



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Les stratégies de tarifications complexes Paris

Droit & Economie | Concurrences N° 3-2010
www.concurrences.com

Dr Fabien CURTO MILLET

fabien.curto.millet@nera.com

| *Senior consultant*

Joseph VOGEL

jvogel@vogel-vogel.com

| *Avocat*

Dr Fabien CURTO MILLET
fabien.curto.millet@nera.com

Senior consultant

Joseph VOGEL
jvogel@vogel-vogel.com

Avocat

PRÉDATION, REMISES ET VENTES LIÉES : QUELS ENSEIGNEMENTS DE L'ANALYSE ÉCONOMIQUE?

Dr Fabien CURTO MILLET
Senior Consultant

Abstract

This two short papers summarize the main points of the training course Law & Economics held on April 14th 2010 on "Complex pricing strategies" by Concurrences. In the first paper, the author underlines that complex pricing strategies deployed by dominant undertakings have often been targeted by competition authorities and courts on the basis of alleged exclusion. Their effects are however difficult to evaluate. Starting by setting the scene for exclusionary abuses with an analysis of predatory practices and of the means for their detection, he seeks to shed some light on the mechanics of practices such as loyalty rebates and bundling, noting both their potential for anticompetitive and possible procompetitive efficiency effects. The second paper by Joseph Vogel concentrates on the legal rules for tied selling with regard to abuse of dominant position. These rules appear to follow a three-phase cycle within the different legal systems (US, EU, France): per se repression, more favourable assessment, rule of reason. The current test that came out of the Microsoft judgment looks quite solid and rigorous in terms of the material elements (distinct products, tied sales) and complementary conditions (dominant position, restitution of competition and absence of justification). However, businesses should be careful not to over-estimate the protection afforded by this 5-stage test as the elements constituting the infringement are interpreted broadly and the justifications are interpreted strictly.

Ce dossier réunit deux contributions sur le sujet des stratégies de tarifications complexes. Ces contributions, présentées le 14 avril 2010 à Paris, sont issues du cycle de formation Economie et droit de la concurrence organisé par la revue Concurrences. Dans la première contribution, M. Curto Millet souligne que les stratégies de tarifications complexes utilisées par des entreprises en position dominante sont souvent apparues devant les autorités de concurrence et les tribunaux au nom des risques d'éviction. Leurs effets restent pourtant difficiles à évaluer. L'auteur propose ici d'apporter un éclairage sur les rouages de pratiques telles que les remises fidélisantes et les ventes liées et groupées, en notant aussi bien la potentialité d'effets anticoncurrentiels que de gains d'efficacité. La seconde contribution rédigée par Me Joseph Vogel se concentre sur le régime des ventes liées au regard de l'abus de position dominante. Les différents systèmes juridiques (Etats-Unis, Union Européenne, France) semblent suivre un cycle en trois phases : répression per se, appréciation plus bienveillante, règle de raison. La grille d'analyse actuelle résultant de l'arrêt Microsoft semble bien fixée et rigoureuse, dans ses éléments matériels (produits distincts, vente liée) et complémentaires (position dominante, restriction de concurrence et absence de justification). Mais les entreprises ne doivent pas surestimer la protection qu'elles peuvent trouver dans ce test en cinq temps : les éléments constitutifs de l'infraction sont interprétés de façon large et les justifications de manière stricte.

1. L'analyse antitrust est bien souvent complexe, et porte régulièrement sur des questions pour lesquelles les réponses sont loin d'être évidentes. Le célèbre économiste britannique Ronald Coase fit d'ailleurs notoirement connaître son exaspération avec la discipline de l'antitrust, puisque *"quand les prix augmentaient, les juges disaient qu'il y avait monopole, quand les prix descendaient ils disaient qu'il y avait prédation, et quand les prix restaient sur place ils disaient qu'il y avait une entente tacite"*¹.
2. Les difficultés, voire ambiguïtés, de l'analyse antitrust sont illustrées en abondance dans l'appréciation d'un certain nombre de comportements unilatéraux pouvant potentiellement tomber sous le giron de l'Article 102 TFUE (ex Article 82 CE) sur les abus de position dominante. En particulier, certaines stratégies de tarifications complexes peuvent – dans des circonstances spécifiques – donner lieu à l'éviction de concurrents et nuire au bien être des consommateurs.
3. Qui dit éviction dit (d'une manière ou l'autre) prédation; la logique dicte donc de commencer cet article par un court rappel des fondations de l'analyse des pratiques de prédation. L'article traitera par la suite de l'analyse économique des remises fidélisantes et des pratiques de ventes liées et groupées. L'existence d'une position dominante sera considérée comme acquise dans ce qui suit.

I. Point de départ : Les pratiques de prédation

4. La prédation se réfère à une pratique dynamique, au cours de laquelle on se doit de distinguer plusieurs étapes. Pour illustrer ceci, il est utile de considérer l'évolution des prix à travers le temps dans le cas d'école d'une opération de prédation par les prix², qui se déroule comme une pièce en quatre actes: Acte I, l'entreprise lançant l'opération de prédation réduit ses tarifs pour une certaine période à un niveau "inconfortable"; Acte II, la douleur causée par cette situation de concurrence intense sur le marché donne lieu au départ du ou des concurrents visés; Acte III, cette éviction permet à l'entreprise de remonter ses prix; et finalement, Acte IV, ces prix plus élevés sur le long terme compensent l'entreprise pour le sacrifice de profits consenti sur le court terme lors des premiers Actes.
5. L'inquiétude concurrentielle de base que suscitent des pratiques de ce type concerne généralement la possibilité que des concurrents "aussi efficaces" que l'entreprise prédatrice soient expulsés du marché, donnant lieu à des prix plus élevés. Par "aussi efficaces", on entend des entreprises avec une structure de coûts aussi performante que l'entreprise prédatrice, et qui ne devraient "normalement" pas être éliminées du marché par le jeu de la sélection Darwinienne³.

1 Propos rapportés par William Landes dans: Kitch (1983), "The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago", *Journal of Law and Economics*, p 193; traduction personnelle.

2 Il est également possible que la prédation ait lieu via des pratiques d'éviction hors prix; voir par exemple la note de référence de la table ronde OCDE sur le thème "Predatory Foreclosure".

3 Notons cependant que dans sa Communication sur l'article 82, la Commission européenne se réserve la possibilité d'intervenir également dans les cas d'éviction d'entreprises moins efficaces; voir: Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 24 février 2009, ¶24.

6. Tout le problème consiste alors à opérer une distinction entre baisses de prix pro-concurrentielles et comportements prédateurs. Une approche possible est de se baser sur une comparaison des prix pratiqués avec une certaine mesure des coûts (tests de la relation prix-coûts); et puisque l'objectif recherché en général est d'éviter l'éviction d'entreprises "aussi efficaces", les coûts pertinents pour le test seront alors ceux de l'entreprise accusée de prédation.

7. Cette approche correspond au cadre d'analyse adopté dans les affaires européennes, défini dans ses grandes lignes par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *AKZO*⁴. Le test proposé consiste à distinguer trois situations: (i) si les prix sont en dessous des coûts variables moyens, il y a présomption de prédation (puisque l'entreprise réalise des pertes sur chaque unité vendue, ce qui demande des explications); (ii) si les prix sont supérieurs mais néanmoins encore en dessous des coûts totaux moyens, l'entreprise est encore en perte étant donné ses coûts fixes, mais au moins la vente d'unités supplémentaires lui permet de dégager une certaine contribution envers ces coûts fixes, et dans ce cas, des éléments supplémentaires (intention d'exclusion) sont nécessaires pour qualifier la prédation; et (iii) enfin, des prix au-dessus des coûts totaux moyens sont en général considérés comme non-problématiques, sauf dans certains cas exceptionnels (c.f. *Compagnie Maritime Belge*)⁵.

8. Ceci pose donc un cadre d'analyse de base, qui n'est cependant pas exempt de débats. On peut par exemple s'interroger sur la pertinence de mesures de coûts alternatives⁶, sur la place à accorder dans l'analyse à la récupération des pertes (l'Acte IV ci-dessus), ou bien encore remettre en question le principe même de test de la relation prix-coûts⁷. Il s'agit là de débats pour un autre jour, les besoins de notre propos ne nécessitant que deux des idées ci-dessus: (i) toute pratique d'exclusion de la concurrence au détriment des consommateurs suivra pour l'essentiel le schéma de la pièce en quatre actes rapporté ci-dessus; et (ii) une approche possible pour la détection de pratiques d'exclusion consiste à comparer les prix pratiqués aux mesures de coûts pertinentes.

II. L'analyse économique des remises fidélisantes

9. La famille des remises est aussi vaste que variée, et il est nécessaire d'opérer certaines distinctions dans un souci de clarté.

