

## **La concurrence sur les marchés secondaires - Contribution de la France**

**21-23 juin 2017**

*Ce document est une contribution écrite soumise par la France au titre de la session 4 de la 127<sup>ème</sup> réunion du Comité de la Concurrence de l'OCDE tenue du 21 au 23 juin 2017.*

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur  
[www.oecd.org/daf/competition/aftermarkets-competition-issues.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/aftermarkets-competition-issues.htm)*

Veillez contacter Mr. Antonio Capobianco [E-mail: [Antonio.Capobianco@oecd.org](mailto:Antonio.Capobianco@oecd.org)] si vous avez de questions sur ce document.

**JT03414027**

## France

### 1. Introduction

1. Les marchés secondaires désignent les marchés sur lesquels s'achètent, de façon plus ou moins répétée, les prestations complémentaires (ou « secondaires ») de l'achat d'un produit principal durable (ou « primaire »). L'ensemble constitué des biens ou prestations primaires et secondaires constitue alors ce qu'il est parfois convenu d'appeler un « bien système ». Parmi les exemples de marchés secondaires figurent par exemple les marchés de certains consommables (capsules de café, cartouches d'imprimantes, mais aussi titres de musiques pour baladeurs, applications pour smartphones, etc.) ou les marchés de la maintenance (pour les équipements automobile, les équipements de reprographie, etc.).

2. Les problématiques soulevées par les marchés secondaires ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique en droit français et européen de la consommation. Ce droit prévoit une obligation générale d'information sur les caractéristiques principales du bien ou service proposé. L'affichage du prix global d'un produit (par exemple, un ordinateur intégrant des logiciels préinstallés) est suffisant pour remplir une telle obligation. Néanmoins, certains produits et prestations sont soumis à un cadre réglementaire français plus strict en raison du coût et de l'opacité des prix des prestations annexes. Ainsi, les audioprothèses doivent, en vertu de l'article L.165-9 du code de la sécurité sociale, faire l'objet d'un devis normalisé détaillant les prix de chaque prestation (notamment de pose et de suivi).

3. Les problématiques soulevées par les marchés secondaires sont davantage appréhendées sous l'angle du droit de la concurrence, plus apte à effectuer une balance, au cas par cas, des effets positifs et négatifs des pratiques. Dans la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, le principal enjeu concurrentiel associé à ces marchés secondaires réside dans la volonté de certaines entreprises fabricant les produits primaires de se réserver les ventes des produits et services secondaires (stratégie dite de « fermeture » ou de « verrouillage »). Plusieurs raisons peuvent en effet inciter un fabricant à opter pour une stratégie de fermeture, dont les effets pour les consommateurs et/ou l'efficacité économique peuvent alors être positifs ou négatifs.

4. Parmi les effets positifs de la fermeture fréquemment avancés figure notamment la meilleure qualité ou compatibilité entre les différentes composantes d'un système « fermé » (cf. *infra* pour quelques exemples). Par ailleurs, dans un système fermé, l'entreprise propriétaire du système peut vendre les différentes prestations le composant à des tarifs intégrant les différentes complémentarités de demande existant entre les produits. Elle peut ainsi vendre le bien primaire à un prix bas pour vendre des quantités de bien secondaire plus importantes, si bien que, par exemple, même les consommateurs utilisant peu le bien primaire pourront juger utile de l'acquérir. Enfin, la fermeture d'un marché secondaire peut inciter les entreprises à se livrer une concurrence forte pour la vente des biens primaires.

5. La fermeture peut aussi entraîner des effets négatifs : elle peut ainsi réduire la variété des biens secondaires produits, faciliter la fixation de prix élevés pour ces biens secondaires ou encore empêcher le client de combiner le bien primaire et le(s) bien(s) secondaire(s) qui correspondent le mieux à ses préférences individuelles.

6. Selon l'école de Chicago, le comportement que choisissent les entreprises quant à l'ouverture ou à la fermeture de leur bien système peut être bénéfique pour l'efficacité économique. En effet, une entreprise, même en monopole, qui choisirait de verrouiller ses ventes sur le marché secondaire n'accroîtrait pas nécessairement son profit par rapport à une entreprise qui maintiendrait ce marché ouvert : plus le marché secondaire est compétitif, diversifié et innovant, plus cette entreprise peut vendre son bien primaire à un prix élevé car celui-ci devient plus attractif pour les clients. Les comportements de fermeture observés sur certains marchés correspondraient alors à des gains d'efficacité (par exemple, assurer un plus grand niveau de qualité des prestations proposées sur le marché secondaire).

7. Plusieurs circonstances peuvent cependant justifier une intervention des autorités de concurrence en faveur de l'ouverture d'un marché secondaire de façon à promouvoir l'efficacité économique ou le surplus des consommateurs. Tout d'abord, il est possible que des imperfections de marché permettent à une entreprise d'augmenter son profit à travers le verrouillage d'un marché secondaire (par exemple, lorsque le client est « myope », i.e., n'est pas à même de prendre en compte, dans ses choix de biens primaires, le prix et la qualité des biens offerts sur le marché secondaire).

8. Ensuite, la fermeture d'un marché secondaire peut également obéir à une logique anticoncurrentielle même en l'absence de « myopie » des consommateurs. Deux exemples de motivations anticoncurrentielles sont présentés ci-dessous.

9. Premièrement, une entreprise peut souhaiter verrouiller le marché secondaire lorsque celui-ci constitue une voie d'entrée vers le marché primaire. Dans sa décision « Microsoft » du 24 mars 2004 (Affaire COMP/C-3/37.792, v. en particulier le § 769), la Commission européenne avait ainsi considéré qu'en excluant les concurrents du marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, Microsoft renforçait les barrières à l'entrée sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC, dans la mesure où une entrée réussie sur ce dernier marché nécessitait de garantir l'interopérabilité du système proposé avec la solution pour serveurs de groupe de travail de Microsoft, devenue prééminente notamment par l'effet des pratiques de verrouillage sanctionnées par la Commission dans sa décision.

