



Institut Economique Molinari www.institutmolinari.org
Rue du Luxembourg, 23, bte 1 1000 Bruxelles Belgique

Contacts :

Cécile Philippe au +32 (0) 2/506 40 06 – cecile@institutmolinari.org
Xavier Méra au +32 (0) 2/506 40 04 – xavier@institutmolinari.org

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses - Commentaire

La vente liée et l'intégration des produits nuisent-elles aux consommateurs ?

« L'application de l'article 82 se focaliser sur de véritables problèmes de concurrence, autrement dit, sur des comportements dont les effets restrictifs sur le marché nuisent aux consommateurs. » rapportait le 23 septembre 2005 Neelie Kroes, commissaire à la concurrence de la Commission européenne, devant un parterre de juristes spécialisés¹. L'article 82 condamne spécifiquement « l'abus de position dominante » : indépendamment de toute restriction légale à la libre entrée sur un marché, les consommateurs pourraient être victimes de firmes ayant un « pouvoir de marché substantiel »².

Loin de considérer l'instauration du marché libre comme le meilleur moyen de faire prévaloir les intérêts des consommateurs sur les intérêts particuliers des producteurs, la Commission considère que les « forces du marché » doivent être canalisées. Lorsqu'une firme est en position dominante, elle peut exclure des concurrents grâce à des pratiques dites restrictives, telles que la vente liée ou l'intégration de plusieurs produits en un seul « package ». Une firme saisissant de telles opportunités nuit au consommateur en le privant des solutions plus satisfaisantes que lui auraient proposées les concurrents ainsi exclus³.

Au moment où la Commission propose un réexamen des modalités d'application de l'article 82⁴, il convient de mettre à jour le caractère erroné de sa conception des pratiques « restrictives ». La vente liée et l'intégration de différents produits n'exigent aucune

¹ Cf. Neelie Kroes: *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82 – Speech at the Fordham Corporate Law Institute*: <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

² *ibid.*

³ Cf. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pp. 54-60: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

⁴ Cf. *Article 82 Review*: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html

intervention des pouvoirs publics pour préserver les consommateurs de ces prétendus abus. Ces pratiques leur rendent souvent service et c'est précisément en laissant jouer à plein la liberté contractuelle dans ce domaine que les décisions de lier ou non des produits peuvent être le plus possible en harmonie avec leurs préférences, même lorsqu'une firme est en position dominante. C'est au contraire en supervisant l'élaboration et la vente des produits que les autorités gouvernementales défient les préférences des consommateurs.

Inconvénients et avantages de la vente liée et de l'intégration pour les consommateurs

On parle de « vente liée » lorsque la vente d'un produit est conditionnée à une autre transaction. Un individu ou une entreprise n'accepte de vendre le produit que si son acheteur accepte d'acquérir un autre produit du même vendeur ou d'un autre vendeur désigné par le premier. On appelle « produit liant » le premier bien et « produit lié » le second. On parle « d'intégration » des produits lorsqu'un assortiment de plusieurs produits est vendu en un seul « package ».

L'intégration ou la vente liée peut présenter des inconvénients. Considérons par exemple l'achat d'un ordinateur fourni avec un système d'exploitation et un certain nombre de logiciels déjà installés, un traitement de texte, un logiciel de dessin, etc. C'est un cas flagrant d'intégration. Il est évidemment possible que l'acheteur potentiel n'ait que faire du logiciel de dessin ou qu'il préfère un autre traitement de texte. L'intégration et la vente liée sont des pratiques fréquentes. Des automobiles sont vendues avec des autoradios, des photocopieuses avec de l'encre, etc. Les exemples sont innombrables et dans tous les cas, il est envisageable que les consommateurs se voient proposer un assortiment de biens inférieur à ce qui peut être obtenu lors de transactions séparées.

Si la vente liée ou l'intégration des produits peut présenter des inconvénients pour les consommateurs, elle peut aussi leur être avantageuse. Ainsi, un ordinateur et des logiciels sont généralement considérés comme des biens complémentaires. Autrement dit, l'ordinateur est acheté pour utiliser certaines applications. Lorsqu'on a affaire à des produits complémentaires, la vente liée ou l'intégration peut fournir un avantage significatif : obtenir les biens désirés à moindre coût, prêts à l'emploi.

