pièces détachées non agréés, jugeant qu'elle devait supporter le coût de la mise en place du réseau de distribution, ce qui bénéficiait aux clients et leur offrait un bon réseau de professionnel pour l'entretien et la réparation de leurs machines. Dans l'affaire *Réparation de montres de luxe ou de prestige*¹²², les fabricants de montres avançaient que leurs systèmes sélectifs de réseaux de réparateurs agréés avaient pour buts de maintenir la qualité (en évitant des réparations inadéquates et fautives par des horlogers-réparateurs indépendants) et de préserver l'image de leurs marques aux yeux des consommateurs. La Commission a conclu qu'elle « *ne [pouvait] exclure* » que ces systèmes de distribution-réparation sélective généraient des efficacités et que ces pratiques étaient objectivement justifiées.

Au **Japon**, dans l'affaire *Toshiba Elevator Service* intentée à titre privé¹²³, le tribunal d'Osaka a reconnu que la nécessité de veiller à la sécurité pouvait, en général, justifier une pratique abusive de vente liée. Il a toutefois jugé que cette justification ne s'appliquait pas pour le comportement dénoncé en l'espèce, puisqu'il était constaté que les fournisseurs indépendants assuraient des services d'entretien d'un certain niveau de qualité et n'effectuaient pas de réparations pouvant être dangereuses.

4. Mesures correctives face aux stratégies de monopolisation du marché de l'après-vente

89. Mettre un terme aux pratiques illégales est un objectif évident, et essentiel, du droit de la concurrence ; mais il s'agit aussi de sanctionner pour décourager toute infraction future. Ces objectifs peuvent être atteints par une application rigoureuse du droit de la concurrence, comprenant des sanctions effectives et proportionnées. Dans cette perspective, lorsqu'elles appliquent le droit de la concurrence, les autorités compétentes doivent effectuer plusieurs tâches importantes et complexes : définir les marchés, établir l'existence d'un pouvoir de marché, établir la pratique abusive et apprécier si ce comportement peut être objectivement justifié. Cependant, conclure à juste titre qu'une entreprise est en position dominante et qu'elle a abusé de cette situation, et la punir par une sanction, ne feront peut-être pas grand-chose pour améliorer la concurrence si cela n'est pas suivi d'une mesure corrective capable de restaurer le niveau de concurrence qui aurait prévalu en l'absence de l'abus, ou, si la mesure corrective ne peut être administrée, ou si elle est mal conçue ou mal mise en œuvre¹²⁴.

90. La question de la « bonne » mesure corrective dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente est un sujet de débat dans la littérature sur le sujet, en raison de la nature et du type des infractions que les autorités de la concurrence ont à examiner. Les controverses portent souvent un refus de fourniture aux concurrents, un refus de vente ou la fixation de prix élevés sur le marché secondaire. Dans tous ces cas, si l'autorité découvre une infraction, une injonction de cessation ne suffira peut-être pas pour obtenir le résultat escompté – restaurer la concurrence – si l'autorité n'est pas en mesure de décider (directement ou indirectement) ou même seulement de recommander quelle devra être la nouvelle politique commerciale de l'entreprise sur le marché de l'après-vente. Ces recommandations pourraient par exemple porter sur le prix auquel les produits secondaires devraient être vendus pour qu'il n'y ait pas infraction. Réglementer les prix est difficile et n'est pas souhaitable – il est préférable de faire en sorte que le marché reste concurrentiel et de le laisser déterminer les prix – ; aussi les autorités de la concurrence, qui ne sont pas des instances de réglementation, s'abstiennent autant que possible de tenter de définir le « bon » prix ou le prix « légal » qu'une entreprise devrait être autorisée à pratiquer sur le marché.

91. Dans les affaires impliquant des pratiques de vente liée ou subordonnée à effet d'exclusion, l'injonction de suppression des ventes liées ou groupées est une mesure corrective courante et simple. Dans

les affaires relatives aux marchés de l'après-vente où le refus de vente sert l'objectif de monopolisation du marché, toutefois, ordonner simplement à l'entreprise de se mettre à fournir les intrants nécessaires (des pièces détachées, par exemple) aux concurrents indépendants opérant sur le marché de l'après-vente n'aura peut-être pas le résultat escompté s'il n'y a pas, en outre, une certaine forme de surveillance des prix d'après-vente¹²⁵. L'injonction faite par une autorité de la concurrence à un fabricant en position dominante de fournir des pièces détachées à ses concurrents sera sans objet et sans effet si l'autorité ne détermine pas aussi la relation entre le prix pour les concurrents et le prix pour les consommateurs¹²⁶. Sinon, un refus de vente direct pourrait aisément être transformé en refus de vente implicite, ce qui saperait les efforts de l'autorité pour restaurer une concurrence effective.

92. Face à ces difficultés pour l'élaboration d'une mesure corrective efficace, certains commentateurs sont partisans d'une conception prudente de l'utilisation de l'application du droit de la concurrence dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente même lorsqu'il apparaît justifié de protéger le bien-être des consommateurs. D'autres approches des actions classiques en droit de la concurrence sont notamment les solutions offertes par le droit des contrats, les mesures correctives informationnelles au titre du droit de la consommation et l'utilisation d'autres instruments du droit de la concurrence tels que les décisions d'engagement. Enfin, dans certains pays, les autorités compétentes tentent de résoudre les problèmes survenant sur les marchés de l'après-vente par des mesures réglementaires.

4.1 L'utilisation des mesures correctives au titre du droit des contrats

93. Une façon de protéger les consommateurs des risques associés à la monopolisation des marchés de l'après-vente est l'utilisation du droit des contrats. Les théoriciens de l'École de Chicago reconnaissent d'ailleurs depuis longtemps que l'utilisation des contrats peut être un moyen pour les parties d'auto-réguler le risque de comportements opportunistes sur les marchés secondaires, même dans les cas où la concurrence sur le marché de l'après-vente n'est pas suffisante pour « discipliner » le fournisseur du produit primaire au moment où il fixe ses prix sur ce marché. Pour ces penseurs, au moment de l'achat du bien d'équipement primaire, des engagements contractuels envers un certain niveau de prix sur le marché de l'après-vente peuvent constituer la meilleure solution pour surmonter les problèmes éventuels sur le marché secondaire, s'ils se produisent, évitant ainsi le recours à une intervention en droit de la concurrence. Autrement dit, l'École de Chicago admet que, dans des circonstances bien définies, la myopie des consommateurs et l'absence de concurrence sur le marché primaire pourraient conduire à léser les consommateurs, mais elle considère que les solutions contractuelles, qui permettent de protéger le consommateur contre l'exploitation sur le marché secondaire au fil du temps, sont préférables et moins coûteuses que les interventions au titre du droit de la concurrence¹²⁷.

94. Le courant post-Chicago conteste cette approche et considère que les contrats sont inévitablement incomplets et qu'ils ne procurent pas nécessairement aux consommateurs une protection suffisante face au risque de monopolisation du marché de l'après-vente¹²⁸. Il retient principalement deux arguments :

- Les fournisseurs du bien primaire et des biens secondaires ne peuvent de manière crédible s'engager sur des prix après-vente futurs bas au moment de la vente du bien primaire. En effet, il pourrait être rentable pour eux d'appliquer des prix après-vente supraconcurrentiels à des clients captifs, surtout dans un contexte de contrats incomplets. Cet argument est fondé sur l'idée que, au moment de la transaction sur le marché de la vente, le fabricant du bien d'équipement est incapable de s'engager sur des prix après-vente futurs bas, incapacité à s'engager qui entraîne l'exploitation de la clientèle établie via la monopolisation du marché de l'après-vente et la pratique des prix supraconcurrentiels, et la réalisation de bénéfices supérieurs pour le fabricant. La théorie de l'engagement limité, associée à la possibilité, pour un fournisseur, de modifier ses prix sur le marché secondaire au fil du temps, est la raison pour laquelle les tenants du courant post-Chicago ne voient pas les solutions contractuelles comme une parade optimale, dans une

perspective de bien-être des consommateurs, face au risque de monopolisation des marchés de l'après-vente.

- Les théoriciens du courant post-Chicago suggèrent aussi que, même si les fournisseurs pouvaient être tenus à des solutions contractuelles les empêchant de relever les prix après-vente au-delà des niveaux concurrentiels (c'est-à-dire, en présence de contrats complets), les consommateurs ne seraient toujours pas aptes à discerner ce qu'est ou ce que sera probablement un prix après-vente futur concurrentiel. Les solutions contractuelles peuvent aider à empêcher les fournisseurs d'exploiter un client par rapport à un autre, mais n'empêcheront pas forcément le comportement globalement myope de clients non informés. Borenstein et al. (2000) précisent que « *en l'absence de contrats à long terme parfaitement circonstanciels, les entreprises soupèseront les avantages de prix fixés au niveau du coût marginal pour les générations futures de consommateurs par rapport au bénéfice d'une tarification de monopole pour les possesseurs actuels, captifs, des biens d'équipement considérés* ».

95. Ces conclusions portent l'idée que les solutions contractuelles ne sont peut-être en effet pas réalisables, contrecarrant la thèse de l'École de Chicago qui voit dans leur utilisation une possibilité de surmonter les problèmes de prix après-vente en alternative aux interventions en droit de la concurrence. Dans cette perspective, les interventions en droit de la concurrence risquent de décourager les fournisseurs d'adopter des stratégies souples sur leurs marchés secondaires, puisqu'ils s'exposeraient alors éventuellement à des amendes et des procédures coûteuses.

4.2 Mesures correctives au titre du droit de la consommation

96. La politique de la concurrence doit-elle traiter des problèmes que les consommateurs sont susceptibles de rencontrer sur les marchés primaire et secondaires et dans quelle mesure ? Sur cette question, les avis divergent ; d'aucuns avancent qu'il y a un rôle à jouer sur les marchés de l'après-vente pour la promotion de la concurrence ainsi que pour la politique de protection des consommateurs, spécialement lorsque l'absence de pouvoir de marché sur le marché de la vente n'appellerait pas une intervention en droit de la concurrence¹²⁹. La première partie de ce document étudiait la relation entre l'aptitude d'une entreprise à exercer un pouvoir sur le marché de l'après-vente et la myopie des consommateurs. Les consommateurs ne sont peut-être pas en mesure de prendre des décisions éclairées et rationnelles parce qu'ils manquent d'informations sur les prix après-vente, sur les protections contractuelles, sur les conditions de garantie et sur les caractéristiques des produits ainsi que leur disponibilité. Les stratégies des entreprises pour empêcher les consommateurs de disposer d'informations suffisantes sont susceptibles de constituer des pratiques commerciales trompeuses, frauduleuses ou déloyales selon les concepts qui sous-tendent le droit de la consommation dans chaque pays. Le droit de la consommation pourrait offrir des instruments pour aider à traiter l'insuffisance ou l'asymétrie de l'information sur les prix après-vente ; les consommateurs pourraient alors faire des choix éclairés fondés sur une meilleure connaissance des coûts sur le cycle de vie du produit primaire, des conditions de garantie pour le produit primaire et de la qualité et de la crédibilité des produits secondaires fournis par les fabricants indépendants sur le marché de l'après-vente¹³⁰.

97. La concurrence et la protection des consommateurs servent le même objectif : améliorer le bien-être des consommateurs¹³¹. La politique de la concurrence envisage les marchés du côté de l'offre et son objet est de faire en sorte que, au travers de la concurrence, les consommateurs aient le choix le plus large possible de biens et de services aux prix les plus bas possible. La politique de la consommation, à l'inverse, considère les marchés du côté de la demande et son objet est de permettre aux consommateurs de pouvoir exercer intelligemment et efficacement leur choix parmi les différentes options qu'offre la concurrence. À ce titre, les politiques de la consommation peuvent être utiles en corrigeant l'asymétrie de l'information

entre vendeurs et acheteurs, en interdisant la publicité fautive et trompeuse et fournissant des bases pour des contrats équitables et compréhensibles.

98. La politique de la concurrence et la politique de la consommation peuvent donc agir en synergie pour assurer l'existence de marchés de l'après-vente concurrentiels. Comme évoqué plus haut dans ce document, l'École de Chicago considère que des marchés concurrentiels fournissent aux producteurs des incitations internes à agir dans le sens d'objectifs de la politique de la consommation. C'est ce qu'ils font lorsqu'ils mettent en œuvre une stratégie commerciale qui informe les consommateurs sur la qualité de leurs produits ou qu'ils vont chercher les clients de concurrents sur les marchés secondaires en leur donnant les informations qui permettront de réduire les coûts de sortie. Parallèlement, lorsque les consommateurs sont en mesure d'exercer effectivement leur choix, ils peuvent contribuer à imposer une discipline concurrentielle aux producteurs. Dans le contexte des marchés de l'après-vente, il y a donc de très bonnes raisons de prôner une coordination des interventions et des mesures correctives au titre de la politique de la concurrence et au titre de la protection des consommateurs. Coordonner ces deux politiques présente des avantages évidents, même pour une seule affaire.

