

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

REMISE DE FIDÉLITÉ

--Note de référence du Secrétariat--

Ce document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de référence lors de la table ronde sur les remises de fidélité qui se déroulera pendant la 123e réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE, du 15 au 17 juin 2016.

Les opinions exprimées ou les arguments présentés ne reflètent pas nécessairement le point de vue de l'Organisation ou des autorités de ses pays Membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse : www.oecd.org/daf/competition/fidelity-rebates.htm

Veillez prendre contact avec M. Antonio Capobianco ou M. Chris Pike pour toute question concernant ce document [courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org ou Chris.Pike@oecd.org].

JT03398027

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

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



REMISES DE FIDÉLITÉ

*Document de référence du Secrétariat**

Résumé

Au cours des dernières années, plusieurs affaires importantes examinées dans différentes juridictions ont alimenté un intense débat sur l'approche à adopter lors de l'examen des remises de fidélité. Ce document de référence a pour objectif de dégager des enseignements pratiques de ce débat. Il analyse les raisons pour lesquelles les entreprises ont recours aux remises de fidélité, et met en évidence des effets susceptibles de bénéficier aux consommateurs : par exemple, ces dispositifs entraînent souvent une baisse des prix et peuvent contribuer à des gains d'efficacité. Il souligne également que ces dispositifs peuvent porter préjudice aux consommateurs. Premièrement, ils peuvent faire partie d'une stratégie d'exclusion, telle que la prédation, la distribution exclusive de fait ou la taxation des prix des concurrents. Deuxièmement, ils peuvent servir à atténuer la concurrence. Le document examine ensuite le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les remises de fidélité et détermine l'incidence qu'ont les objectifs, les normes et les hypothèses sur leur évaluation. Il définit un cadre analytique permettant d'évaluer l'effet d'exclusion des remises de fidélité. Enfin, il précise en conclusion quelles sont les implications sur la hiérarchisation des enquêtes à mener.

* Ce document de référence a été écrit par Chris Pike et Silvia Carrieri, de la Division de la concurrence de l'OCDE, et a reçu les commentaires de Sabine Zigelski et d'Antonio Capobianco, de la Division de la concurrence de l'OCDE.

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction.....	4
2.	Définitions.....	5
3.	Contexte théorique : pourquoi les entreprises utilisent-elles des remises de fidélité ?	6
3.1	Utilisation des remises de fidélité pour accroître l'efficacité ou la valeur offerte.....	7
3.2	Utilisation des remises de fidélité pour décourager les échanges commerciaux avec un concurrent (verrouillage).....	8
3.3	Utilisation des remises de fidélité pour dissuader une entreprise de participer à la concurrence.....	12
4.	Pré-évaluation : cadre juridique approprié.....	13
4.1	Définir un objectif adapté.....	13
4.2	Définir une norme.....	15
4.3	Identifier les hypothèses pertinentes.....	17
5.	Cadre d'évaluation des effets d'éviction des remises de fidélité.....	18
5.1	Si le mécanisme supposé repose sur la prédation due à la fixation d'un prix inférieur au coût.....	19
5.2	Si le mécanisme supposé repose sur un dispositif de distribution exclusive de fait.....	20
5.3	Si le mécanisme supposé repose sur la taxation effective des prix des concurrents.....	24
5.4	Évaluer les pratiques justifiant d'éventuelles efficiences.....	25
6.	Conclusion.....	25
	Notes.....	28
	Bibliographie.....	35

Boxes

Encadré 1. L'affaire Tomra.....	5
Encadré 2. L'affaire Intel.....	14
Encadré 3. Orientations de l'UE sur les pratiques d'éviction abusives	16
Encadré 4. L'affaire Eisai/Sanofi.....	18
Encadré 5. L'affaire Velux	19
Encadré 6. L'affaire ZF Meritor/Eaton.....	20
Encadré 7. Exemple : asymétrie de la volonté de proposer des remises.....	22
Encadré 8. L'affaire Post Danmark II.....	23
Encadré 9. L'affaire Qualcomm.....	24

1. Introduction

1. Depuis 2008, date à laquelle le Comité de la concurrence a pour la dernière fois examiné les remises de fidélité, d'importantes affaires se sont fait jour dans plusieurs juridictions, décisions de justice, notes et documents et d'orientation administratifs. Elles ont contribué à enrichir le débat sur l'approche la plus adaptée à adopter lors de l'analyse des remises de fidélité. Le présent document de référence a pour but de dégager des enseignements pratiques de ce débat.

2. Les remises de fidélité peuvent avoir des effets ambigus sur le bien-être des consommateurs. Il apparaît par conséquent peu probable que l'évaluation de l'incidence des remises sur la liberté de concurrence des entreprises donne une idée juste de leurs effets sur les consommateurs. Les hypothèses relatives aux effets concurrentiels des remises d'exclusivité ne semblent pas plus fiables. Déterminer si un dispositif de remise appliqué par une entreprise dotée d'un pouvoir de marché incite des acheteurs à s'approvisionner exclusivement auprès de cette entreprise ne permet pas de savoir si cette exclusivité est bénéfique ou préjudiciable aux consommateurs.

3. L'adoption d'un régime de protection fondé sur une évaluation prix-coût ne devrait pas permettre de cibler certaines pratiques anticoncurrentielles. Contrairement aux prix d'éviction, les remises de fidélité peuvent être utilisées pour décourager les transactions avec des concurrents, voire pour exclure ces derniers, en augmentant leurs coûts (ou en taxant leurs prix) sans que l'entreprise soit obligée de sacrifier temporairement ses bénéfices. Ces stratégies constituent par conséquent des pratiques d'exclusion moins risquées et plus efficaces que la prédation. La possibilité que des dispositifs de remise de fidélité encadrés par un régime de protection portent préjudice aux consommateurs est par conséquent plus grande qu'avec des prix d'éviction. Dans le même temps, la possibilité que les consommateurs bénéficient de ces dispositifs semble plus faible que dans le cas de simples baisses de prix, et le risque que l'absence d'un régime de protection entrave la concurrence sur les prix est moindre qu'avec une stratégie de prédation. Il existe d'autres moyens de baisser les prix qui risquent moins d'être contestés, comme les simples baisses de prix ou les remises progressives sur les quantités. Les remises de fidélité introduisent en outre une différence de prix fondée sur la fidélité, mais pas nécessairement une baisse de prix. S'abstenir de freiner l'introduction de différences de prix apparaît moins nécessaire que dans le cas de baisses de prix. L'argument en faveur d'un régime de protection fondé sur un prix supérieur au coût ne tient donc pas. Ce régime serait en effet trop accommodant et accorderait la priorité aux affaires d'éviction plutôt qu'à celles de distribution exclusive de fait, qui semblent pourtant être un moyen plus courant d'exclure des concurrents.

4. Nous évoquons un nombre croissant d'ouvrages qui exposent les circonstances dans lesquelles les remises de fidélité affaiblissent la concurrence au lieu de décourager les échanges commerciaux avec les concurrents. Au vu de ces ouvrages, il pourrait être judicieux d'accorder davantage d'attention aux réclamations des consommateurs plutôt qu'à celles des entreprises concurrentes. Un certain nombre d'autres indicateurs peuvent aider à définir les priorités. Il s'agit notamment des dispositifs impliquant des acheteurs intermédiaires, des remises rétroactives ou des remises sur la part des besoins, et des dispositifs dans lesquels le prix demandé aux consommateurs infidèles est plus élevé que celui qui pourrait être fixé en l'absence de tout dispositif de remise.

5. La section 2 du présent document définit les termes utilisés. La section 3 examine pourquoi les entreprises utilisent les remises de fidélité et recense quelques effets potentiellement favorables aux consommateurs et d'autres qui ne le sont pas. La section 4 étudie le cadre juridique régissant les remises de fidélité et détermine l'incidence que les objectifs, les normes et les hypothèses de ce cadre auront sur l'évaluation successive. En se fondant sur un objectif de bien-être du consommateur et sur une analyse basée sur une règle de raison, la section 5 définit un cadre analytique permettant d'évaluer l'effet

d'exclusion des dispositifs de remise de fidélité. Enfin, la section 6 apporte des éléments de conclusion et identifie les conséquences sur la hiérarchisation des enquêtes.

2. Définitions

6. Les dispositifs de remise de fidélité permettent aux vendeurs d'offrir aux acheteurs un meilleur prix à condition que ces derniers fassent preuve de fidélité dans leurs achats. Le fait que ce prix préférentiel constitue une réduction pour les consommateurs fidèles ou représente une majoration pour les clients infidèles dépend du prix qui serait demandé sans la remise.

7. La terminologie employée pour les différentes pratiques de prix conditionnels n'est pas arrêtée et différents termes sont souvent utilisés pour décrire les dispositifs qui récompensent une certaine forme de fidélité.¹ Par souci de clarté, dans le présent document, les « remises sur la part des besoins » désignent les dispositifs dans lesquels la fidélité est mesurée en fonction de la part des achats d'un consommateur d'un produit unique auprès d'un vendeur. Si le seuil est de 100 %, ou d'un niveau approchant, on parle parfois de « remises d'exclusivité ».² Celles-ci diffèrent des accords d'exclusivité étant donné que l'acheteur ne s'engage pas à acheter exclusivement auprès d'un vendeur donné, bien qu'elles l'incitent parfois à le faire. Nous désignons ici les dispositifs qui mesurent la fidélité du consommateur sans tenir compte de l'ensemble de ses achats comme des « remises sur les quantités ». Précisons que les remises peuvent être standardisées, c'est-à-dire que les mêmes conditions s'appliquent à tous les consommateurs, ou bien fixées selon des objectifs personnalisés. On parle dans ce cas de « remises ciblées ». Enfin, nous employons le terme « remises rétroactives » pour qualifier une modification de prix appliquée rétrospectivement aux unités achetées dès lors qu'un certain seuil a été atteint.³ À l'inverse, nous parlons de « remises progressives » pour décrire les changements apportés au prix payé à l'unité au-delà d'un certain seuil.

8. Nous nous intéressons principalement aux difficultés posées par l'évaluation des remises sur la part des besoins (ou les remises de fait sur la part des besoins). Elles diffèrent par leur forme, et potentiellement par leur effet, des autres pratiques de prix conditionnel, comme les remises sur les quantités. Elles sont en effet conditionnées d'une part aux quantités achetées au vendeur, et d'autre part, aux quantités achetées à ses concurrents. En règle générale, les contrats verticaux qui mentionnent les concurrents sont davantage susceptibles d'attirer l'attention des autorités chargées de la concurrence que les autres contrats verticaux.⁴ Nous verrons par exemple dans la section 3.2.3 que les remises sur la part des besoins peuvent nuire aux incitations concurrentielles visant à élargir le marché ou à obtenir une part plus importante d'un marché existant. En revanche, les remises sur les quantités n'ont pour leur part pas d'incidence sur les incitations concurrentielles destinées à accroître le marché. Néanmoins, si ces dernières ne sont pas adaptées et qu'il est possible de prévoir la demande totale d'un acheteur donné, des dispositifs ciblés de remise sur les quantités peuvent être définis et équivaloir à une remise sur la part des besoins (voir l'encadré 1 à titre d'exemple).⁵ Nous considérons dans ce cas la remise comme une remise de fait sur la part des besoins étant donné que les difficultés d'évaluation sont quasiment les mêmes. Nous étudierons dans la section suivante pourquoi les entreprises utilisent des remises de fidélité.

Encadré 1. L'affaire Tomra⁶

En 2006, la Commission européenne a constaté que le groupe norvégien Tomra avait commis un abus de position dominante sur le marché des déconsigneurs et l'a condamné à une amende de 24 millions EUR.

Tomra était le principal fournisseur de déconsigneurs depuis 1972, avec une part de marché supérieure à 95 % en Europe depuis 1997. Étant donné que les clients et leur processus d'achat étaient essentiellement organisés au niveau national, la Commission européenne a conclu que les marchés géographiques en cause étaient de dimension nationale.

De 1998 à 2002, Tomra a mis en œuvre un système d'accords d'exclusivité, d'engagements d'achats de

quantités convenues et de remises de fidélité en Autriche, en Allemagne, aux Pays-Bas, en Norvège et en Suède. Le groupe a plus particulièrement :

- conclu des **accords d'exclusivité** avec un certain nombre de clients pour la fourniture de déconsigneurs,
- conclu des accords avec ses clients leur imposant un « **objectif quantitatif individualisé** » correspondant à la totalité ou à la quasi-totalité de la demande en déconsigneurs au cours d'une période spécifique. Les clients bénéficiaient de réductions sous réserve de leur engagement à acheter la quantité cible convenue,
- conclu des accords avec les entreprises de distribution établissant des « **régimes de remise rétroactive individualisés** », dont le seuil correspondait à la totalité ou à la quasi-totalité de la demande des clients.

