

Non classifié

Français - Or. Anglais

25 octobre 2018

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

**Résumé de la table ronde sur les problèmes de concurrence dans les marchés de
l'après-vente**

Annexe au compte rendu succinct de la 127^e réunion du Comité de la concurrence

21-23 juin 2017

Le résumé du Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions des discussions tenues le 21 juin 2017 au titre du point 4 de l'ordre du jour de la 127^e réunion du Comité de la concurrence.

D'autres documents portant sur ce sujet sont disponibles à l'adresse :

www.oecd.org/daf/competition/aftermarkets-competition-issues.htm

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M. Antonio Capobianco.

[courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org]

JT03438180

Résumé

établi par le Secrétariat*

Lors de sa 127^e réunion, le Comité de la concurrence a tenu une table ronde sur les problèmes de concurrence dans les marchés de l'après-vente afin d'examiner les questions relatives à l'application du droit de la concurrence dans les situations touchant aux marchés de l'après-vente.

Les principaux points qui se sont dégagés de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE, des contributions écrites soumises par 21 pays et par le Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (BIAC), ainsi que des discussions entre les délégués et les experts auprès du Comité de la concurrence sont présentés ci-après.

(1) Au cours des dernières décennies, un certain nombre d'affaires relatives aux 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. La grande question au cœur de ce débat est la suivante : 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 ?

Les problèmes relatifs à la monopolisation des marchés de l'après-vente dépendent 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 captation et les coûts de sortie. 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 écoles est 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.

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

- Les clients sont rationnels et « hypermétropes » et prennent des décisions d'achat éclairées à partir d'informations exhaustives sur le coût des biens primaires et secondaires sur le cycle de vie de ces biens.

* Ce résumé ne reflète pas nécessairement un consensus entre les membres du Comité de la concurrence. En revanche, il récapitule les points essentiels dégagés des discussions ayant eu lieu au cours de la table ronde sur les problèmes de concurrence dans les marchés de l'après-vente, ainsi que des avis des experts présents, des contributions orales et écrites des délégués et de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE.

- La concurrence sur le marché primaire compromettrait les stratégies de monopolisation sur le marché secondaire, puisque les profits de monopole sur le marché de l'après-vente seraient 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.
- 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.

L'idée-force de la théorie de Chicago est que les clients perçoivent les produits primaires et secondaires comme étroitement liés et prennent des décisions d'achat informées, 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.

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 définies par l'École de Chicago — à savoir, des consommateurs « hypermétropes » disposant d'une information exhaustive 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, entraînant une augmentation globale des prix au-delà du niveau concurrentiel. Les tenants de l'École post-Chicago étayaient leur théorie sur la monopolisation des marchés de l'après-vente par deux arguments principaux :

- Les comportements des consommateurs sont souvent marqués par la myopie et les décisions d'achat ne sont pas nécessairement rationnelles et orientées sur le long terme.
- 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.

L'étude des débats économiques montre combien l'analyse économique est importante pour la conception 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. Inévitablement, ce débat économique 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.

(2) À l'ère numérique, caractérisée par une dynamique du « tout au gagnant » et des rendements d'échelle croissants dans de nombreux secteurs, les problèmes soulevés par les marchés de la vente et de l'après-vente sont bien plus vastes que le simple choix de l'achat sur un marché primaire. Afin d'évaluer le pouvoir sur le marché de l'après-vente, il est important de prendre en compte des éléments relatifs à l'hyperconcurrence et à la position dominante croissante, en particulier lorsque les marchés concernés touchent aux industries de pointe et à l'économie numérique.

Dans un contexte d'hyperconcurrence, les vendeurs baissent les prix sur le marché de la vente de plus de 100 % par rapport à la hausse des prix sur les marchés de l'après-vente,

tandis que dans le cas d'une position dominante croissante, à mesure que le leader du marché renforce sa position dominante, il a plus à gagner, qu'un nouvel entrant ou qu'une petite entreprise, à conquérir un nouveau client. Les effets de l'hyperconcurrence et de la position dominante croissante sont deux éléments fondamentaux du fonctionnement des marchés de l'après-vente, exacerbés par l'existence d'un pouvoir de marché.

L'hyperconcurrence profite aux consommateurs, du moins à court terme, non pas *malgré* le pouvoir sur le marché de l'après-vente, mais *à cause* de celui-ci. C'est ce pouvoir qui engendre l'hyperconcurrence. L'effet négatif est le coût de la position dominante croissante, c'est-à-dire le coût que représente le fait que les grandes entreprises deviennent encore plus grandes. Il est encore difficile de savoir quelles seront les conséquences de ce problème, car il s'agit d'un problème dynamique, et il convient de l'aborder comme tel. En présence de rendements d'échelle croissants, il est particulièrement important de prendre en compte ces éléments et de se détacher des analyses statistiques au profit de modèles dynamiques. Enfin, les marchés de l'après-vente ne devraient pas être étudiés de façon isolée.

(3) La définition du marché est un élément essentiel pour déterminer s'il est possible d'augmenter les prix et elle peut être assez complexe dans le cas d'un marché de l'après-vente, car il est nécessaire de tenir compte des liens avec le marché de la vente. La définition du marché est toujours centrale dans les affaires relatives aux marchés de l'après-vente et l'application du droit est plus stricte 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).