D'un côté, on peut distinguer les remises quantitatives classiques, qui correspondent à des réductions immédiates sur le montant d'un seul achat ponctuel, en relation uniquement au volume de cet achat.

De l'autre, on trouve les remises fidélisantes, qui ont la particularité de stipuler une durée de référence dans leurs clauses. Il en existe là encore plusieurs types. À un extrême, on peut identifier des remises accordées en contrepartie d'une exclusivité sur la période de référence. Plus généralement, on distingue les remises dites "d'objectif", où il est nécessaire d'atteindre un certain seuil d'achats sur la période de référence pour activer la remise. La remise peut alors être incrémentale (d'application sur les unités au-delà du seuil uniquement) ou rétroactive (s'appliquant aussi aux unités déjà achetées). Le seuil en question peut être individualisé client par client, ou bien être recueilli dans une grille standard; il peut de plus être exprimé en pourcentage des besoins du client ou en termes absolus. Autre variante: le seuil peut se référer aux achats d'un seul ou de plusieurs produits (comme dans l'affaire américaine *LePage's v 3M*)⁸.

10. Les remises fidélisantes sont entrées dans le collimateur de la Commission et des tribunaux européens dans un nombre important de dossiers controversés; on peut notamment citer les affaires *Hoffmann-La Roche*⁹, *Michelin I*¹⁰, *Michelin II*¹¹, *British Airways*¹², et plus récemment *Intel*¹³. Il en a résulté une situation où les remises quantitatives classiques sont généralement vues d'un bon œil, tandis que les remises fidélisantes sont traitées avec la plus grande méfiance dans un contexte de position dominante. Il s'agit là d'un des domaines les plus controversés de l'analyse concurrentielle, et la question de savoir si l'application des règles antitrust vise à protéger les concurrents plutôt que la concurrence est souvent posée en la matière.

Pourquoi cette méfiance envers les remises fidélisantes en particulier? Ceci tient en fait à leur "effet d'aspiration", que nous illustrerons dans le cadre d'une remise rétroactive offerte par une entreprise en position dominante (voir Figure 1).

4 Cour de justice de l'Union européenne (alors Cour de justice des Communautés européennes), affaire C 62/86, *AKZO c/ Commission*, 3 juillet 1991.

5 Tribunal de première instance (alors Tribunal de première instance des Communautés européennes), affaire T-276/04, *Compagnie Maritime Belge (CMB) c/ Commission*, 1 juillet 2008.

6 Par exemple, le coût évitable moyen et le coût marginal moyen à long terme; voir: Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 24 février 2009.

7 On peut envisager conceptuellement des tests plus généraux, et qui pourraient dans certains cas être plus appropriés; notamment des tests s'intéressant directement à la question de savoir s'il existe un sacrifice de profits, et ce vu d'un prisme moins restrictif que celui des tests de la relation prix-coûts. Voir par exemple Ordover et Saloner (1989), "Predation, Monopolization, and Antitrust," *Handbook of Industrial Organization*.

8 US Third Circuit, *LePage's Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003) (en banc); voir par exemple: Leonard (2007), "The Competitive Effects of Bundled Discounts", NERA Economic Consulting; Walman et Weiner (2003), "LePage's v. 3M: Now Where Are We Regarding Bundled Rebate Programmes?"; Global Competition Review.

9 CE, décision 76/642/CEE du 9 juin 1976; Cour de justice de l'Union européenne (alors Cour de justice des Communautés européennes), *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, Affaire 85/76, 13 février 1979.

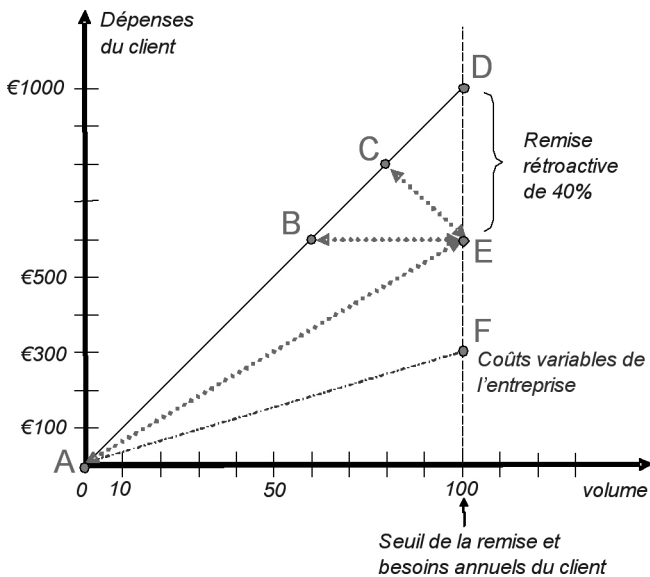
10 CE, décision 81/969/CEE du 7 octobre 1981; Cour de justice de l'Union européenne (alors Cour de justice des Communautés européennes), *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c/ Commission*, Affaire 322/81, 9 novembre 1983.

11 CE, décision 2002/405/EC du 20 juin 2001; Tribunal de première instance (alors Tribunal de première instance des Communautés européennes), *Manufacture française des pneumatiques Michelin c/ Commission*, Affaire T-203/01, 30 septembre 2003.

12 CE, décision 2000/74/EC du 14 juillet 1999; Tribunal de première instance (alors Tribunal de première instance des Communautés européennes), *British Airways plc c/ Commission*, Affaire T-219/99, 17 décembre 2003; Cour de justice de l'Union européenne (alors Cour de justice des Communautés européennes), *British Airways plc c/ Commission*, Affaire C-95/04 P, 15 mars 2007.

13 CE, décision COMP/C-3/37.990 du 13 mai 2009.

Figure 1: Illustration d'une remise rétroactive



11. L'entreprise vend normalement son produit à 10 euros l'unité. L'axe des ordonnées rapporte le montant cumulatif dépensé par le client, et celui des abscisses le volume des commandes. Donc si le client commande 100 unités sur un an – par exemple – il paiera 1000 euros sur base du tarif normal (point D sur le graphique). Le coût variable de l'entreprise est de 3 euros l'unité; donc produire 100 unités coûterait 300 euros (point F). On supposera que le produit n'est acheté que par un seul client, un supermarché qui à son tour vend le produit en magasin aux consommateurs finaux.

12. Supposons également que le client a un besoin annuel de 100 unités, et que l'entreprise lui propose une remise rétroactive de 40% pour ce même seuil, avec pour durée de référence l'année. Ceci implique que la remise s'enclenche si le client achète toutes ses unités chez cette entreprise. La situation est donc telle que le client passe des commandes sur toute l'année en payant le prix de liste (avec des dépenses qui "grimpe" sur la droite AD du graphique); mais une fois arrivé à 100 unités, il reçoit une remise de 400 euros (et passe du point D au point E). Résultat des courses: le client a acheté 100 unités pour un prix de 600 euros.

13. Considérons maintenant la situation du client au point B (60 unités achetées), une fois celui-ci atteint en cours d'année. Le client a maintenant payé 600 euros, et réalise que s'il continue d'acheter les unités restantes chez ce fournisseur, elles seront effectivement "gratuites" en raison de la remise rétroactive. Si une entreprise rivale veut faire concurrence à la marge, elle devra donc offrir son produit au client, faute de quoi celui-ci ne sera pas intéressé. On peut noter que la pente de la ligne BE donne le prix des unités restantes (zéro, ici) et que cette pente est inférieure à celle de la ligne des coûts variables AF; nous sommes donc ici en vente sous les coûts variables, et donc en situation de prédation pour les 40 unités encore à acheter, pourvu que ces 40 unités restantes soient une assiette de calcul appropriée pour un test de la relation prix-coûts (voir plus loin). La situation est encore plus marquée au point C, où le prix que devrait proposer un concurrent

pour intéresser le client serait négatif. Par contre, au début de l'année (point A), un concurrent pourrait avoir du succès s'il pouvait subvenir aux besoins du client de 100 unités pour 600 euros ou moins (ce qui lui laisserait en outre une marge de profit, s'il était aussi efficace que l'entreprise dominante).

14. Cet exemple illustre donc bien "l'effet d'aspiration" de la remise fidélisante: au fur et à mesure que le client se rapproche du seuil de la remise, il peut devenir extrêmement difficile de faire de la concurrence à la marge. Mais comment répondre à la question fondamentale, à savoir: la remise fidélisante est-elle prédatrice en l'espèce? Il est pour cela essentiel de déterminer quelle est la partie disputable de la demande. Si un concurrent ne pouvait offrir que 40 unités au client (p. ex. pour des raisons de contraintes de capacité), l'exemple ci-dessus suggérerait une situation de prédation (c.f. point B). Un autre facteur accentuant le caractère prédateur des remises fidélisantes est la possibilité que le produit fourni par l'entreprise dominante soit un produit incontournable ("must have"). Si par exemple le client se voyait forcé de stocker 60 unités de ce produit sur l'année (par exemple, parce que autrement les consommateurs en aval ne considéreraient pas son magasin comme sérieux), il ne resterait alors que 40 unités ouvertes à la concurrence (c.f. point B), et nous serions là encore en territoire de prédation.