Concernant l'exercice de ces trois pratiques, la Commission a noté respectivement les points suivants :

- **Les obligations d'exclusivité** sont par nature susceptibles d'avoir un effet d'éviction. Dans ce cas précis, compte tenu de la position dominante de Tomra et de la part de la demande à laquelle était appliqué le régime, les accords pouvaient avoir et ont effectivement eu un effet d'éviction qui a faussé le marché.
- **Les objectifs quantitatifs individualisés** qui correspondent à la totalité ou à la quasi-totalité de la demande, et les remises de fidélité en général (soit les remises qui sont subordonnées à la condition que les clients s'approvisionnent pour la totalité ou la majeure partie de leurs besoins auprès d'un fournisseur en position dominante) ont le même effet que les clauses expresses d'exclusivité. Dans le cas présent, Tomra était en mesure d'estimer la demande approximative de chaque client et de définir des seuils équivalant à la totalité ou à une large proportion des besoins de ses clients. La Commission a également indiqué que le fait que l'engagement portant sur le volume des achats soit exprimé en termes absolus ou en pourcentage n'est pas déterminant quant au caractère d'exclusions des accords ou conditions.
- La combinaison d'un **système de remise rétroactif** et de seuils correspondant à la totalité ou à une proportion élevée des besoins des clients représentait une incitation importante à s'approvisionner pour la quasi-totalité des équipements nécessaires auprès de Tomra et augmentait artificiellement le coût de passage à un autre fournisseur. Ce système de remise équivalait par conséquent à un moyen de fidélisation.

La Commission a conclu que Tomra avait commis un abus de position dominante étant donné que les pratiques incriminées « visaient à éliminer les concurrents, ou à tout le moins, à empêcher leur entrée et/ou leur expansion sur le marché. Tomra a délibérément mis en œuvre les pratiques en question dans le cadre de sa stratégie d'exclusion. »⁷

Tomra a fait appel de la décision devant le Tribunal de l'UE, puis devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) au motif que la Commission n'avait pas apporté la preuve que les pratiques de Tomra avaient effectivement eu un effet anticoncurrentiel et qu'elles avaient entraîné la fixation de prix inférieurs aux coûts. Tomra a également affirmé que les accords n'avaient pas d'effet d'éviction car ses concurrents avaient toujours la possibilité de traiter avec des clients qui n'étaient pas liés par les accords en question. Le Tribunal⁸ et la CJUE⁹ ont confirmé la décision de la Commission, respectivement en 2010 et 2012.

3. Contexte théorique : pourquoi les entreprises utilisent-elles des remises de fidélité ?

9. Nous examinons dans cette section pourquoi les remises de fidélité constituent un instrument aussi fréquemment utilisé. Nous décrivons tout d'abord les raisons qui peuvent présenter un intérêt pour les consommateurs. C'est le cas par exemple lorsqu'une entreprise veut augmenter ses bénéfices en améliorant son efficacité ou la valeur qu'elle propose afin d'inciter les acheteurs à se fournir auprès d'elle. Nous exposons ensuite les raisons qui peuvent ne pas bénéficier aux clients : lorsque par exemple une entreprise veut augmenter ses bénéfices non pas en améliorant son efficacité ou la valeur qu'elle offre, mais en cherchant des moyens qui dissuaderont les acheteurs de s'adresser à un concurrent (verrouillage). Enfin, nous étudions la manière dont les entreprises peuvent utiliser les remises de fidélité pour accroître leurs

bénéfices en dissuadant leurs concurrents de participer à la concurrence, et donc en atténuant la concurrence (plutôt que d'essayer d'évincer les concurrents).

3.1 Utilisation des remises de fidélité pour accroître l'efficacité ou la valeur offerte

10. Les entreprises peuvent adopter un régime de remise de fidélité pour quatre raisons susceptibles de bénéficier aux clients.

11. Premièrement, les dispositifs de remise de fidélité peuvent inciter les distributeurs à renforcer leurs efforts pour vendre les produits du vendeur. Cela peut permettre d'harmoniser davantage les incitations proposées par le distributeur avec celles du vendeur qui ne peut pas suivre les actes des acheteurs et par conséquent, contribuer à résoudre un problème d'aléa moral. Cela peut ensuite garantir au vendeur que ses investissements orientés vers les acheteurs ne profiteront pas de manière indue à ses concurrents. Par exemple, les remises de fidélité peuvent dissuader les distributeurs d'utiliser l'argent investi par le vendeur pour promouvoir et accroître les ventes de l'ensemble de leurs produits, dont ceux des concurrents. Cela peut renforcer la volonté du vendeur à réaliser des investissements orientés vers les acheteurs qui bénéficient aux consommateurs. Il existe toutefois d'autres moyens d'harmoniser les incitations et de protéger les investissements orientés vers les acheteurs. Les fournisseurs peuvent par exemple verser une commission sur les ventes aux distributeurs (équivalant à une remise progressive sur des quantités standardisées). Il s'avère par conséquent important de comprendre pourquoi les entreprises peuvent préférer un dispositif de remise de fidélité et notamment si les remises d'exclusivité sont nécessaires ou si une remise sur des quantités standardisées pourrait être tout aussi efficace.

12. Deuxièmement, certaines remises de fidélité, telles que les remises progressives sur les quantités, constituent une réponse concurrentielle, par exemple à une baisse de prix. Une entreprise peut estimer qu'il n'est pas rentable de répondre à une baisse de prix en réduisant à son tour son prix unitaire, mais qu'il pourrait être rentable de diminuer le prix des unités qu'elle peut fabriquer à moindre coût (si elle réalise des économies d'échelle). Par conséquent, une entreprise soumise à une pression concurrentielle peut réagir en adoptant un dispositif de remise sur les quantités afin de proposer un prix plus proche de son coût marginal. C'est la raison pour laquelle, les tribunaux américains, lorsqu'ils instruisent des affaires de remise de fidélité, craignent souvent de dissuader les entreprises de répondre aux incitations à la concurrence.¹⁰

13. La troisième raison pour laquelle un vendeur peut recourir à un dispositif de remise de fidélité est que celui-ci peut lui permettre d'identifier les achats (ou les consommateurs) plus sensibles au prix. Le vendeur peut pratiquer une discrimination par les prix et proposer des prix moins élevés sur ces achats (ou à ces consommateurs). Par le biais de la discrimination par les prix, le vendeur peut se montrer concurrentiel sur ces achats supplémentaires tout en s'assurant un plus grand nombre de transactions marginales, et en faisant en sorte que lui-même et les acheteurs réalisent des gains supplémentaires grâce à ces opérations. Le fait que les consommateurs en tirent ou non avantage dépend du prix qui serait fixé et de la production fournie en l'absence de dispositif de remise.¹¹ Si les ventes supplémentaires découlant de la discrimination par les prix permettent au fournisseur de générer des économies d'échelle, sur un marché compétitif, celles-ci peuvent être répercutées sur les consommateurs, au moyen de baisses de prix.¹²

14. La raison pour laquelle les dispositifs de remise sur la part des besoins ou d'exclusivité, plutôt que les dispositifs de remise progressive sur les quantités, seraient dans ce cas associés à de la discrimination par les prix n'est pas évidente d'emblée. Cependant, sur les marchés où la demande de détail totale ou la demande de chaque détaillant n'est pas stable ou ne peut être prévue facilement, ces dispositifs peuvent transférer le risque des acheteurs vers le vendeur, ce qui peut améliorer la réponse des acheteurs aux incitations que comprennent ces dispositifs. Les remises rétrospectives peuvent en outre s'avérer particulièrement efficaces pour inciter un acheteur à accroître ses achats lorsqu'il approche du

seuil fixé. Si le vendeur ne dispose pas d'information sur la demande, la définition de seuils en fonction de la part des besoins, et non de la quantité achetée, peut lui permettre de mieux identifier les achats marginaux des consommateurs. Cela peut l'aider à définir des mesures incitatives ciblées sur ces achats marginaux et donc d'augmenter le volume de ces transactions marginales.

15. Enfin, un vendeur peut décider d'appliquer une remise sur la part des besoins pour stimuler la concurrence en aval, pour supprimer la double marginalisation par exemple.¹³ Une remise sur la part standardisée des besoins pourrait se traduire par une baisse de prix à la fois pour les gros consommateurs fidèles et pour les acheteurs relativement petits qui ne pourraient pas prétendre à une remise sur les quantités standardisées. Un petit acheteur pourrait se montrer plus enclin à profiter de l'offre et à renoncer à la diversité des produits pour bénéficier d'un prix inférieur, étant donné que cela peut lui permettre de soutenir plus efficacement la concurrence avec un acheteur plus gros.¹⁴

16. Dans la mesure où il existe des cas dans lesquels les remises de fidélité peuvent contribuer à durcir la concurrence, elles peuvent parfois donner lieu à des réclamations de la part de concurrents qui préféreraient ne pas avoir à livrer concurrence. Nous verrons toutefois dans la section suivante que les remises de fidélité peuvent également servir à limiter les possibilités de participer efficacement à la concurrence.

3.2 Utilisation des remises de fidélité pour décourager les échanges commerciaux avec un concurrent (verrouillage)

17. Les entreprises disposent de quatre moyens classiques pour dissuader leurs acheteurs de traiter avec leurs concurrents. Il existe encore un autre moyen, qui a été mis en place plus récemment.^{15,16} Les moyens traditionnels sont la distribution exclusive, la vente liée/subordination de vente, la prédation, et le refus d'approvisionnement/la compression des marges. Les remises peuvent être utilisées dans le cadre de trois de ces stratégies. Les remises sur les ventes subordonnées ne relèvent pas du champ d'application du présent document. Nous pouvons par conséquent estimer que les remises de fidélité sont employées au titre des stratégies adoptées pour exclure des concurrents, au moyen de prix d'éviction, ou pour diminuer la pression concurrentielle, au moyen de la distribution exclusive. Outre ces deux méthodes classiques utilisées par les entreprises pour décourager les échanges avec les concurrents, nous en avons identifié une troisième, que nous avons appelée la « taxation des prix des concurrents ». Nous examinerons dans la section 5 la manière d'analyser ces théories dans le cadre des remises de fidélité. Dans la présente section, nous les exposons brièvement, toujours dans le contexte des remises de fidélité.

3.2.1 Décourager les échanges commerciaux par la prédation

18. Selon la théorie de la prédation, une entreprise sacrifie ses bénéfices de manière temporaire pour proposer des prix suffisamment bas pour dissuader les acheteurs de se tourner vers ses concurrents, et empêcher ainsi de nouvelles entreprises de pénétrer sur le marché et/ou en exclure ses concurrents, ce qui lui permet alors d'augmenter ses prix et ses bénéfices.¹⁷ D'après cette théorie, l'entreprise sacrifie ses bénéfices à court terme afin de pouvoir les augmenter à long terme. Bien que l'entreprise prédatrice n'ait pas forcément besoin de se trouver en position de force sur le marché pour adopter une stratégie d'éviction, elle doit néanmoins être convaincue de disposer à l'avenir d'une puissance de marché suffisante pour regagner les bénéfices qu'elle aura sacrifiés. L'application d'une telle stratégie ne serait pas rationnelle si par exemple, après avoir réussi à interdire l'entrée sur le marché à des postulants, l'entreprise était contrainte de poursuivre les mêmes pratiques, puisqu'elle ne pourrait alors pas récupérer ses bénéfices. Cette théorie repose aussi sur une certaine asymétrie, qui suppose que l'entreprise prédatrice résistera à ses victimes. Cela peut par exemple se traduire par des différences au niveau de l'accès aux ressources. Enfin, elle nécessite aussi d'expliquer pourquoi les acheteurs participent volontairement à un dispositif qui réduit la concurrence entre vendeurs et conduit à terme à une augmentation des prix. Le fait que les acheteurs ne

disposent pas des informations nécessaires sur les coûts des entreprises pour comprendre les conséquences de leurs achats pourrait figurer parmi les raisons possibles.

19. Si la stratégie d'éviction fonctionne, elle peut conduire à la distribution exclusive, qui exclut les concurrents en leur interdisant de vendre les produits. Avant que l'absence des ventes contraigne les concurrents à sortir du marché, elle peut les obliger à augmenter leurs coûts en les empêchant de réaliser des économies d'échelle, et donc atténuer la pression concurrentielle exercée sur les prix de l'entreprise prédatrice pendant la période d'éviction. Pour tirer parti de cette diminution de la pression concurrentielle et accroître ses bénéfices pendant la période d'éviction, l'entreprise prédatrice devrait relever ses prix. Dans ce cas, elle perdrait l'exclusivité à laquelle elle est parvenue en fixant un prix d'éviction. C'est pourquoi elle doit proposer des prix bas attractifs pendant la période d'éviction sans pouvoir exploiter les répercussions que cette pratique peut avoir sur les coûts de ses concurrents.