Les affaires traitées par les autorités de la concurrence nationales montrent que la méthode de définition du marché et l'appréciation d'une position dominante reposent souvent sur une analyse au cas par cas. Lorsqu'il existe une demande spécifique et différenciée uniquement pour des services après-vente, les autorités de la concurrence optent souvent pour une définition étroite des marchés secondaires. De telles définitions des marchés de produits sont très utiles pour analyser les effets anticoncurrentiels des pratiques examinées et aboutissent souvent à la mise en évidence d'un pouvoir de marché. En revanche, une définition du marché comme propre à chaque marque ne permet pas toujours de conclure à une position dominante, car l'autorité doit examiner les liens entre les marchés primaires et secondaires et en tenir compte dans sa décision.

Une méthode de définition du marché en plusieurs étapes est présentée ci-après. Tout d'abord, on applique à chaque marché de l'après-vente propre à une marque le critère de l'augmentation de prix faible, mais significative et non temporaire (SSNIP) afin de savoir s'il existe un marché global pour les produits secondaires ou non. Si la réponse est non, il faut alors déterminer si les consommateurs peuvent changer le produit primaire. Dans l'affirmative, il pourrait s'agir d'un marché de systèmes, car les consommateurs peuvent tout simplement choisir un autre produit primaire en cas d'augmentation des prix sur le marché secondaire. Cependant, une définition du marché qui réunirait dans le même marché des produits qui, en pratique, ne sont pas substituables mais complémentaires serait discutable.

(4) Les questions soulevées par les marchés de l'après-vente sont très importantes dans la pratique, premièrement parce que les mêmes problèmes se posent dans un large éventail de situations (par exemple, dans les plateformes numériques) et deuxièmement, parce qu'ils concernent des enjeux commerciaux essentiels pour les entreprises, leurs modèles économiques et leur environnement.

Les autorités de la concurrence devraient classer les affaires liées aux marchés de l'après-vente par ordre de priorité selon plusieurs facteurs en répondant aux questions suivantes : premièrement, la pratique est-elle préjudiciable à la concurrence et aux consommateurs ? Deuxièmement, dans quelle mesure est-il important de créer un précédent ? Troisièmement, l'autorité de la concurrence est-elle la mieux placée pour intervenir ? Quatrièmement, est-il possible d'apprécier correctement les problèmes de concurrence en question et d'y remédier efficacement ? Un comportement sur les marchés de l'après-vente susceptible de conduire à des effets d'exclusion serait très probablement traité en priorité.

Étant donné que les affaires portant sur les marchés de l'après-vente sont complexes et mettent en jeu un très grand nombre d'éléments, elles ne devraient être instruites que si elles ont un effet manifeste sur la concurrence et les consommateurs. Les éléments importants à prendre en compte sont l'intensité de la concurrence sur le marché primaire, l'existence d'un phénomène de captivité ou de coûts de sortie élevés et la présence d'un préjudice pour le consommateur. Même si de tels éléments existent, il demeure important d'étudier et d'apprécier l'ensemble des facteurs propres à l'affaire.

(5) Du point de vue des entreprises, la prédictibilité et la certitude juridique revêtent une certaine importance, ce qui pose la question de savoir si la définition du marché et l'analyse de la position dominante offrent un niveau suffisant de prédictibilité et de certitude juridique, puisqu'elles reposent souvent sur une analyse au cas par cas dans laquelle l'autorité dispose d'une certaine marge d'appréciation. Il est très important d'examiner les comportements des entreprises et des principes stricts devraient être appliqués.

S'agissant du traitement juridique de la monopolisation des marchés de l'après-vente, l'un des points essentiels est de faire la distinction entre les pratiques qui empêchent ou restreignent la concurrence indépendante des entreprises rivales et les cas où le problème vient de l'obligation de fournir un actif de valeur. Même si elle n'est pas facile à faire dans la pratique, cette distinction est capitale, car le test juridique peut être assez différent dans les cas d'obligation de fourniture puisque le seuil fixé par la loi est élevé (il est nécessaire de montrer que l'actif est indispensable et qu'un refus éliminerait toute concurrence). Ce seuil est facile à atteindre dans les marchés de l'après-vente où il existe un marché propre à chaque marque, c'est pourquoi il est important de définir le marché propre à chaque marque avec soin.

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 différents sur les raisons de la monopolisation des marchés de l'après-vente, et apprécier les effets des pratiques unilatérales de fournisseurs en position dominante à la fois sur le marché primaire et sur le marché secondaire peut s'avérer une tâche 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.

(6) Des mesures correctives hors application du droit de la concurrence et des mesures correctives de nature réglementaire peuvent être utilisées pour remédier aux problèmes de concurrence.

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 relevant du droit des contrats ou du droit de la consommation devraient aussi être envisagées pour résoudre les problèmes de concurrence éventuels. Le droit des contrats peut offrir des mesures correctives que les parties pourront adopter dans leurs relations commerciales afin de 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 compréhension 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.