15. Cet exemple hautement illustratif suffit pour entrevoir les difficultés d'une analyse des effets d'une remise fidélisante. Les complications en pratique sont multiples, et peuvent concerner entre autres: l'identification de la partie disputable de la demande; l'existence d'asymétries entre entreprises pouvant exacerber les effets de la remise (p. ex. à travers d'éventuels volumes assurés, comme ci-dessus); la définition de la situation concurrentielle existant sur le marché, étant donné l'ensemble des variables stratégiques contrôlées par les entreprises (non seulement prix comme ci-dessus, mais aussi qualité, choix et service); l'effet des pratiques sur l'ensemble du marché (et non pas seulement sur un seul client, comme dans notre exemple); et les changements du mode de concurrence impulsés par l'introduction de remises fidélisantes sur un marché (p. ex. les concurrents peuvent-ils adopter des contre-stratégies efficaces?).

16. Il est également nécessaire de peser dans l'analyse un certain nombre de gains d'efficacité potentiels; par exemple: le lissage de la production (en raison d'une plus forte concentration des ventes); la réduction de la double marge (puisque le client est fortement incité à vendre davantage afin de bénéficier de la remise, et sera donc tenté de réduire son prix afin d'augmenter ses volumes); ou encore certains gains liés à la discrimination par les prix accomplie via ces remises (et qui peuvent par exemple faciliter un remboursement efficace des coûts fixes).

17. D'autres effets plus ambigus sont aussi possibles. Par exemple, l'apparition de remises fidélisantes sur un marché peut affecter le niveau de transparence des prix. Ceci peut avoir des conséquences a priori incertaines: d'un côté, il est possible que ce développement rende plus difficile une entente tacite entre entreprises; d'un autre, ceci pourrait réduire la capacité des clients à faire jouer la concurrence entre leurs fournisseurs.

III. L'analyse économique des ventes liées et groupées

18. Il convient ici encore de distinguer plusieurs types de pratiques, selon les options offertes aux clients. Celles-ci sont illustrées au Tableau 1, sur base de la vente de deux produits hypothétiques A et B: (i) La *vente liée*, qui consiste à offrir aux clients soit les deux produits A+B ensemble, soit B individuellement, mais le produit A (dit "produit liant") n'est pas vendu en l'absence de B (dit "produit lié"); (ii) la *vente groupée*, qui consiste simplement à n'offrir qu'une seule option: les deux produits ensemble; et (iii) la *vente groupée mixte*, qui consiste à offrir les deux produits séparément, ou les offrir ensemble mais pour un prix moindre que la somme des prix individuels en vente séparée.

Tableau 1: Vente liée, vente groupée et vente groupée mixte

Pratique	Options proposées au client
Vente liée	A + B B
Vente groupée	A + B
Vente groupée mixte	A + B A B

19. La Commission et les tribunaux européens se sont prononcés sur des pratiques de ce type dans un nombre de dossiers controversés; on peut notamment citer les affaires *Microsoft I*,¹⁴ *Microsoft II*,¹⁵ et *Van den Bergh Foods*.¹⁶ Ici encore, la question de savoir si l'application des règles antitrust en la matière protège les concurrents plutôt que la concurrence n'est jamais bien loin.

20. Quelle est la raison d'être de ce type de pratiques? On peut tout d'abord leur attribuer un certain nombre de bénéfices ou gains d'efficacité; nous n'en donnerons que trois exemples.

En premier lieu, on peut souligner l'existence potentielle de gains d'assemblage. Il ne viendrait ainsi à l'idée de personne de commander les pièces détachées de sa voiture et de l'assembler personnellement – le produit dans ce cas étant en réalité la "voiture", plutôt qu'un somme de composantes. Dans cette même veine, il n'existe pas à notre connaissance de propositions de poursuivre les producteurs d'eau minérale pour vente groupée d'hydrogène et d'oxygène dans des proportions 2:1.

14 CE, décision COMP/C-3/37.792 du 24 mars 2004; Tribunal de première instance (alors Tribunal de première instance des Communautés européennes), *Microsoft Corp. c/ Commission*, Affaire T-201/04, 17 septembre 2007.

15 CE, décision COMP/C-3/39.530 du 16 décembre 2009.

16 CE, décision 98/531/EC du 11 mars 1998; Tribunal de première instance (alors Tribunal de première instance des Communautés européennes), *Van den Bergh Foods c/ Commission*, Affaire T-65/98, 23 octobre 2003; Cour de justice de l'Union européenne (alors Cour de justice des Communautés européennes), *Unilever Bestfoods (anciennement Van den Bergh Foods) c/ Commission*, Affaire C-552/03 P, 28 septembre 2006.

Deuxièmement, ces pratiques peuvent contribuer à amplifier "l'effet Cournot". Cet effet concerne la vente de biens complémentaires – par exemple, le pain et le beurre. En économie, une relation de complémentarité entre produits a l'implication suivante: quand le prix du pain augmente, son volume de ventes diminue tout naturellement; mais c'est également le cas pour les ventes de beurre, puisqu'il est consommé avec le pain. Si une entreprise produisait uniquement du pain, elle ignorerait les effets de son prix sur les ventes de beurre, tandis que si elle commercialisait les deux produits, les effets de l'un sur l'autre seraient internalisés dans ses calculs; elle aurait donc tendance à diminuer les prix de chaque produit pour augmenter la demande de l'autre. Cet effet est favorisé par la vente liée ou groupée, car si les produits étaient vendus séparément, une partie de l'augmentation de la demande suite à une baisse des prix pourrait bénéficier les concurrents. Troisièmement, un autre avantage potentiel des ventes liées/groupées est de permettre l'utilisation de structures de prix plus efficaces. Considérons un exemple concret dans le cadre de la télévision payante, en utilisant une illustration proposée par le régulateur britannique des médias et télécommunications Ofcom, dans le cadre de sa récente enquête de marché concernant la télévision payante (Tableau 2).¹⁷ Supposons qu'il existe deux clients A et B, et que leurs valorisations pour les contenus sportifs et de cinéma sont telles que représentées au Tableau 2. Que ferait une entreprise offrant ce type de contenus?

Tableau 2: Exemple de valorisations pour les contenus sportifs et de cinéma

	Sport	Films
Client A	€ 10	€ 2
Client B	€ 2	€ 10

21. En vente séparée, l'entreprise maximiserait ses profits en vendant le sport à 10 euros et le cinéma à 10 euros également. Dans ce cas, le client A achèterait les contenus sportifs uniquement et le client B les contenus de cinéma uniquement, donnant à l'entreprise un profit de 20 euros (en l'absence de coûts). Par contre, s'il devenait possible de grouper les ventes, l'entreprise pourrait vendre un bouquet unique de sport et cinéma pour 12 euros. Cet ensemble serait acheté par chacun des deux clients. L'effet de la vente groupée serait alors d'augmenter les volumes vendus, ainsi que les profits de l'entreprise, qui passeraient à 24 euros. Il est également aisé de construire des variantes de cet exemple où la vente groupée augmenterait en plus le bien être des consommateurs.¹⁸

22. Il existe donc toute une série de gains d'efficacité liés à ce type de pratiques. Qu'en est-il des inquiétudes concurrentielles? La préoccupation de base concerne la possibilité qu'en liant ou groupant les ventes, une entreprise en position dominante sur certains produits puisse créer un

17 Ofcom (2007), "Pay TV Market Investigation", Consultation Document, 18 décembre 2007, ¶5.83.

18 Ceci serait le cas, par exemple, si le client B avait une valorisation de 3 euros pour les contenus sportifs.

effet de levier et exclure les concurrents des autres marchés non-dominés, ce qui lui permettrait par la suite d'exploiter les consommateurs selon le schéma classique discuté plus haut dans le contexte de la prédation.

23. Cet argument en apparence attrayant se heurte immédiatement à la critique de l'École de Chicago. Considérons deux produits A et B qui sont consommés ensemble, et tels que les clients souhaitent acheter un de chaque. Il existe un monopole sur le produit A, mais ce monopoleur est en concurrence parfaite avec de nombreuses autres entreprises sur le produit B. Supposons encore que les clients sont parfaitement homogènes. En particulier, ils sont disposés à payer un prix maximum $P_{\max A}$ pour le produit A, et un prix maximum $P_{\max B}$ pour le produit B. Le coût de production des produits est respectivement de C_A et C_B . Cette situation est illustrée au Tableau 3.