Un exemple familial devrait éclairer ce point. Lorsqu'on désire manger un sandwich, l'achat séparé d'une demi-baguette et de quelques tranches de jambon ne suffit pas à obtenir ce qu'on veut. Le sandwich n'est pas prêt. La question est : faut-il se le faire soi-même ou laisser quelqu'un d'autre s'en occuper ?⁵. Il peut être avantageux d'acheter directement le sandwich déjà prêt, le jambon étant « intégré » au pain, parce qu'on « n'a pas de temps à perdre avec ça ». La pérennité des commerces dédiés spécifiquement à la pause-déjeuner des employés de bureau témoigne des services rendus par une telle « intégration ».

Ainsi, même lorsque le prix d'un assortiment de produits est supérieur à la somme des prix payés dans des transactions séparées pour les mêmes produits, l'intégration ou la vente liée peut s'avérer intéressante : le consommateur considère qu'il vaut mieux dépenser la somme additionnelle plutôt que de préparer lui-même l'assortiment⁶. Si cela est évident pour un

⁵ On laisse généralement à d'autres la production du pain, parce qu'on peut en obtenir plus facilement grâce aux revenus obtenus en concentrant ses efforts productifs dans un domaine où on est relativement plus compétent. Il s'agit des gains de productivité qu'on peut obtenir par la division du travail. Pour réaliser ce qu'on doit au développement de la division du travail, il suffit de se demander comment on aurait pu obtenir autrement tout ce dont on dispose, non seulement de la nourriture mais toutes les nécessités de la vie. De toute évidence, la plupart d'entre nous ne pourrait même pas survivre si chacun devait isolément produire tout ce dont il a besoin.

⁶ De plus, la vente liée ou l'intégration des produits permet souvent aux producteurs de diminuer leurs dépenses unitaires de production, par exemple en faisant des économies sur l'emballage, le stockage, et plus généralement sur les « coûts de vente ». Il peut alors être profitable de vendre l'assortiment intégré à un prix inférieur à la somme des prix des produits séparés.

sandwich que tout le monde serait capable de faire lui-même, l'avantage de l'intégration devrait être encore plus évident pour des produits dont la combinaison requiert des connaissances qui ne sont pas données à tout le monde.

Le vendeur d'un produit est souvent en meilleure position qu'un acheteur pour savoir comment il fonctionne avec des produits complémentaires. En choisissant pour l'acheteur quel logiciel devrait être intégré avec le système d'exploitation d'un ordinateur, il s'assure que l'assortiment désiré par le consommateur fonctionne aussi bien que possible. Si des passionnés d'informatique ou des personnes recherchant des produits bien spécifiques peuvent préférer un ordinateur « en kit », d'autres utilisateurs bénéficieront grandement de l'achat d'un ensemble prêt à l'emploi, leur économisant une recherche fastidieuse d'informations sur les différents produits, ainsi que le temps et les déplacements nécessaires à leurs achats séparés.

Ainsi, les ventes liées et l'intégration des produits ne peuvent pas être considérées *a priori* comme nuisibles. Comme d'autres choix commerciaux, elles peuvent bénéficier ou non aux consommateurs suivant les cas.

Identifier la pratique abusive : la théorie erronée du « verrouillage » du marché

Dès lors qu'il est établi que les ventes liées ou l'intégration de différents produits peuvent être bénéfiques aux consommateurs, la seule observation de telles pratiques ne permet pas de conclure que ceux qui les mettent en œuvre se livrent à des pratiques « anticoncurrentielles ». Il devient nécessaire d'établir un critère permettant de distinguer les pratiques « normales », bénéficiant aux consommateurs et les pratiques « restrictives », nuisant aux consommateurs. La Commission européenne reconnaît que « la vente liée et l'intégration sont des pratiques fréquentes qui n'ont souvent aucune conséquence anticoncurrentielle »⁷. Elle doit donc proposer des critères permettant de distinguer ce qui est légal et ce qui ne l'est pas.