10. Deuxièmement, le raisonnement de l'école de Chicago n'est plus valable si le bien secondaire peut être utilisé sans le bien primaire. Ainsi, lorsqu'il existe des économies d'échelles et que les ventes du bien secondaire réalisées auprès des consommateurs du bien primaire sont suffisamment importantes, la fermeture du marché secondaire permet à l'entreprise d'évincer ses concurrents non seulement des ventes aux clients du bien primaire mais aussi aux clients « hors système ». Par exemple, lors de la concentration McAfee/Intel<sup>1</sup>, la Commission a estimé que la nouvelle entité aurait pu chercher à verrouiller l'accès aux systèmes Intel pour les antivirus concurrents de

<sup>1</sup> Case n° Comp/M.5984-INTEL/MCAFEE

McAfee dans le but de restreindre le marché accessible aux concurrents de McAfee et de les exclure ainsi de l'ensemble du marché des antivirus<sup>2</sup>.

11. Ces différentes questions économiques sont notamment décrites en détail dans l'étude « *Analyse économique des systèmes ouverts et fermés* » effectuée conjointement par l'Autorité de la concurrence et la *Competition and Markets Authority*<sup>3</sup>. Le reste de cette note se concentre prioritairement sur la pratique décisionnelle et consultative de l'Autorité de la concurrence s'agissant des marchés secondaires.

12. Dans un premier temps est discutée la question de l'évaluation du pouvoir de marché que peut détenir un opérateur présent sur le marché de l'après-vente et qui chercherait à s'en réserver l'accès (1). Dans un second temps est étudiée la question de la qualification de ces pratiques de fermeture par des opérateurs disposant d'un pouvoir de marché (2).

## 2. L'identification du pouvoir de marché d'un opérateur présent sur un marché secondaire

13. Les pratiques de fermeture d'un marché secondaire sont généralement appréhendées sous l'angle des abus de position dominante. La démonstration d'un tel abus suppose alors d'établir que l'entreprise mettant en œuvre le verrouillage dispose d'une position dominante, soit sur le marché du bien secondaire (section a), soit sur celui du bien primaire (section b).

### 2.1. Identification d'une position dominante sur un marché secondaire

#### 2.1.1. Introduction

14. La démonstration d'une position dominante sur un marché secondaire doit tenir compte de la concurrence existant sur le marché primaire : celle-ci peut contraindre l'entreprise à pratiquer des conditions de vente (prix, qualité de service, etc.) concurrentielles sur ce marché secondaire, quand bien même elle serait le principal ou l'unique opérateur présent sur le marché secondaire. Une meilleure transparence des conditions de vente sur le marché secondaire peut à cet égard renforcer la concurrence sur le marché primaire, en réduisant la « myopie » du consommateur dans son choix de bien primaire, tout en dissuadant les hausses de prix injustifiées sur le marché secondaire<sup>4</sup>.

15. Plusieurs décisions de la Commission européenne définissent une grille d'analyse pour apprécier l'ampleur de la pression concurrentielle émanant du marché primaire. Ainsi, dans le cas n°IV/34.330 Pelikan/Kyocera (§ 61)<sup>5</sup>, la Commission a considéré qu'en absence de position dominante sur le marché primaire, une position dominante sur le

<sup>2</sup> Voir K.-U. Kühn, S. Albæk et M. de la Mano, (2011), « Economics at DG Competition, 2010-2011 », Review of Industrial Organization 39 : 311-325.

<sup>3</sup> [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id\\_rub=285&id\\_article=2465](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=285&id_article=2465).

<sup>4</sup> Ainsi, dans son avis n° 14-A-01 sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la distribution de propane en vrac, l'Autorité de la concurrence a préconisé que les contrats présentent plus clairement les modalités d'évolution des tarifs du propane en vrac afin que les clients puissent faire un choix plus éclairé lorsqu'ils décident de l'opérateur qui installera la cuve et leur fournira ensuite le propane.

<sup>5</sup> Cf. également les décisions de la Commission européenne EFIM du 20 mai 2009 (case COMP/C-3/39.391) et Info-Lab/Ricoh (case n° IV/E 2/36.431) qui s'appuient sur la même grille d'analyse.

marché secondaire peut être exclue si quatre conditions cumulatives sont remplies : i) les consommateurs peuvent faire un choix éclairé incluant les prix qu'ils subiront dans le futur ; ii) les consommateurs feront vraisemblablement un tel choix ; iii) un nombre suffisant de consommateurs adapteront leur comportement d'achat sur le marché primaire en cas de hausse de prix ou dégradation de la qualité sur le marché secondaire ; iv) cette adaptation se fera dans un délai raisonnable<sup>6</sup>.

### ***2.1.2. La grille d'analyse issue de la pratique décisionnelle de la Commission***

*Le consommateur est en mesure de faire une décision éclairée tenant compte des prix du bien secondaire et va probablement faire un tel choix éclairé (conditions i et ii)*

16. Comme mentionné supra, la Commission européenne a considéré, dans sa décision Pelikan/Kyocera, qu'une entreprise n'est pas susceptible de posséder une position dominante sur son marché secondaire lorsque le consommateur est en mesure de prendre une décision éclairée tenant compte de ses dépenses futures pour l'achat du bien secondaire et lorsque la probabilité de réalisation de ce choix éclairé est suffisamment forte. En effet, en cas de hausse de prix ou de dégradation de la qualité du bien secondaire, les clients pourraient alors acheter un bien primaire concurrent, ce qui pourra dissuader l'entreprise présente sur le marché secondaire d'élever son prix ou de dégrader la qualité de ses produits et services (sous des conditions supplémentaires qui seront détaillées infra).