20. Les remises de fidélité peuvent être interprétées comme une variante de la stratégie d'éviction. Une entreprise pourrait appliquer une telle stratégie en diminuant ses prix unitaires. Cependant, si elle réalise des ventes non contestables, c'est-à-dire que ses concurrents ne peuvent espérer effectuer à sa place, elle peut préférer recourir aux remises de fidélité pour diminuer le montant des bénéfices sacrifiés tout en continuant à évincer efficacement ses concurrents. Le montant des bénéfices sacrifiés est moindre car la remise s'applique uniquement à une proportion définie des ventes. La stratégie d'exclusion n'en demeure par ailleurs pas moins efficace car les concurrents ne peuvent en aucun cas réaliser les ventes non contestables, quel que soit leur prix.

21. La plupart des juridictions conviennent que les remises de fidélité représentent une alternative à une stratégie de fixation des prix inférieurs aux coûts (plutôt que de simplement réduire les prix de catalogue). Lorsqu'il est allégué que le prix, remise incluse, est inférieur aux coûts, il existe un large consensus sur le fait que le cadre analytique classique de la fixation de prix d'éviction peut être appliqué. La mise en vigueur de cette approche empêcherait les entreprises d'utiliser les dispositifs de remise de fidélité à des fins d'éviction tout en continuant à appliquer des prix de catalogue ne semblant pas être des prix d'exclusion. Les affaires de prédation classiques, comme celle du Brooke Group aux États-Unis, comprenaient l'application de remises de fidélité.¹⁸

3.2.2 *Décourager les échanges commerciaux par la distribution exclusive (ou la distribution exclusive de fait)*

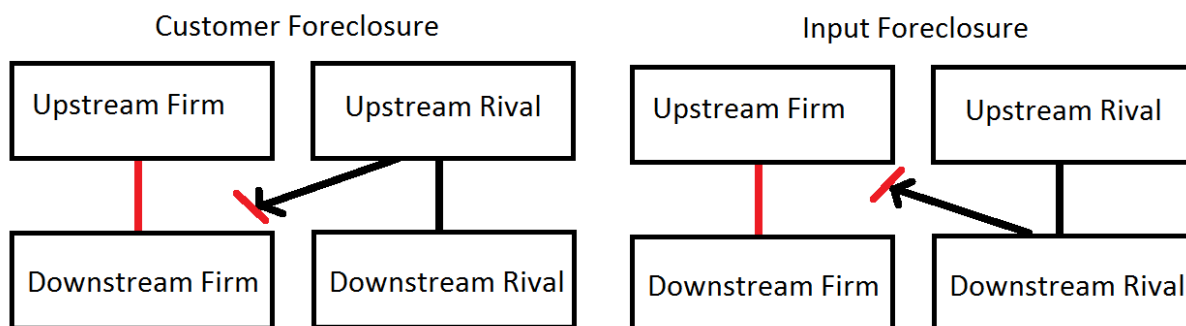
22. La stratégie d'éviction confère de manière temporaire une valeur élevée au produit, qui incite les acheteurs à se tourner vers le vendeur concerné et à exclure ses concurrents. Une entreprise qui recourt à une stratégie de distribution exclusive peut au contraire entraîner une augmentation des coûts de ses concurrents et éventuellement les exclure. Dans certains cas, elle peut le faire sans sacrifier ses bénéfices, tandis que dans d'autres, elle sacrifiera ses bénéfices sur certaines ventes tout en les augmentant sur d'autres, ce qui lui permet de les accroître dans leur totalité. La distribution exclusive ne nécessite donc pas de phase de récupération des bénéfices. Les accords de distribution exclusive n'impliquent pas non plus forcément l'exclusion des concurrents, ils peuvent simplement rendre les conditions de concurrence plus difficiles.

23. Une situation où l'entreprise n'a pas à sacrifier ses bénéfices est par exemple celle dans laquelle un opérateur historique possédant l'avantage de l'antériorité approche les acheteurs successivement pour leur offrir des contrats d'exclusivité (stratégie « diviser pour mieux régner »). L'on peut s'attendre dans ce cas à ce que les acheteurs acceptent la distribution exclusive pour ne pas dépendre d'un nouvel arrivant qui ne parviendrait pas à atteindre le seuil de viabilité.¹⁹ Il s'agit d'une théorie de verrouillage des consommateurs selon laquelle la distribution exclusive limite l'accès aux consommateurs.

24. Même s'il ne réalise pas d'économies d'échelle, un opérateur historique en position de force sur le marché peut conclure des contrats de distribution exclusive avec ses fournisseurs d'intrants les plus efficaces. Cet accord vertical peut d'une certaine façon être interprété comme un accord coordonné/concerté. Le fournisseur peut par exemple accepter une distribution exclusive qui entraîne une augmentation des coûts des concurrents de l'opérateur historique et permet à ce dernier d'accroître ses bénéfices.²⁰ De son côté, l'opérateur historique peut accepter de dédommager les fournisseurs en relevant ses prix de détail pour les consommateurs finaux et en partageant avec les fournisseurs les bénéfices supplémentaires qu'il a dégagés. Il s'agit d'une théorie du verrouillage des intrants selon laquelle la distribution exclusive limite l'accès aux intrants nécessaires à la production.²¹

25. Le graphique 1 illustre la différence entre le verrouillage des consommateurs et le verrouillage des intrants. Les traits rouges indiquent la distribution exclusive qui par nature empêche l'existence d'une relation avec un concurrent. Par exemple, dans le verrouillage des consommateurs, un accord de distribution exclusive passé entre une entreprise en amont et une entreprise en aval empêche tout concurrent situé en amont d'accéder à un consommateur en aval. Le fait qu'il ne compte pas suffisamment de clients pour réaliser des économies d'échelle peut conduire le concurrent en amont à augmenter ses coûts et diminuer les contraintes concurrentielles exercées sur l'entreprise en amont, qui peut alors relever ses prix. Dans le verrouillage des intrants, un accord de distribution exclusive empêche tout concurrent situé en aval d'accéder aux intrants qu'il voudrait se procurer auprès d'une entreprise en amont. Si les intrants de cette dernière sont particulièrement importants, s'ils sont par exemple plus efficaces ou de meilleure qualité que ceux proposés par d'autres entreprises en amont, cette situation peut entraîner une hausse des coûts du concurrent en aval et une diminution des contraintes concurrentielles exercées sur l'entreprise en aval, qui peut alors accroître ses prix.

Graphique 1. Verrouillage des consommateurs et verrouillage des intrants



Légende : Verrouillage des consommateurs / Verrouillage des intrants

Upstream Firm = Entreprise en amont / Downstream Firm = Entreprise en aval

Upstream Rival = Concurrent en amont / Downstream Rival = Concurrent en aval

26. Les acheteurs intermédiaires, tels que les distributeurs, peuvent être considérés comme les clients en aval d'un producteur ou les fournisseurs d'intrants, en amont, du producteur (les intrants étant la fourniture des services de distribution). Les dispositifs de remise de fidélité destinés aux acheteurs intermédiaires peuvent par conséquent soulever des préoccupations portant à la fois sur le verrouillage des intrants et des consommateurs.

27. Si un opérateur historique accepte l'exclusivité, il peut conduire ses concurrents à augmenter leurs coûts sans diminuer lui-même ses prix – il pourrait même conserver l'exclusivité tout en relevant ses propres prix. Ainsi, contrairement à ce que l'on observe dans le cas de la prédation, l'entreprise peut

accroître ses bénéfices tout en décourageant les échanges commerciaux avec ses concurrents (elle n'a pas à attendre la phase de recouvrement des bénéfices). Cette stratégie est donc moins risquée et davantage susceptible de réussir. C'est pourquoi les autorités chargées de la concurrence accordent généralement une plus grande priorité à la distribution exclusive qu'à la fixation de prix d'éviction. Parmi les affaires classiques d'accord de distribution exclusive figurent Dentsply (États-Unis)²² et Van den Bergh Foods (UE).²³ Signalons également qu'un accord de distribution exclusive entre Amazon et Apple est en cours d'examen en Allemagne.²⁴

28. On peut considérer les accords de distribution exclusive comme un cas particulier de remise de fidélité, dans lequel l'acheteur doit effectuer la totalité de ses achats auprès du fournisseur en échange d'une certaine rétribution. Les remises d'exclusivité et sur la part des besoins devraient par conséquent être évaluées de la même façon que la distribution exclusive, s'il est constaté qu'elles équivalent à une distribution exclusive de fait.²⁵ Comme les accords de distribution exclusive, les remises de fidélité peuvent inciter à l'exclusivité sans fixer des prix inférieurs à ceux des concurrents (voir les stratégies « diviser pour mieux régner » et « coordonnée » aux paragraphes 23 et 24, ci-dessus). Elles peuvent entraîner une hausse des coûts et des prix des concurrents et diminuer la pression concurrentielle sur les prix de l'entreprise. Comme cela a déjà été indiqué, celle-ci peut alors réviser son barème de prix à la hausse (c'est-à-dire ses prix pour les clients fidèles et pour les clients infidèles), tout en conservant un barème différencié de manière à garder l'exclusivité.

29. S'il existe des cas dans lesquels les remises d'exclusivité portent préjudice aux consommateurs même sans sacrifice des bénéfices, dans d'autres, le sacrifice des bénéfices sur certaines ventes entraînera également une hausse des coûts des concurrents, augmentera les bénéfices de l'entreprise et pourra éventuellement porter préjudice aux consommateurs. Dans ces cas, les évaluations prix-coût prévues initialement pour détecter des pratiques de fixation de prix d'éviction peuvent, si elles sont adaptées en conséquence, permettre d'étudier si les remises de fidélité risquent d'être préjudiciables aux consommateurs.

3.2.3 *Décourager les échanges commerciaux en taxant les prix des concurrents*

30. Si l'on s'écarte des théories relatives à la prédation et à la distribution exclusive classiques, on peut également envisager les remises de fidélité comme un moyen de décourager les échanges commerciaux entre acheteurs et concurrents en majorant d'une taxe le prix payé pour tout achat supplémentaire auprès d'un concurrent. Par exemple, s'il se fournit auprès d'un concurrent, l'acheteur doit payer le prix demandé et supporter un coût d'opportunité, puisqu'il perd la remise dont il aurait bénéficié s'il s'était approvisionné auprès de l'entreprise en question. La fixation d'un prix compétitif revient donc à imposer une petite taxe aux produits vendus plus cher par les concurrents, dans la mesure où en s'approvisionnant auprès de ces derniers, l'acheteur s'acquitte du prix demandé et subit un coût d'opportunité lié au prix inférieur qu'il aurait pu payer. Dans ce cas, la différence correspond au montant de la taxe imposée par la remise rétroactive et au fait que la taxe est calculée sur des ventes non contestables. La perte de la remise peut s'avérer significative pour l'acheteur et le concurrent risque de ne pas pouvoir la compenser et de finalement constater que les acheteurs demandent des quantités inférieures (sans que cela n'affecte ses coûts).

31. Cet effet de taxe se produit lorsqu'un acheteur choisit d'acquérir un produit auprès d'une entreprise ayant un pouvoir de marché ou d'une de ses concurrents, ou lorsqu'il décide d'acheter le produit auprès d'un concurrent ou de ne pas l'acheter du tout. Dans le premier cas, la taxe peut diminuer la contrainte concurrentielle exercée par les concurrents sur l'entreprise possédant la puissance de marché. Dans le deuxième cas, elle peut diminuer la quantité totale achetée. Farrell prend l'exemple suivant :²⁶ supposons que, attiré par une remise de fidélité, le client achète 90 unités auprès de l'entreprise dotée de la puissance de marché et 10 unités auprès d'un concurrent, afin de bénéficier de la « récompense » accordée

par l'entreprise ayant la puissance marché pour tout achat couvrant 90 % des besoins. Supposons maintenant qu'un nouvel arrivant sur le marché propose un nouveau produit qui incite le client à acheter 15 unités auprès de ce concurrent, tout en souhaitant continuer à en acheter 90 auprès de l'entreprise possédant le pouvoir de marché. L'achat de ces 5 unités supplémentaires auprès du concurrent ne se fait donc pas au détriment de cette dernière. Cependant, même si le nouvel arrivant vendait les 5 unités au coût, le client serait dissuadé de les acheter car il passerait sous le seuil des 90 % fixé par l'entreprise initiale pour bénéficier de la remise. C'est en ce sens qu'une remise sur la part des besoins peut directement entraîner une diminution des quantités achetées.²⁷

32. Cette théorie a été mise en évidence lors de l'analyse effectuée par la Federal Trade Commission américaine pour aider les autorités à se prononcer sur la proposition d'ordonnance concernant les remises de fidélité utilisées par Intel (2010)²⁸ et Transitions Optical (2010).²⁹

3.3 *Utilisation des remises de fidélité pour dissuader une entreprise de participer à la concurrence*

33. Nous nous sommes intéressés dans la section 3.2 aux différentes façons dont les remises de fidélité pouvaient décourager les échanges commerciaux avec les concurrents. Certaines remises de fidélité peuvent toutefois servir à atténuer la concurrence. Bien que ces théories ne semblent pas avoir trouvé d'illustration dans des affaires récentes, elles pourraient être rencontrées à l'avenir. C'est pourquoi nous les examinons ici.