Selon la Commission, le problème est que par effet de levier, la firme en position dominante sur le marché du produit liant peut exclure des concurrents sur le marché du produit lié parce que la demande sur ce marché dépend fortement de l'autre marché. Le système d'exploitation Windows étant en position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation, l'intégration d'un lecteur multimédia permet à Microsoft d'améliorer sa position sur ce marché sans offrir de bénéfice substantiel au consommateur. La plupart des consommateurs auraient préféré l'assortiment du système d'exploitation Windows à un autre lecteur multimédia que celui proposé par Microsoft s'ils en avaient eu le choix mais l'intégration restreint ce choix en « verrouillant » l'accès au marché des concurrents.

La Commission prétend que l'intégration ou la vente liée est anticoncurrentielle lorsqu'elle a cet effet de verrouillage sur le marché, c'est-à-dire lorsqu'elle a pour conséquence « d'empêcher partiellement ou complètement des concurrents existants ou potentiels de tirer profit de l'accès au marché ou de leur expansion sur ce marché »⁸. Ce principe, visant à distinguer la « bonne » intégration et la « mauvaise », est fondamentalement erroné.

« Qui prouve trop ne prouve rien », dit le proverbe, car offrir les meilleures solutions aux consommateurs empêche aussi des concurrents de croître ou d'accéder au marché !

⁷ Cf. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, p. 54, § 178: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

⁸ Cf. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, p. 4, § 1: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

Comment différencie-t-on alors cette situation d'un abus ? Le « verrouillage » n'est pas une réponse. La réalisation d'une transaction implique toujours une exclusion. Qu'on achète un ordinateur ou un sandwich, la somme dépensée dans cet achat ne peut pas être dépensée ailleurs, chez un concurrent direct ou sur un autre marché. L'achat réalisé empêche toujours des concurrents existants ou potentiels de faire des affaires. Un marché non verrouillé serait un marché où n'importe quel nouvel entrant pourrait écouler sa production à profit, ce qui est strictement impossible, la demande des consommateurs étant toujours limitée par leurs budgets. Avec ou sans position dominante, avec ou sans intégration, un marché est toujours « verrouillé ». Par conséquent, la théorie du verrouillage ne permet pas de distinguer une pratique concurrentielle d'une pratique anticoncurrentielle.

La sélection des meilleures pratiques commerciales dans le marché libre

La pratique de la vente liée peut avoir des avantages aussi bien que des inconvénients pour les consommateurs mais le critère du « verrouillage » proposé par la Commission européenne pour distinguer les pratiques nuisibles des autres souffre d'un défaut fatal : il ne permet aucunement de trancher. Par conséquent, toute décision qui se fonde sur ce critère est arbitraire. N'y a-t-il pas néanmoins un moyen de s'assurer que seules les ventes liées servant les consommateurs subsistent sur le marché ? Si. La sélection des meilleures pratiques est un sous-produit du processus concurrentiel dans un marché libre de toute intervention politique. Les interventions gouvernementales dans ce domaine ne peuvent qu'entraver l'ajustement permanent de la production aux souhaits des consommateurs.

Des cartouches d'encre sont vendues par différentes firmes et leurs consommateurs les jugent de qualités équivalentes. Certains fabricants proposent ces produits sans les lier ou les intégrer à aucun autre produit. D'autres, produisant aussi des photocopieuses, ne vendent qu'un assortiment. Ils pratiquent l'intégration ou la vente liée. Aucun fabricant n'a de parts de marché importantes, ni sur un marché ni sur l'autre. Supposons que les clients ayant acheté l'assortiment en soient de plus en plus mécontents. Le fabricant ayant surestimé l'intérêt de son « package », il enregistre des pertes au fur et à mesure que les consommateurs reportent leurs achats sur des concurrents plus serviables. C'est la sanction d'une vente liée peu avisée.