17. Deux conditions doivent donc être remplies. Tout d'abord, les clients doivent pouvoir prendre leur décision d'achat du bien primaire en tenant compte des prix du bien secondaire : les consommateurs doivent donc avoir connaissance de la nécessité d'utiliser un bien secondaire et de son prix. Ensuite, le client doit réellement tenir compte du prix du bien secondaire lors de sa décision d'achat du bien primaire.

18. Par exemple, le client sera plus susceptible de tenir compte des prix sur le marché secondaire lors de son choix du bien primaire si cet acheteur dispose des facultés et des incitations à réaliser un choix optimal. Il est ainsi fréquemment supposé qu'une entreprise est plus fréquemment à même de prendre en compte les conditions d'achat du bien secondaire qu'un consommateur individuel<sup>7</sup>. Ce choix sera également plus fréquemment optimisé lorsque l'achat du bien secondaire représente une partie importante des coûts

<sup>6</sup> Dans son document de travail « DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the treaty to exclusionary abuses » de 2005, la Commission européenne indique également (§ 259) que l'absence de concurrence sur le marché secondaire peut conduire à une forte concurrence sur le marché primaire, qui entraîne la disparition des marges des entreprises présentes sur ces deux marchés. A ce jour, cependant, la pratique décisionnelle ne s'est pas référée à ce type de raisonnement. Il est vrai que la concurrence sur le marché primaire ne suffit pas nécessairement à compenser les prix élevés que subissent les clients sur le marché secondaire, par exemple si les entreprises en concurrence sur le marché primaire subissent des contraintes financières les empêchant de réaliser des pertes équivalentes aux profits futurs qui seront générés grâce au verrouillage des ventes sur le marché secondaire. La concurrence sur le marché primaire peut aussi ne pas porter principalement sur les prix mais aussi concerner, par exemple, des dépenses de communication des entreprises, auquel cas la rente sera dissipée sans pour autant que le consommateur bénéficie de prix bas sur le marché primaire.

<sup>7</sup> Cf., par exemple, la décision n° 07-D-20 du 19 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Integral Process à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur les marchés français de l'oxymétrie.

d'achat du système constitué du couple bien primaire/bien secondaire<sup>8</sup>. Selon les cas, les prix des produits secondaires, qu'il s'agisse par exemple de la maintenance ou de consommables peuvent être plus ou moins bien anticipés par les clients<sup>9</sup>. Certains éléments factuels peuvent démontrer directement que les consommateurs tiennent compte du prix du bien secondaire lors de l'achat du bien primaire, par exemple, lorsqu'un contrat de maintenance est conclu au moment de l'achat du bien primaire<sup>10</sup>. Même dans ces situations, cependant, la qualité des services rendus une fois le produit primaire acheté peut demeurer inconnue à l'avance des consommateurs<sup>11</sup>.

*Un prix élevé sur le marché secondaire conduirait les consommateurs à se reporter sur un bien primaire concurrent (condition iii)*

19. Les réactions de deux groupes distincts de clients peuvent être distinguées : celles des consommateurs d'ores et déjà propriétaires du bien primaire, celles des consommateurs potentiels du bien primaire escomptant acheter le bien primaire dans un futur proche.

- La réaction des consommateurs existants

20. Les clients déjà possesseurs du bien primaire peuvent contraindre les prix de l'opérateur sur le marché secondaire s'ils sont susceptibles de changer de bien primaire suite à une hausse de prix sur le marché secondaire. Un tel changement sera d'autant plus probable que le bien secondaire représente un coût élevé par rapport au coût du bien primaire, les coûts d'achats d'un nouveau bien primaire et les coûts éventuels de sortie d'un système pouvant alors être compensés par les économies effectuées sur les achats du bien secondaire. Un tel changement est également plus probable lorsque les coûts associés au changement du bien primaire sont faibles (par exemple en termes de coûts financiers liés au changement de bien primaire mais également en termes de coûts d'apprentissage du nouveau bien primaire)<sup>12</sup>. Le changement est par ailleurs facilité lorsque la durée de vie du bien primaire est courte<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Cf. la décision n° 16-D-29 du 19 décembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'après-vente des appareils de reprographie, faisant état d'un prix de la maintenance 1,5 à 1,8 fois plus élevé que le prix du photocopieur. A l'inverse, dans sa décision 05-D-46 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Jaeger-Lecoultré, le Conseil de la concurrence a relevé que le prix d'une montre haut de gamme est supérieur à 1000€ alors que le montant de réparation moyen est d'environ 200€.

<sup>9</sup> Cf., par exemple, la décision n° 05-D-46 précitée pour les prix des prestations de maintenance de montres et, pour les consommables, l'avis n° 14-A-01 sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché de la distribution de propane en vrac à destination des particuliers, dans lequel l'Autorité de la concurrence constate que les tarifs du propane (produit secondaire, postérieur à la mise à disposition de la citerne) sont très opaques, le consommateur ne connaissant pas précisément les modalités d'évolution des prix.

<sup>10</sup> Cf. la décision n° 16-D-29 du 19 décembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'après-vente des appareils de reprographie (« Xerox »).

<sup>11</sup> Dans son avis n° 16-A-24 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur des audioprothèses, l'Autorité de la concurrence a relevé que l'appareil auditif et les prestations d'adaptation et de suivi sont achetés simultanément, mais que la qualité des prestations de suivi est quant à elle inconnue ex ante.