99. Une des mesures correctives disponibles au titre de la politique de la consommation consiste à encourager, voire imposer, la divulgation d'informations aisément compréhensibles pour permettre aux consommateurs de « s'auto-protéger » en fonction de leurs préférences. La diffusion d'informations est compatible avec une incitation pour les vendeurs, qui sont poussés à se mesurer sur le plan des informations communiquées. Cette nouvelle base de concurrence produit à son tour une incitation à réunir et diffuser des informations supplémentaires sur le produit et une dynamique se forme. Les mesures correctives informationnelles s'appuient ainsi sur des incitations économiques de nature privée pour servir des buts de nature réglementaire, plutôt que sur des actions coûteuses d'application du droit par l'autorité de réglementation¹³².

Encadré 20. Les mesures correctives dans l'affaire « assurance emprunteur » au Royaume-Uni

En 2010, l'autorité britannique de la concurrence (Competition Commission, « CC ») a mené une enquête sur le marché de l'assurance emprunteur. L'assurance emprunteur couvre les remboursements d'un crédit qui ne peuvent plus être honorés en cas d'accident, de maladie, de perte d'emploi ou de décès de l'emprunteur. Le marché de l'assurance emprunteur est réglementé par l'autorité des services financiers (FSA) et il est normalement considéré comme un marché secondaire lié à un marché primaire, celui des instruments de crédit (crédits à la consommation, prêts hypothécaires, facilités de découvert, cartes de crédit, etc.).

La particularité de cette enquête sur un marché repose sur le fait que, contrairement aux affaires classiques de marchés de l'après-vente, dans lesquelles les problèmes de concurrence découlent souvent de l'avantage de compatibilité dont jouit le fabricant des produits, l'avantage controversé portait sur le point de vente du crédit. En effet, même s'il était théoriquement possible de combiner un crédit et une assurance emprunteur de marques ou d'enseignes ou différentes, dans la pratique, les clients étaient enclins à acheter le produit secondaire (l'assurance emprunteur) et le produit primaire (le crédit) au même fournisseur, lequel bénéficiait de ce fait d'un avantage sur ses concurrents sur le marché secondaire.

À l'issue de son enquête, la CC a conclu que certaines caractéristiques spécifiques de la fourniture d'assurance emprunteur pouvaient donner lieu à des effets anticoncurrentiels. Elle préconisait un ensemble de mesures correctives comprenant outre une obligation d'améliorer l'information à la disposition des consommateurs, l'interdiction de vendre l'assurance emprunteur en même temps que le produit primaire associé (par exemple, un crédit à la consommation). La décision originale stipulant l'interdiction de vente concomitante a fait l'objet d'un recours en annulation intenté par une enseigne de crédit se fondant sur l'argument que cette interdiction allait renchérir les coûts de transaction au détriment des consommateurs. Le tribunal d'appel de la commission de la concurrence a confirmé la décision de la CC, mais a demandé à celle-ci de réexaminer en détail la totalité des effets du train de mesures correctives. En octobre 2010, la CC a conclu que les avantages de l'interdiction de vente concomitante seraient supérieurs à ses inconvénients éventuels pour les consommateurs (perte de commodité et augmentation des coûts de transaction)¹³³.

L'une des mesures correctives les plus débattues, mais aussi les plus intéressantes au regard des considérations de comportement et de protection des consommateurs, était l'interdiction de vendre l'assurance emprunteur sur le lieu même de la vente du crédit. Le but principal de cette mesure était de pousser les consommateurs à « faire leur marché » avant de choisir une assurance emprunteur. En quelque sorte, la CC entendait protéger les clients malgré eux. Cependant, en essayant de les encourager à conformer leur comportement et leurs choix aux objectifs de la politique de la concurrence, l'autorité commettait l'erreur de ne pas tenir compte des répercussions du processus imparfait de prise de décision des consommateurs sur l'efficacité des mesures correctives.

Même si l'interdiction de vente concomitante était soutenue par l'OFT, par le Comité de consommateurs des services financiers et par la FSA, la mesure suscitait de vives oppositions. Les sondages effectués par GfK et repris par la CC révélaient que 91 % des personnes interrogées citaient la commodité comme principale raison pour souscrire l'assurance emprunteur en même temps que le crédit¹³⁴. La mesure corrective envisageait en outre qu'au bout de sept jours suivant la souscription du crédit, le fournisseur du crédit puisse reprendre contact avec le client pour lui proposer une assurance emprunteur. Il fut toutefois constaté qu'à ce stade déjà, l'intérêt des consommateurs était nettement réduit¹³⁵. À cet égard, un des principaux arguments versés au débat était que le taux de souscription de l'assurance emprunteur pourrait en fin de compte diminuer en conséquence de l'interdiction, un effet très différent de ceux escomptés par la CC. Effectivement, les consommateurs pourraient percevoir l'interdiction comme un facteur d'augmentation de leurs coûts de transaction et non comme une incitation à faire jouer la concurrence pour obtenir des tarifs d'assurance plus intéressants, et par conséquent choisir de ne pas acheter le produit secondaire. Comme l'explique le rapport du cabinet Oxera sur cette affaire, « *même lorsque les consommateurs ont accès à des informations suffisantes, et même lorsqu'ils peuvent les comprendre et s'en servir, certains n'agiront pas nécessairement en conséquence*¹³⁶ ».

Finalement, la CC a annoncé qu'elle reconnaissait l'importance du critère de commodité en tant qu'élément fondamental de la prise de décision des consommateurs, mais qu'en général, l'accroissement de la concurrence et la baisse des prix qui en résulterait compenseraient largement la perte de commodité, ce par quoi elle justifiait son choix. Globalement, cette affaire attire l'attention sur la question de la prise en compte des considérations comportementales et de la protection des consommateurs, qui devrait être incorporée à la conception des mesures correctives visant les comportements anticoncurrentiels. Un éclairage par les problématiques des comportements et de la protection des consommateurs peut notamment aider à comprendre le potentiel que recèlent certaines mesures correctives pour mener aux résultats souhaités.

100. Si les autorités ayant la double compétence de défense de la concurrence et de protection du consommateur peuvent exploiter la souplesse des mesures correctives offertes par les deux domaines de politique publique, celles qui sont cantonnées dans l'application classique du droit de la concurrence peuvent toujours utiliser leurs instruments de plaidoyer vis-à-vis de l'autorité de réglementation compétente, ou, éventuellement, la communauté des entreprises elle-même, pour corriger les défaillances d'information du marché et soutenir la concurrence sur le marché de l'après-vente¹³⁷.

101. Les mesures correctives informationnelles ne sont pas la seule option possible pour promouvoir la concurrence sur le marché de l'après-vente. Les autorités de la concurrence peuvent prôner diverses autres mesures, telles que l'accroissement de la compatibilité entre produits secondaires et produits primaires de marque et l'amélioration de la fiabilité des produits secondaires en concurrence. La coopération avec les instances de réglementation compétentes, notamment les organes de normalisation, et les celles chargées de la protection des consommateurs peut améliorer les politiques visant à éliminer ou à réduire les incertitudes des consommateurs et l'asymétrie d'information concernant la qualité, la compatibilité et la fiabilité des produits secondaires, et favoriser ainsi plus de précision dans les choix des consommateurs et plus d'efficacité dans l'affectation des ressources sur les marchés de l'après-vente.

4.3 *Le recours aux décisions d'engagement par les autorités de la concurrence*

102. Outre accroître leurs efforts de persuasion pour permettre des choix de consommateurs efficaces et rationnels et pour discipliner le comportement des fournisseurs au travers de procédures en infraction classiques, les autorités de la concurrence ont exploré d'autres outils d'application du droit, plus souples, tels que les décisions d'engagement. Comme mis en avant dans OCDE (2016b), les décisions d'engagement non seulement peuvent être bénéfiques pour les autorités de la concurrence en ce qu'elles économisent des ressources et accélèrent la résolution des affaires, mais aussi peuvent permettre à l'autorité d'imaginer de meilleures mesures correctives, adaptées à l'affaire et aux caractéristiques du marché. Dans une procédure de mesures correctives négociée, les engagements peuvent aussi aller au-delà de ce que les autorités de la concurrence pourraient généralement obtenir par une procédure en infraction, où toutes les mesures correctives ne sont pas nécessairement disponibles en droit. Cela inclurait des mesures correctives structurelles et différents types de mesures correctives comportementales préventives sur mesure, à partir desquelles les autorités de la concurrence pourraient plus facilement composer des trains de mesures correctives qui remédieraient de façon proportionnée aux problèmes de concurrence diagnostiqués, sans provoquer d'effets contraires sur la concurrence.

103. Parce qu'elles s'appliquent sur une période donnée, les décisions d'engagement permettent aussi d'ajuster l'intervention en droit de la concurrence ultérieurement s'il se produit un changement substantiel dans les faits de l'espèce ou les circonstances sur lesquelles la décision originale était fondée. Cela peut être particulièrement utile sur les marchés dynamiques où les conditions de la concurrence changent et les modalités pour les relations commerciales peuvent vite devenir obsolètes et nécessiter des révisions et des adaptations aux réalités nouvelles. L'économie numérique, avec sa croissance effrénée, est un domaine où la souplesse et l'évolutivité des interventions réglementaires des autorités de la concurrence peuvent être particulièrement précieuses. La plupart des autorités de la concurrence peuvent décider d'accepter des engagements pour une période déterminée, à l'issue de laquelle l'autorité pourra réévaluer les conditions de concurrence et décider s'il convient de reconduire les engagements, de les modifier à la lumière de l'évolution de la situation sur le marché, ou d'y mettre fin. Cet examen peut aussi être demandé par les parties elles-mêmes, ou par les concurrents et les autres parties prenantes. De plus, le fait que les mesures correctives proposées par les parties soient soumises à un test de marché dans lequel les concurrents, les fournisseurs, les consommateurs et les autres parties intéressées peuvent intervenir est un élément qui peut à contribuer au renforcement de la qualité des mesures correctives elles-mêmes et de leur efficacité.

Encadré 21. Exemples de décisions d'engagement dans des affaires relatives aux marchés de l'après-vente

Les décisions de 1987 et 2010 de la Commission européenne concernant IBM

En Europe, l'une des toutes premières transactions acceptées par la Commission pour mettre fin à une enquête en droit de la concurrence remonte à 1987, c'est-à-dire avant le règlement 1/2003 et l'attribution formelle à la Commission des pouvoirs d'accepter les engagements dans les affaires de droit de la concurrence. Il s'agit de la célèbre transaction « informelle » avec IBM, par laquelle le fabricant américain d'ordinateurs dominant à l'époque accepta un certain nombre de pratiques commerciales relatives à sa gamme d'ordinateurs gros systèmes « System/370 », ou « S/370 », alors ses machines les plus puissantes. IBM acceptait notamment plusieurs mesures relatives à la divulgation d'informations et s'engageait à ce titre à partager avec ses concurrents suffisamment de données d'interface pour leur permettre d'associer des produits matériels et logiciels de leur propre conception aux S/370, aux fins de la commercialisation dans les pays de la Communauté économique européenne et à leur transmettre des informations adéquates et opportunes pour leur permettre d'interconnecter leurs logiciels et matériels avec l'architecture réseaux S/370 d'IBM¹³⁸. Ces engagements, dont la Commission jugea qu'ils avaient fonctionné de manière satisfaisante, prirent fin en 1995.

Dans la *Décision d'engagement IBM* de 2011¹³⁹, la Commission européenne a accepté des engagements juridiquement contraignants de la part d'IBM concernant le marché de la maintenance des ordinateurs centraux de la

marque. IBM faisait alors l'objet d'une enquête pour abus de position dominante sur le marché secondaire de l'entretien (ou maintenance) des ordinateurs centraux de sa marque. L'accusation de refus de vente implicite se fondait sur le fait qu'IBM imposait aux entreprises de service après-vente indépendantes des conditions déraisonnables pour la fourniture de pièces détachées et refusait de leur fournir les données techniques nécessaires. Dans cette affaire, la Commission convint d'accepter des engagements de la part d'IBM qui prévoyaient que, pour une période de cinq ans i) les entreprises de service après-vente indépendantes auraient accès aux informations techniques indispensables leur permettant d'entretenir les ordinateurs centraux de marque IBM ; ii) elles recevaient les pièces détachées dans des délais brefs et iii) elles paieraient pour ces pièces le même prix que les réparateurs de la marque¹⁴⁰.