34. Selon la première théorie, une entreprise applique une remise sur la part des besoins pour dissuader les distributeurs de choisir les produits d'un concurrent si elle veut diminuer la concurrence intramarque sur ses propres produits en relevant ses prix de gros.³⁰ Prenons l'exemple de deux fabricants concurrents qui vendent tous deux leurs produits à des distributeurs qui se livrent eux-mêmes concurrence. Si l'un des fabricants veut éliminer la concurrence intramarque, il préférera dans l'idéal ne pas augmenter son prix de gros, mais fixer un tarif binôme. Celui-ci comprendra un prix de gros incitant les distributeurs à fixer un prix de détail maximisant la rentabilité du produit et un prix forfaitaire destiné à capter les bénéfices des distributeurs. Le fabricant ne peut toutefois imposer ce prix forfaitaire car les distributeurs décideraient alors de s'approvisionner auprès de ses concurrents. Le fabricant peut au mieux limiter la concurrence intramarque sur ses produits en fixant son prix de gros au-dessus de son coût marginal. Le distributeur peut dans ce cas également le menacer de vendre un autre produit. Or, en proposant une remise sur la part des besoins, le fabricant peut indiquer que a) le prix de gros supérieur au coût marginal est valable uniquement pour les clients fidèles qui achètent une proportion précise des produits dont ils ont besoin auprès de lui, et b) les distributeurs qui optent pour des produits concurrents paient un prix de gros encore plus élevé. Cette mesure peut dissuader les distributeurs de vendre des produits concurrents, tout en permettant au fabricant de fixer un prix de gros réservé aux clients fidèles qui soit supérieur au coût marginal. Cette remise n'a pas pour effet de conduire le distributeur à s'approvisionner exclusivement chez le fabricant en question, mais de l'inciter à vendre les produits à un prix de détail plus élevé.

35. Selon la deuxième théorie, le dispositif de remise constitue un point de convergence et un outil de partage des informations pour faciliter la coordination. Il peut par exemple indiquer que l'entreprise accepte de se contenter d'une part précise du marché en conservant un prix élevé plutôt que de livrer concurrence pour l'élargir.³¹ Lorsqu'elle définit cette part, l'entreprise doit permettre à une autre entreprise d'occuper la part restante du marché. Il ne peut donc pas s'agir d'une part exclusive. Par exemple, l'entreprise peut fixer un prix élevé sur une part de marché de 50 % et proposer une remise progressive aux clients qui effectuent auprès d'elle jusqu'à 60 % de la totalité de leurs achats. Cette mesure incite fortement à augmenter le volume des achats jusqu'à un niveau proche de 60 %, mais n'incite pas particulièrement à acheter des quantités nettement supérieures à 60 %. Dans ce scénario, compte tenu des conditions du dispositif, une entreprise concurrente doit choisir entre se maintenir sur les 40 % du marché restant à un prix élevé ou baisser ses prix à un niveau plus compétitif pour accroître sa part de marché au détriment de

l'entreprise initiale. Étant donné que le dispositif proposé est une remise sur la part des besoins, il suppose que le client informe l'entreprise des quantités qu'il achète à ses concurrents. Cela peut aider l'entreprise à savoir si ces derniers ne respectent pas d'éventuels accords collusoires en vendant des produits qu'ils s'étaient engagés à ne pas distribuer. Si ces différents éléments permettent aux entreprises de coordonner leurs activités sur leur part de marché respective, en améliorant par exemple la surveillance et en renforçant les sanctions en cas d'irrégularités, ils peuvent contribuer à maintenir un niveau de prix élevé à condition que les nouveaux arrivants ne puissent pas facilement briser cette coordination.

36. Selon la troisième théorie, l'entreprise utilise les remises de fidélité pour s'engager à conserver un écart de prix.³² Elle veut diviser le marché et demander à ses clients fidèles un prix plus élevé qu'elle pourrait le faire sinon et éviter ainsi de devoir diminuer ses prix pour attirer tous les clients (y compris les clients infidèles et marginaux). Elle recourt à cet effet aux remises de fidélité, afin d'être moins tenue de proposer des prix concurrentiels aux clients infidèles. Ces remises peuvent en particulier lui permettre de s'engager à facturer un prix plus élevé aux clients infidèles qu'aux clients fidèles. Autrement dit, pour diminuer ses prix et attirer les clients infidèles, l'entreprise devrait également baisser les prix demandés aux clients fidèles. Cela diminue sa volonté d'attirer les clients infidèles et peut par conséquent contribuer à la conclusion d'un accord visant à diviser le marché entre l'entreprise en question et une entreprise concurrente qui vend aux clients infidèles. Pour que cette théorie s'applique, le dispositif de remise doit être défini en fonction du prix qui sera à l'avenir demandé aux acheteurs infidèles plutôt qu'en fonction d'un prix précis (car cela n'empêcherait pas l'entreprise de baisser ses prix et d'attirer les clients infidèles). Le dispositif de remise s'inspire en ce sens du principe de la clause de la nation la plus favorisée, condition nécessaire pour que la théorie du préjudice puisse s'appliquer.

4. Pré-évaluation : cadre juridique approprié

37. Les remises de fidélité constituent l'un des domaines les plus ardues du droit de la concurrence. L'évaluation de leur effet dépendra à la fois des faits et de l'objectif poursuivi. Avant de définir un cadre analytique permettant d'évaluer les effets d'exclusion des dispositifs de remise de fidélité, nous examinerons le cadre juridique dans lequel s'inscrivent ces dispositifs. Nous définirons tout d'abord les différents objectifs du cadre, les normes qu'il emploie et l'impact de ces dernières en ce qui concerne la distinction entre remises concurrentielles et remises anticoncurrentielles. Nous exposerons ensuite quelques hypothèses susceptibles de modifier également l'évaluation.

4.1 Définir un objectif adapté

38. Le type d'évaluation nécessaire dépend du but de l'examen. L'objectif du droit de la concurrence constitue à lui seul un vaste débat, qui dépasse le champ d'application du présent document.³³ Nous proposons ici un simple aperçu des différents objectifs du droit de la concurrence, qui sous-tendent certaines des controverses apparues récemment autour des dispositifs de remise de fidélité.

4.1.1 Bien-être du consommateur

39. En décidant de protéger le bien-être du consommateur, les autorités chargées de la concurrence peuvent se concentrer sur les effets des remises de fidélité sur le bien-être en lui-même, plutôt que sur ses indicateurs. En protégeant particulièrement le bien-être du consommateur, les autorités chargées de la concurrence peuvent apporter un contrepois favorable aux consommateurs aux intérêts des entreprises.³⁴ Elles peuvent également diminuer le risque d'intervention politique et de captation de la réglementation.³⁵ La protection du bien-être du consommateur peut aussi contribuer à maximiser le bien-être global (bien que certains préféreraient que les autorités chargées de la concurrence s'emploient à protéger à la fois le bien-être des consommateurs et celui des actionnaires).³⁶

4.1.2 *Processus concurrentiel*

40. En Europe, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) vise indirectement au bien-être du consommateur en protégeant le processus concurrentiel (voir l'encadré 2 sur l'affaire Intel). Il a toutefois été avancé qu'il n'avait pas pour objectif de protéger le bien-être du consommateur, mais de préserver un processus dans lequel la concurrence peut s'exercer librement, sans distorsion.³⁷ Dans ce cas, l'évaluation nécessaire ici devrait déterminer l'effet d'une remise sur la liberté des entreprises à se livrer concurrence, plutôt que son effet sur le bien-être du consommateur. Le fait de mettre ainsi l'accent sur l'équité du processus concurrentiel, plutôt que sur les résultats de ce processus, est parfois qualifié d'approche ordolibérale.³⁸

41. S'il est certainement exact que l'objectif des règles européennes sur la concurrence soit d'établir « un système de concurrence non faussée », on ne sait pas bien si cela signifie a) qu'il convient de protéger les résultats concurrentiels ; b) qu'il convient de protéger le processus concurrentiel car il réduit les risques de résultats anticoncurrentiels ; ou c) qu'il convient de protéger le processus concurrentiel pour lui-même. Beaucoup rejettent par conséquent l'idée selon laquelle le TFUE protège le processus concurrentiel.³⁹ L'interprétation adoptée par la Commission européenne et le Tribunal européen est en revanche plus claire. En ce qui concerne par exemple les restrictions de prix, ils suivent une approche beaucoup plus souple pour les restrictions de prix maximales pour la revente que pour les restrictions de prix minimales, alors que ces deux pratiques s'avèrent tout aussi problématiques en limitant la liberté de fixation des prix des distributeurs. On peut en déduire qu'il a été constaté que les restrictions de prix minimales pour la revente présentaient un plus grand risque de porter préjudice aux consommateurs et que la réglementation vise à protéger les résultats et pas uniquement le processus.

Encadré 2. L'affaire Intel⁴⁰

En 2009, la Commission européenne a constaté qu'Intel Corporation avait enfreint l'article 82 du Traité CE (aujourd'hui l'article 102 du TFUE) en commettant un abus de position dominante sur le marché des processeurs d'architecture x86 et condamné Intel à une amende de 1.06 milliard d'euros. L'enquête a été ouverte en 2004, à la suite d'une plainte déposée officiellement par Advanced Micro Devices (AMD), seul concurrent significatif d'Intel. La Commission a enquêté sur deux types de comportement adoptés par Intel :

- *les pratiques conditionnelles* : Intel a accordé des rabais à quatre équipementiers informatiques (Dell, HP, Lenovo et NEC) à condition qu'ils lui achètent tous ou presque tous les produits dont ils avaient besoin. Intel a également octroyé des paiements à Media Saturn Holding, le plus grand distributeur européen d'ordinateurs de bureau, à la condition que celui-ci vende exclusivement des ordinateurs équipés de processeurs Intel x86.
- *les restrictions non déguisées* : Intel a également effectué des paiements directs à trois équipementiers (HP, Acer et Lenovo) pour qu'ils annulent ou reportent le lancement de produits équipés de processeurs d'AMD et/ou imposent des restrictions à la distribution de ces produits.

Lors de son examen, la Commission a constaté que les montants des rabais octroyés par Intel étaient « de facto liés à la condition que ces entreprises se fournissent auprès d'Intel pour la totalité ou la quasi-totalité de leurs besoins en CPU x86, au moins dans un segment déterminé. »⁴¹ Elle a noté qu'« en l'absence d'une justification objective, ces constats suffisaient à démontrer une infraction à l'article 82 CE. »⁴²

En plus de démontrer que les conditions de la jurisprudence pour conclure à l'existence d'un abus étaient réunies, la Commission a mené une analyse dite du concurrent aussi efficace. Cette analyse reflète les *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes* définies en 2009 (voir l'encadré 3). La Commission a toutefois noté que le document ne s'appliquait pas à cette affaire étant donné qu'il avait été adopté après le début des investigations.

L'analyse a affecté la totalité du rabais accordé par Intel à la part disputable estimée de la demande. Elle a montré qu'un concurrent aussi efficace devrait vendre ses processeurs x86 à un prix inférieur au coût viable mesuré

d'Intel (coût évitable moyen) pour proposer une offre équivalente à celle d'Intel. La Commission a conclu que les rabais pratiqués par Intel étaient susceptibles d'avoir des effets d'éviction anticoncurrentiels.⁴³

En ce qui concerne les restrictions non déguisées, la Commission a conclu que le comportement d'Intel a causé un préjudice direct à la concurrence et que les consommateurs finaux avaient moins de choix que si Intel n'avait pas adopté ces pratiques, qui n'étaient de surcroît pas associées à une justification objective ou à des gains d'efficience.