<sup>12</sup> Cf. la décision du 29 juillet 2014 de la Commission européenne concernant la Confédération Européenne des Associations d'Horlogers Réparateurs (case AT.39097), qui met en avant le prix élevé des montres et leur valeur sentimentale pour démontrer les difficultés des consommateurs existants à changer de montre en cas de hausse du prix de leur réparation. Cf. également l'avis 14-A-01 sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché de la distribution de propane en vrac à destination des particuliers : sur ce

- La réaction des consommateurs potentiels

21. Les clients qui ne sont pas encore en possession du bien primaire sont également en mesure d'exercer une pression sur les prix du bien secondaire, pression qui est d'autant plus forte que ces consommateurs ne subissent pas de coûts de sortie susceptibles de les conduire à continuer à utiliser un bien primaire dont le bien secondaire correspondant a vu son prix augmenter. Plus ces consommateurs potentiels sont nombreux par rapport aux consommateurs actuels du bien système, plus cette pression sera importante<sup>14</sup>. Par ailleurs, cette contrainte sera plus forte lorsque l'entreprise n'est pas en mesure de différencier ses prix entre nouveaux consommateurs et consommateurs existants sur le marché secondaire. En effet, si une discrimination tarifaire est possible, l'opérateur pourrait fixer des prix élevés pour les consommateurs captifs existants de façon à « exploiter la base installée » et pratiquer des prix faibles sur le marché secondaire auprès des nouveaux consommateurs, de façon à continuer à attirer de nouveaux consommateurs dans son système<sup>15</sup>. Une telle stratégie peut cependant dégrader la réputation de l'opérateur et ses ventes auprès des nouveaux consommateurs du bien donné ou sur d'autres marchés, ces consommateurs craignant eux-mêmes d'être victimes à l'avenir de l'opportunisme de cette entreprise.

*L'adaptation sur le bien primaire se ferait dans un délai raisonnable (condition iv)*

22. Ce critère n'a jamais été examiné par l'Autorité de la concurrence et ne sera donc pas discuté dans le détail. Dans sa décision Pelikan/Kyocera, la Commission a relevé que la base de consommateurs installée n'est pas le plus souvent le groupe de consommateurs pertinent pour apprécier ce critère (§ 68). En effet, ces consommateurs ayant déjà effectué leur investissement, il ne serait pas réaliste d'attendre qu'ils changent de bien primaire dans un délai suffisamment rapide. Les nouveaux consommateurs qui n'ont pas encore effectué l'achat de leur bien primaire sont en revanche, quant à eux, susceptibles de réagir rapidement à toute hausse de prix sur le marché secondaire en adaptant leur décision d'achat du bien primaire.

### ***2.1.3. L'identification de la position dominante sur un marché primaire***

23. La grille d'analyse qui vient d'être décrite est pertinente pour apprécier l'existence d'un pouvoir de marché sur le marché secondaire. Elle a ainsi été utilisée, à des degrés divers, dans plusieurs décisions de l'Autorité de la concurrence<sup>16</sup>.

---

secteur, les coûts de sortie existent du fait des coûts contractuels liés à l'engagement d'approvisionnement exclusif pendant la durée du contrat et des coûts logistiques liés à l'enlèvement de la citerne et à l'installation d'une nouvelle.

<sup>13</sup> Cf. la décision n° 16-D-29 du 19 décembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'après-vente des appareils de reprographie, produits dont la durée d'utilisation est relativement courte (3 à 5 ans).

<sup>14</sup> Inversement, pour un exemple de marché mature dans lequel le ratio consommateurs potentiels/consommateurs actuels tend, par nature, vers zéro, cf. l'avis 14-A-01 précité.

<sup>15</sup> Dans sa décision Pelikan/Kyocera précitée, la Commission a par exemple relevé qu'il ne semblait pas exister de possibilités de discrimination entre nouveaux et anciens utilisateurs des imprimantes (§ 66). En particulier, les toners commercialisés pour les nouvelles imprimantes sont compatibles avec les anciens modèles d'imprimantes, si bien que l'entreprise ne pourrait pratiquer des prix élevés uniquement sur les anciens toners (§°66).

<sup>16</sup> Cf., par exemple, les décisions n° 07-D-20 et 16-D-29, précitées.

24. L'identification d'une position dominante sur le marché primaire permet cependant de se dispenser de l'examen de l'existence d'un marché secondaire ou d'un pouvoir de marché sur ce marché secondaire. En effet, dans une telle situation, une entreprise peut accroître le prix des biens secondaires sans enregistrer de diminution de ses ventes sur le marché primaire.

25. Ainsi, dans la décision n° 14-D-09 relatives aux pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso (décision « Nespresso »), indépendamment des interactions existant entre le marché des machines à expresso et celui des capsules, l'entreprise mise en cause, si elle verrouillait le marché des capsules compatibles avec ses machines, était susceptible d'en accroître les prix ou d'en diminuer la qualité en raison de sa possible dominance sur le marché primaire des machines expresso à café portionné : du fait de cette position dominante, les consommateurs n'auraient pas été en mesure de substituer aux machines Nespresso un bien primaire concurrent.

### 3. La qualification des pratiques de verrouillage des marchés secondaire

#### 3.1. Les différentes méthodes de fermeture du marché

26. La lecture de la pratique décisionnelle permet d'identifier différents moyens par lesquels les producteurs de biens primaires se sont, dans certains cas, réservés les ventes des produits secondaires : clauses contractuelles lors de la vente du bien primaire (par exemple des contrats d'approvisionnement exclusif<sup>17</sup>), remises octroyées sur l'achat du bien primaire en contrepartie d'un engagement sur l'achat du bien secondaire<sup>18</sup>, refus de licence de droits de propriété intellectuelle<sup>19</sup>, incompatibilité technique entre les produits, éventuellement appuyée par la communication de l'entreprise<sup>20</sup>, refus de vente de pièces détachées<sup>21</sup> ou d'accès à des informations nécessaires pour proposer des services sur le marché secondaire<sup>22</sup>.