La décision d'engagement de la Commission européenne dans l'affaire Digital

En 1997, la Commission a accepté un ensemble d'engagements de la part de la société Digital¹⁴¹. Les poursuites avaient été engagées suite aux plaintes contre Digital déposées par des fournisseurs de services indépendants qui s'inquiétaient de ce que les pratiques de Digital empêchaient une concurrence effective dans la fourniture de services de maintenance matériel pour ordinateurs Digital. La Commission relevait que Digital avait abusé de sa position dominante 1) en liant la fourniture de services matériel et la fourniture de services logiciel, notamment en offrant des services logiciel à des prix considérablement plus avantageux lorsqu'inclus dans une offre combinée de services logiciel et matériel que lorsque vendus séparément, 2) en commettant des pratiques discriminatoires, notamment en offrant, dans le cadre de la fourniture de support logiciel, des prestations très différentes à des prix similaires et des prestations similaires à des prix très différents, et 3) en adoptant des pratiques d'exclusion visant les affaires des fournisseurs de services indépendants.

Pour remédier à ces abus, Digital s'engageait à i) commercialiser séparément des services de maintenance matériel et mettre en œuvre une politique tarifaire pour ses services de support logiciel fondée sur un prix unique par processeur, ii) garantir une politique de rabais transparente et non-discriminatoire et publier ou faire connaître par tout autre moyen les critères d'éligibilité pour ses programmes de rabais, et iii) ne pas empêcher ses distributeurs de distribuer des mises à jour de logiciel et les services correspondant à toute personne disposant d'une licence pour les logiciels en question, et sélectionner ses distributeurs de service en appliquant de manière non-discriminatoire des critères objectivement vérifiables. La Commission a considéré que ces engagements constituaient une réponse adéquate et a décidé de ne pas poursuivre ses poursuites contre Digital pour violation présumée du droit de la concurrence de l'Union européenne.

La décision française dans l'affaire Nespresso

En France, l'Autorité de la Concurrence (« l'Autorité ») avait ouvert une enquête sur la société Nespresso¹⁴², accusée de lier l'achat des capsules de marque Nespresso à celui des machines à café de la marque Nespresso. L'Autorité identifiait deux grandes préoccupations de concurrence : i) entre 2007 et 2013, Nespresso avait procédé à ces changements qui empêchaient de fait la compatibilité des capsules de marques rivales avec les machines de la marque Nespresso ; ii) Nespresso avait apposé sur les machines Nespresso et sur leur emballage et inséré dans les termes de la garantie et dans des publications de presse des mentions incitant les consommateurs à n'utiliser que les capsules de marque Nespresso¹⁴³. En réponse à ces préoccupations de l'Autorité de la concurrence, Nespresso a proposé une série d'engagements contraignants consistant à i) communiquer aux fabricants de capsules concurrents des informations sur les modifications techniques avant la commercialisation de nouvelles machines ; ii) mettre à disposition des concurrents via un « tiers de confiance » des prototypes de nouvelles machines et iii) modifier les conditions de la garantie des machines Nespresso pour couvrir tous les dysfonctionnements et s'abstenir de formuler tout commentaire sur les capsules des concurrents, tant sur l'emballage des machines que dans la presse. Après avoir mené un test de marché, l'Autorité a confirmé que les engagements répondaient de façon satisfaisante à ses préoccupations de concurrence et les a rendus contraignants en septembre 2014.

4.4 Exemples de mesures correctives réglementaires face à des problèmes sur les marchés de l'après-vente

104. En cherchant le bon équilibre entre concurrence sur les marchés de l'après-vente et droits de propriété intellectuelle, certains pays choisissent une approche plus « réglementaire » de la relation entre marchés primaire et secondaire. Nous examinerons brièvement deux exemples : les clauses dites « de réparation » et les dispositions légales sur l'obligation de traiter.

105. Nous avons décrit précédemment des évolutions aux États-Unis concernant l'utilisation des lois sur la propriété intellectuelle pour des brevets de conception dans l'industrie automobile aux fins de monopoliser le marché secondaire en rendant plus difficile l'emploi de pièces détachées non originales par les concurrents. L'exemple montre comment l'exercice légitime de droits de la propriété intellectuelle peut empêcher les entreprises indépendantes de réparation ou de remplacement après-vente de se mettre en concurrence sur le marché de l'après-vente sans risquer d'enfreindre les lois relatives à la propriété intellectuelle, lorsque les pièces concernées sont protégées par des brevets de conception¹⁴⁴. Ce problème n'est pas propre aux États-Unis et plusieurs autres pays sont confrontés à des comportements similaires sur le marché de l'après-vente¹⁴⁵. Différents angles d'attaque sont possibles ; certains pays ont choisi de légiférer par des lois supprimant les restrictions pour les pièces destinées à la réparation ; ces dispositions sont appelées « clauses de réparation »¹⁴⁶. En vertu d'une telle clause, le détenteur du droit de propriété intellectuelle est, dans une certaine mesure, limité pour ce qui est de la couverture et de la durée de son droit. Les clauses « de réparation » ne sont pas conçues pour modifier les règles de l'enregistrement de dessins industriels, qui restent pleinement valables en ce que les pièces détachées dites « visibles » peuvent toujours être enregistrées comme dessins industriels déposés. Cependant, la clause de réparation limite considérablement le droit exclusif que le dépôt d'un dessin confère à son propriétaire ; en effet, un fabricant indépendant peut toujours produire des pièces visibles, protégées par l'enregistrement du dessin industriel, pourvu qu'il les destine à la réparation du produit complexe en vue de rendre au produit son apparence initiale. L'utilisation de ces pièces détachées non originales dans tout autre but n'est bien sûr par autorisée.

106. Les dispositions légales sur l'obligation de traiter – couramment appelées « *loi sur le droit à la réparation* » – en discussion dans plusieurs pays représentent une autre solution pour tenter de discipliner le comportement de fabricants de biens d'équipement originaux sur le marché de l'après-vente.¹⁴⁷ Ces mesures législatives imposent aux entreprises présentes à la fois sur le marché primaire (avec un produit en marque propre) et sur le marché de l'après-vente (avec les pièces détachées pour ce produit) de fournir lesdites pièces détachées à leurs concurrents sur le marché de l'après-vente et de partager avec eux les informations techniques nécessaires, afin que tout fournisseur indépendant ait accès aux pièces de rechange et au savoir-faire nécessaire pour les installer. Les législateurs entendent par-là rendre les pièces détachées et les manuels disponibles non seulement pour les réparateurs indépendants, mais aussi pour les consommateurs finals, afin qu'ils puissent éventuellement réparer eux-mêmes le bien d'équipement primaire. Des textes à cette fin sont par exemple en préparation dans plusieurs États des États-Unis, en réponse à un appel à l'intervention réglementaire sur des marchés où l'après-vente est monopolisé par les fabricants originaux et où il n'y a pas de perspectives d'entrée sur le marché de réparateurs indépendants sérieux¹⁴⁸. Les élus qui défendent ces textes ne font pas que répondre à l'appel de leurs électeurs pour une baisse du coût des réparations ; ils sont aussi inspirés par des préoccupations de sécurité ; en effet, les réparateurs non agréés qui continueraient de toute façon de proposer des services de réparation pourraient utiliser soit des contrefaçons, soit des pièces remontées, ce qui serait une préoccupation au regard des normes de fiabilité, de sécurité et de santé publique ou d'autres règles.

Encadré 22. Le *Motor Vehicle Owners' Right to Repair Act* aux États-Unis

La Loi sur le droit des propriétaires de véhicules à moteur de réparer leur véhicule est un exemple de disposition légale sur l'obligation de traiter. Ce texte, soumis au Congrès en 2011, impose aux constructeurs de véhicules à moteur vendus, concédés par crédit-bail ou commercialisés par tout autre moyen sur le marché des États-Unis de : (1) fournir aux propriétaires des véhicules et aux prestataires de services après-vente toutes les informations nécessaires au diagnostic, à l'entretien, à la révision et à la réparation des véhicules ; (2) proposer à la vente, à l'intention des propriétaires des véhicules et des prestataires de services après-vente, tous outils et matériels connexes ; et (3) fournir les informations permettant aux fabricants d'outils après-vente de produire du matériel ayant les mêmes caractéristiques fonctionnelles. Le projet de loi exemptait les secrets commerciaux, à partir du moment où les informations correspondantes ne sont pas non plus divulguées auprès des revendeurs et garagistes agréés. Le

Congrès n'a pas encore adopté cette loi, mais plusieurs États l'ont déjà fait (dont le Massachusetts en 2012)¹⁴⁹ et plusieurs autres envisagent une législation sur le droit à la réparation.

L'objet de cette législation était de protéger les consommateurs contre le risque de monopole sur la réparation des véhicules en imposant aux constructeurs automobiles de donner un accès total, à un coût raisonnable, à l'ensemble des instructions, outils, codes informatiques et notices de sécurité qui sont nécessaires pour réparer un véhicule à moteur. Le but est d'instaurer l'équité de traitement entre les revendeurs-réparateurs officiels agréés et les garagistes indépendants. La nécessité de telles dispositions s'est fait jour avec l'utilisation croissante de l'informatique et de l'électronique dans les commandes de presque toutes les fonctions d'un véhicule automobile, des sacs gonflables aux freins en passant par les systèmes d'allumage, d'injection ou de contrôle de la pression des pneus. Quoique ces dispositifs informatiques procurent de grands avantages aux consommateurs en améliorant l'efficacité, le confort et la sécurité, ils fournissent aussi de plus en plus d'occasions aux constructeurs automobiles pour fermer les marchés secondaires aux propriétaires de véhicules automobiles et aux garagistes indépendants auxquels ils s'adressent normalement pour l'entretien et la réparation de leur véhicule.

5. Conclusions

107. S'il est difficile de déceler des tendances claires dans l'application du droit aux affaires de monopolisation de marchés de l'après-vente, il semble que la norme de preuve fixée par la Cour suprême dans l'affaire *Kodak* et appliquée ensuite par les autorités de la concurrence et des tribunaux dans d'autres pays pour établir la recevabilité d'une action en monopolisation de marché de l'après-vente soit la cause de la relative rareté des actions publiques ou privées qui ont abouti sont assez rares dans ce domaine du droit de la concurrence. Le rôle primordial de l'analyse économique dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente, la difficulté d'apprécier les effets des stratégies commerciales des entreprises sur le marché primaire et sur le marché secondaire, la nécessité de prouver les phénomènes de captivité et d'estimer si la stratégie de monopolisation peut être objectivement justifiée sont parmi les raisons qui font que les affaires relatives aux marchés de l'après-vente ne sont pas courantes dans la pratique actuelle d'application du droit de la plupart des autorités.

108. D'après Heimert (2016), aux États-Unis, il n'y a eu presque aucune affaire de concurrence sur les marchés de l'après-vente gagnée par les autorités de la concurrence depuis l'affaire *Kodak*. En Europe, après une série de victoires dans les premiers temps grâce à une définition du marché étroite, les dix dernières années ont vu plusieurs plaintes pour abus de position dominante sur des marchés de l'après-vente rejetées par la Commission européenne, par exemple dans les affaires *Caterpillar/Haladjian* relative à une interdiction d'importer des pièces détachées (affaire n° 33.690) en 2006, *EFIM* sur des refus d'accorder une licence (affaire n° 39.391) en 2009, et *Réparation de montres de luxe ou de prestige* sur des refus de vente (affaire n° 39.097) en 2014¹⁵⁰. Au Japon, plus de dix ans ont passé depuis que la JFTC a émis des recommandations dans le cadre des affaires *Tokyu Parking Systems* en 2004 et *Mitsubishi Electric Building Techno-Service* en 2002 pour pratiques illégales d'éviction sur le marché d'après-vente relatif à la maintenance des produits de la marque, en violation de la Loi contre les monopoles¹⁵¹. Dans les autres pays aussi, l'activité est assez sporadique.

109. Cette tendance ne signifie pas que les marchés de l'après-vente ne connaissent jamais de problèmes de concurrence ; elle indique en fait qu'instruire des affaires relatives aux marchés de l'après-vente par des procédures en infraction peut être difficile. C'est pourquoi certaines autorités de la concurrence préfèrent traiter les problèmes de concurrence potentiels au moyen de procédures plus souples telles que les décisions d'engagement, plutôt que par des décisions d'infraction en bonne et due forme. C'est le choix qui a été fait dans les affaires *IBM* dans l'Union européenne et *Nespresso* en France. Certaines autorités empruntent d'autres voies que les procédures d'application du droit. En France, l'Enquête sur l'entretien et la réparation automobile publiée en 2012 par l'Autorité de la concurrence a été motivée par des prix après-vente élevés¹⁵². Des enquêtes sectorielles similaires, notamment dans les filières des pièces détachées et des services d'entretien d'automobiles, ont été menées dans plusieurs pays tels que la Roumanie, en 2012¹⁵³, et la Serbie, en 2015¹⁵⁴. D'autres autorités publient des règles et des

recommandations sectorielles qui abordent des questions touchant aux problèmes sur les marchés de l'après-vente comme l'a fait la Commission européenne avec la publication, en 2012, de ses *Questions fréquemment posées concernant l'application des règles de l'UE relatives aux ententes dans le secteur automobile*.¹⁵⁵ Cette initiative répondait à une volonté d'accroître la concurrence sur des marchés de l'après-vente (pièces détachées et réparation) perçus comme moins concurrentiels que le marché primaire des voitures particulières et des autres véhicules à moteur.