Le Tribunal a rejeté le recours déposé par Intel et soutenu la décision prise en 2009 par la Commission.⁴⁴ Le Tribunal a également rejeté la nécessité d'effectuer une analyse du concurrent aussi efficace, et plus généralement une analyse économique des effets réels dans des affaires de même nature, pour déterminer si les rabais du type de ceux accordés par Intel contreviennent à la concurrence. Intel a fait appel de cette décision, et l'appel doit être présenté devant la CJUE.

4.2 *Définir une norme*

42. Si l'évaluation a pour objectif de protéger le bien-être du consommateur, il convient de définir un certain nombre de tests ou de normes permettant de distinguer les comportements qui peuvent porter préjudice aux consommateurs. Là encore, le type d'évaluation approprié dépendra de la norme utilisée. Nous présentons dans la section 5 l'évaluation correspondant à la norme du bien-être du consommateur, mais il est possible d'en adopter d'autres.

4.2.1 *Norme du bien-être du consommateur*

43. La norme du bien-être du consommateur s'attache à comprendre les effets éventuels d'un comportement supposé anticoncurrentiel des entreprises. Elle nécessite de parvenir à un équilibre entre les possibles effets anticoncurrentiels qu'elle met en évidence et les éventuelles efficacités qui peuvent les compenser et bénéficier aux consommateurs. Si les autorités chargées de la concurrence acceptaient l'existence conjointe de ces deux types d'effets, la norme servirait alors à comparer leur ampleur respective.⁴⁵

4.2.2 *Norme du concurrent aussi efficace*

44. La norme du concurrent aussi efficace constitue une alternative à la norme du bien-être du consommateur. Elle vise à garantir que le droit de la concurrence protège uniquement les concurrents de même efficacité (et non les concurrents inefficaces), dans le but de protéger le bien-être du consommateur. Cette protection ne s'appliquerait ainsi pas aux entreprises inefficaces, non pas dans l'intérêt des seules entreprises efficaces, mais parce que cela risquerait sinon de leur donner la possibilité d'éviter d'utiliser des pratiques concurrentielles bénéficiant aux consommateurs, en portant plainte par exemple. Par ailleurs, selon certains, protéger les entreprises inefficaces ne serait de toute façon en aucun cas bénéfique aux consommateurs car ces entreprises n'exerceraient que peu de contraintes concurrentielles sur les entreprises plus efficaces.

45. Les pratiques jugées préjudiciables au titre de cette norme et de la norme du bien-être du consommateur risquent de présenter de nombreux éléments communs. L'un des inconvénients de cette norme est toutefois de traiter avec trop de clémence les entreprises détenant un pouvoir de marché. Il est ainsi indéniable que dans certains cas, elle ne parviendra pas à protéger le bien-être du consommateur. Prenons par exemple une entreprise monopolistique avec un coût marginal de 50 USD et un prix de 100 USD. L'arrivée sur le marché d'un postulant moins efficace avec un coût marginal de 75 USD bénéficierait au bien-être du consommateur. On peut penser que le postulant pénètre sur le marché et que le prix du marché diminue ou que l'entreprise monopolistique décide de ramener son prix à 74 USD pour supprimer toute possibilité d'entrée au postulant tout en continuant à toucher une marge de 24 USD. Les consommateurs tireraient parti du fait que l'entreprise monopolistique ne puisse empêcher l'arrivée d'un

concurrent ou ne puisse augmenter le coût des entrants.⁴⁶ Le bien-être des consommateurs peut de surcroît être amélioré si les entreprises détenant un pouvoir de marché n'ont pas la possibilité d'écarter des concurrents moins efficaces qui pourraient devenir aussi ou plus efficaces qu'elles s'ils parvenaient à survivre. Par ailleurs, la norme implique de façon quelque peu préoccupante que les consommateurs effectuant des achats auprès d'entreprises moins efficaces évincées du marché par une entreprise qui utilise sa position dominante pour diminuer la concurrence et accroître ses bénéfices (en augmentant les coûts de ses concurrents ou en adoptant des pratiques d'éviction), commettent d'une certaine façon une erreur. En leur enlevant la possibilité de continuer à commettre cette erreur, l'entreprise ne porterait finalement pas préjudice aux consommateurs, mais les aiderait.⁴⁷

Encadré 3. Orientations de l'UE sur les pratiques d'éviction abusives⁴⁸

En février 2009, la Commission européenne a publié les « Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes » (appelées ci-après les Orientations).

Les Orientations définissent une approche générale à l'égard des pratiques d'éviction. Elles commencent par le fait qu'il convient de déterminer si une entreprise détient un pouvoir de marché et de ce fait une position dominante qui lui confère une responsabilité particulière et dont elle peut abuser. Elles précisent que la Commission a pour objectif de faire en sorte que les entreprises détenant un pouvoir de marché ne l'utilisent pas pour évincer des concurrents du marché, le verrouillage ayant un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs.

Les Orientations répertorient un certain nombre de facteurs qu'il convient généralement de prendre en considération lors de l'examen de possibles pratiques d'éviction, à savoir :

- a) la force de la position dominante de l'entreprise ;
- b) l'existence d'économies d'échelle ou de gamme, d'effets de réseau et de barrières à l'entrée ;
- c) les contraintes concurrentielles exercées par les concurrents de l'entreprise dominante ;
- d) la manière dont le comportement de l'entreprise cible certains consommateurs ou fournisseurs ;
- e) la portée des pratiques (durée, ampleur) ;
- f) les éléments attestant qu'il y a véritablement eu verrouillage du marché ;
- g) les preuves d'une stratégie d'éviction.

Les Orientations notent que la probabilité de verrouillage est plus forte lorsqu'un dispositif de rabais rétroactif peut être utilisé sur la part non disputable des ventes pour inciter les consommateurs à effectuer leurs achats exclusivement auprès de l'entreprise en question. Il importe de souligner que ces pratiques favorisant l'exclusivité peuvent permettre à l'entreprise dominante d'augmenter son prix moyen et ses bénéfices.

Les Orientations précisent que les rabais conditionnels peuvent avoir des effets de verrouillage sans nécessairement entraîner de sacrifice pour l'entreprise dominante, et leur appréciation se distingue à cet égard de celle de la prédation (paragraphe 37). Elles suggèrent toutefois que la Commission ne considère pas comme problématique un rabais qui laisse le prix effectif de la part non disputable des ventes supérieur au coût marginal moyen à long terme de l'entreprise, étant donné qu'il donne la possibilité à un concurrent aussi efficace de soutenir la concurrence (paragraphe 43).⁴⁹ Aussi, bien que la Commission reconnaisse que dans certaines circonstances, un concurrent moins efficace peut exercer une contrainte qui doit être prise en considération (paragraphe 24), il semble qu'elle utilise l'approche de la fixation des prix d'éviction, en la modifiant toutefois, pour hiérarchiser les affaires de remises de fidélité.

Le Tribunal de l'Union européenne et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ont depuis rejeté l'utilisation d'une évaluation prix-coût comme une condition nécessaire pour juger du caractère abusif des remises de fidélité (voir l'encadré 1 sur Tomra, l'encadré 2 sur Intel et l'encadré 8 sur Post Danmark II).

4.2.3 *Norme du sacrifice des bénéfices*

46. Selon la norme du sacrifice des bénéfices, un comportement doit être jugé illégal s'il implique un sacrifice des bénéfices qui serait irrationnel si le comportement incriminé ne visait pas à éliminer ou à réduire la concurrence.⁵⁰ Ce test est à la fois trop et pas assez exhaustif. Il l'est trop car il peut conduire à interdire certains comportements qui évincent les concurrents tout en bénéficiant au bien-être des consommateurs. Les coûts de recherche et développement d'un nouveau médicament peuvent par exemple être si élevés qu'il serait rationnel de les engager uniquement si l'efficacité du médicament entraînait l'éviction du marché des concurrents et assurait une position dominante à l'entreprise innovante. Certains comportements ne se traduisent par ailleurs par aucun sacrifice des bénéfices à court terme, mais portent néanmoins préjudice à la concurrence. C'est pourquoi bien qu'il puisse présenter un intérêt dans certaines circonstances, ce test ne fournit pas d'éléments permettant d'établir une distinction entre comportement concurrentiel et pratiques d'éviction.⁵¹

4.2.4 *Norme de l'absence de justification économique*

47. Selon la norme de l'absence de justification économique, un comportement est condamnable uniquement s'il ne répond à aucune logique économique, mais vise uniquement à éliminer ou à diminuer la concurrence.⁵² Elle n'implique pas nécessairement un sacrifice des bénéfices et ne présente par conséquent pas les mêmes inconvénients que la norme du sacrifice des bénéfices. Elle peut être utilisée à titre offensif, c'est-à-dire pour affirmer que l'entreprise a adopté ce comportement à des fins d'éviction car il ne repose sinon sur aucune logique économique. Son utilisation à titre défensif est toutefois moins évidente, c'est-à-dire pour prouver que tel comportement n'est pas condamnable car il est effectivement justifié d'un point de vue économique. Elle accepterait ainsi un comportement qui apparaît économiquement justifié parce qu'il réduit la concurrence tout en augmentant l'efficacité de l'entreprise incriminée.

4.3 *Identifier les hypothèses pertinentes*

48. Les affaires récentes de remises de fidélité peuvent également illustrer les types d'évaluation qui sont nécessaires selon que le cadre juridique utilise ou non certaines hypothèses avec les dispositifs examinés. Nous présentons dans la section 5 l'évaluation découlant de l'application d'une règle de raison et du recensement de toutes les circonstances d'une affaire afin d'obtenir une vue globale des effets probables d'un dispositif donné. Nous avons néanmoins constaté que, dans certaines affaires récentes, les tribunaux ont retenu des hypothèses qui rendent cette évaluation superflue.

49. L'une des hypothèses est que tout dispositif de remises d'exclusivité mis en place par une entreprise avec un pouvoir de marché sera présumé produire des effets préjudiciables. L'analyse des effets probables de ce dispositif apparaît dès lors non nécessaire (voir les encadrés 1 sur Tomra et 2 sur Intel). Deux raisons peuvent expliquer cette approche.

- Premièrement, cette hypothèse peut refléter l'opinion selon laquelle certaines catégories de dispositifs de remise (les dispositifs de remise d'exclusivité, par exemple) sont par nature anticoncurrentielles.⁵³ On peut ainsi présumer qu'un dispositif de remise est préjudiciable s'il ne poursuit pas un objectif autre qu'un objectif anticoncurrentiel. Certaines restrictions imposées par l'entreprise peuvent entrer dans cette catégorie. Ce peut être par exemple des « restrictions non déguisées », comme dans le cas des paiements versés par Intel à ses clients pour qu'ils diffèrent l'introduction sur le marché d'un produit concurrent (voir l'encadré 2), ou des mesures prises par Tomra pour empêcher ses clients de tester un produit concurrent (voir l'encadré 1). Si la classification des restrictions en fonction de l'objectif des pratiques facilite l'administration des règles pour les autorités chargées de les mettre en œuvre, certains auteurs ont souligné que les remises et les contrats d'exclusivité peuvent refléter la concurrence et à ce titre générer des gains

d'efficience. Selon eux, on ne peut pas supposer que ces restrictions poursuivent nécessairement un but anticoncurrentiel.⁵⁴

- La deuxième raison peut provenir du fait que le tribunal considère que la forme du dispositif de remise utilisé par une entreprise possédant un pouvoir de marché n'est pas par nature anticoncurrentielle, mais qu'elle peut très probablement le devenir dans la pratique.⁵⁵ Dans ce cas, la charge de la preuve peut être inversée et l'on peut supposer que le dispositif est effectivement anticoncurrentiel s'il existe une forte présomption de position dominante.

50. Ces hypothèses sont généralement réfutées par la mise en évidence de gains d'efficience.⁵⁶ Elles ne conduisent donc pas nécessairement à la conclusion incontournable de l'illégalité de ces pratiques.⁵⁷ La section 5.4 expose toutefois les difficultés rencontrées pour parvenir à justifier les efficience. Commençons par définir un cadre permettant d'évaluer les effets d'éviction des remises de fidélité.

5. Cadre d'évaluation des effets d'éviction des remises de fidélité

51. Dans cette section, nous définissons un cadre permettant d'évaluer les effets d'éviction des remises de fidélité. Il reflète les trois théories du préjudice exposées dans la section 3.2, mais pas celles évoquées dans la section 3.3 car elles n'ont pas encore été appliquées. Il se fonde sur le principe selon lequel l'objectif est de protéger le bien-être du consommateur et qu'il n'existe aucune hypothèse permettant de supprimer automatiquement la nécessité d'évaluer l'effet de la remise de fidélité sur les consommateurs.