27. Dans certains cas, différents moyens s'ajoutent les uns aux autres pour assurer le verrouillage des ventes : dans le cas des machines « Nespresso », aux modifications successives des machines entraînant l'incompatibilité des capsules concurrentes se sont ajoutées différentes mentions sur lesdites machines ou leurs manuels d'utilisation pouvant inciter le consommateur à penser que les capsules concurrentes n'étaient pas compatibles avec sa machine. Les manuels d'utilisation contenaient par exemple des restrictions indiquant que tout dommage occasionné par l'utilisation de capsules autres que de

<sup>17</sup> Cf. l'avis n° 14-A-01 précité.

<sup>18</sup> Décision n° 99-D-14 du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (TDF). La société mise en cause était dominante sur le marché primaire.

<sup>19</sup> Décision n° 07-D-20 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Integral Process à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur les marchés français de l'oxymétrie.

<sup>20</sup> Cf. par exemple, la décision « Nespresso » : les modifications successives des machines avaient pour effet de rendre les capsules des concurrents non-compatibles avec les nouvelles machines.

<sup>21</sup> Décision n° 16-D-29 et 05-D-46 précitées.

<sup>22</sup> Cf., par exemple, la décision n° 06-D-35 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la maintenance des onduleurs, dans laquelle un fabricant avait inséré un code confidentiel pour accéder à un logiciel nécessaire aux opérations de maintenance sur ses appareils.



marque Nespresso ne serait pas couvert par la garantie. A cet égard, le Tribunal de l'Union a déjà souligné que la combinaison d'une contrainte de nature juridique et d'une contrainte de nature technique renforce l'effet d'éviction de la vente liée (arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, Rec. p. II-3601, points 963 et 965).

28. Deux qualifications paraissent plus fréquemment rencontrées dans la pratique décisionnelle : celle de refus d'accès ou de vente (point b ci-dessous) et celle de vente couplée (point c ci-dessous).

### 3.2. Les cas de refus d'accès ou de vente

29. Dans plusieurs affaires, le Conseil ou l'Autorité de la concurrence a analysé le verrouillage du marché secondaire comme un refus d'accès à une facilité essentielle. Il en est notamment allé ainsi lorsque le « verrouillage » du marché secondaire s'appuyait sur un refus d'accès à une licence de brevet<sup>23</sup> ou d'accès à un dispositif particulier<sup>24</sup> ou en un refus de vente de certaines pièces détachées<sup>25</sup>.

30. Dans ces circonstances, la pratique décisionnelle rappelle que, selon la jurisprudence, le propriétaire d'un actif n'est tenu d'y donner accès, par une licence ou par la vente des produits concernés, que si cet actif est essentiel. Une ressource est considérée comme essentielle et son détenteur doit donc y donner accès si : i) la ressource est détenue par une entreprise qui en a le monopole ou, du moins, une position dominante ; ii) l'accès à cette ressource est indispensable pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de la ressource détient le monopole (ou la position dominante) ; iii) la ressource ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables ; iv) l'accès à cette ressource est soumis à des conditions injustifiées ; v) l'accès à la ressource est possible.

31. Dans le prolongement de cette jurisprudence, les arrêts Magill du 6 avril 1995 (C-241 et 242/91 P) et IMS Health du 29 avril 2004 (C-418/01) de la Cour de justice des communautés européennes ont précisé que dans le cas d'une demande d'accès à des éléments protégés par des droits de propriété intellectuelle, le refus ne sera abusif que s'il empêche l'apparition d'un nouveau produit sur le marché : *« pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé »* (point 38).

<sup>23</sup> Décision n° 07-D-20 précitée.

<sup>24</sup> Décision n° 04-D-54 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques (décision « Apple »), dans laquelle est étudié le refus d'accès au dispositif de gestion des droits numériques propriétaire d'Apple.

<sup>25</sup> Décision n° 93-D-36 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente des pièces détachées pour appareils photographiques, n° 05-D-46, 06-D-35, 07-D-20, précitées, et n° 07-D-35 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sirona Dental Systems GmbH et ses distributeurs nationaux de matériels et équipements dentaires.

32. Le Conseil de la concurrence s'est notamment appuyé sur cette jurisprudence pour conclure que la pratique consistant, pour le fabricant d'oxymètres<sup>26</sup> Masimo, à se réserver la fabrication et la vente des capteurs fonctionnant avec ses appareils n'était pas abusive<sup>27</sup>. Le Conseil a notamment considéré, d'une part, que le refus d'octroi d'une licence pouvait se justifier en raison des risques qu'entraînerait une compatibilité insuffisante entre les différentes composantes du bien système, d'autre part, qu'aucun élément au dossier ne laissait à penser que l'octroi d'une licence aurait résulté en un nouveau produit ou service pour lequel existait une demande effective et, enfin, que l'absence d'octroi d'une licence sur les brevets couvrant les capteurs Masimo n'est pas de nature à exclure toute concurrence sur le marché des capteurs, marché rendu concurrentiel par la concurrence existant sur le marché des oxymètres (bien primaire).

33. De même, dans sa décision n° 06-D-35 précitée, le Conseil a considéré que le caractère indispensable d'un accès au logiciel incorporé dans les onduleurs<sup>28</sup> n'était pas strictement nécessaire pour leur maintenance, des solutions techniques alternatives ayant notamment pu être développées par les concurrents du fabricant desdits onduleurs.