110. Dans la perspective de la communauté des entreprises, les marchés de l'après-vente sont très courants et est important que le droit énonce clairement quelles pratiques d'après-vente sont autorisées dans la réglementation sur la concurrence. Les règles de référence générales émises par des autorités de la concurrence ne sont pas courantes¹⁵⁶, mais il existe un corpus suffisamment vaste d'arrêts et de jurisprudence pour procurer une ample prévisibilité et une sécurité juridique dans ce domaine du droit de la concurrence. S'il subsiste éventuellement quelques différences entre les autorités de la concurrence dans la façon d'appliquer le droit antitrust aux abus de position dominante et autres comportements unilatéraux, l'approche des affaires touchant les marchés de l'après-vente apparaît dans l'ensemble homogène d'un pays à l'autre. La raison à cela est que les principes économiques énoncés dans l'affaire faisant autorité aux États-Unis, l'affaire *Kodak*, sont très largement suivis de part et d'autre de l'Atlantique ainsi que par d'autres pays un peu partout dans le monde.

111. Pour résumer la législation sur les marchés de l'après-vente, les entreprises indépendantes de service après-vente peuvent dénoncer des comportements abusifs des fabricants sur les marchés de l'après-vente et porter plainte, mais la tendance est que les autorités de la concurrence et les tribunaux n'acceptent de poursuivre que dans circonstances limitées. Les actions sont presque exclusivement fondées sur des théories du préjudice au titre de l'exclusion et les pratiques anticoncurrentielles les plus courantes consistaient en vente liée associant un produit primaire à un produit secondaire et en refus de fabricants de biens d'équipement de traiter avec des prestataires de service indépendants sur le marché de l'après-vente. Les tribunaux ont placé la barre si haut pour les preuves à rassembler aux fins d'établir l'existence de pratiques d'éviction sur un marché de l'après-vente que la tâche est difficile pour les plaignants et les requérants qui veulent attaquer sur la base de la monopolisation du marché de l'après-vente. Ainsi, aux États-Unis, il est très difficile d'avoir gain de cause dans une action relative au marché de l'après-vente, à moins que le plaignant ne démontre que les acheteurs des biens durables ont d'abord été convertis en clients captifs avant de devoir acheter des biens ou des services à des prix supraconcurrentiels et largement supérieurs à ce qu'ils pouvaient calculer au moment de l'achat, soit du fait des coûts d'information soit en conséquence d'un changement de politique inattendu.¹⁵⁷ De même, en droit de la concurrence européen (ainsi qu'en droit national de la concurrence dans la plupart des pays membres de l'UE) les plaignants doivent prouver que les acheteurs d'un bien d'équipement sont captifs d'un système de marque exclusif du fait des coûts de sortie élevés et qu'ils ne sont pas en mesure de déterminer, au moment de leur achat, le coût total sur le cycle de vie du produit.¹⁵⁸ L'absence de concurrence sur le marché primaire semble aussi être un préalable obligatoire afin de faire aboutir une procédure en application du droit de la concurrence. Étant donné qu'il s'agit d'un domaine où les stratégies après-vente peuvent être justifiées par des raisons d'efficacité, les autorités ont tendance à reconnaître des justifications objectives aux comportements d'exclusion allégués.

112. Une section de ce document a été consacrée à la forte influence que le débat économique a sur la ligne de conduite juridique adoptée par les autorités de la concurrence face aux affaires concernant un marché de l'après-vente. Ce qui ressort, c'est que l'analyse économique joue un rôle très important dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente. Les chercheurs croisent le fer sur ce terrain commun au droit et de l'économie, et le débat est nourri entre les courants de pensée (les écoles dites « de Chicago » et « post-Chicago ») pour déterminer si les consommateurs peuvent se protéger tout seuls contre les stratégies de monopolisation des marchés de l'après-vente, par des décisions éclairées et rationnelles, et si la dynamique de marché concurrentielle sur le marché primaire est suffisante pour contrer tout risque de

monopolisation du marchés de l'après-vente. Si les deux écoles ne sont pas d'accord sur la réponse à ces questions et aboutissent à des conclusions différentes sur le rôle qu'il convient de donner à l'application du droit de la concurrence pour discipliner le comportement des entreprises sur le marché de l'après-vente, elles se rejoignent sur les éléments qui formeront le principal cadre d'analyse pour décider si les stratégies de monopolisation du marché de l'après-vente sont préjudiciables au bien-être des consommateurs :

- La disponibilité, au moment de l'achat de l'article primaire, d'informations suffisantes sur les coûts du bien durant son cycle de vie et l'aptitude des consommateurs à se servir de ces informations pour faire des choix éclairés et rationnels.
- Le degré de captivité des clients anciens sur la durée de vie du bien primaire et leur possibilité de passer à un fournisseur concurrent pour le bien primaire si le prix des produits ou services après-vente devient non concurrentiel.
- La force des effets de réputation sur le marché primaire et leur capacité à restreindre les comportements opportunistes, sur le marché secondaire, de fournisseurs de biens primaires cherchant à exploiter les consommateurs captifs sur le marché de l'après-vente.
- L'importance fondamentale de l'observation des effets sur la concurrence sur le marché primaire et sur le marché secondaire d'une stratégie de monopolisation du marché secondaire, et la nécessité de prendre en considération les effets pro- et anticoncurrentiels de telles stratégies sur les deux marchés.

113. L'École de Chicago fait l'hypothèse que, théoriquement, les consommateurs sont « hypermétropes » et rationnels et que des marchés primaires concurrentiels disciplineront les comportements monopolistiques sur le marché secondaire. À l'inverse, les tenants du courant post-Chicago invoquent plusieurs études économiques qui soulignent que, dans de nombreux cas, les consommateurs sont très myopes devant des choix complexes et que, même lorsque les marchés primaires sont concurrentiels, il y a toujours un risque que le consommateur soit exploité sur le marché de l'après-vente, en raison du phénomène de captivité et de l'incapacité de changer de fournisseur. La littérature économique étudiée dans ce document donne fortement à penser qu'on ne saurait clairement présumer si une stratégie de prix après-vente spécifique pose un problème du point de vue de la concurrence. Ainsi donc, globalement, l'enseignement le plus important tiré de cet examen est que, pour une autorité qui doit apprécier si une stratégie de monopolisation du marché de l'après-vente est problématique du point de vue de la concurrence, une analyse détaillée, au cas par cas, s'impose.

114. De l'examen d'affaires relatives aux marchés de l'après-vente, il ressort que le débat économique a eu une forte influence sur la ligne de conduite juridique adoptée par les autorités de la concurrence face aux affaires concernant des marchés de l'après-vente. Il en ressort aussi la matière pour établir une liste de facteurs empiriques que les autorités compétentes devraient prendre en considération dans leurs enquêtes, car ils rendent la monopolisation du marché de l'après-vente plus probable :

- des coûts de sortie élevés pour le bien d'équipement original ;
- l'absence de contrats complets ;
- un grand nombre de clients non informés ;
- une information de médiocre qualité ;
- un grand marché de l'après-vente (c'est-à-dire, une vaste clientèle établie) ;

- une proportion importante de clients captifs par rapport aux clients nouveaux ;
- une faible concurrence sur le marché primaire.

115. Il apparaît également qu'au cœur de toute affaire relative à un marché de l'après-vente se trouve une question qui touche à la définition du marché et, partant, au pouvoir de marché (ce marché de l'après-vente est-il un vrai marché concurrentiel, séparé du marché primaire ? Le fabricant a-t-il le pouvoir de marché sur ce marché de l'après-vente en marque propre ?). La définition du marché est toujours centrale dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente et l'application du droit est plus vigoureuse lorsque les autorités de la concurrence et les tribunaux définissent des marchés concurrentiels séparés et étroits pour les produits d'après-vente compatibles avec chaque produit primaire (concept des *marchés multiples*).

116. Le présent document s'est intéressé à la place que les droits de la propriété intellectuelle occupent dans le débat sur la monopolisation des marchés de l'après-vente. Les problèmes de concurrence sur les marchés de l'après-vente surviennent souvent lorsque des produits primaires et des produits secondaires de marque sont en jeu. Les questions récurrentes ont trait à l'équilibre entre les droits de monopole accordés aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle, qui comprennent le droit d'interdire aux concurrents l'utilisation du produit, et le souhait de garantir une concurrence suffisante sur le marché de l'après-vente. Cet équilibre est délicat et comporte des implications pour les politiques publiques en ce qui concerne l'innovation et l'apport d'incitations appropriées à promouvoir la qualité sur le marché primaire. Des pays différents, voire des juridictions différentes au sein d'un même pays, peuvent en arriver à trouver des points d'équilibre différents entre la protection des droits de la propriété intellectuelle et la défense de la concurrence sur le marché de l'après-vente en fonction du poids différent qu'ils accordent à ces valeurs différentes. Nous avons aussi vu comment certains pays adoptent l'angle d'attaque « réglementaire » pour tenter de trouver le bon équilibre entre droit de la concurrence et droits de la propriété intellectuelle dans le contexte des marchés de l'après-vente. Des exemples de ces formules « réglementaires » sont les clauses dites « de réparation » et les dispositions légales sur l'obligation de traiter.

117. Enfin, nous avons analysé l'importance des mesures correctives autres que les actions d'application classique du droit de la concurrence. À cet égard, le droit des contrats peut offrir des mesures correctives que les parties pourront introduire dans leurs relations commerciales pour réduire le risque de comportements opportunistes vis-à-vis de la clientèle établie captive. Quoique leur succès soit remis en question par certains auteurs, ces mesures correctives peuvent représenter une manière moins coûteuse de discipliner le comportement des fabricants de biens primaires lorsqu'ils opèrent sur les marchés secondaires. Surtout, une information effective et d'autres mesures correctives en droit de la consommation pourraient donner aux consommateurs le pouvoir de faire des choix éclairés grâce à une meilleure appréhension des produits ou services après-vente qui seront nécessaires et du coût total sur le cycle de vie du bien (service) primaire qu'ils achètent.

NOTES DE RÉFÉRENCE

-
- ¹ Voir Shapiro et Teece (1994), qui définissent la « transaction après-vente » comme toute transaction présentant les deux caractéristiques suivantes : (1) « *le produit ou service du marché de l'après-vente est utilisé en conjonction avec un produit primaire* » et (2) « *le produit ou service du marché de l'après-vente est acheté après le produit primaire* ». Shapiro (1995) retient en plus trois critères essentiels : (1) « *le consommateur achète plusieurs éléments (complémentaires) qui fonctionnent ensemble comme un "système" pour procurer de la valeur au client* » ; (2) « *ces éléments sont achetés à différents points dans le temps* » ; et (3) « *il existe un certain degré de "captivité" ou de coûts irrécupérables, c'est-à-dire qu'au moins certaines des dépenses engagées pour l'élément initial ou les éléments initiaux ne peuvent être recouvrées si le consommateur change de marque par la suite* ».
- ² Ce document s'intéresse principalement aux « marchés de l'après-vente » et non aux « marchés secondaires » au sens large. Contrairement au cas des produits et services après-vente, en général les clients des marchés secondaires n'ont pas besoin d'acheter des produits secondaires pour que le produit primaire fonctionne et s'ils décident d'acheter le produit secondaire, ils peuvent l'acheter en même temps que le produit primaire. Le marché des produits secondaires au sens large n'est donc pas un pur « marché de l'après-vente », même s'il peut en partager certaines caractéristiques. Une différence notable est que les marchés secondaires ne sont pas sujets à ce que l'on nomme « l'opportunisme lié à la clientèle établie » et sont donc moins exposés au risque de monopolisation.
- ³ Ce régime de prix bas sur le marché primaire et de bénéfices élevés sur le marché secondaire est souvent associé à l'« effet de vases communicants », « *waterbed effect* » en anglais (en effet, « *la nature de la complémentarité entre produit primaire et produits secondaires est telle que si l'on baisse un prix, on en fait automatiquement monter un autre – exactement comme, lorsqu'en appuyant sur un matelas à eau, on déplace la masse d'eau et on fait s'élever la surface dans une autre zone du matelas* » (OFT 2012).
- ⁴ Voir *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).
- ⁵ Ces coûts comprennent, outre le prix d'achat du bien primaire, les coûts anticipés pour le(s) produit(s) secondaire(s), c'est-à-dire, les frais d'entretien, l'achat de pièces et fournitures, et les réparations qui seront nécessaires tout au long de la vie du bien primaire. Si le coût du bien primaire entre toujours en ligne de compte dans la décision des clients, ce n'est pas forcément le cas des coûts d'après-vente, en raison de la « myopie » des clients, ce qui peut accroître le risque de phénomène de captivité.
- ⁶ Cette opinion est concorde avec la pensée générale de l'école de Chicago qui estime qu'un vendeur ne peut étendre à l'infini sa puissance sur le marché, et qu'une augmentation de la puissance sur le marché de l'après-vente est compensée par une diminution correspondante de la puissance sur le marché de la vente.
- ⁷ Shapiro (1995) examine plusieurs théories de la puissance sur le marché de l'après-vente. Dans la « théorie de la surprise », le fabricant du bien d'équipement primaire peut se mettre à exploiter la clientèle établie en changeant sa stratégie sur le marché de l'après-vente afin d'en évincer ses rivaux et ainsi extraire des bénéfices des clients captifs. La « théorie de l'engagement limité » décrit la situation où le fabricant du bien primaire ne peut pas ou ne souhaite pas s'engager au préalable sur les prix après-vente, avec pour résultat un relèvement des prix inefficent (prix bas d'abord, élevés par la suite). Selon la « théorie de l'information coûteuse », les consommateurs myopes ou naïfs achèteront l'article initial sans s'informer et prendront conscience par la suite des prix après-vente élevés. Avec la « théorie de la discrimination par les prix », le régime de prix bas puis élevés est un moyen pour le fournisseur de faire payer plus aux grands utilisateurs et moins aux petits. Shapiro dans cette même étude examine aussi pourquoi le préjudice global pour le consommateur que l'on pourrait attendre avec ces théories est relativement insignifiant lorsque le marché primaire est concurrentiel et en quoi le droit de la concurrence ne serait pas, à première vue, la meilleure approche pour traiter les problèmes sur le marché de l'après-vente. Il conclut que si, les prix après-vente sont élevés, soit en raison d'un engagement