Tableau 3: La critique de l'École de Chicago

	Disposition à payer	Coût	Prix en vente séparée	Prix en vente groupée
Produit A	$P_{\max A}$	C_A	$P_{\max A} + P_{\max B} - C_B$	$P_{\max A} + P_{\max B}$
Produit B	$P_{\max B}$	C_B		
Les clients payent:			$P_{\max A} + P_{\max B}$	$P_{\max A} + P_{\max B}$

24. Que se passe-t-il en vente séparée dans ce contexte? Puisque la concurrence est parfaite sur le produit B, celui-ci est vendu à son coût de production, C_B . Le monopoleur choisit alors le prix du produit A pour extraire le maximum de revenus des consommateurs, ce qui est chose faite avec un prix de $P_{\max A} + P_{\max B} - C_B$. En effet, ceci lui permet d'extraire le maximum de revenus, puisque les clients finissent par payer en total $P_{\max A} + P_{\max B}$ pour leur consommation des deux produits, ce qui correspond à leur disposition à payer. Imaginons maintenant que le monopoleur choisisse de grouper la vente des deux produits. Il choisira alors un prix de $P_{\max A} + P_{\max B}$ pour l'ensemble des deux biens. Les clients finissent donc par payer exactement le même montant sous les deux scénarios, et le profit de l'entreprise dominante est le même.

25. Cet enseignement est connu sous l'appellation "single monopoly profit" – il n'y a qu'un seul profit de monopole, et il n'est pas possible de le recevoir plusieurs fois. Par conséquent, l'École de Chicago soutient que si l'on observe l'utilisation de ventes liées ou groupées, la présomption doit être que ces mécanismes sont adoptés pour des raisons d'efficacité plutôt qu'autre chose.

26. Cependant, la critique de Chicago dépend de tout un nombre de suppositions, qui une fois démontées peuvent faire réapparaître le spectre d'une utilisation anticoncurrentielle des ventes liées ou groupées. La théorie "post-Chicago" note tout un éventail de tels scénarios.

Par exemple, supposons contrairement à la pensée de Chicago que la concurrence sur le marché B est imparfaite, et considérons l'effet de grouper les ventes des produits A et B. Alors qu'avant la stratégie de groupage, il était possible pour l'entreprise dominante de vendre plus d'unités de A que de B, ceci devient maintenant impossible. Donc, lorsque

l'entreprise rate une vente de B, elle perd alors non seulement la marge sur le produit B, mais également la marge juteuse qu'elle aurait pu réaliser sur le produit A. Ceci pourrait alors dans certaines circonstances l'inciter à se conduire de manière agressive sur le marché B, potentiellement jusqu'à la prédation.¹⁹

27. Une autre possibilité est que l'entreprise dominante fasse face à un risque d'entrée sur le marché A par ses concurrents sur le marché B. Pour éviter ce risque, l'entreprise peut être prête à engager un comportement prédateur sur le marché B via des ventes liées ou groupées, de façon à protéger sa position sur son terrain de chasse gardée. Une variante de cette histoire concerne la possibilité d'entrée par des entreprises non encore présentes sur le marché. Si des produits complémentaires A et B étaient vendus séparément, il serait possible pour de telles entreprises d'entrer de manière progressive – par exemple sur le marché B seulement, puisque les consommateurs peuvent se procurer le produit A séparément. Par contre, si l'entreprise dominante choisit de vendre les produits A et B uniquement de façon groupée, il faudrait que le concurrent potentiel entre d'emblée sur les deux marchés et propose sa propre version de A+B – ce qui peut être considérablement plus risqué, voire impossible.²⁰

IV. Conclusion

28. Il y a dans les thèmes abordés dans cet article – prédation, remises fidélisantes, ventes liées – peu de vérités générales. Il s'agit de comportements complexes et difficiles à qualifier, nécessitant une analyse au cas par cas. Selon la situation, les comportements en question peuvent se révéler bénéfiques ou anticoncurrentiels.

29. Les pratiques pouvant donner lieu à l'éviction de concurrents, telles que celles considérées ici, poseront des défis importants pour l'analyse antitrust à l'avenir. C'est notamment le cas en raison du développement des actions en dommages et intérêts pour infractions au droit de la concurrence souhaité par la Commission européenne. En effet, le calcul du dommage causé dans ce type d'affaires est souvent complexe et moins bien compris que dans le cadre plus classique des ententes. En particulier, la spécification du contrefactuel est problématique, et il est nécessaire de prendre en compte les aspects dynamiques du comportement mis en cause.²¹

Plus généralement, ces questions ont déjà placé et continuent de placer les autorités de la concurrence devant un sérieux dilemme, et nécessitent de leur part l'équilibrage de deux types d'erreurs potentielles. D'un côté, une permissivité excessive peut laisser s'échapper certains comportements anticoncurrentiels; de l'autre une approche trop stricte

19 Whinston (1990), "Tying, Foreclosure and Exclusion", *American Economic Review*.

20 Nalebuff (1999), "Bundling, Tying, and Portfolio Effects", DTI Economics Paper N°1; Carlton et Waldman (2002), "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries", *Rand Journal of Economics*; Choi et Stefanandis (2001), "Tying, Investment and the Dynamic Leverage Theory", *Rand Journal of Economics*.

21 Curto Millet et al (2008), "White Paper on Damages Actions: NERA Response to European Commission Public Consultation", NERA Economic Consulting.

peut frigorifier l'intensité concurrentielle, aux dépens des consommateurs. Il s'agit en outre d'un domaine où certaines divergences de philosophie transatlantique ont été notées – de par le passé du moins – avec peut-être une sensibilité plus marquée aux États-Unis pour le risque de frigorifier la concurrence qu'en Europe, bien qu'il y ait également eu des différences entre les deux agences américaines à ce sujet.

La tempête qui a régné sur ces questions s'est sans doute un peu calmée – mais la mer reste trouble. ■

Références

Boutin X. [2005], “Estimer les effets économiques des « remises fidélisantes »”, *Les Documents de travail de la cellule économique*, n° 1-2005, Conseil de la Concurrence.

Carlton D. W. et Waldman M. [2002], “The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries”, *Rand Journal of Economics*, 33, p. 194-220.

Choi J. P. et Stefanandis C. [2001], “Tying, investment and the dynamic leverage theory”, *Rand Journal of Economics*, 32(1), p. 52-71.

Curto Millet F., Hofer P., Jiménez F. et Williams M. [2008], White Paper on damages actions: NERA response to European Commission public consultation, *NERA Economic Consulting*.

Kitch E. W. [1983], “The fire of truth: a remembrance of law and economics at Chicago”, *Journal of Law and Economics*, Volume XXVI.

Leonard G. K. [2007], “The competitive effects of bundled discounts”, in L. Wu (Ed.), *Economics of Antitrust: Complex Issues in a Dynamic Economy*, NERA Economic Consulting.

Nalebuff B. [1999], “Bundling, tying, and portfolio effects”, *DTI Economics Paper N°1*.

OECD Competition Committee [2004], “Predatory foreclosure”, *Competition Policy Roundtables*.

Ofcom [2007], “Pay TV market investigation”, Consultation Document, 18 décembre 2007.

Ordover J.A. et Saloner G. [1989], “Predation, monopolization and antitrust,” in R. Schmalensee et R.D. Willig (Eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Volume 1, North Holland, p. 538-596.

Rey P. et Tirole J. [2006], “A Primer on Foreclosure”, in M. Armstrong et R. Porter (Eds.), *Handbook of Industrial Organization*, Volume 3, Elsevier, Chapitre 33.

Waldman C. et Weiner J. [2003], “LePage’s v. 3M: Now Where Are We Regarding Bundled Rebate Programmes?”, *Global Competition Review*, Volume 6, Issue 7.

Whinston M.D. [1990], “Tying, Foreclosure and Exclusion”, *American Economic Review*, 80, p. 837-860.

COMMENT APPRÉCIER LES VENTES LIÉES EN MATIÈRE DE POSITION DOMINANTE ?

Joseph VOGEL

Avocat au Barreau de Paris

1. L'appréciation des ventes liées au regard de la prohibition des abus de position dominante semble suivre un cycle parallèle dans les différents systèmes juridiques. Ce cycle comporte trois phases successives : une large période de répression *per se* dans laquelle l'usage est de considérer que les ventes liées sont interdites en soi aux entreprises en position dominante, puis sous l'influence des économistes, un changement d'orientation marqué par une appréciation bienveillante en doctrine et en jurisprudence, suivi d'une phase plus complexe dans laquelle les ventes liées sont appréciées en fonction d'une règle de raison. Dans cette troisième phase, l'on considère généralement qu'elles ne constituent pas un comportement susceptible par nature de restreindre la concurrence mais qu'il convient de rechercher leurs effets concrets, actuels ou potentiels et, surtout, que les ventes liées peuvent faire l'objet de justifications objectives, et en partie d'efficacité²².