34. De la même façon, dans sa décision n° 04-D-54, le Conseil de la concurrence a jugé que les conditions posées par la jurisprudence pour qualifier le dispositif de gestion des droits numériques d'Apple d'infrastructure essentielle et contraindre cette entreprise à en octroyer une licence à des plateformes de téléchargement concurrentes n'étaient pas remplies. En effet, d'une part, de nombreux consommateurs écoutent la musique téléchargée sans la transférer sur un baladeur, d'autre part, l'incompatibilité du dispositif d'Apple avec celui du plaignant peut être contournée grâce à la gravure sur CD. Enfin, il existe de nombreux baladeurs numériques compatibles avec la plate-forme de téléchargement du plaignant et, de plus, le plaignant n'avait pas pour intention de proposer un nouveau produit si bien que la condition posée par la Cour de justice dans l'arrêt IMS Health n'était pas non plus remplie.

35. En définitive, l'Autorité de la concurrence n'a donc pas, à ce jour, sanctionné de refus d'accès susceptible de verrouiller les ventes sur un marché secondaire, soit parce que, comme vu dans les cas exposés supra, la pratique n'était pas établie, soit en raison de gains d'efficacités (point d ci-dessous).

### 3.3. Les cas de vente liée

36. La Commission européenne définit la vente liée comme le fait de subordonner la vente d'un produit donné (le produit liant) à l'achat par les clients d'un autre produit (le produit lié)<sup>29</sup>. La Commission précise : « Il y a vente liée pour des raisons techniques lorsque le produit liant est conçu de telle manière qu'il ne fonctionne correctement

<sup>26</sup> Un oxymètre est un dispositif médical permettant de mesurer la part d'oxygène dans le sang des patients pour contrôler le taux de saturation en oxygène.

<sup>27</sup> Décision n° 07-D-20 précitée.

<sup>28</sup> Un onduleur est un appareil utilisé pour supprimer les effets des différentes perturbations dont l'énergie électrique peut être l'objet, comme les coupures ou les variations de tension du courant. Ils constituent un recours quasi-obligé pour sécuriser les systèmes sensibles que constituent, par exemple, les serveurs informatiques ou les appareils électroniques utilisés dans les hôpitaux.

<sup>29</sup> 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, § 48.

qu'avec le produit lié (et non avec d'autres produits proposés par les concurrents). Il y a vente liée contractuelle lorsque l'acheteur du produit liant s'engage à acheter également le produit lié (et non les autres produits offerts par les concurrents) ». Une « vente groupée pure » est le cas dans lequel « les produits ne sont vendus qu'ensemble, dans des proportions fixes ». Plus spécifiquement, la Commission indique également que la qualification de vente liée dans le cas de marchés secondaires suppose que l'entreprise mise en cause détienne « une position dominante sur le marché liant et/ou sur le marché lié de l'après-vente [secondaire] »<sup>30</sup>.

37. A plusieurs reprises, la pratique décisionnelle a abordé la question du verrouillage des marchés secondaires sous l'angle des pratiques de couplage<sup>31</sup>. S'agissant de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, il en va ainsi pour la décision n° 99-D-14 précitée, dans laquelle la pratique en cause était une remise de couplage entre la vente de prestations de maîtrise d'œuvre pour la mise en place d'infrastructures et de services de diffusion de chaînes de télévision (marché primaire), sur lequel l'entreprise TDF était dominante, et la vente de prestations d'installation et de maintenance des appareils de diffusion (marché secondaire)<sup>32</sup>. De même, les incompatibilités techniques entre les machines Nespresso, susceptibles d'être dominantes sur le marché des machines à café portionné, et les capsules des concurrents et les mentions présentées sur les machines Nespresso, leur emballage ou leur mode d'emploi incitant les consommateurs à considérer que leur machine Nespresso ne fonctionnait pas avec des capsules concurrentes ont été analysées sous l'angle des ventes liées. Cette décision précise notamment que l'existence des dysfonctionnements auxquels étaient censées remédier les modifications successives n'était pas « incontestablement démontrée » (§ 118) et qu'une seule des modifications techniques apportées nécessitait une modification des capsules Nespresso et pas seulement de celles des concurrents.

38. La qualification d'une pratique de couplage suppose alors de vérifier que les biens complémentaires composant le système constituent bien deux produits distincts et non un ensemble indissociable. Dans ce dernier cas, le couplage entre les deux produits, primaire et secondaire, mis en œuvre par l'entreprise ne peut être considéré comme anticoncurrentiel puisqu'il serait inhérent au produit considéré. Inversement, si, en l'absence de couplage, de nombreux consommateurs achetaient les deux produits, primaire et secondaire, auprès de fabricants différents ou s'il existait sur le marché des fabricants spécialisés dans la fabrication du produit secondaire, les deux produits peuvent être considérés comme distincts<sup>33</sup>. Ainsi, dans un arrêt du 2 mars 1994, *Hilti AG c/ Commission européenne*, la Cour a considéré que l'existence de producteurs indépendants et/ou de producteurs spécialisés uniquement dans la fabrication de clous spécifiquement adaptés aux appareils de marque Hilti, constituait, en soi, un indice sérieux de la distinction existant entre le bien lié (i.e., le produit secondaire) et le bien

<sup>30</sup> §50 de la Communication.

<sup>31</sup> Dans sa décision *Hilti* du 22 décembre 1987(88/138/CEE) la Commission a ainsi condamné le « fait de subordonner la vente de chargeurs à l'achat d'un complément correspondant de clous » (§ 75). Dans sa décision *Tetra-Pack* du 24 juillet 1991 (92/163/CEE), l'obligation d'utiliser uniquement des cartons *Tetra Pak* sur les machines a été qualifiée par la Commission de « système de ventes liées » (§ 117).

<sup>32</sup> Décision n° 99-D-14 relative à des pratiques mises en œuvre par la société *Télédiffusion de France*.

<sup>33</sup> Orientations de la Commission Européenne, § 51.

liant (i.e., le produit primaire) (C-53/92 P, Rec. p. I-667, point 8)<sup>34</sup>. Dans sa décision d'engagements « Nespresso », l'Autorité de la concurrence a également considéré que les machines à café et les capsules de café étaient des produits distincts du fait qu'ils pouvaient être fabriqués et/ou commercialisés par des entreprises différentes<sup>35</sup>.