limité, soit en conséquence de la myopie des consommateurs, alors les entreprises se livreront une rude concurrence sur le marché de la vente, tandis que les bénéfices d'après-vente seront en grande partie rétrocédés aux consommateurs sous la forme d'un subventionnement du bien primaire. De même, si la tarification après-vente est une façon pour les fournisseurs de discriminer entre les grands et les petits utilisateurs, l'intervention en droit de la concurrence contre cette discrimination peut avoir une petite incidence sur le bien-être total des consommateurs, mais son effet premier sera la redistribution de surplus des petits vers les grands utilisateurs.

⁸ Voir par exemple OFT (2002), qui montre que trois acheteurs d'imprimante sur quatre ignorent tout du prix des cartouches d'encre et donc du coût après-vente de l'imprimante. Voir également Hall (1997), abordé plus loin ici. De même, la commande publique, qui représente environ 12 % du PIB dans la zone OCDE, ne tient généralement pas compte des coûts combinés du bien primaire et des produits secondaires sur l'ensemble du cycle de vie du produit, mais exige de l'acheteur public qu'il choisisse le fournisseur selon le critère du prix (le plus bas) sur chaque marché.

⁹ Voir UK Regulators Network (2016). Les avantages des comparateurs peuvent toutefois être amoindris si les consommateurs ne sont pas en mesure de naviguer dans les informations qui leur sont présentées, s'ils n'ont pas confiance dans le fonctionnement ou la sécurité des sites ou s'ils ne consultent pas d'autres comparateurs pour trouver la meilleure affaire. Voir également CMA (2016). S'il y a, en effet, beaucoup d'informations disponibles en ligne, aller les chercher a un coût et leur surabondance peut éventuellement devenir un handicapante pour certains consommateurs. En outre, il est difficile de dire dans quelle mesure les comparateurs en ligne sont utiles pour la plupart des marchés de l'après-vente, notamment parce qu'ils ont le plus souvent comme objet les télécommunications, la fourniture d'énergie pour aux particuliers, les prêts hypothécaires ou encore les assurances. Sur la capacité limitée des consommateurs à traiter des informations en surabondance et les raisons pour lesquelles ces intermédiaires ne sont peut-être pas la panacée pour l'asymétrie de l'information ; voir également Armstrong (2008).

¹⁰ Structure également décrite par la formule « des prix bas pour attirer le client, élevés pour dégager de l'excédent » (« *low to attract business, high to extract surplus* »).

¹¹ C'est-à-dire, des contrats qui surmontent les problèmes d'engagement limité.

¹² Voir l'analyse au chapitre 4 de ce document.

¹³ Cet argument a une résonance particulière lorsque le produit primaire est protégé par une forme de propriété intellectuelle. De fait, la théorie générale pour justifier la protection des détenteurs de droits de propriété intellectuelle est que l'octroi d'un « monopole » incitera à créer des inventions et des œuvres d'auteurs plus nombreuses et meilleures. Voir Bauer (2007).

¹⁴ Cette situation existe « *lorsque le prix d'un produit est fixé à son coût marginal, tandis que celui du substitut l'est au-dessus de son coût marginal ; le résultat est que les consommateurs opèrent une substitution inefficace par le produit au prix au coût marginal* ».

¹⁵ La plainte porte sur le fait que la remise de reprise est une façon pour un producteur de biens durables de monopoliser le marché des pièces refabriquées servant à la réparation de ses propres produits.

¹⁶ Leur étude s'appuie sur deux hypothèses : 1) l'information des consommateurs est imparfaite, en ce sens que les consommateurs ne peuvent se rendre compte de la qualité du bien durable avant l'achat et 2) les consommateurs étant captifs de par leur achat du bien durable, un dispositif de vente liée permet au vendeur du bien de faire payer le prix monopolistique pour le complément sur toute la durée de vie du produit. L'implication de ces deux hypothèses est que le producteur ne proposera que des biens durables de qualité médiocre s'il n'y a pas un mécanisme informant les consommateurs que la qualité est élevée préalablement à l'achat. La raison est que la qualité médiocre est moins chère à fournir tandis que les consommateurs ne sauraient distinguer entre qualité médiocre et qualité élevée en l'absence un mécanisme assurant de la qualité. Les auteurs concluent que la vente liée peut rendre rentable une offre de biens durables de qualité élevée s'il y

à un surplus suffisant de demande pour le complément lorsque la qualité du bien durable est avérée. Si, en proposant un bien de qualité élevée, il génère un surcroît de bénéfices sur le produit complémentaire qui excède le surcoût de la production du bien durable de qualité, le producteur du bien durable trouvera très intéressant de proposer cette qualité élevée au moyen de la vente liée.

17 Par exemple, des appareils moins économiques qui consomment plus d'énergie et coûtent donc plus cher en frais de fonctionnement.

18 Globalement, cela peut aussi se traduire par des décisions privilégiant fortement les produits énergivores.

19 De fait, les entreprises n'ont rien à gagner à éclairer les clients myopes. Des clients avertis et « hypermétropes » pourraient décoder les stratagèmes des fabricants pour dissimuler les prix après-vente et en déduire que ces prix sont très probablement élevés.

20 Cela comprend le produit primaire *et* les pièces détachées ou de rechange.

21 Une application intéressante aux « frais contingents » pour les services financiers faite par Armstrong et Vickers (2012) montre quelles sont les implications pour l'action publique lorsque consommateurs avisés et consommateurs naïfs se côtoient sur le marché. Les auteurs concluent qu'il y a une grande différence entre (i) les marchés où le résultat pour les « naïfs » correspond à celui pour les « avisés » et (ii) les marchés où aux deux types correspondent des résultats opposés. Dans le premier cas, les naïfs sont protégés par les avisés et le marché fonctionne mieux pour tous les consommateurs lorsqu'il y a plus d'avisés que de naïfs. Il n'est pas aussi certain qu'il faille réglementer les frais contingents par le droit de la consommation et cela pourrait même être contreproductif, en diminuant l'incitation à devenir un consommateur avisé. D'un autre côté, sur les marchés aux résultats opposés, il se produit une redistribution des consommateurs naïfs vers les consommateurs avisés et ces derniers tirent avantage de la présence des naïfs, parce que la concurrence entre les entreprises amène à la redistribution à leur profit d'une partie des bénéfices tirés des naïfs. Dans quelle mesure on considère cette redistribution comme mauvaise dépend du poids respectif, sur le marché concerné, des deux catégories en termes de bien-être des consommateurs.

22 Shapiro (1995) souligne que la tarification sur le marché de l'après-vente revient essentiellement à arbitrer entre la tentation d'exploiter des clients captifs et la perte de réputation que cela implique. Lorsque les clients captifs sont relativement peu nombreux, les entreprises sont en compétition pour la vaste majorité de nouveaux clients. Une clientèle qui se réduit signifie que le nombre de nouveaux clients chute, alors que celui des clients captifs diminue plus lentement, leur part relative dans la clientèle totale s'accroissant donc. Dans ces conditions, on peut s'attendre à ce que l'incitation à exploiter une clientèle soit plus forte.

23 C'est-à-dire que « *les consommateurs préfèrent nettement entretenir des biens d'équipement usagés plutôt que de racheter des biens neufs dans chaque période lorsque les prix du bien primaire et des produits d'après-vente sont fixés au coût marginal* ».

24 Voir Evans et al. (2002).

25 [Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/case.html), 504 U.S. 451 (1992); <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/case.html>

26 Dans cette affaire sur un marché de l'après-vente, le succès de la plainte des entreprises indépendantes de service après-vente est dû à son fort ancrage dans les notions de myopie et de coûts de sortie. Les photocopieurs ont été considérés comme des biens durables, coûteux et complexes, c'est-à-dire présentant les ingrédients habituels du phénomène de captivité des consommateurs, du fait de coûts de sortie élevés, et accroissant ainsi le potentiel de Kodak pour exercer un pouvoir de marché et exploiter les consommateurs sur son marché de l'après-vente.

27 Voir Wright (2011).

- 28 Voir Goldfine et Vorrasi (2004), qui expliquent cela par le fait que les juridictions inférieures font l'interprétation la plus étroite possible de la jurisprudence Kodak et qui concluent que ces juridictions déjugent de facto la Cour suprême des États-Unis.
- 29 Voir Economides (2014).
- 30 Voir *Avaya Inc. v. Telecom Labs, Inc.*, 30 septembre 2016, disponible à l'adresse : <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/144174p.pdf>.
- 31 Voir XXV^e Rapport sur la politique de concurrence (1996), *Pelikan/Kyocera*, pp. 43 et 148. Également disponible (en anglais) à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34330/34330_21_3.pdf
- 32 Voir par exemple Arrêt de la Cour du 31 mai 1979. - *Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd/Commission des Communautés européennes*. Affaire 22/78, Rec. 1979 p. 01869 ; et Arrêt de la Cour du 5 octobre 1988. - *AB Volvo/Erik Veng (UK) Ltd.*, Affaire 238/87. Rec. 1988 p. 06211.
- 33 Affaire n° IV/E 2/36.431 - Info-Lab/Ricoh.
- 34 Voir Shapiro et Teece (1994).
- 35 Voir Commission européenne (2005), paragraphe 245, où est avancée l'idée que la simple application des outils classiques de définition du marché tels que le test SSNIP aux marchés de l'après-vente ne fonctionne peut-être pas très bien.
- 36 Voir Coppi (2007).
- 37 Même si la méthode de base pour définir le marché pertinent dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente n'est pas distincte ou différente de celles appliquées dans d'autres affaires en droit de la concurrence, on dispute toujours sur la façon dont il convient de définir les marchés dans ce type d'affaire. Bourgeois (2011), par exemple, estime qu'un marché de systèmes, quoique théoriquement possible, serait difficile à établir en vertu de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (1997) et constituerait donc une issue exceptionnelle en droit de l'UE. À l'inverse, Temple Lang (2011) semble penser qu'un marché de l'après-vente séparé devrait être exceptionnellement défini, excepté dans le cas des produits de luxe, où les décisions d'achat des clients pour les produits primaires ne sont généralement pas influencées par le coût des produits secondaires.
- 38 Voir Commission européenne (1997), paragraphe 56.
- 39 Décision C (2008) 3600 de la Commission dans l'affaire COMP/E-1/39097 (horlogers-réparateurs).
- 40 Les plaignants soutenaient que le marché pertinent pour les pièces de rechange pour montres de luxe ou de prestige devait être considéré comme distinct de celui des montres de luxe ou de prestige. En conséquence, ils avançaient que chaque fabricant détenait une position dominante sur les marchés des pièces de rechange spécifiques à sa propre marque.
- 41 Affaire AT.39097 *Réparation de montres de luxe ou de prestige*, déclaration de la Commission du 29 juillet 2014 rejetant la plainte.
- 42 Voir par exemple OFT (2004) et Commission européenne (2005).
- 43 Au paragraphe 6.3.