2. Ces trois phases successives peuvent être identifiées de façon assez nette dans l'évolution du droit antitrust américain. Aux États-Unis, dans un premier temps, les ventes liées étaient traditionnellement considérées comme illégales *per se* sur le fondement de la théorie de l'effet de levier utilisé pour exclure les concurrents ou pour transférer un pouvoir de marché du marché du produit liant au marché du produit lié. De nombreux arrêts de la Cour suprême ont fait application de cette règle en condamnant les ventes liées émanant d'une entreprise disposant d'un pouvoir de marché suffisant sur le produit liant et d'une capacité appréciable de restriction de la concurrence sur le produit lié sous réserve d'une affectation sensible du commerce entre États²³. Du début des années 1950 aux années 1980, la condamnation systématique des ventes liées a été fortement critiquée par les économistes de l'École de Chicago qui ont fait valoir qu'elles pouvaient réduire les coûts de transaction, que certains produits étaient naturellement vendus liés, qu'il pouvait être plus efficient pour les clients d'acheter un ensemble plutôt que des éléments séparés et que, de façon générale, les ventes liées constituaient une forme de discrimination par les prix permettant d'offrir des prix plus bas à une partie des clients et de générer une demande plus élevée et, partant, d'améliorer

le bien-être des consommateurs. Aux États-Unis, l'arrêt qui marque la transition vers une nouvelle approche a été rendu en 1984²⁴.

3. En droit communautaire, dans le droit fil de la jurisprudence américaine classique, les années 1980 et 1990 sont marquées par une interdiction *per se* des ventes liées. Les arrêts de principe de ce courant jurisprudentiel ont été rendus dans les affaires *Hilti*²⁵ et *Tetra Pak*²⁶. Du fait des critiques que leur adressaient les économistes, les autorités communautaires, ont rompu avec cette approche pour la première fois dans l'affaire *Microsoft*²⁷. L'évolution se traduit d'une double manière. D'une part, la présomption d'effet anticoncurrentiel est abandonnée ; le Tribunal note dans son arrêt : "La Commission a estimé que, compte tenu des circonstances spécifiques de l'espèce, elle ne pouvait se contenter de considérer – comme elle le fait normalement dans les affaires en matière de ventes liées abusives – que la vente liée d'un produit donné et d'un produit dominant a un effet d'exclusion sur le marché *per se*. Elle a, dès lors, examiné plus en avant les effets concrets que la vente liée en cause avait déjà eus sur le marché des lecteurs multimédias permettant une réception en continu ainsi que la manière dont ce marché était appelé à évoluer" (pt 868). D'autre part, l'entreprise en position dominante est autorisée à apporter des justifications à la pratique mise en œuvre et des défenses d'efficience. Même si le Tribunal évoque prudemment les circonstances spécifiques de l'espèce pour justifier sa prise de position et rejette les défenses présentées par l'entreprise, un pas décisif a été franchi en faveur de l'appréciation des ventes liées à l'aune de la règle de raison. Cette évolution est cohérente avec la nouvelle approche fondée sur les effets développée par la Commission, notamment dans sa communication sur les orientations sur ses priorités pour l'application de l'article

22 Cf. notamment sur cette question, L. Idot, "Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell*. Réflexions de juriste", *Concurrences*, n° 2-2005.

23 *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 E.S. 131 (1936) : condamnation des ventes liées des machines et des cartes d'I.B.M. ; *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947) : condamnation *per se* des ventes de machines et de sel par *International Salt* ; *Northern Pacific v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

24 *Jefferson Parish Hospital District n° 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984) ; William J. Lynk, *Tying and exclusive dealing : Jefferson Parish Hospital v. Hyde (1984)* in John E. Kwoka, Jr. & Lawrence J. White, ed., *The antitrust revolution : Economics, Competition and Policy*, 1999, p. 342-363. Cet arrêt est généralement présenté comme un résultat de l'influence de l'École de Chicago dans la mesure où la Cour y évalue de façon rigoureuse les conditions d'existence et de transfert du pouvoir de marché, que la majorité a refusé de reconnaître en l'espèce un pouvoir de marché sur le produit liant et qu'une opinion dissidente a clairement demandé l'abandon de la condamnation *per se* des ventes liées.

25 TPICE, 12 déc. 1991, aff. T-30/89, Rec. 1991, II, 1439, LawLex20020000240JBJ ; CJCE, 2 mars 1994, aff. C-53/92, Rec. 1994, I, 667, LawLex200203887JBJ.

26 TPICE, 6 oct. 1994, aff. T-83/91, Rec. 1994, II, 755, LawLex200203862JBJ ; CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-333/94 P, Rec. I, 5951, LawLex200203777JBJ.

27 Cass. Com., 24 mars 2004, 2007-53, LawLex200500004622JBJ ; TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-201/04, LawLex200700001365JBJ.

82, devenu 102 TFUE, aux pratiques d'exclusion abusives des entreprises en position dominante (ci après, communication sur l'application de l'article 102 TFUE)²⁸.

4. Le droit français a connu une évolution identique. Dans un premier temps, le Conseil de la concurrence sanctionnait pour elles-mêmes les remises de couplage²⁹ – les ventes liées strictement dites ne se rencontrant pas en pratique car elles étaient aussi interdites *per se* en droit français des pratiques restrictives de concurrence. Avec l'affaire du tarif promotionnel longue distance de France Télécom, où était en cause un droit de riposte³⁰, et surtout celle des pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage³¹, il a rompu avec cette approche et fait sien la doctrine de la Commission³².

5. L'analyse des ventes liées a connu un cycle parallèle dans d'autres branches du droit. En matière de pratiques restrictives, la loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales n° 96-588 du 1er juillet 1996, dite loi Galland, a mis un terme à la prohibition des ventes liées entre professionnels. En droit de la consommation, l'article L. 122-1 du Code de la consommation interdit toujours pour elles-mêmes les ventes liées. Mais la Cour de Justice considère qu'il convient de substituer à cette interdiction absolue une appréciation au cas par cas, au regard des critères posés par la directive 2005/29/CE pour apprécier les pratiques commerciales déloyales à l'égard du consommateur³³.

6. Dans le cadre de l'approche par les effets, les autorités de concurrence appliquent une grille d'appréciation des ventes liées posée pour la première fois dans l'affaire *Microsoft*. Cinq conditions juridiques sont posées pour caractériser un abus de position dominante par ventes liées. Les deux premières sont liées à la matérialité de l'infraction. L'élément matériel de l'infraction suppose qu'il y ait bien vente liée : (1) le produit liant et le produit lié doivent être deux produits distincts ;

(2) les consommateurs ne doivent pas pouvoir acquérir le produit liant sans le produit lié. Ce seul élément matériel ne rend pas la vente liée condamnable. Pour qu'intervienne une sanction, trois conditions supplémentaires sont posées : (3) l'entreprise concernée doit détenir une position dominante en principe sur le marché du produit liant ; (4) la pratique en cause doit restreindre la concurrence ; (5) la vente liée en cause ne doit pas être objectivement justifiée, en particulier par des défenses d'efficacité. *Prima facie*, la grille d'analyse est claire, et rigoureuse. Mais les entreprises soumises à un grief d'abus de position dominante ne doivent pas surestimer la protection qu'elles peuvent trouver dans la nécessité de réunir ces cinq conditions : les éléments constitutifs de l'infraction sont interprétés de façon large tandis que les circonstances susceptibles de justifier les ventes liées font l'objet d'une interprétation généralement stricte.

I. Matérialité du grief : Une vente liée

1. La nécessité d'établir que les produits liés sont distincts

7. Posée sous l'influence du droit américain³⁴, l'exigence est classique : dans l'affaire *Hilti*³⁵, se posait la question de savoir si pistolets et chargeurs de clous étaient substituables ; dans l'affaire *Tetra Pak II*³⁶, si les machines utilisées pour mettre en le lait en carton et les cartons l'étaient ; dans les affaires *Microsoft I*³⁷ et *II*³⁸, si systèmes d'exploitation informatiques d'une part et lecteurs multimédias ou navigateurs internet de l'autre l'étaient. Dans la première affaire *Microsoft*, la Commission approuvée par le Tribunal a considéré que tel était le cas, malgré le fait que la pratique de couplage était conforme aux usages commerciaux³⁹ : il existait bien une demande spécifique pour les lecteurs multimédia, développés de manière autonome par certains opérateurs et offerts séparément par Microsoft. L'existence d'une

28 JOCE, 24 fév. 2009 ; voir aussi, le document de réflexion sur l'application des règles de concurrence relatives aux abus de position dominante que la Commission avait soumis aux observations des tiers intéressés, IP/05/1626, 19 déc. 2005.