52. Les tribunaux américains suggèrent que le choix de la théorie du préjudice retenue devrait dépendre de la méthode d'exclusion principalement utilisée. Cependant, dans la pratique, ils ont parfois estimé qu'une méthode (la prédation) prédominait malgré le mécanisme supposé et le fait que l'affaire laissait penser que l'exclusion avait pris la forme d'un autre dispositif (voir l'encadré 4 sur l'affaire Eisai/Sanofi). Dans ce cas, le fait que l'on estime que le dispositif n'est pas préjudiciable au regard de l'une des théories potentielles ne suffirait pas à rejeter la plainte, le dispositif pouvant en effet se révéler préjudiciable au titre d'une autre théorie. Si dans le cadre d'une démarche prudente, il conviendrait d'examiner les faits au regard de chacune des théories, une approche plus concrète pourrait consister à demander aux requérants d'identifier et de prouver la théorie en cause dans leur plainte, puis à examiner la théorie avancée.

Encadré 4. L'affaire Eisai/Sanofi⁵⁸

En 2014, la juge Cooper du tribunal fédéral américain du district du New Jersey a statué sur une affaire concernant le marché des produits pharmaceutiques de marque utilisés pour traiter les caillots sanguins dans les cas de thrombose veineuse profonde. Eisai accusait Sanofi de comportement anticoncurrentiel et monopolistique lors de la commercialisation du médicament Lovenox. Pendant la période concernée, de 2005 à 2010, Lovenox a occupé de 81.5 à 92.3 % du marché.

Le comportement examiné consistait en un dispositif comprenant des remises sur les quantités et sur la part des besoins que Sanofi accordait aux acheteurs du Lovenox. Les remises augmentaient en fonction (i) du nombre d'unités achetées, et (ii) de la part du Lovenox parmi le volume total des achats de médicaments de la même classe thérapeutique par le client. Cette dernière était définie en fonction du nombre d'unités de Lovenox acheté pendant quatre mois consécutifs divisé par le nombre d'unités de tous les médicaments de la même classe thérapeutique acheté sur la même période. Par exemple, un hôpital achetant un volume brut compris entre 100 000 et 399 999 USD, et en supposant que ce volume corresponde à 82 % de ses besoins dans cette catégorie de médicaments, bénéficierait d'une remise de 15 %. Un hôpital achetant la même quantité, mais couvrant ainsi 91 % de ses besoins, touchait une remise de 21 %.

Contrairement à ce qui s'est produit dans l'affaire *ZF Meritor/Eaton* (voir l'encadré 6), le tribunal a déclaré ici que le prix, et non l'exclusivité, constituait le principal mécanisme d'exclusion. Seuls les prix figuraient parmi les moyens utilisés pour inciter les acheteurs à l'exclusivité et les clients pouvaient facilement mettre fin rapidement à leurs contrats. Il a par conséquent été avancé qu'il convenait d'effectuer une évaluation prix-coût.

Il était incontestable que, même avec l'application des remises, Sanofi ne vendait pas le Lovenox aux hôpitaux à un prix inférieur à son coût marginal. Le tribunal a constaté qu'en 2009 par exemple, Sanofi pouvait facturer un prix 17.7 fois supérieur à ses coûts, alors que Eisai facturait 7.8 fois ses coûts.

La juge a considéré que le fait que le prix était supérieur au coût suffisait à rejeter l'affaire. Elle a toutefois également affirmé que l'affaire aurait été rejetée même sans le recours à l'évaluation prix-coût, car les circonstances ne prouvaient pas l'existence d'un risque d'éviction. Cela était par exemple démontré par l'accroissement de la part de marché des concurrents de Sanofi pendant la période concernée, l'absence de témoignages de verrouillage de la part de clients et le fait que certains hôpitaux ont pu changer de médicaments sans subir de conséquence particulière. La juge Cooper a conclu que si Eisai choisissait de diminuer ses prix, elle pourrait gagner davantage de clients, et déclaré que les lois sur la concurrence n'étaient pas destinées à protéger le désir d'Eisai de conserver une marge bénéficiaire de 85 %.

5.1 *Si le mécanisme supposé repose sur la prédation due à la fixation d'un prix inférieur au coût*

53. Si l'allégation repose sur un dispositif de remise qui entraînerait l'éviction en fixant un prix inférieur au coût, on peut appliquer la théorie classique de la prédation.⁵⁹

54. La prédation peut porter préjudice aux consommateurs si l'entreprise sacrifie ses bénéfices pour évincer un concurrent.⁶⁰ Soulignons qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise subisse des pertes. Elle doit juste enregistrer des bénéfices inférieurs à ceux qu'elle aurait réalisés sinon.⁶¹ Cependant, afin de ne pas freiner la concurrence sur les prix, la pratique habituelle consiste à examiner si l'entreprise supposée prédatrice a effectivement subi des pertes. Elle suppose de comparer le prix au coût, généralement le coût variable moyen. Dans le cas des remises de fidélité, le montant total de la remise doit être déduit du prix facturé au client. Si le prix s'avère effectivement inférieur au coût et que les autres entreprises ne peuvent répondre à la concurrence, il convient d'examiner toutes les éventuelles raisons concurrentielles d'adopter ce comportement. Des prix promotionnels ont ainsi pu être décidés pour écouler des produits obsolètes ou périssables. En l'absence de raisons concurrentielles, il convient d'évaluer la probabilité pour l'entreprise de recouvrer ses bénéfices. Cela peut nécessiter d'évaluer d'éventuelles barrières à l'entrée ou la capacité des concurrents à résister à une guerre des prix.

Encadré 5. L'affaire Velux

En 2009, la Commission européenne a abandonné une enquête sur des infractions qu'aurait commises Velux, fabricant danois de fenêtres de toit. Elle a pris cette décision quelques semaines après la publication non officielle des *Orientations sur les priorités retenues par la Commission* (les Orientations), mais avant leur publication au Journal officiel.

Dans un article sur l'affaire, les fonctionnaires de la Commission ont expliqué que Velux accordait jusqu'à 5 % de remise progressive aux distributeurs en fonction des volumes achetés généralement sur une période de six mois.⁶² Le dispositif était progressif, la remise augmentant de 0.2 à 0.5 % lorsqu'un seuil supérieur était franchi. Les seuils variaient légèrement selon les pays, mais étaient les mêmes pour tous les distributeurs d'un pays donné.

Conformément à ses Orientations, la Commission européenne a mené une évaluation prix-coût et constaté que même la remise la plus élevée (5 %) ne se traduisait pas par un prix inférieur au coût marginal. Les fonctionnaires se sont appuyés sur le paragraphe 43 qui indique que dans ces circonstances, une remise n'est normalement pas de nature à provoquer l'éviction anticoncurrentielle d'un concurrent aussi efficace.

Il importe de souligner que dans cette affaire, les remises étaient progressives et non rétroactives. Elles n'étaient pas non plus individualisées et ne pouvaient donc pas être comparées à une remise sur la part des besoins ou à une remise d'exclusivité. La Commission a conclu qu'il était peu probable que le dispositif de remise ait un effet d'éviction

et a clos l'affaire.

5.2 *Si le mécanisme supposé repose sur un dispositif de distribution exclusive de fait*

55. Comme dans le cas de l'évaluation d'un accord contractuel de distribution exclusive, il convient ici de recueillir des preuves de la puissance de marché de l'entreprise concernée et de répondre à quatre questions :⁶³ la remise équivaut-elle à une exclusivité de fait ; l'exclusivité entraîne-t-elle une hausse des coûts des concurrents ; quelle conséquence l'augmentation des coûts a-t-elle sur la concurrence et les résultats du marché ; pourquoi les concurrents n'ont-ils pas réussi à proposer un dispositif équivalent.

56 La première question consiste à savoir si le dispositif met en place une distribution exclusive de fait (ou une distribution exclusive partielle de fait, voir l'encadré 6 sur l'affaire ZF Meritor/Eaton, ci-dessous), et avec qui.⁶⁴ Il convient d'identifier les habitudes d'achat des différents acheteurs (ou les habitudes de vente des fournisseurs si la distribution exclusive concerne un fournisseur d'intrants) et de comprendre comment et pourquoi elles diffèrent du comportement d'achat qui serait probablement observé sans l'application de la remise.⁶⁵ Les données recueillies et les informations obtenues auprès des acheteurs permettent de réaliser un constat, mais il peut également s'avérer nécessaire d'évaluer la force des incitations proposées aux acheteurs. Par exemple, la remise est-elle d'une ampleur significative, le dispositif est-il individualisé, est-il rétroactif ? L'entreprise réalise-t-elle des ventes non contestables ? La remise concerne-t-elle à la fois des ventes non contestables et des ventes contestables ? Combien de temps dure la remise ?⁶⁶

Encadré 6. L'affaire ZF Meritor/Eaton⁶⁷

En 2012, la cour fédérale d'appel des États-Unis pour le troisième circuit a confirmé les conclusions du tribunal de district, selon lesquelles le comportement de l'entreprise Eaton sur le marché nord-américain de la transmission des poids lourds avait enfreint les lois Sherman et Clayton.

En 2000, Eaton avait conclu de nouveaux accords de long terme avec quatre acheteurs directs de transmission de poids lourds. Ces accords leur accordaient des remises de fidélité à condition qu'ils achètent un pourcentage minimum (de 70 à 90 %) des produits dont ils avaient besoin auprès d'Eaton. ZF Meritor, le seul concurrent d'Eaton, a alors commencé à perdre des parts de marché et a finalement été évincé en 2007.

La cour d'appel a condamné Eaton malgré le fait que ses prix étaient demeurés supérieurs aux coûts. La cour a expliqué que les prix ne constituaient pas dans cette affaire le mécanisme d'exclusion réellement dominant. L'effet d'éviction provenait d'une série de facteurs qui se sont ajoutés aux prix, tels que la position de partenaire commercial incontournable occupée par Eaton, la longue durée de ses contrats et l'existence de barrières d'entrée élevées. La cour a estimé que l'ensemble de ces pratiques avait entraîné une distribution exclusive partielle de fait.

Le juge Greenberg a critiqué cette décision et émis un avis contraire, estimant que l'incapacité du plaignant à prouver que les prix étaient inférieurs aux coûts aurait dû suffire à classer l'affaire. Un groupe de 18 universitaires ont appuyé cet avis dans un mémoire d'amicus transmis à la cour suprême⁶⁸, dans lequel ils affirment que l'approche suivie par la cour d'appel « empêchera les vendeurs de proposer des remises et des rabais conditionnels sans être des prix d'éviction, récompensera les producteurs les moins efficaces, freinera la concurrence sur les prix, et portera préjudice au bien-être des consommateurs. »⁶⁹ De nombreux universitaires ont soutenu la décision Eaton/Meritor en réaction à ces critiques et recommandé que les autorités chargées de la concurrence utilisent un cadre « de l'augmentation des coûts des concurrents » pour évaluer les remises de fidélité, et non un cadre des prix d'éviction.⁷⁰ La cour suprême a refusé d'entendre l'affaire.

57. Lorsqu'on a déterminé si le dispositif se traduit par une distribution exclusive ou exclusive partielle, il convient de répondre à la question de savoir si l'exclusivité conduit à une hausse des coûts des concurrents.⁷¹ Si le problème vient par exemple du fait que l'accès aux clients a été verrouillé et que cela a

entraîné une augmentation des coûts, les questions à résoudre peuvent être les suivantes : quelle proportion d'acheteurs a effectué des achats en exclusivité, les concurrents avaient-ils la possibilité de vendre à d'autres clients ? Existe-t-il des barrières d'entrée aux marchés sur lesquels interviennent des acheteurs intermédiaires (l'entreprise peut-elle contourner ces acheteurs intermédiaires ou financer l'entrée) ? Existe-t-il des éléments susceptibles de prouver la réalisation d'économies d'échelle ? À partir de quel moment ces économies d'échelle ont-elles été réalisées ? Quand ont-elles pris fin ? Où se situe l'échelle viable minimale ou l'échelle efficace minimale ? Le dispositif appliqué empêche-t-il les concurrents de l'atteindre ? Si le problème vient du fait que l'accès aux intrants a été verrouillé et que cela a entraîné une augmentation des coûts, les questions à résoudre peuvent être : quels sont les fournisseurs d'intrants qui ont obtenu l'exclusivité ? Pourquoi cela a-t-il entraîné une augmentation des coûts des concurrents ? Les concurrents ont-ils pu trouver d'autres fournisseurs (existe-t-il des barrières d'entrée sur ce marché des intrants) ? Ces fournisseurs étaient-ils plus efficaces ou de meilleure qualité que ceux qui restaient accessibles ? D'autres concurrents ont-ils rencontré le même problème ? D'autres vendeurs ont-ils réagi en révisant leurs prix ? Il importe non pas de déterminer la part de distribution qui est verrouillée, mais de savoir si ce verrouillage provoquera une hausse des coûts du concurrent.⁷²

58. Dans chacun des cas, les preuves directes des répercussions sur les coûts eux-mêmes sont particulièrement intéressantes. Cependant, lorsqu'on observe l'impact d'une remise sur les coûts d'une entreprise, il est indispensable d'examiner ce qu'il serait advenu des coûts sans la mise en place de la remise. Cela peut contribuer à comprendre quels sont les changements de coûts imputables ou non à la remise.