-
- 44 Voir paragraphe 91. Probablement l'internet et l'avènement de la société numérique ont-ils ouvert l'accès à davantage d'informations sur le coût potentiel des produits secondaires ce qui permet aux clients de calculer les coûts sur la durée de vie du produit plus précisément et à moindre frais. Dans ce cas, les chances de définir un marché de systèmes seraient, à l'heure actuelle, plus grandes qu'autrefois.
- 45 Voir Bourgeois (2011).
- 46 Voir Office of Fair Trading, affaire CA98/6/2001 du 20 juillet 2001.
- 47 Au paragraphe 6.4.
- 48 Voir également Commission européenne (1997), paragraphe 56, où il est dit qu'« *une définition étroite du marché des produits secondaires, par exemple, de pièces détachés, peut devoir être faite quand la compatibilité avec le produit primaire est importante* ». Le texte mentionne aussi « *l'existence de prix élevés et une longue vie des produits de base* », qui peuvent rendre rentables les augmentations relatives des prix des produits secondaires.
- 49 Voir Commission européenne (2010b).
- 50 Voir paragraphe 57.
- 51 Par exemple, la Commission européenne (2010b) fait état de comportements d'achat différents entre les acheteurs professionnels (tels que ceux qui achètent des camions ou exploitent des flottes de véhicules à moteur) et particuliers (c'est-à-dire ceux qui achètent un véhicule à moteur pour leur usage personnel). La première catégorie est plus susceptible que la seconde de prendre en considération les coûts d'entretien au moment de procéder à l'achat du véhicule à moteur.
- 52 Dans la plupart des cas, il est probable qu'il existe un marché de l'après-vente propre au constructeur, notamment parce que la majorité des acheteurs sont des particuliers ou des petites ou moyennes entreprises qui achètent les véhicules et leur service après-vente séparément et n'ont pas toujours accès aux informations qui leur permettraient d'apprécier à l'avance la totalité des coûts associés à la possession des véhicules.
- 53 Voir par exemple les arguments de la Commission dans l'Arrêt de la Cour du 31 mai 1979. - *Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd/Commission des Communautés européennes*. Affaire 22/78, Rec. 1979 p. 01869, [1979] 3 CMLR 345) et dans l'Arrêt du Tribunal de première instance (deuxième chambre) du 12 décembre 1991. - *Hilti AG contre Commission des Communautés européennes*. Affaire T-30/89, [1991] Rec. p. II-1439, [1992] 4 CMLR 16).
- 54 Voir OFT (2004), paragraphe 6.4, et Commission européenne (1997), paragraphe 56, arguant que cette définition du marché serait probable là où « *une substitution significative entre les produits secondaires est possible* » ou si « *les caractéristiques des produits primaires entraînent des réponses rapides et directes de consommateurs aux augmentations relatives des prix des produits secondaires possibles* ».
- 55 Voir OCDE (2012), p. 46.
- 56 Voir Affaire 22/78, [1979] Rec. p. 1869, [1979] 3 CMLR 345.
- 57 Voir Affaire T-30/89, [1979] Rec. p. II-1439, [1979] 4 CMLR 16.
- 58 Voir XXV^e Rapport sur la politique de concurrence (1996), pp. 41 et 140. Également disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34330/34330_21_3.pdf
- 59 Voir Affaire C-333/94P [1996] Rec. p. I-5951, [1997] 4 CMLR 662, et arrêt du Tribunal dans l'affaire T-83/91, [1994] Rec. p. II-755, [1997] 4 CMLR 726.

-
- 60 Voir Affaire COMP/C-3/39.692-IBM – *Services de maintenance*.
- 61 Voir Affaire AT.39097 *Réparation de montres de luxe ou de prestige*, déclaration de la Commission du 29 juillet 2014 rejetant la plainte. Voir également Affaire T-427/08 *CEAHR contre Commission européenne*, [2010] Rec. p. II-5865, [2011] 4 CMLR 14.
- 62 Voir Décision-recommandation de la JFTC, 26 juillet 2002, Heisei 14 (Kan) 7. Voir http://www.jftc.go.jp/eacpf/cases/6-1_MitsubishiTech_rev2.pdf.
- 63 Voir Décision-recommandation de la JFTC, 12 avril 2004, Heisei 16 (Kan) 1.
- 64 Voir Affaire n° 03/2011, disponible à l'adresse http://www.cci.gov.in/sites/default/files/032011_0.pdf
- 65 Voir Otis-Kone Italia-Schindler, affaire 8272/2000.
- 66 Voir Cartuchos de Tinta, affaire S/0336/11.
- 67 Voir Affaire S/0230/10, examinée dans la contribution de l'Espagne à la table ronde du Comité de la concurrence de l'OCDE sur la définition du marché (*OECD Competition Committee roundtable on Market Definition (2012)*), <http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>, pp. 289–292.
- 68 OFT, affaire n° CA98/6/2001, le 20 juillet 2001.
- 69 Voir Shapiro et Teece (1994), où il est dit qu'en principe, « *l'appréciation du pouvoir de marché sur les marchés de l'après-vente ne diffère guère de l'appréciation du pouvoir de marché dans n'importe quel autre contexte* ».
- 70 Voir Commission européenne (2009), paragraphe 12.
- 71 Dans l'affaire *Hugin*, par exemple, la Commission et la Cour de justice n'ont pas établi que la société Hugin était en position dominante sur le marché de la vente pour les caisses enregistreuses proprement dit, mais elles ont concentré leur analyse exclusivement sur le marché de l'après-vente des pièces de rechange pour les caisses enregistreuses Hugin. Voir *Hugin/Commission*, Affaire 22/78, 3 CMLR 345, 1979.
- 72 Voir Bishop et Walker (2010).
- 73 Voir Commission européenne (2005), paragraphe 246. Le document précise plus loin que « *plus la concurrence est forte sur le marché primaire et plus la position du fournisseur concerné sur ce marché est faible, moins il est probable que ledit fournisseur puisse être considéré comme dominant sur le marché de l'après-vente* » (paragraphe 260).
- 74 Voir Temple Lang (2011).
- 75 Au paragraphe 244.
- 76 Au paragraphe 251.
- 77 Le degré de captivité sera cependant déterminant pour la réussite de toute stratégie de discrimination par les prix. Les effets de réputation seront aussi très importants ; en effet, les nouveaux clients relativiseront le prix bas de l'achat initial au regard des prix plus élevés qu'ils rencontreront sur le marché secondaire une fois cet achat initial effectué.
- 78 Voir Commission européenne (2010a), paragraphe 91.
- 79 Voir Salop (2000).

- 80 Temple Lang (2011) signale la difficulté de calculer les coûts sur le marché de l'après-vente lorsque ceux-ci ne sont pas liés au volume d'utilisation, mais occasionnés de manière irrégulière, par exemple à la suite d'accidents. Dans le même ordre d'idée, Armstrong et Vickers (2012) observent que les frais contingents facturés pour les découverts non autorisés sont généralement encourus par inadvertance.
- 81 Par exemple, en cas d'augmentation des prix après-vente, est-il facile de changer de fournisseur, ou est-on captif du marché de l'achat initial ? Existe-t-il un marché d'occasion pour le bien primaire ?
- 82 Par exemple, le phénomène de captivité est-il dû à des logiciels exclusifs, à des formats de données, à l'investissement en apprentissage, à une stratégie de marque, etc. ?
- 83 In *Pelikan/Kyocera*, *Info-lab/Ricoh* (affaire n° IV/E 2/36.431, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36431/36431_7_3.pdf) et *EFIM* (affaire n° 39.391, disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39391/39391_125_10.pdf).
- 84 XXV^e Rapport sur la politique de concurrence (1996), pp. 41 et 140. Également disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34330/34330_21_3.pdf.
- 85 Affaire n° IV/E 2/36.431, disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/36431/36431_7_3.pdf.
- 86 Un niveau de prix relativement élevé sur le marché de l'après-vente attirera probablement de nouveaux entrants sur le marché ; le fournisseur du produit primaire aura alors une incitation à évincer les nouveaux venus.
- 87 Voir OCDE (2011).
- 88 Bien entendu, une stratégie dans laquelle une entreprise en position dominante sur le marché de l'après-vente (et sur le marché primaire) baisserait les prix après-vente en-deçà des coûts (coût total moyen, par exemple), en discriminant les clients de ses concurrents sur le marché de l'après-vente afin d'évincer lesdits concurrents pourrait constituer une infraction au droit de la concurrence. Voir l'engagement de Digital, accepté par la Commission européenne en 1997 dans l'affaire IP/97/868 ; communiqué de presse disponible à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-868_fr.htm.
- 89 Sur ce sujet, voir par exemple Fong et al. (2016), qui passent en revue les possibilités d'entente tacite entre des entreprises ayant chacune le monopole sur un marché de l'après-vente en marque propre. Les auteurs concluent que, lorsque les marchés de l'après-vente sont complètement isolés de la concurrence qui règne sur le marché de la vente, l'entente tacite n'est pas plus facile pour ces entreprises que pour les entreprises mono-produit. Cependant, l'entente tacite entre *plusieurs* entreprises devient rentable et soutenable lorsque, au moment où les possesseurs de biens d'équipement envisagent les biens neufs comme substituts pour le produit d'après-vente de leur fournisseur historique, la concurrence sur le marché de la vente entame le pouvoir de marché du fabricant sur le marché de l'après-vente.
- 90 Par exemple, dans le document *Questions fréquemment posées concernant l'application des règles de l'UE relatives aux ententes dans le secteur automobile*, la Commission européenne (2012) précise que le fait de subordonner des bonus ou des rabais sur des pièces à l'achat de pièces de la marque du fournisseur du véhicule en position dominante sur un marché peut constituer une pratique de vente liée illégale dans l'UE.
- 91 Au paragraphe 50.
- 92 Voir par exemple à ce sujet Commission européenne (2009), paragraphes 47 à 62 ; Dolmans et Graf (2004) et Evans et al. (2002). Voir également Commission européenne (2010a), paragraphe 217, où il est précisé que « *la vente liée peut aussi aboutir directement à des prix au-dessus du niveau concurrentiel (...) dans le cas (...) où il est difficile pour les clients de calculer les conséquences de la vente liée* ».
- 93 Voir par exemple Temple Lang (2011) ; Schwartz et Werden (1996) avancent que la vente liée signifierait un haut niveau de qualité et profiterait aux consommateurs en surmontant l'imperfection de l'information, ce qui servirait de justification en soi.

-
- 94 Voir par exemple Laussel et Resende (2008).
- 95 Voir Commission européenne (2009), paragraphe 29.
- 96 Voir Commission européenne (2005), paragraphe 265.
- 97 Voir Affaire T-30/89, [1979] Rec. p. II-1439, [1979] 4 CMLR 16.
- 98 Voir Affaire C-333/94P [1996] Rec. p. I-5951, [1997] 4 CMLR 662, et arrêt du Tribunal dans l'affaire T-83/91, [1994] Rec. p. II-755, [1997] 4 CMLR 726.
- 99 Voir l'engagement accepté en 1997 par la Commission dans l'affaire IP/97/868 ; communiqué de presse disponible à l'adresse : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-868_fr.htm
- 100 Andrews (1998).
- 101 Voir Arrêt du Tribunal d'Osaka du 30 juillet 1993, Hanrei Jiho vol. 1479, p. 21 (*Kosei denki et al. v. Toshiba erebeta tekunosu*).
- 102 Le « refus de vente » (de même que le « refus de fourniture ») recouvre non seulement le refus direct d'une entreprise en position dominante de vendre ou autrement fournir des produits, mais aussi les cas où une entreprise accepte de vendre, mais seulement à certaines conditions (prix ou autre condition contractuelle) jugées « trop dures » ou autrement inacceptables par l'acheteur (le « refus implicite »), ou conditionne la vente à l'acceptation d'autres conditions commerciales. Dans ces cas, la distinction avec d'autres pratiques anticoncurrentielles peut être malaisée. Par exemple, un refus de vente peut prendre la forme d'un accord de distribution exclusive (« Je ne traite pas avec vous si vous avez des relations commerciales avec mes concurrents », de ventes liées (« Je ne traite pas avec vous sauf si vous prenez un ou plusieurs autres de mes produits » ou de l'application de prix imposés (« Je ne traite pas avec vous si vous vendez mes produits au rabais »). Voir OCDE (2007).
- 103 Pour approfondir sur ce sujet, voir par exemple Commission européenne (2009), paragraphes 75 à 90.
- 104 Voir OCDE (2007).
- 105 Les autorités de la concurrence devraient aussi avoir à examiner si oui ou non un refus, en particulier un refus d'accorder une licence, pourrait être justifié par la nécessité de protéger des droits de la propriété intellectuelle. Dans l'Union européenne, la Commission, par exemple, recevra en général les arguments de l'entreprise dominante selon lesquels le refus de fourniture est nécessaire pour obtenir un rendement adéquat des capitaux investis afin de développer l'activité de fourniture des intrants et a donc pour effet d'inciter à poursuivre les investissements. La Commission prendra également en considération les arguments de l'entreprise dominante selon lesquels sa propre activité d'innovation sera compromise par l'obligation de fourniture ou l'obligation d'accorder une licence par les changements structurels des conditions du marché qu'une telle obligation entraînera, comme le développement de l'innovation subséquente chez ses concurrents. Voir Commission européenne (2009), paragraphes 89 et 90.
- 106 Affaire 22/78, [1979] Rec. p. 1869, [1979] 3 CMLR 345.
- 107 Affaires 238/87 et 53/87, arrêts du 5 octobre 1988.
- 108 Affaire COMP/C-3/39.692-IBM – *Services de maintenance*.
- 109 Affaire n° 03/2011, document disponible à l'adresse : http://www.cci.gov.in/sites/default/files/032011_0.pdf.
- 110 Voir Commission européenne (2005).