29 Cf. affaire *Lilly-France* (Cons. Conc., n° 96-D-12, 5 mars 1996, LawLex200202462JBJ, CA Paris, 6 mai 1997, LawLex200202467JBJ ; Cass. Com., 15 juin 1999, LawLex200202453JBJ) ; affaire *Novartis* (Cons. Conc., n° 03-D-35, 24 juillet 2003, LawLex200300002772JBJ, CA Paris, 30 mars 2004, LawLex20040000744JBJ) ; affaire de l'insémination artificielle bovine (Cons. Conc., n° 04-D-49, 28 oct. 2004, LawLex200400002756JBJ).

30 Cons. Conc., n° 04-D-22, 21 juin 2004, LawLex200400001646JBJ.

31 Cons. Conc., n° 05-D-13, 18 mars 2005, LawLex200500005289JBJ, où le Conseil indique : "Ainsi, en l'espèce, la position dominante occupée par la société Canal Plus sur le marché de la télévision à péage ne saurait justifier que lui soit, a priori et par principe, interdit le lancement d'offres couplant la chaîne Canal Plus au bouquet CanalSatellite. Il convient donc de rechercher si cette pratique revêt un objet où présente des effets anticoncurrentiels [...] Il n'est donc pas démontré [que la pratique] ait eu des effets anticoncurrentiels veuille répercuter cette économie à ses clients. Il s'agirait alors d'un comportement pro-concurrentiel" (confirmé par CA Paris, 15 novembre 2005, LawLex2005000010168JBJ).

32 Voir aussi les décisions ultérieures et notamment Cons. Conc., n° 05-D-58, 3 nov. 2005, LawLex20050000932JBJ (secteur de l'eau potable en Ile-de-France) ; Cons. Conc., n° 06-D-18, 28 juin 2006, LawLex200600001590JBJ (publicité cinématographique) ; Cons. Conc., n° 08-D-10, 7 mai 2008, LawLex20080000561JBJ.

33 Cf. CJCE, aff. jointes C-261/07 et C-299/07, 23 avr. 2009 : "La directive [sur les pratiques commerciales déloyales] doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause dans les litiges au principal, qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur". Et appliquant ces principes, CA Paris, 14 mai 2009, RG 09/03660 (pouvoi en cours).

34 Cf. *Jefferson Parish Hospital District n° 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984) "In *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 U.S. 594 (1953), the Court held that a tying arrangement was not present because the arrangement did not link two distinct markets for products that were distinguishable in the eyes of buyers. In [466 U.S. 2, 20] *Fortner I*, the Court concluded that a sale involving two independent transactions, separately priced and purchased from the buyer's perspective, was a tying arrangement. These [466 U.S. 2, 21] cases make it clear that a tying arrangement cannot exist unless two separate product markets have been linked. The requirement that two distinguishable product markets be involved follows from the underlying rationale of the rule against tying. The definitional question depends on whether the arrangement may have the type of competitive consequences addressed by the rule. The answer to the question whether petitioners have utilized a tying arrangement must be based on whether there is a possibility that the economic effect of the arrangement is that condemned by the rule against tying – that petitioners have foreclosed competition on the merits in a product market distinct from the market for the tying item. Thus, in this case no tying arrangement can exist unless there is a sufficient demand for the purchase of anesthesiological services separate from hospital services [466 U.S. 2, 22] to identify a distinct product market in which it is efficient to offer anesthesiological services separately from hospital services."

35 Précitée note 3.

36 Précitée note 4.

37 Précitée note 5.

38 La procédure a été clôturée suite à des engagements pris par Microsoft. Cf. décision de la Commission du 16 décembre 2009, aff. COMP/C-3/39.530.

39 Dans un marché où l'usage était aussi imposé par Microsoft, qui le contrôle à 95 %, ce que relève le Tribunal.

demande autonome des consommateurs est la question à résoudre pour savoir si les produits sont ou non distincts. La Commission a précisé dans sa communication sur l'application de l'article 102 TFUE, les facteurs permettant de l'apprécier⁴⁰ : il faudra se demander si, en l'absence de vente liée ou groupée, de nombreux clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acquérir également le produit lié auprès du même fournisseur, permettant de la sorte une production indépendante du produit liant comme du produit lié. Des preuves directes peuvent en attester mais il est aussi possible de se référer à des preuves indirectes : présence sur le marché d'entreprises spécialisées dans la production ou la vente du produit lié sans le produit liant ou de chacun des produits groupés par l'entreprise dominante, éléments indiquant que les entreprises ne jouissant que d'un pouvoir de marché limité ont tendance à ne pas grouper ni lier les produits en question. La question n'est pas toujours aisée à trancher, notamment en cas d'intégration physique et technique et du fait d'une évolution toujours possible de la demande des consommateurs. Dans l'affaire *Microsoft*, le Tribunal a reconnu que : *“le secteur des technologies de l'information et de la communication est un secteur en constante et rapide évolution, de sorte que des produits qui, au départ apparaissaient comme distincts peuvent ultérieurement être considérés comme n'en formant qu'un, aussi bien du point de vue technologique qu'au regard des règles de concurrence”*.

8. Au-delà de cette difficulté, l'exigence paraît toute relative. D'abord, parce que les autorités de concurrence peuvent utiliser une segmentation extrêmement fine du marché pour établir l'existence de deux marchés distincts, même s'ils sont très proches. Dans l'affaire des pratiques mises en œuvre par le groupe La Dépêche du Midi⁴¹, a ainsi été sanctionné un couplage réalisé par une entreprise en position dominante sur le marché de la presse quotidienne régionale *“pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, complémentaire du point de vue des commissaires-priseurs, de la publicité dans les hebdomadaires départementaux”*. Ensuite, parce qu'on trouve, au moins en droit interne, des précédents de condamnation de pratiques de couplage pour des produits appartenant à un même marché. Dans l'affaire de la vente d'espaces publicitaires dans les quotidiens Le Méridional et Le Provençal⁴², le Conseil avait sanctionné le couplage pratiqué alors que les deux quotidiens appartenaient au même marché, celui de la publicité dans la presse quotidienne à Marseille. Dans l'affaire *TPS*⁴³, même si la pratique n'avait pas in fine été sanctionnée, ni le Conseil ni la Cour n'avaient exclu par principe qu'elle puisse l'être alors que l'opérateur dénonçait les pratiques de couplages dans la vente de la chaîne Canal + et du bouquet CanalSatellite, appartenant tous deux au marché de la télévision payante.

40 Précitée note 6, spécialement § 51.

41 Cons. Conc., n° 04-D-56, 15 nov. 2004, LawLex200400003254JBI.

42 Décision n° 05-D-44, 21 juill. 2005, LawLex200500008923JBI.

43 Précitée note 9.

2. La nécessité d'établir l'existence d'une liaison entre les produits

9. Ici aussi, l'exigence est apparemment classique et rigoureuse. Elle est inspirée du droit antitrust américain et consiste à se demander si les consommateurs ont ou non le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié. Dans l'affaire *Jefferson Parish*⁴⁴, la Cour suprême soulignait : *“Our cases have concluded that the essential characteristic of an invalid tying arrangement lies in the seller's exploitation of its control over the tying product to force the buyer into the purchase of a tied product that the buyer either did not want at all, or might have preferred to purchase elsewhere on different terms. When such «forcing» is present, competition on the merits in the market for the tied item is restrained and the Sherman Act is violated.”*

10. Mais en droit communautaire et en droit national, la jurisprudence applique l'analyse en termes de ventes liées à des situations dans lesquelles les consommateurs ont le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié. L'Autorité de la concurrence l'a récemment rappelé : *“L'Autorité de la concurrence, comme la Commission européenne ou leurs juridictions de contrôle, distingue plusieurs types de ventes couplées selon la nature du lien existant entre les produits : contractuel, technique, ou résultant d'une incitation, comme par exemple d'un avantage tarifaire octroyé en cas d'achat conjoint des deux produits : – les « ventes groupées pures », c'est-à-dire les ventes liées du fait de l'imposition exclusivement commerciale d'une obligation d'acheter deux ou plusieurs produits ensemble ; – les « ventes groupées techniques », c'est-à-dire les ventes liées du fait de l'intégration technique des produits ; – les « ventes groupées mixtes », c'est-à-dire le fait de vendre plusieurs produits ensemble à de meilleures conditions que celles proposées si les produits sont achetés séparément (les deux produits pouvant toutefois être achetés séparément, contrairement aux ventes groupées pures)”*⁴⁵. Les autorités de concurrence sont intervenues très tôt pour sanctionner les remises de couplage⁴⁶. Elles considèrent cependant que : *“les effets des ventes groupées mixtes sont moins importants, une « offre de couplage mixte et non pur » ayant des « effets [...] évidemment moins importants, l'achat séparé restant toujours possible »*⁴⁷. Dans sa communication sur l'application de l'article 102 TFUE, la Commission propose d'ailleurs une grille d'analyse propose aux rabais multi-produits⁴⁸. L'intervention des autorités de concurrence ne se limite

44 Précitée note 2.

45 Avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle, pt 8, citant l'arrêt du TPICE du 14 déc. 2005, *General Electric Company/Commission*, T-210/01 (Rec. p. II-5575, pt 406) et la communication de la Commission sur l'application de l'article 102 TFUE.