59. La troisième question consiste à déterminer si, et dans quelle mesure, l'augmentation des coûts limite la concurrence. Si l'on peut supposer qu'elle a un certain impact, un examen plus précis peut permettre d'en déterminer l'ampleur. Il peut inclure une analyse des données sectorielles, afin de comprendre quelles ont été les répercussions sur les prix, la qualité, l'innovation ou la production de l'augmentation des coûts. Il peut également reposer sur une utilisation des données sur les prix et les coûts de l'entreprise pour déterminer comment dans le passé, ou dans une situation future simulée, les prix auraient été fixés si les coûts avaient été différents, par exemple, quelles variations auraient été répercutées sur les consommateurs. Les preuves de l'impact sur le marché présentent aussi un intérêt. Étant donné que le dispositif de remise a pu permettre à un opérateur historique de préserver sa capacité à pratiquer des prix excessifs, il peut aussi s'avérer intéressant de voir si, sans la mise en place du dispositif, la concurrence aurait pu être plus forte, grâce notamment à l'arrivée de nouveaux entrants ou à l'innovation. Les éléments indiquant que les prix demandés aux consommateurs infidèles sont supérieurs à ceux qui auraient été facturés sans l'application de la remise de fidélité peuvent également laisser supposer le caractère préjudiciable du dispositif.

60. Enfin, l'évaluation doit expliquer pourquoi les concurrents ne sont pas parvenus à faire face à un dispositif aussi menaçant.⁷³ Il s'agit ici de déterminer pourquoi l'entreprise concurrente n'a pas réussi à soutenir la concurrence pour obtenir l'exclusivité avec un client/fournisseur (ou pourquoi ce client/fournisseur n'a pas choisi de traiter avec le concurrent plutôt qu'avec l'entreprise dominante qui cherchait à augmenter ses prix). À la lumière de la théorie présentée à la section 3.2.2, la raison peut être la même que celle qui explique pourquoi une entreprise détenant un pouvoir de marché peut parfois entraîner une hausse des coûts de son concurrent sans sacrifier ses propres bénéfices. Par exemple :

- L'entreprise concurrente peut être moins efficace mais proposer un produit différencié qui exerce toujours une contrainte concurrentielle. Le recours à une remise de fidélité pour qu'elle augmente ses coûts porterait par conséquent préjudice aux consommateurs. Dans ce cas, il serait nécessaire d'évaluer les contraintes concurrentielles imposées par les entreprises concurrentes pour identifier celles dont l'exclusion serait préjudiciable. Il est peut-être plus simple d'effectuer cet

examen que d'essayer de répertorier les concurrents tout aussi efficaces à un moment et dans une situation donnés.

- Les distributeurs peuvent craindre d'être pénalisés si d'autres distributeurs traitent avec l'opérateur historique et si l'un de leurs concurrents devient inefficace parce qu'il n'a plus accès aux clients. L'entreprise historique peut en outre susciter elle-même ces incertitudes en proposant des remises individualisées à des périodes différentes sans communiquer les informations correspondantes.
- Les distributeurs peuvent craindre d'être pénalisés si leur concurrent devient inefficace parce que l'opérateur historique est parvenu à verrouiller son accès aux intrants (ceux vendus par les distributeurs ou d'autres).
- Contrairement à l'opérateur historique, l'entreprise concurrente peut ne pas vouloir, ou ne pas pouvoir, s'entendre avec les acheteurs intermédiaires pour accroître leurs gains collectivement en augmentant les prix demandés aux consommateurs finaux.⁷⁴

61 On peut aussi constater une asymétrie de l'objectif des entreprises lorsqu'elles proposent des remises, autrement dit de leur volonté à proposer des remises, qui peut peser sur la capacité des autres entreprises à leur livrer concurrence. Par exemple, pour préserver sa puissance de marché, une entreprise dominante peut vouloir faire une offre supérieure à celle que proposerait un nouvel arrivant pour dégager des bénéfices compétitifs (voir l'encadré 7 ci-après). Il est toutefois possible de résoudre cette asymétrie en adaptant l'évaluation prix-coût. Plutôt que de chercher à déterminer si les remises ont entraîné des pertes pour l'entreprise dominante (ne serait-ce que sur ses ventes contestables), ainsi que le préconisent les *Orientations sur les priorités retenues par la Commission*⁷⁵, cette évaluation étudierait si le concurrent pouvait rester sur le marché de manière rentable compte tenu du prix qu'il aurait dû pratiquer pour compenser l'impact de la remise proposée par l'entreprise dominante. Comme nous l'avons déjà noté, il existe de nombreuses circonstances dans lesquelles une exclusion de ce type peut porter préjudice aux consommateurs, et ce même si le concurrent évincé n'est pas aussi efficace. L'évaluation peut déterminer si ce concurrent serait évincé, mais pas si son éviction serait préjudiciable aux consommateurs.

Encadré 7. Exemple : asymétrie de la volonté de proposer des remises

Supposons qu'une entreprise monopolistique possédant deux distributeurs enregistre un bénéfice de 200 USD, mais est confrontée à un nouvel arrivant qui entraînerait la création d'une situation duopolistique dans laquelle chacune des entreprises réaliserait un bénéfice de 70 USD. L'entreprise monopolistique pourrait proposer une remise allant jusqu'à 130 USD pour gagner l'exclusivité et conserver ses bénéfices. Le nouvel arrivant a en revanche besoin de bénéficier de conditions non exclusives de la part d'un distributeur pour être viable. Il pourrait par conséquent proposer une remise d'un maximum de 70 USD pour une distribution non exclusive (son prix serait alors équivalent à ses coûts). L'entreprise monopolistique pourrait renchérir et proposer une remise de 71 USD pour obtenir l'exclusivité. Cette remise ne lui occasionnerait pas de pertes car elle pourrait la financer à partir de ses 200 USD de bénéfices.

Dans cet exemple, le test modifié examinerait si le concurrent, compte tenu de ses prix et de ses coûts, pourrait proposer une remise équivalente à celle offerte par l'entreprise monopolistique pour protéger sa position. Il montrerait qu'avec une remise de 71 USD, l'entreprise monopolistique, tout en pratiquant un prix bien au-dessus de ses coûts, évinçait son concurrent en le contraignant à appliquer un prix inférieur à ses coûts.

62. Par ailleurs, l'entreprise dominante peut avoir sacrifié certains de ses bénéfices pour remporter l'exclusivité et accroître l'ensemble de ses bénéfices. Il importe de souligner que dans ce cas, l'entreprise vise à augmenter ses bénéfices et non à enregistrer des pertes qu'elle devrait combler à une date ultérieure (cas examiné à la section 4.3). Le test de « l'attribution de la remise » peut alors être effectué pour savoir si

le sacrifice des bénéfiques sur les ventes non contestables nécessaire à l'éviction d'un concurrent aussi efficace est compensé dans le même temps par un accroissement des ventes contestables.⁷⁶

63. Pour réaliser ce test, on attribue la valeur totale des remises pratiquées sur les ventes non contestables aux ventes contestables. Cela traduit l'idée selon laquelle les remises sur les ventes non contestables ne sont pas proposées pour garantir la vente de ces produits, puisqu'il s'agit de ventes non contestables, mais pour écouler des produits contestables. Si les bénéfiques dégagés sur les produits contestables, coût de financement de la réattribution des remises inclus, sont supérieurs aux coûts de vente de ces produits, l'entreprise est en mesure d'évincer un concurrent aussi efficace et partant, d'accroître ses bénéfiques. On peut aussi modifier le test pour voir si l'entreprise peut évincer un concurrent moins efficace tout en maximisant ses bénéfiques. Bien qu'il ne soit pas déterminant, ce test peut faire partie des outils d'analyse à retenir (voir les encadrés 5 sur Velux et 8 sur Post Danmark II).⁷⁷

Encadré 8. L'affaire Post Danmark II⁷⁸

En 2009, le conseil de la concurrence du Danemark a constaté que Post Danmark avait abusé de sa position dominante sur le marché des envois postaux en nombre en pratiquant un système de rabais sur le publipostage. Il a constaté que cette pratique avait fidélisé les clients et verrouillé le marché.⁷⁹

Post Danmark appliquait un rabais rétroactif sur les quantités compris entre 6 et 16 % en fonction du nombre d'articles vendus par an. Le rabais était standardisé, c'est-à-dire que le seuil minimum à franchir pour bénéficier du rabais était le même pour tous les clients. Le système n'était donc pas censé avoir les effets d'un rabais sur la part des besoins ou d'exclusivité.

Après le recours introduit par Post Danmark, la cour suprême danoise a déposé une demande de décision préjudicielle auprès de la CJUE. Celle-ci a déclaré que les rabais accordés par Post Danmark en fonction des volumes d'achats cumulés sur une période donnée ne pouvaient être considérés comme de simples rabais sur les quantités. Elle a indiqué en effet que les rabais sur les quantités sont liés exclusivement au volume des achats effectués, sont accordés en fonction de chaque commande et ne sont normalement pas anticoncurrentiels puisqu'ils correspondent aux économies de coût réalisé par le fournisseur. Selon la CJUE, les rabais pratiqués par Post Danmark n'étaient pas non plus des « rabais de fidélité » : elle a noté que le système de rabais adopté par Post Danmark n'était pas assorti « d'une obligation ou d'une promesse des acheteurs de s'approvisionner exclusivement ou pour une certaine quotité de leurs besoins auprès de Post Danmark. »⁸⁰ Il ressort par conséquent que la cour a estimé qu'il ne s'agissait ni de rabais sur la part des besoins ni de rabais d'exclusivité, mais d'un troisième type de rabais.

Dans le cas de rabais tels que ceux pratiqués par Post Danmark, la cour a déclaré qu'il était nécessaire de prendre en compte toutes les circonstances de l'affaire pour parvenir à une décision. Elle a ainsi suggéré qu'il convenait d'analyser les effets potentiels des rabais sur les consommateurs. Concernant la nature de l'analyse à mener, la cour a estimé que le test du concurrent aussi efficace constituait un outil permettant d'apprécier l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante dans le cadre d'un système de rabais. Elle a toutefois souligné qu'il en existe d'autres et que ce test ne constitue pas une condition indispensable pour constater le caractère abusif d'un système de rabais, et qu'il n'était pas pertinent dans l'affaire en question.⁸¹

La CJUE a également indiqué que les *Orientations sur les priorités retenues par la Commission* publiées en 2009 par la Commission européenne constituent un instrument utile pour la hiérarchisation des affaires, mais qu'elles ne sont pas contraignantes pour les autorités chargées de la concurrence et les tribunaux.⁸²

64. Ce test peut toutefois s'avérer difficile à réaliser. Contrairement aux remises groupées dans lesquelles le test d'attribution est appliqué à des produits distincts, dans les cas de remises de fidélité, il n'est pas aisé de distinguer les ventes contestables des ventes non contestables et il peut se révéler extrêmement difficile d'établir quelles sont les ventes contestables. Il n'est pas non plus évident d'évaluer correctement les coûts sur les marchés où les coûts marginaux sont bas en raison de coûts de R-D élevés (par exemple, dans les secteurs des produits pharmaceutiques ou de l'informatique et des microprocesseurs, voir l'encadré 9 sur Qualcomm). Aussi est-il dans certains cas difficile de tirer des conclusions des résultats du test, d'autant qu'elles n'apportent parfois aucun élément probant.