-
- ¹¹¹ Cette pratique a été utilisée dans le secteur automobile aux États-Unis, où il y a depuis longtemps une concurrence sur le marché de l'après-vente entre les équipementiers « de première monte » (les constructeurs, vendant les pièces détachées originales de leur marque) et « de seconde monte » (les autres fabricants de pièces de rechange automobiles). Depuis quelque temps, toutefois, les constructeurs automobiles cherchent à protéger par brevets de conception les éléments extérieurs, « visibles », des véhicules (pare-chocs, ailes et calandres) qui sont les plus susceptibles d'être remplacés après un choc et qui n'étaient pas brevetés auparavant. Cette tendance a fait naître une menace potentielle pour la concurrence sur le marché de l'après-vente, où les autres fabricants soit s'exposeraient à des poursuites en contrefaçon (s'ils continuent de fabriquer les pièces désormais brevetées), soit verraient leurs coûts augmenter des redevances (éventuellement coûteuses) qu'ils devraient payer pour fabriquer les pièces sous licence de l'équipementier original (voir Stutz, 2016). En Europe, la Commission soulevait d'éventuels risques de ce type dans le rapport préliminaire de son enquête sur l'industrie pharmaceutique, qui passait en revue un certain nombre de comportements défensifs des détenteurs de droits de propriété intellectuelle, estimant que le brevetage de procédés de conception ou de production de fournitures consommables ou de pièces pourrait être constitutif de pratiques d'éviction sur le marché secondaire (voir Commission européenne, *Pharmaceutical Sector Inquiry - Preliminary Report*, 2008, document de travail de la DG Concurrence). Cependant, ces préoccupations n'ont pas été développées dans le rapport final de l'enquête sectorielle.
- ¹¹² Voir par exemple, aux États-Unis, l'affaire *Static Control Components, Inc v. Lexmark International, Inc.*, 387 F.3d 522 (6^e Cir. 2004). Lexmark, fabricant d'imprimantes pour ordinateur et de poudre d'encre pour imprimantes, vendait des cartouches conçues pour une utilisation unique. Seules les cartouches de marque Lexmark, contenant de l'encre Lexmark, pouvaient fonctionner dans les imprimantes Lexmark. Une puce électronique dans la cartouche contrôlait l'interface avec l'imprimante, mais aussi le niveau de remplissage en poudre d'encre. Les clients qui rapportaient leurs cartouches usagées obtenaient une remise assez conséquente sur le prix des cartouches neuves. SCC avait mis au point un code informatique qui permettait de reprogrammer la puce, ouvrant ainsi le marché de la refabrication et de la recharge des cartouches Lexmark. Le fabricant a tenté de décourager cette concurrence indésirable par différents moyens, notamment en faisant savoir que tout reconditionnement de cartouches Lexmark constituait une violation de ses droits légaux et en intentant des procès.
- ¹¹³ Voir *CSU, L.L.C. v. Xerox. Corp.* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000).
- ¹¹⁴ En p. 1327.
- ¹¹⁵ Voir Boylston Herndon (2002).
- ¹¹⁶ Cela signifie, par exemple, que, si le prix d'un produit secondaire augmente, la demande pour ce produit baissera, mais la demande pour les autres produits secondaires complémentaires baissera elle aussi. Si les fournisseurs des produits secondaires sont différents, ils maximaliseront leurs propres bénéfices, sans tenir compte des externalités négatives exercées sur les autres fournisseurs. Cela peut avoir pour issue des prix plus élevés que lorsque la coordination est possible. Cet effet, dit du « duopole de Cournot », est analogue à celui de la double marginalisation dans les restrictions verticales. La fourniture des divers éléments par la même entreprise peut résoudre ce problème de coordination et créer des gains d'efficacité.
- ¹¹⁷ Cela entraînerait une diminution du gaspillage dû à une mauvaise utilisation des deux produits, créant ainsi une base pour une autre justification objective : les considérations écologiques. Dans l'affaire *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 396-97 (1947), l'entreprise défenderesse avançait entre autres arguments que le dispositif liant la mise à disposition des machines de traitement du sel à l'achat des comprimés de sodium se justifiait par des raisons de maîtrise de la qualité et visait aussi à empêcher que les machines ne soient endommagées par l'utilisation de produits (sodium) de qualité inférieure.
- ¹¹⁸ Voir par exemple *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 396-97 (1947) : en fixant un prix relativement bas pour ses machines, la société International Salt espérait pouvoir profiter des chances de capter le surcroît d'utilisation au niveau de chaque fabricant de conserves au travers d'un prix du sel plus élevé.

- ¹¹⁹ Elhaug et Nalebuff (2017) contestent toutefois l'affirmation que la discrimination par les prix de deuxième degré en général, et le « contingentement » en particulier, serait une meilleure forme de discrimination par les prix que ses versions du troisième degré, plus fréquemment étudiées. Les auteurs montrent que, lorsqu'une entreprise détient le pouvoir sur le marché d'un bien d'équipement qui est utilisé avec une fourniture consommable concurrentielle, alors (tout comme la discrimination par les prix du troisième degré) les liens de « contingentement » et la discrimination par les prix de deuxième degré font baisser le bien-être des consommateurs et le bien-être général, sauf s'ils ont aussi pour effet d'accroître la production de biens d'équipement. Ils concluent de leurs observations que l'entreprise défenderesse devra au minimum prouver que ses dispositifs tarifaires à finalité de contingentement ont l'effet proconcurrentiel de faire augmenter la production du bien d'équipement considéré.
- ¹²⁰ Arrêt du Tribunal de première instance (deuxième chambre) du 12 décembre 1991. - *Hilti AG contre Commission des Communautés européennes*. Affaire T-30/89, [1991] Rec. p. II-1439, [1992] 4 CMLR 16.
- ¹²¹ Affaire T-204/03 [2006] Rec. p. II-3779.
- ¹²² Affaire AT.39097 *Réparation de montres de luxe ou de prestige*, déclaration de la Commission du 29 juillet 2014 rejetant la plainte.
- ¹²³ Arrêt du Tribunal d'Osaka du 30 juillet 1993, Hanrei Jiho vol. 1479, p. 21 (*Kosei denki et al. v. Toshiba erebeta tekunosu*).
- ¹²⁴ Voir OCDE (2006).
- ¹²⁵ Voir Shapiro (1995) et Temple Lang (2011). Voir également OCDE (2007).
- ¹²⁶ De même, si les produits secondaires sont brevetés, l'octroi de licences obligatoires pour les brevets supposerait aussi de définir ce qui constituerait une redevance « correcte ».
- ¹²⁷ Concernant l'affaire *Kodak*, il est intéressant de remarquer que le juge Scalia se demandait si le droit de la concurrence était bien approprié pour protéger les consommateurs captifs des pratiques de monopolisation. La clientèle établie et captive est tellement, par nature, vulnérable à la monopolisation par l'entreprise qui lui vend le bien d'équipement que les consommateurs ne devraient pas être protégés par les lois antitrust. Dans son avis divergent, le juge Scalia recommandait la voie du laissez-faire envers cette « *misérable classe* » des consommateurs qui subit « *la supposée infortune d'être 'captive' du matériel Kodak* » (*Kodak*, 504 U.S., 499 n.3.). Il déclarait : « *[nous] n'avons jamais dit que les acteurs premiers d'un marché présentant des carences informationnelles si communs [...] exerçaient le pouvoir de marché dans quelque sens que ce soit intéressant au regard de la législation antitrust* » (*id.* au p. 496).
- ¹²⁸ Sur la théorie des contrats et le concept de contrat complet, voir en général Hart (1995).
- ¹²⁹ Il existe une variété de types de clients sur le marché – clients vulnérables, clients myopes, clients avisés ou, à l'inverse non informés. Ce sont les éléments de l'affaire et ses circonstances qui détermineront dans quelle mesure la politique de la concurrence et (ou) la politique de protection des consommateurs devraient intervenir pour protéger les consommateurs « irrationnels » et remédier à l'affectation inefficace des ressources. Voir Armstrong et Vickers (2012).
- ¹³⁰ Ainsi, lorsque des informations sur les conditions de garantie pour le produit primaire sont limitées, les consommateurs peuvent avoir peur de perdre la garantie s'ils font appel à un réparateur indépendant non agréé. Les consommateurs sur le marché de l'après-vente peuvent être tentés de penser que la qualité et la crédibilité des pièces proposées par les fournisseurs indépendants ou des services fournis par les réparateurs indépendants sont inférieures à celles des produits et services du fournisseur primaire et de ses réparateurs agréés ou affiliés. En Corée, dans l'affaire *Hyundai Motor v Hyundai Mobis* en 2009, une des pratiques abusives examinées par la Korean Fair Trade Commission était le fait que le constructeur qualifiait de « non originales » les pièces fournies par ses concurrents, laissant implicitement entendre que ces produits étaient de qualité inférieure ce

qui réduisait leur crédibilité aux yeux des clients. Voir Shin (2016) et Rapport annuel au Comité de la concurrence de l'OCDE sur l'évolution de la politique de la concurrence en Corée en 2009.

- 131 Pour une analyse de la relation entre concurrence et politique des consommateurs, voir OCDE (2008).
- 132 Voir Beales et al. (1980).
- 133 Voir Competition Commission (2010).
- 134 Competition Commission (2009).
- 135 Éléments recueillis par Capital One, l'une des parties à l'affaire, et produits dans Competition Commission (2009).
- 136 Voir Oxera (2009).
- 137 Voir par exemple la campagne de la Federal Trade Commission (FTC) aux États-Unis pour informer les consommateurs sur les services d'entretien et de réparation automobiles par les garagistes indépendants et sur les conséquences de la Loi Magnuson-Moss Warranty sur les garanties et sur les droits des consommateurs ; texte disponible à l'adresse : <https://www.consumer.ftc.gov/articles/0138-auto-warranties-routine-maintenance>.
- 138 Voir Commission européenne (1984), points 94-95.
- 139 Affaire COMP/C-3/39.692-IBM – *Services de maintenance*.
- 140 Concernant la définition du marché, la Commission semble avoir considéré que le marché pertinent était le marché secondaire de la maintenance des ordinateurs centraux IBM, marché sur lequel le constructeur avait une position dominante. Cela semble indiquer que la Commission a jugé que le marché secondaire était séparé du marché primaire. Cependant, parce qu'il s'agissait d'une décision d'engagement et non d'une décision d'infraction, la description des arguments de la Commission était quelque peu limitée. Voir Bell et Kramer, 2015.
- 141 Voir communiqué de presse de la Commission européenne sur l'engagement accepté en 1997 dans l'affaire IP/97/868, disponible à l'adresse http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-868_fr.htm.
- 142 Annual report to the OECD Competition Committee on competition policy development in France in 2014 – en anglais seulement, DAF/COMP/AR(2015)36.
- 143 La garantie ne couvrait pas les dysfonctionnements des machines occasionnés par l'utilisation de capsules de marques concurrentes.
- 144 Voir Stutz (2016).
- 145 Depuis quelques années, un débat analogue a lieu dans l'UE pour déterminer si l'utilisation de pièces visibles produites pas des entreprises tierces en vue de la réparation de produits complexes est une infraction flagrante à un droit de conception ou une concurrence souhaitable.
- 146 D'après l'enquête sectorielle sur l'entretien et la réparation automobile réalisée par l'Autorité de la concurrence, la « clause de réparation » avait été adoptée en droit par onze pays de l'Union européenne en 2012. Voir http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=418&id_article=1985
- 147 Voir Kramer et Juhan (2015) pour plus de détails sur les lois sur le droit de réparation.
- 148 Voir https://motherboard.vice.com/en_us/article/five-states-are-considering-bills-to-legalize-the-right-to-repair-electronics
- 149 Voir la Loi H.4362 du Massachusetts.