46 Dans l'affaire *Digital*, qui date de 1997, la Commission avait ouvert une procédure contre les pratiques de l'entreprise consistant à rendre la vente de deux produits offerts séparément beaucoup plus attractive en cas d'achat groupé. Le dossier a été clos suite à des engagements de Digital de ne pas offrir de réduction de prix supérieure à 10 % en cas d'achat groupé (cf. IP/97/868).

47 Cf. pt 33 de l'avis de l'Autorité de la concurrence n° 01-A-13 précité, citant la décision n° 05-D-13 du 18 mars 2005 relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage et indiquant : *“La décision relève que Canal Plus avait déjà pratiqué des offres couplées avant même l'apparition de TPS, son principal concurrent, et conclut à l'absence d'effets anticoncurrentiels de l'offre litigieuse au vu de la durée de l'offre (5 mois), de l'absence de campagne publicitaire d'envergure et de l'évolution positive des parts de marché du principal concurrent de Canal Plus.”*

48 Cf. pts 59 et ss.

cependant pas aux remises de couplage et englobe d'autres pratiques commerciales ayant le même effet et reposant sur le même mécanisme. Dans l'affaire *Novo Nordisk*⁴⁹, la Commission a ainsi mis en cause les pratiques d'un opérateur dominant refusant d'assurer la garantie pour ses produits lorsque ceux-ci étaient utilisés avec des composants produits par d'autres fabricants.

II. Effectivité du grief

1. La nécessité d'établir une position dominante sur le marché du produit liant

11. L'arrêt Microsoft indique clairement que, pour que la vente liée soit sanctionnée, il faut établir une position dominante sur le marché du produit liant. Cette exigence est reprise par la Commission dans sa communication sur l'application de l'article 102 TFUE⁵⁰. Si ce critère est traditionnel, il n'en est pas moins relatif.

12. On sait que l'autorité de contrôle peut avoir tendance à redéfinir le marché pour pouvoir appréhender les pratiques qui lui sont soumises. Il en fut ainsi, à titre d'exemple, en ce qui concerne l'analyse du marché des aliments secs : alors que la Commission avait autorisé une concentration réalisée par Royal Canin en constatant qu'elle n'aboutissait pas à créer de position dominante⁵¹ – aucune segmentation selon les canaux de distribution n'étant opérée – le Conseil de la concurrence approuvé par la Cour d'appel s'est fondé sur cette segmentation pour sanctionner, au contentieux, un abus de position dominante⁵². Pour la Cour, "Il ne saurait être reproché au Conseil, statuant sur des pratiques anticoncurrentielles relevées entre 1998 et 2000, de ne pas avoir repris l'analyse de la Commission européenne à l'occasion de l'opération de concentration Masterfoods/Royal Canin, cette analyse ne s'imposant pas à lui dès lors que, ainsi qu'il l'a relevé avec pertinence (pts 161 à 163), elle a été rendue dans le cadre du contrôle d'une concentration internationale et qu'elle prend en compte, non seulement la situation constatée en 2001 et 2002 mais également les effets de la concentration ainsi qu'éventuellement les facteurs d'évolution ultérieurs"⁵³.

13. Mais la relativité du critère ne s'arrête pas là. La Commission a déjà par le passé dit des pratiques de couplage contraires à la prohibition de l'entente⁵⁴. Les lignes

directrices sur les restrictions verticales accompagnant le règlement n° 330/2010⁵⁵ le rappellent : "Une vente liée peut également constituer une restriction verticale relevant de l'article 101 lorsqu'il en résulte une obligation du type monomarquisme (voir les pts 129 à 150) pour le produit lié". Une pratique de vente liée peut donc être sanctionnée même en l'absence de position dominante sur le marché du produit liant. La position du fournisseur sur ce marché demeure cependant importante : d'une part parce que jusqu'à 30 % de parts de marché sur les marchés des produits liant et lié (et sous réserve d'un examen des parts de marché des acheteurs), un accord de couplage bénéficierait de l'exemption par catégorie⁵⁶ ; d'autre part parce qu'elle constitue selon la Commission le principal critère d'appréciation des effets de la pratique lorsque l'exemption ne s'applique pas⁵⁷. On pourrait de la même façon concevoir un abus si l'entreprise est en position dominante sur le marché du produit lié : aux États-Unis, la Cour suprême a admis dans l'affaire *Eastman Kodak Co v. Image Technical Services Inc.*⁵⁸ qu'une entreprise pouvait utiliser son pouvoir de marché sur le marché du produit lié, même en l'absence de pouvoir de marché sur le marché du produit liant.

2. La nécessité d'établir une restriction de concurrence

14. L'abandon de la présomption de restriction de concurrence liée aux ventes liées peut permettre aux entreprises d'échapper à la prohibition de l'abus⁵⁹. L'affaire des pratiques des NMPP sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro et des marchés d'activités connexes en fournit un exemple paroxystique⁶⁰ : faute de concurrent sur le marché du produit lié, la pratique ne pouvait avoir eu pour objectif ou pour effet de réduire la concurrence sur ce marché et n'a pas été sanctionnée. Pour qu'elle le soit, l'autorité de poursuite doit établir concrètement que la pratique a pour effet de fausser la concurrence. Le principal risque d'atteinte à la concurrence lié à la pratique de couplage tient à l'éviction des concurrents. Pour l'apprécier, la Commission prend en compte les critères généraux qu'elle utilise pour l'appréciation des comportements d'éviction des entreprises en position dominante⁶¹ : position dominante forte ; conditions du marché ; position des concurrents de l'entreprise dominante ; position des clients ou des fournisseurs d'intrants ; porte du comportement abusif présumé ; preuves éventuelles d'une éviction réelle ; preuves directes d'une stratégie d'éviction. Mais elle prend aussi en compte, en matière de ventes liées, des éléments spécifiques⁶² : caractère durable

49 Cf. Trente-sixième Rapport sur la concurrence, pt 62.

50 Cf. pt 50. "En principe, la Commission interviendra au titre de l'article 82 lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché liant".

51 Casen° COMP/M.2544, 15 fév. 2002, *Masterfoods/Royal Canin*, LawLex200400003115JBI.

52 Décision n° 05-D-32 du 22 juin 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution, LawLex200500006651JBI, confirmée par Paris, 4 avril 2006, LawLex200600001057JBI.

53 Sur cette question, L. Vogel et J. Vogel, "Comment définir le marché pertinent ?", *Concurrences*, n° 4-2009.

54 Décision de la Commission du 10 janvier 1979, 79/86/CEE (IV/C-29.290, *Vaessen/Moris*) : couplage entre bénéfice d'un brevet et fourniture des matières utilisées pour faire fonctionner le brevet et fabriquer le produit fini.

55 Lignes directrices (ci-après LD) sur les restrictions verticales, 2010/C, JOCE C130/01.

56 § 218 des LD sur les restrictions verticales.

57 § 219 des LD sur les restrictions verticales.

58 504 US 451 (1992).

59 Cf. pour l'un des premiers exemples en droit français, l'affaire *TPS*, précitée note 9, la Cour concluant à l'absence d'effet en soulignant qu'il s'agissait d'un rabais multi-produits et non d'une vente liée stricto sensu, que l'offre n'a duré que cinq mois et n'a été diffusée que par marketing direct, que TPS avait connu une forte progression et augmenté ses tarifs.

60 N° 06-D-16, 20 juin 2006, LawLex200600001588JBI.

61 Cf. § 52 de la communication sur l'application de l'article 102 TFUE.

62 Cf. § 53 et ss. de la communication sur l'application de l'article 102 TFUE.

de la stratégie de vente liée ou groupée, la subordination technique qu'il est coûteux d'abandonner étant regardée avec d'autant plus de suspicion qu'elle réduit les possibilités de revente de composants individuels ; détention d'une position dominante pour plusieurs des produits groupés car plus ils sont nombreux, plus la probabilité d'une éviction anticoncurrentielle est forte. La Commission prend aussi en compte le risque que la vente liée aboutisse à des prix supra-concurrentiels⁶³, risque qui peut se manifester dans les cas suivants :

→ lorsque les clients souhaitant acheter le produit lié, mais pas le produit liant car la vente liée peut les exposer à des prix plus élevés ;

→ si la vente liée et le produit lié peuvent être utilisés dans des proportions variables comme intrants dans un processus de production, la vente liée permettant à l'entreprise en position dominante d'éviter une substitution entre les produits de manière à pouvoir relever ses prix ;

→ si les prix des produits liant sont réglementés car la pratique de vente liée peut permettre à l'entreprise en position dominante de relever ses prix sur le marché lié afin de compenser la perte de recettes imputable à la réglementation du marché liant.