39. Enfin, il peut être relevé que dans certains cas, bien que la pratique reprochée relève d'une vente liée, le remède qui peut y être apporté consiste non pas à mettre fin à la pratique en cause mais à l'accompagner de l'organisation d'un accès, par les concurrents, à certaines informations permettant de limiter l'effet de verrouillage. Ainsi, pour remédier au verrouillage technique résultant des modifications successives des machines Nespresso, ladite société s'est engagée à communiquer à l'avance aux fabricants actuels ou potentiels de capsules concurrentes les modifications techniques susceptibles d'avoir un impact sur l'interaction entre la capsule et la machine et à mettre à disposition des concurrents des prototypes des nouvelles machines de façon à leur permettre de tester la compatibilité de leurs capsules.

### 3.4. Les justifications apportées au verrouillage des ventes sur le marché secondaire

40. Si, dans la littérature économique, les justifications apportées au verrouillage sont de plusieurs types, devant l'Autorité ou le Conseil de la concurrence, les arguments principalement mis en avant se rapportent à la qualité des prestations offertes sur le marché secondaire et, plus marginalement, au « lissage » des dépenses des clients que permet le verrouillage des ventes sur le marché secondaire.

#### 3.4.1. Un objectif de qualité des prestations offertes sur le marché secondaire

41. Dans certains cas, le producteur d'un bien système souhaite verrouiller les ventes sur le marché secondaire afin d'assurer un standard minimum de qualité des prestations qui y sont offertes. Seules certaines entreprises, voire seul le producteur du bien primaire, disposent alors d'un accès aux pièces et autres informations nécessaires pour offrir des services sur ce marché secondaire. Cet objectif de renforcement de la qualité des services, qui peut également rejoindre un objectif de sécurité dans le cas de certains biens systèmes liés, par exemple, à des prestations de santé<sup>36</sup>, a déjà été jugé légitime dans plusieurs affaires<sup>37</sup>. Le refus de vente à des sociétés tierces ne constituait ainsi pas, en l'espèce, un abus dès lors que ces dernières ne faisaient l'objet, en outre, d'aucune discrimination injustifiée. Enfin, le fait que certains producteurs de biens système n'aient pas les mêmes exigences en matière de sécurité ou de qualité des prestations proposées sur le marché

<sup>34</sup> Cf. également l'arrêt du Tribunal de l'Union du 6 octobre 1994, Tetra Pak International c/ Commission européenne (T-83/91, Rec. p. II-755, point 82. V. aussi points 79 à 85) et les orientations de la Commission, § 81.

<sup>35</sup> Une constatation similaire est faite dans la décision TDF, qui précise que « sur le marché de l'installation et de la maintenance des matériels de diffusion à la demande des collectivités territoriales, la société TDF se trouve en concurrence avec d'autres opérateurs » et « la société TDF est la seule entreprise, sur le plan national, à être en mesure d'offrir aux collectivités territoriales une prestation complète comprenant la maîtrise d'œuvre ainsi que l'installation et la maintenance du matériel nécessaire à la réémission des émissions de télévision ».

<sup>36</sup> Cf. les décisions n° 07-D-20 et 07-D-35 précitées.

<sup>37</sup> Cf., par exemple, les décisions n° 93-D-36 du 28 septembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente des pièces détachées pour appareils photographiques, n° 05-D-46, 07-D-20, 07-D-35.

secondaire que certains de leurs concurrents ne suffit pas, en tant que tel, à démontrer un abus : il faut pour cela démontrer que les restrictions mises à la vente sur le marché secondaire sont, sous couvert de motifs de sécurité ou de qualité, abusives<sup>38</sup>.

### 3.4.2. *Le lissage des dépenses engagées par le consommateur*

42. Dans le cadre de l'instruction de l'avis n° 14-A-01 précité, les « propaniers » ont indiqué que les exclusivités d'approvisionnement, en leur permettant d'augmenter le coût du propane, leur permettaient également de subventionner l'installation des citernes chez leurs clients. Ces derniers bénéficient alors d'un lissage de leurs dépenses, les frais d'installation de la citerne étant indirectement et ultérieurement acquittés lors de l'approvisionnement en propane. Cependant, l'Autorité de la concurrence a souligné qu'à tout le moins, la durée des exclusivités devait rester proportionnée au montant du subventionnement. Par ailleurs, le lissage des dépenses pouvait également être atteint en dissociant l'approvisionnement en propane et la location de la citerne.

43. Des questions d'ordre similaire, mais dans une situation factuelle contraire, apparaissent dans le secteur des audioprothèses. L'achat combiné de l'appareillage auditif (produit primaire) et de son suivi (produit secondaire), tel qu'en vigueur à ce jour du fait des modalités de remboursement de ces appareils, entraînait une dépense immédiatement exigible du consommateur importante. A l'inverse, un « découplage », facultatif, de ces prestations réduisait le coût d'entrée associé à l'acquisition de l'appareillage.

## 4. Conclusion

44. La définition des marchés pertinents et, surtout, l'évaluation du pouvoir de marché des opérateurs actifs sur des marchés secondaire suivent une grille d'analyse visant à apprécier dans quelle mesure un monopoleur hypothétique vendant des produits secondaires serait en mesure d'en accroître le prix ou d'en dégrader la qualité. La réponse à cette question dépend alors étroitement de la capacité des consommateurs à prendre en compte les conditions de vente sur des produits et services secondaire lors de l'achat du bien primaire et à y adapter leur comportement.