La situation serait inversée si les préférences des consommateurs étaient autres. Le point fondamental est que les pertes et profits des producteurs en concurrence servent d'indicateurs de la pertinence de leurs choix de lier ou non les produits au regard des préférences des consommateurs et que la volonté des producteurs de faire prospérer leurs affaires les incite à servir les consommateurs au mieux. Bien entendu, cela ne garantit aucunement de solutions idéales puisque les producteurs décident de procéder à des ventes liées ou séparées en fonction de leurs anticipations des préférences des consommateurs. Néanmoins, les intérêts des uns et des autres convergent et la sanction des pertes et profits oriente la décision. Le degré approprié d'intégration ou de séparation des produits est ainsi approché au plus près de ce que l'habileté entrepreneuriale des producteurs permet.

Contrairement à ce que la Commission suggère, rien ne change fondamentalement avec une firme en « position dominante ». Ne peut-on pourtant pas dire avec la Commission que si la firme se livre à la vente liée, « il devient nécessaire pour la concurrencer d'entrer dans le marché liant et dans le marché lié ?⁹ Certainement, mais pourquoi serait-il plus difficile d'entrer sur ces marchés qu'avant ? Soit le choix d'intégrer le lecteur multimédia à Windows est bénéfique aux consommateurs et c'est pour cette excellente raison que les concurrents

⁹ Cf. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pp. 54-55, §181: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

sur les deux marchés n'ont pas plus d'affaires à faire, soit il constitue une solution inférieure par rapport à ce qui serait possible. Dans ce cas, l'intégration de logiciels de faible qualité nuit à la valeur de Windows. Elle favorise le succès de systèmes d'exploitation alternatifs et de lecteurs multimédias adaptés.

Comme dans l'exemple des cartouches d'encre et des photocopieuses, la demande des consommateurs tend à se reporter vers des systèmes d'exploitation et des logiciels multimédias non intégrés. Ainsi, les profits et pertes sanctionnent l'adéquation des choix productifs aux préférences des consommateurs, même lorsqu'une firme est en « position dominante ». Il n'y a pas moyen pour elle de garder sa position dans le marché libre sans continuer de surpasser ses concurrents aux yeux de la plupart des consommateurs.

Lorsque la décision de lier ou non des produits est transférée aux autorités gouvernementales, les clés de l'ajustement sont perdues. Les pertes et profits des producteurs ne peuvent plus refléter la qualité des décisions en matière de vente intégrée ou séparée vis-à-vis des consommateurs, puisque ceux-ci n'ont plus la possibilité de « voter » pour les pratiques prohibées. Par conséquent, la décision publique est prise sans boussole. Seule la concurrence d'un marché libre peut faire le tri entre la « bonne » et la « mauvaise » vente liée.

Conclusion

Les pratiques commerciales d'intégration ou de vente liée n'ont pas à être traitées différemment des autres choix de production. De la même manière qu'un agriculteur doit décider s'il produit des pommes ou des poires en fonction de ce que les consommateurs sont prêts à payer pour les unes et les autres, le choix de la vente séparée ou liée est sanctionné par des pertes ou des profits suivant sa relative adéquation aux souhaits des consommateurs. Le fait qu'une firme ait une position dominante ne détruit pas ce « mécanisme » inhérent au marché libre. Seule l'intervention gouvernementale, en interdisant certaines pratiques, entrave la sélection des meilleures pratiques commerciales pour les consommateurs.

L'enjeu est considérable et dépasse le cadre d'un débat sur la vente liée et l'intégration. Il s'agit ni plus ni moins d'identifier ce qu'on peut attendre du transfert des décisions portant sur l'élaboration et la vente des produits dans des mains gouvernementales. Au moment où la Commission européenne va jusqu'à choisir le nom d'un système d'exploitation dont elle a forcé le fabricant à extraire son lecteur multimédia¹⁰, il convient de rappeler que les gouvernements sont inaptes à se substituer au processus concurrentiel d'un marché libre pour garantir les meilleurs services possibles aux consommateurs.

¹⁰ La version sans lecteur multimedia de Windows a fait l'objet de longues tractations entre Microsoft et la Commission à propos de sa dénomination. Après avoir rejeté « Windows XP reduced media edition », la Commission a finalement choisi « Windows XP N ». Il est à noter que de telles négociations impliquent un dommage supplémentaire pour les consommateurs, puisque des ressources doivent être détournées de leurs usages productifs à cette occasion.