15. Si la Commission a pris soin de préciser ses critères d'appréciation, cette condition demeure celle pour laquelle la marge d'appréciation de l'autorité de poursuite est la plus importante. Et il n'est pas certain qu'elle donne aux entreprises en position dominante autant de marge de manœuvre qu'aurait permis de le penser l'abandon de la prohibition *per se*. On assiste en effet à un retour des autorités de poursuite à une conception large de la sanction : même en l'absence d'effet sur la concurrence avéré, la pratique peut être sanctionnée si elle a pour effet potentiel de fausser la concurrence. Dans l'affaire *Microsoft*, après avoir rappelé que : “*Dans l'arrêt Van den Bergh, le TPI a conclu qu'il n'était pas nécessaire que la restriction de concurrence, au regard de l'article 82, résultant d'une clause d'exclusivité aboutisse à une fermeture totale du marché, mais qu'elle devait être non négligeable. Dans ses récents arrêts Michelin et British Airways, qui concernent des rabais de fidélité, le TPI a souligné qu'il n'était pas nécessaire de démontrer une restriction concrète de la concurrence du fait du comportement abusif et qu'il suffisait de démontrer que ce comportement était susceptible d'avoir un tel effet*”, la Commission a condamné l'entreprise en se fondant sur le “*risque significatif que la pratique de ventes liées [...] conduise à un affaiblissement de la concurrence tel que le maintien d'une structure de concurrence effective ne soit plus assuré dans un proche avenir*”. Le risque concret d'une prise en compte très large de l'effet potentiel est de conduire *de facto* au retour à une interdiction *per se*. À cet égard, autant la prise en compte d'un effet potentiel apparaît légitime en présence d'une pratique qui n'a pas encore produit ses effets, autant elle paraît incohérente *a posteriori* pour condamner après coup une pratique qui n'a produit aucun effet avéré, au

titre de l'effet potentiel qu'elle aurait pu avoir mais n'a pas eu. Ce risque n'est pas purement théorique : dans l'affaire de la desserte maritime de la Corse, la Cour d'appel de Paris a confirmé la condamnation de la SNCM pour avoir fait une offre groupée jamais appliquée puisque l'appel d'offres avait été annulé, en soulignant : “*la présentation [...] de son offre d'août 2006 avait potentiellement un effet d'éviction de la concurrence*”⁶⁴.

3. La justification des ventes liées

16. En matière de ventes liées, comme pour les autres pratiques mises en œuvre par les entreprises en position dominante, les autorités de poursuite admettent désormais qu'elles puissent les justifier, et ce même si un effet anticoncurrentiel a été constaté. La communication de la Commission sur l'application de l'article 102 énumère les éléments qui, en matière de ventes liées, peuvent être pris en compte comme élément de justification⁶⁵ : réalisation d'économies dans la production ou la distribution, dont les clients tireraient profit ; réduction des coûts de transaction pour les clients, qui devraient à défaut acheter les composants séparément, et de coûts d'emballage et de distribution pour les fournisseurs ; renforcement de la capacité de mettre un produit sur le marché au profit des consommateurs ; répercussion par le fournisseur des gains d'efficacité découlant de la production ou de l'achat de grandes quantités du produit lié. La Commission réintroduit ainsi très largement les conditions d'application de l'article 101 § 3, qui sont assez restrictives, notamment les deux dernières : caractère indispensable de la restriction ; absence d'élimination de la concurrence. Dans l'affaire *Microsoft*, si la Commission et le Tribunal n'ont pas contesté les avantages résultant pour les consommateurs de l'intégration des produits pour obtenir un produit prêt à l'emploi, ils ont rejeté la défense du fabricant informatique en considérant que la restriction de concurrence n'était pas indispensable. De fait, les autorités de contrôle font preuve de sévérité dans l'admission des justifications à la pratique de couplage. Dans l'affaire *Microsoft*, l'entreprise avait mis en avant cinq types de justifications : protection du modèle commercial, présence uniforme d'une fonctionnalité et normalisation de fait, offre d'une solution intégrée aux consommateurs, meilleures performances techniques en cas de liaison et problèmes techniques en l'absence de ventes liées ; elles ont toutes été rejetées, parce que jugées selon le cas non pertinentes, non démontrées ou non suffisantes.

17. Relevons sur ce point les précisions intéressantes figurant dans la décision *Microsoft* quant à la charge de la preuve : pour le TPICE, “*si la charge de la preuve quant à l'existence des circonstances constitutives d'une violation de l'article 82 CE repose sur la Commission, c'est toutefois à l'entreprise dominante concernée, et non à la Commission, qu'il incombe, le cas échéant, et avant la fin de la procédure administrative, de faire valoir une éventuelle justification objective et d'avancer, à cet égard, des arguments et des éléments de preuve. Il appartient ensuite à la Commission, si elle entend conclure*

⁶³ Cf. pt 55 et ss. de la communication sur l'application de l'article 102 TFUE. Les LD sur les restrictions verticales identifient elles-aussi clairement les deux types d'atteinte à la concurrence qui peuvent résulter d'une pratique de vente liée : éviction des concurrents (§ 216) et fixation des prix au-dessus du niveau concurrentiel (§ 217).

⁶⁴ CA Paris, 9 mars 2010, LawLex20100000281JBJ, approuvant la décision du Conseil de la concurrence n° 09-D-10, 27 fév. 2009, LawLex20090000798JBJ.

⁶⁵ Cf. § 62.

à l'existence d'un abus de position dominante, de démontrer que les arguments et les éléments de preuve invoqués par ladite entreprise ne sauraient prévaloir et, partant, que la justification présentée ne saurait être accueillie.”

18. Les ventes liées ouvrent un champ de discussion quasi infini, tant les conditions de l'incrimination sont élastiques. Gageons qu'il soit appelé à se développer encore tant les divergences d'approche sont aussi importantes entre économistes. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par dix chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadia Calvino, Thierry Dahan, John Fingleton, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Mario Monti, Viviane Reding, Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott, Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, John Connor, Dominique de Gramont, Damien Gérardin, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Didier Theophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, *Legal privilege*, *Cartel Profiles in the EU*...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...



Droit et économie

Emmanuel COMBE, Philippe CHONÉ, Laurent FLOCHÉL, Penelope PAPANDEPOULOS, Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

Chroniques

ENTENTES

Michel DEBROUX
Laurence NICOLAS-VULLIERME
Cyril SARRAZIN

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY
Anne-Lise SIBONY
Anne WACHSMANN

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel CHAGNY
Mireille DANY
Marie-Claude MITCHELL
Jacqueline RIFFAULT-SILK

DISTRIBUTION

Nicolas ERESEO
Dominique FERRÉ
Didier FERRIÉ

CONCENTRATIONS

Olivier BILLIARD, Jacques GUNTHER, David HULL, Stanislas MARTIN, Igor SIMIC, David TAYAR, Didier THÉOPHILE

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves CHÉROT
Jacques DERENNE
Christophe GIOLITO

PROCÉDURES

Pascal CARDONNEL
Christophe LEMAIRE
Agnès MAÏTREPIERRE
Chantal MOMÈGE

RÉGULATIONS

Joëlle ADDA
Emmanuel GUILLAUME
Jean-Paul TRAN THIET

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du MARAIS
Stéphane RODRIGUES
Jean-Philippe KOVAR

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique DAUDRET-JOHN
François SOUTY
Stéphanie YON

Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN
Umberto BERKANI
Alain RONZANO

Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)

Revue Concurrences Review Concurrences	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	445 €	454,35 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	395 €	472,42 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + free access to e-archives)</i>	645 €	771,42 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | e-bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription + free access to e-archives</i>	575 €	687,7 €
---	-------	---------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	745 €	891,02 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions) + e-bulletin</i>	845 €	1010,62 €

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* : e-mail :

Institution | *Institution* :

Rue | *Street* : Ville | *City* :

Code postal | *Zip Code* : Pays | *Country* :

N° TVA intracommunautaire/ *VAT number (EU)* :

Formulaire à retourner à | Send your order to

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com
Fax : + 33 (0)1 42 77 93 71

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France : 30 € | 30 € extra charge for sending hard copies outside France