45. Les pratiques de verrouillage des marchés secondaires jugées anticoncurrentielles ou susceptibles d'être anticoncurrentielles demeurent relativement rares dans la jurisprudence de l'Autorité de la concurrence. Dans certains cas, l'opérateur mis en cause ne détient pas de pouvoir de marché, ni sur le marché primaire, ni sur le marché secondaire. Dans d'autres cas, la pratique consiste en un refus d'accès à un actif détenu par l'opérateur mis en cause ; afin de ne pas dissuader les opérateurs d'investir dans de tels actifs<sup>39</sup>, cet accès ne peut être rendu obligatoire que dans des conditions relativement

<sup>38</sup> Décision n° 07-D-35, § 72.

<sup>39</sup> Cette justification peut faire l'objet d'un examen circonstancié. Dans son avis n° 12-A-21 relatif au fonctionnement des secteurs de la réparation et de l'entretien des véhicules, l'Autorité de la concurrence a préconisé une levée progressive de protection des droits des dessins et modèles pour les pièces de rechange visibles. Elle a d'une part constaté que les efforts d'investissements réalisés pour concevoir ces pièces, qui ne représentent qu'une part très limitée du chiffre d'affaires des constructeurs, pourraient être amortis lors de la vente du véhicule plutôt que sur le marché de l'après-vente. Par ailleurs, l'apparence du véhicule étant un critère important de succès ou d'échec commercial des modèles, elle a considéré qu'il serait peu probable que cette levée de la protection des droits des dessins et modèles diminue sensiblement l'incitation des constructeurs à investir dans le design de leur véhicule.

strictes, qui sont difficilement remplies. En particulier, dans certains cas, le refus d'accès à l'actif peut être contourné tandis que dans d'autres, le verrouillage répond à des exigences de qualité ou de sécurité qu'il peut être légitime et efficace de préserver. De plus, lorsque l'opérateur mis en cause n'est pas dominant sur le marché primaire, l'effet d'un verrouillage mis en œuvre par cet opérateur doit s'apprécier en particulier au regard du poids sur le marché primaire de l'entreprise mettant en œuvre le verrouillage.

46. En revanche, dans d'autres cas, le verrouillage consiste à lier la vente du bien primaire, pour laquelle l'opérateur visé est dominant, à la vente du bien secondaire et s'effectue sans que des contreparties ne soient visibles, ni en termes d'investissement, ni en termes de qualité. En outre, dans ces cas de ventes liées, l'effet sur le marché est plus important puisque la quasi-totalité des clients du marché sont visés du fait du poids de l'opérateur dominant sur le marché primaire. L'Autorité de la concurrence est intervenue à deux reprises (cf. décisions « TDF » et « Nespresso » précitées) pour mettre fin à ces comportements.

47. Enfin, dans son activité consultative, l'Autorité de la concurrence a recommandé que des pratiques de fermeture des marchés secondaires soient atténuées, soit en réduisant la durée de la fermeture, soit en permettant des ventes découplées du bien primaire et du bien secondaire, soit encore en améliorant l'ouverture des marchés secondaires. Ainsi, dans son avis n° 14-A-01 sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché de la distribution de propane en vrac, en plus d'une meilleure information des consommateurs lors de leur achat du bien système, l'Autorité de la concurrence a considéré que la durée des clauses liant l'utilisation du bien primaire (la cuve) à l'achat du bien secondaire (le propane) chez un même opérateur, mises en œuvre par l'ensemble des opérateurs du secteur, ne devrait pas excéder celle nécessaire pour amortir les coûts d'installation des cuves et que des possibilités d'achat des cuves soient systématiquement proposées au client. De même, dans son avis n° 12-A-21 relatif au fonctionnement des secteurs de la réparation et de l'entretien des véhicules, l'Autorité de la concurrence a recommandé que soit progressivement levée la protection des droits des dessins et modèles pour les pièces de rechange visibles afin que puisse s'opérer une plus grande concurrence dans la fourniture de ces pièces ; elle a demandé en outre une meilleure communication des informations techniques nécessaires pour la réparation des véhicules et une plus grande clarté des conditions de garantie des véhicules. Enfin, dans son avis n° 16-A-24 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur des audioprothèses, l'Autorité de la concurrence a préconisé que les modalités de remboursement des appareils auditifs permettent au patient d'acquérir son appareil auditif et les prestations de suivi de cet appareil chez des opérateurs différents. Une telle possibilité devrait alors réduire le coût initial des audioprothèses, permettre une meilleure adaptation du suivi aux besoins des patients et renforcer la concurrence, notamment en qualité, sur les prestations de suivi.

## Annexe: Décisions, avis et rapport du Conseil ou de l'Autorité de la concurrence relatives à des marchés secondaires

- Décision n° 93-D-36 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente des pièces détachées pour appareils photographiques
- Décision n° 99-D-14 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France
- Décision n° 04-D-54 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques
- Décision n° 06-D-35 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la maintenance des onduleurs
- Décision n° 05-D-46 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Jaeger-Lecoultre
- Décision n° 07-D-20 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Integral Process à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur les marchés français de l'oxymétrie.
- Décision n° 07-D-35 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sirona Dental Systems GmbH et ses distributeurs nationaux de matériels et équipements dentaires
- Avis n° 12-A-21 relatif au fonctionnement des secteurs de la réparation et de l'entretien des véhicules
- Avis n° 14-A-01 sur le fonctionnement de la concurrence sur le marché de la distribution de propane en vrac à destination des particuliers
- Décision n° 14-D-09 relatives aux pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso
- « *Analyse économique des systèmes ouverts et fermés* », étude effectuée conjointement par l'Autorité de la concurrence et la *Competition and Markets Authority*,  
[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id\\_rub=285&id\\_article=2465](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=285&id_article=2465)
- Avis n° 16-A-24 relatif au fonctionnement de la concurrence dans le secteur des audioprothèses
- Décision n° 16-D-29 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'après-vente des appareils de reprographie