-
- 150 Voir Dolmans (2016).
- 151 Voir http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly_2004/mar/individual_000310.html (Tokyu Parking Systems) et [http://www.jftc.go.jp/eacpf/cases/6-1 MitsubishiTech_rev2.pdf](http://www.jftc.go.jp/eacpf/cases/6-1_MitsubishiTech_rev2.pdf) (Mitsubishi Electric Building Techno-Service)
- 152 Voir communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 8 octobre 2012, disponible à l'adresse : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=417&id_article=1984
- 153 Voir le rapport annuel au Comité de la concurrence de l'OCDE sur l'évolution de la politique de la concurrence en Roumanie en 2012.
- 154 Voir <http://www.kzk.gov.rs/en/sektorska-analiza-trzista-postprodajnih-usluga> et bulletin du Sofia Competition Forum, novembre 2016, numéro 2, p. 12, disponible à l'adresse <http://scf.cpc.bg/uploads/data/2016/SCF%20Newsletter%202016.pdf>
- 155 Disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/mv_faq_fr.pdf
- 156 Ainsi, il est intéressant de noter que la Commission européenne, l'une des seules autorités de la concurrence à avoir émis des recommandations formelles sur les cas d'abus de position dominante, proposait un texte sur les marchés de l'après-vente dans son document de travail de 2005 sur l'application de l'article 82 CE (désormais article 102 TFUE) (voir *DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, paragraphes 243 à 265), mais qu'il n'y a aucune référence au/x /mention des marché/s de l'après-vente dans le document d'orientation final publié en 2009 (*Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes* (JO C 45 du 24.2.2009)).
- 157 Voir Bell et Kramer, 2015.
- 158 Voir Bell et Kramer, 2015.

BIBLIOGRAPHIE

- Andersen, W. R. (1995), « Kodak and aftermarket tying analysis: some comparative thoughts », *Pacific Rim Law & Policy Journal*, vol. 4, n° 1, pp. 277–301.
- Andrews, P. (1998), « Aftermarket Power in the Computer Services Market: The Digital Undertaking », 19 ECLR 176.
- Armstrong, M. (2008), « Competition policy international: interactions between competition and consumer policy », UCL Discussion Paper 08-01.
- Armstrong, M. et J. Vickers (2012), « Consumer Protection and Contingent Charges », *Journal of Economic Literature*, vol. 50, n° 2, pp. 477–493.
- Bauer, J. P. (2007), « Antitrust implications of aftermarkets », *The Antitrust Bulletin*, vol. 52, n° 1, pp. 31-51.
- Beales, B., R. Craswell et S. Salop (1980), « Information Remedies for Consumer Protection », FTC Working Paper, n° 36, août 1980.
- Bell and Kramer (2015), “Competition/Antitrust Challenges in Technology Aftermarkets”, available at <http://eu-competitionlaw.com/competitionantitrust-challenges-in-technology-aftermarkets/#>
- Bishop, S. et M. Walker (2010), « The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement », Sweet and Maxwell, 3^e éd., Londres.
- Borenstein, S., J. K. MacKie-Mason et J. S. Netz (1995), « Antitrust Policy in Aftermarkets », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, pp. 455-482.
- Borenstein, S., J. K. MacKie-Mason et J. S. Netz (2000), « Exercising market power in proprietary aftermarkets », *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 9, n° 2, pp. 157–188.
- Bourgeois, H. (2011), « How to treat aftermarkets under Article 102 TFEU », in Govaere et al (dir. pub.), *Trade and Competition Law in the EU and Beyond*, Edward Elgar.
- Boylston Herndon, J. (2002). « Intellectual property, antitrust, and the economics of aftermarkets », *The Antitrust Bulletin - Summer/Fall 2002*, pp. 319–344.
- Cabral, L. (2014), « Aftermarket power and foremarket competition », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 35, pp. 60–69.
- Carlton, D. W. et M. Waldman (2009), « Competition, Monopoly and Aftermarkets », *The Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 26, n° 1, pp. 54–91.

- Chen, Z. et T. W. Ross (1993), « Refusal to Deal, Price Discrimination, and Independent Service Organizations », *Journal of Economics and Management Strategies*, vol. 2, n° 4, décembre 1993, pp. 593–614.
- Chen, Z., T. W. Ross et W. T. Stanbury (1998), « Refusals to Deal and Aftermarkets », *Review of Industrial Organization*, vol. 13, n° 1/2, pp. 131–151.
- Competition and Markets Authority (2016), *Digital Comparison Tools Market Study*, étude lancée en septembre 2016.
- Competition Commission (2009), « Market investigation into payment protection insurance », 29 janvier 2009.
- Competition Commission (2010), *Press Release 37/10, PPI—CC Confirms Point-of-sale Prohibition*, 14 octobre 2010.
- Coppi, L. (2007), « Aftermarket monopolization: the emerging consensus in economics », *The Antitrust Bulletin*, vol. 52, n° 1, pp. 53-71.
- Dolmans, M. et T. Graf (2004), « Analysis of Tying Under Article 82 EC: The European Commission’s Microsoft Decision in Perspective », *World Competition* vol. 27, n° 2.
- Dolmans, M. (2016), « Aftermarkets in EU competition law; Lock-in, Legacy, and Luxury », présenté au 9^e Forum international de Séoul sur la concurrence, 8 septembre 2016, Séoul.
- Economides, N. (2014), « Avaya v. TLI Gives New Life to Aftermarket Monopolization Litigation A-La-Kodak », *Competition Academia* ; voir <http://competitionacademia.com/2014/08/avaya-v-tli-gives-new-life-to-aftermarket-monopolization-litigation-a-la-kodak-2/>
- Elhauge, E. et B. Nalebuff (2015), « The Welfare Effects of Metering Ties », *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 2017, vol. 33, n° 1, pp. 68–104.
- Ellison, G. (2005), « A model of add-on pricing », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 120, n° 2, pp. 585–637.
- Elzinga, K. G. et D. E. Mills (2001), « Independent service organizations and economic efficiency », *Economic Inquiry*, vol. 39, n° 4, pp. 549–560.
- Emch, E. R. (2003), « Price discrimination via proprietary aftermarkets », *Contributions in Economic Analysis and Policy*, vol. 2, n° 1.
- Commission européenne (2010a), *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2010/C 130/01.
- Commission européenne (2010b), *Communication de la Commission. Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles*, 2010/C 138/05.
- Commission européenne (2009), *Communication de la Commission. Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l’application de l’article 82 du traité CE aux pratiques d’éviction abusives des entreprises dominantes*, 2009/C 45/02.
- Commission européenne (2008), *Pharmaceutical Sector Inquiry: Preliminary Report* (novembre 2008).

- Commission européenne (2005), *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* (document de réflexion sur l'application des règles de concurrence du traité CE relatives aux abus de position dominante (article 82) – en anglais seulement).
- Commission européenne (1997), Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, 97/C 372/03.
- Commission européenne (1984), Quatorzième Rapport sur la politique de concurrence.
- Evans, D. S., A. J. Padilla et M. Polo (2002), « Tying in Platform Software: Reasons for a Rule-of-Reason Standard in European Competition Law », *World Competition* vol. 25, n° 4.
- Farrell, J et P. Klemperer (2007), « Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects », *Handbook of Industrial Organization*, vol. 3, M. Armstrong et R. Porter, (dir. pub.).
- Fong, Y., J. Li et K. Liu (2016), « When Does Aftermarket Monopolisation Soften Foremarket Competition? », *Journal of Economics & Management Strategy*, vol. 25, n° 4, pp. 852–879.
- Fox, E. M. (1986), « Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency Opportunity and Fairness », *Notre Dame Law Review*, vol. 61, n° 5, pp. 981–1020.
- Gabaix, X. et D. Laibson (2006), « Shrouded attributes, consumer myopia, and information suppression in competitive markets ».
- Gately, D. (1980), « Individual Discount Rates and the Purchase and Utilization of Energy- Using Durables: Comment », *The Bell Journal of Economics*, vol. 11, n° 1, pp. 373 et 374.
- Glick, M. A. et D. J. Cameron (1999), « When do proprietary aftermarkets benefit consumers? », *Antitrust Law Journal*, vol. 67, n° 2, pp. 357-382.
- Goldfine, David A. J. et K. M. Vorrasi (2004), « The fall of the Kodak aftermarket doctrine: Dying a slow death in the lower courts », *Antitrust Law Journal* vol. 72, n° 1, pp. 209–231.
- Gully, J. E. (1998), « *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.* », *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 13, n° 1.
- Hall, R. E. (1997), « The Inkjet Aftermarket: An Economic Analysis », Stanford University, document non publié, août 1997.
- Hart, O. (1995), « *Firms, Contracts, and Financial Structure* », Oxford University Press.
- Hausman, J. A. (1979), « Individual Discount Rates and the Purchase and Utilization of Energy-Using Durables », *The Bell Journal of Economics*, vol. 10, n° 1, pp. 33-54.
- Hausman, J. A. et P. Joskow (1982), « Evaluating the Costs and Benefits of Appliance Efficiency Standards », *The American Economic Review*, vol. 72, n° 2, pp. 220-225.
- Heimert, A. J. (2016), « Antitrust Treatment of Aftermarkets in the United States », présenté au 9e Forum international de Séoul sur la concurrence, 8 septembre 2016, Séoul.

- Hovenkamp, E. et H. J. Hovenkamp (2010), « Tying Arrangements and Antitrust Harm », *Arizona Law Review*, vol. 52, pp. 925–976.
- Klein, B. (1996), « Market Power in Aftermarkets », *Managerial and Decision Economics*, vol. 17, n° 2, numéro spécial, pp. 143-164.
- Kramer and Juhan (2015), “The Fight for Aftermarkets: IP and Antitrust Issues”, *Corporate Counsel*, Août 2015.
- Lambert, T. A. (2011), « Appropriate Liability Rules for Tying and Bundled Discounting », *Ohio State Law Journal*, vol. 72, pp. 909–981.
- Laussel, D. et J. Resende (2008), « Does the Absence of Competition in the Market Foster Competition for the Market? A Dynamic Approach to Aftermarkets », *CORE Discussion Paper*, n° 2008/33.
- OCDE (2016a), *Table ronde sur la discrimination par les prix*, OCDE, Paris.
- OCDE (2016b), *Table ronde sur les décisions d’engagements dans les affaires de concurrence*, OCDE, Paris.
- OCDE (2012), *Table ronde sur la définition du marché*, OCDE, Paris.
- OCDE (2011), *Table ronde sur les prix excessifs*, OCDE, Paris.
- OCDE (2008), *Table ronde sur l’interface entre la politique de la concurrence et la politique à l’égard des consommateurs*, OCDE, Paris.
- OCDE (2007), *Table ronde sur le refus de vente*, OCDE, Paris.
- OCDE (2006), *Table ronde sur les mesures correctrices et les sanctions dans le cas d’abus de position dominante*, OCDE, Paris.
- Office of Fair Trading (2002), *Consumer IT goods and services*
- Office of Fair Trading (2004), *Market definition*
- Office of Fair Trading (2012), *The Economics of Secondary Product Markets*, Davis, P., L. Coppi et P. Kalmus (dir. pub.), *Compass Lexecon*, 21 décembre 2012.
- Oxera (2009), « Competition in secondary products: the case of payment protection insurance ».
- Salop, S. (2000), « The First Principles Approach to Antitrust, Kodak, and Antitrust at the Millenium », *Antitrust Law Journal*, vol. 68, pp. 187–202.
- Schulz, L. (2015), « The Economics of Aftermarkets », *Journal of European Law and Practice*, vol. 6, n° 2, pp. 123-128.
- Schwartz, M. et G. Werden (1996), « A Quality-Signaling Rationale for Aftermarket Tying », *Antitrust Law Journal* vol. 64, n° 2, pp. 387–404.
- Shapiro, C. (1995), « Aftermarkets and consumer welfare: making sense of Kodak », *Antitrust Law Journal*, vol. 63, pp. 483-511.

Shapiro, C. et D. J. Teece (1994), « Systems competition and aftermarkets: an economic analysis of Kodak », *Antitrust Bulletin*, vol. 39, n° 1, pp. 135-162.

Shin, Y. (2016), « Competition Law Enforcement in Aftermarket », présenté au 9^e Forum international de Séoul sur la concurrence, 8 septembre 2016, Séoul.

Stutz, R.M. (2016), « Effective Policing of Aftermarket Restraints Involving Intellectual Property », présenté au 9^e Forum international de Séoul sur la concurrence, 8 septembre 2016, Séoul.

Temple Lang, J. (2011), « Practical Aspects of Aftermarkets in European Competition Law », *Competition Policy International*, vol. 7, n° 1, pp. 198–241.

UK Regulators Network (2016), *Final report on Price Comparison Websites*, septembre 2016.

Voortman, J.J (1993), « Curbing aftermarket monopolization », *Journal of Legislation*, vol. 19, n° 2.

Wright, J.D. (2006), « Missed Opportunities in Independent Ink », *Cato Supreme Court Review*, n° 5, pp. 333–359.

Wright, J.D. (2011), « Abandoning antitrust's Chicago obsession: the case for evidence-based antitrust », *George Mason University Law and Economics Research Paper Series*.

Zegner, D. et T. Kretschmer (2013), « Why Aftermarket Power Can Be Bad for Firms », *Ludwig-Maximilians-University Munich*, 20 mars 2013.

Zegner, D. et T. Kretschmer (2016), « Competition with Aftermarket Power when Consumers are Heterogeneous », *Ludwig-Maximilians-University Munich, Institute for Strategy, Technology and Organization (ISTO) Organizations Research Group (ORG)*, 24 juillet 2016.