Encadré 9. L'affaire Qualcomm⁸³

En 2009, la Korean Fair Trade Commission (KFTC) a enquêté sur les pratiques de fixation des prix de Qualcomm sur le marché des licences de la technologie CDMA (Code Division Multiple Access) et des puces de modem et RF. Elle a constaté que Qualcomm occupait une position dominante, avait exclu ses concurrents et conservait sa position en pratiquant des remises groupées et des remises de fidélité. Elle proposait d'associer la vente de ses puces de modem à celle des licences CDMA en facturant à un taux discriminatoire les redevances demandées pour des puces d'une autre marque : par exemple, 5 % pour des puces Qualcomm ou 5,75 % pour des puces d'une autre marque. Elle offrait en outre des remises de fidélité sur chaque produit acheté à condition que les clients comblent une large part de leurs besoins en puces avec celles de la marque. Une entreprise devait par exemple acheter plus de 85 % des puces dont elle avait besoin auprès de Qualcomm pour bénéficier d'une remise de 3 % sur son achat.

La KFTC a décidé d'imposer à Qualcomm des mesures correctives et une amende de 208 millions USD pour avoir commis un abus de position dominante en facturant des redevances discriminatoires et en offrant des remises conditionnelles. Lors de leur analyse de l'affaire, les autorités coréennes n'ont pas utilisé l'évaluation prix-coût pour évaluer l'impact des remises. Pendant l'audition, Qualcomm a présenté les résultats d'une évaluation prix-coût qu'elle avait elle-même effectuée et qui montrait que les prix pratiqués demeuraient supérieurs aux coûts. La KFTC a rejeté cette analyse dans sa décision finale après avoir constaté qu'elle comportait plusieurs limites et n'était de ce fait pas utilisable. Elle a également estimé que les résultats de l'évaluation manquaient de crédibilité.

5.3 *Si le mécanisme supposé repose sur la taxation effective des prix des concurrents*

65. Cette théorie découle de l'observation selon laquelle, pour s'approvisionner auprès d'une autre entreprise que celle proposant une remise de fidélité, l'acheteur doit payer le prix demandé par cette entreprise concurrente et une taxe effective, puisqu'il perd la remise de fidélité dont il aurait bénéficié auprès de l'autre entreprise.

66. Contrairement à la distribution exclusive ou à la distribution exclusive de fait, ce mécanisme ne nécessite pas d'inciter les consommateurs à acheter en exclusivité (voir le paragraphe 57, ci-dessus) et n'a pas d'incidence sur les coûts des entreprises concurrentes (paragraphe 57-58). À la place de ces critères, il convient de définir ici l'ampleur et la portée de la taxe. Pour en évaluer la taille, il faut déterminer le pourcentage de remise prévu par le dispositif, si la remise est rétroactive et à partir de quels seuils la remise augmente. Ces trois facteurs indiquent la valeur de la remise que perd l'acheteur lorsqu'il n'atteint pas un certain seuil et donc l'ampleur de la taxe appliquée au prix de l'unité vendue par l'entreprise concurrente, qui conduit l'acheteur à ne pas atteindre le seuil fixé par l'autre entreprise (ou à ne pas effectuer un volume d'achats plus gros qui comprendrait cette unité).

67. La portée de la taxe correspond aux ventes sur lesquelles elle est imposée. Elle dépend des seuils associés à la remise. Supposons qu'un client achète 200 unités. Le premier seuil est fixé à 80 % et le deuxième à 90 %. L'entreprise n'a qu'un seul concurrent. Les ventes de celui-ci qui seraient taxées seraient donc celles de la 20^e à la 40^e unité. Les 19 premières unités vendues ne seraient pas taxées puisque le client ne perd aucune remise en procédant à ces achats. De même, s'il achetait 40 unités, ses éventuels achats supplémentaires ne seraient plus taxés.

68. Après avoir défini la portée et l'ampleur de la taxe, il faut ensuite comprendre pourquoi la taxe entraîne une diminution de la concurrence et a un impact sur les résultats du marché. Cela peut supposer d'analyser les données du secteur pour observer quelles ont été les conséquences de l'introduction de la taxe sur les prix, la qualité ou la production (tout en conservant à l'esprit le scénario contrefactuel et les ventes sur lesquelles on pourrait prévoir un effet). Cela peut également impliquer d'utiliser les données sur les prix des entreprises pour voir comment dans le passé, ou dans une situation future simulée, les changements de prix effectués par l'entreprise concurrente ont modifié la manière dont l'entreprise fixe ses

prix. Il s'agirait là encore de comprendre quelles répercussions aurait la taxe sur les prix de l'entreprise concurrente et ceux de l'entreprise proposant la remise.

69. Enfin, comme dans le cas d'une augmentation des coûts des concurrents, il importe de comprendre pourquoi les entreprises peuvent ne pas être en mesure de soutenir la concurrence, par exemple, pourquoi elles ne peuvent pas répondre à cette taxe en abaissant leurs prix de manière à ce qu'ils restent concurrentiels même avec l'imposition de la taxe. Comme cela a déjà été indiqué, la réponse pourrait tenir aux mêmes asymétries qui expliquent pourquoi une entreprise dotée d'une puissance de marché peut parfois entraîner une hausse des coûts de ses concurrents par le biais d'une exclusivité de fait sans que ces derniers ne puissent réagir (existence de ventes non contestées par exemple, voir les paragraphes 60 à 62).

5.4 Évaluer les pratiques justifiant d'éventuelles efficiences

70. Pour déterminer si une remise de fidélité décourage les échanges commerciaux avec des entreprises concurrentes ou atténue la concurrence avec celles-ci, les autorités chargées de la concurrence pourront examiner les pratiques justifiant d'éventuelles efficiences. Étant donné que les informations permettant d'évaluer précisément les efficiences présumées sont détenues par les parties, il appartiendra à l'entreprise accusée d'apporter les preuves nécessaires. En plus de prouver l'existence des efficiences justifiant ces pratiques, elle devra aussi généralement démontrer qu'elle n'aurait pu réaliser les mêmes efficiences avec des mesures concrètes moins restrictives et que ces efficiences ont été répercutées sur les consommateurs. Il convient de noter que même si ces conditions sont remplies, certains tribunaux peuvent rejeter les arguments justifiant un comportement anticoncurrentiel par des efficiences s'ils n'ont pas réellement incité l'entreprise à adopter ces pratiques.

71. La section 3.1 expose les raisons susceptibles d'expliquer en quoi les remises de fidélité peuvent bénéficier aux consommateurs. Les parties peuvent avancer une ou plusieurs de ces raisons pour justifier leurs pratiques. On observe toutefois que dans les affaires récentes, peu de parties ont décidé de se défendre en mettant l'accent sur leurs gains d'efficience. Outre le fait qu'il est généralement difficile de fonder son mode de défense sur ce critère, il peut s'avérer encore plus difficile de le faire avec un dispositif de remise de fidélité, étant donné que sa mise en œuvre est souvent davantage motivée par la volonté de se montrer plus concurrentiel que d'accroître son efficacité. Cela risque par conséquent de limiter la portée de l'examen des gains d'efficience permettant de contrebalancer des conclusions selon lesquelles le dispositif adopté diminue la concurrence. Il peut également s'avérer difficile d'affirmer qu'il n'existe pas de moyens de baisser les prix qui soient moins néfastes pour la concurrence. Cet argument nécessiterait à tout le moins d'expliquer pourquoi de simples baisses de prix ou des remises progressives sur les quantités sont impossibles à appliquer.

6. Conclusion

72. Premièrement, les remises de fidélité peuvent avoir des effets ambigus sur le bien-être des consommateurs. Pour distinguer les dispositifs de remise favorisant la concurrence de ceux qui la pénalisent, il faut en évaluer les répercussions sur les consommateurs. Déterminer leur impact sur la liberté des entreprises de se livrer concurrence ne donnera probablement pas une indication exacte de leurs effets potentiels sur les consommateurs.

73. Deuxièmement, les hypothèses relatives aux effets concurrentiels des remises d'exclusivité ne sont pas fiables non plus. Déterminer si le dispositif de remise appliqué par une entreprise détenant un pouvoir de marché incite certains de ses clients à s'approvisionner exclusivement auprès d'elle n'est que la première étape. Cela revient à déterminer que cette entreprise a conclu un accord de distribution exclusive.

Ces observations n'indiquent pas si le dispositif de remise améliore ou détériore la situation des consommateurs.

74. Troisièmement, il est juste d'empêcher les entreprises de se soustraire à une plainte pour prédation en poursuivant une stratégie de prédation sous couvert d'un dispositif de remise de fidélité, pour dissimuler ainsi le fait qu'elles fixent des prix d'éviction. Cependant, la mise en place d'un régime de protection fondé sur l'évaluation prix-coût, comme dans les affaires de prédation, risque de ne pas cibler certaines pratiques anticoncurrentielles. En effet, contrairement aux prix d'éviction, les remises de fidélité peuvent être utilisées pour décourager les transactions avec les entreprises concurrentes, voire les exclure, en augmentant leurs coûts (et leurs prix effectifs) sans devoir sacrifier temporairement leurs bénéfices.

- Dans certains cas, l'entreprise peut décourager les échanges commerciaux avec un concurrent aussi efficace sans sacrifier ses bénéfices. Elle peut par exemple appliquer une stratégie « diviser pour mieux régner » ou conclure un accord avec des acheteurs en aval afin d'augmenter les prix demandés aux consommateurs finaux. Dans ce cas, les évaluations prix-coût fondées sur les coûts de l'entreprise ne permettent pas de repérer un comportement anticoncurrentiel.
- Dans d'autres cas, l'entreprise peut décourager les échanges commerciaux avec un concurrent sans sacrifier ses bénéfices. Par exemple, le concurrent peut être moins efficace, ou l'entreprise peut être prête à payer davantage pour conserver son pouvoir de marché que ce que paierait un concurrent pour pénétrer ce marché. Dans ces circonstances, un test d'attribution des remises fondé sur les coûts de l'entreprise concurrente peut servir à déceler un comportement anticoncurrentiel.
- Enfin, dans d'autres cas encore, l'entreprise peut décourager les échanges commerciaux avec un concurrent aussi efficace en sacrifiant ses bénéfices sur certaines ventes (mais sans sacrifier ses bénéfices totaux). Un test d'attribution des remises (à partir des propres coûts de l'entreprise) peut alors être utile pour repérer un comportement anticoncurrentiel.

75. Chacun de ces cas nécessite une phase de récupération des bénéfices ou la sortie du marché du concurrent. Ces stratégies constituent par conséquent des pratiques d'exclusion moins risquées et plus à même de réussir que la prédation.⁸⁴ La possibilité que des dispositifs de remise de fidélité encadrés par un régime de protection portent préjudice aux consommateurs est par conséquent plus grande que dans le cas de prix d'éviction.

76. Dans le même temps, la possibilité que les consommateurs bénéficient de ces dispositifs, notamment ceux qui supposent que les acheteurs intermédiaires s'adressent à l'entreprise pour couvrir une grande part de leurs besoins, apparaît beaucoup plus faible qu'avec une simple baisse de prix. Par ailleurs, le risque que l'absence d'un régime de protection entrave la concurrence sur les prix est moindre qu'avec une stratégie de prédation. Il existe d'autres moyens de baisser les prix qui risquent moins d'être contestés, comme les simples baisses de prix ou les remises progressives sur les quantités. Les remises de fidélité introduisent en outre une différence de prix fondée sur la fidélité, mais pas nécessairement une baisse de prix. Elles peuvent reposer sur la mise en place d'un prix majoré pour les consommateurs infidèles. S'abstenir de freiner l'introduction de différences de prix apparaît moins nécessaire que dans le cas de baisses de prix.

77. Par ailleurs, un régime de protection ne tiendrait pas compte des plaintes selon lesquelles les prix sont élevés, mais qui peuvent néanmoins expliquer à partir de raisons économiquement fondées (et d'éléments probants) pourquoi le requérant ne parvient pas à proposer des prix inférieurs. L'argument en faveur d'un régime de protection fondé sur des prix supérieurs aux coûts ne tient donc pas. Ce régime serait trop accommodant et accorderait la priorité aux affaires de prédation plutôt qu'à celles de

distribution exclusive de fait qui sont probablement plus fréquentes et donc potentiellement plus préjudiciables.

78. Quatrièmement, nous avons évoqué un nombre croissant d'ouvrages qui exposent les circonstances dans lesquelles les remises de fidélité affaiblissent la concurrence au lieu de décourager les échanges commerciaux avec les concurrents. Il est peu probable que les plaintes formulées par les entreprises concurrentes mentionnent ces théories puisqu'elles en bénéficient au détriment des acheteurs. Cela peut expliquer pourquoi elles ne sont pas encore citées dans les enquêtes sur les remises de fidélité. Au regard de ces ouvrages, les autorités chargées de la concurrence auraient tout intérêt à accorder davantage de poids aux réclamations des acheteurs, plutôt qu'à celles des concurrents, et ce d'autant plus que les raisons qui motivent un acheteur à formuler une réclamation sont plus transparentes que celles d'une entreprise concurrente.

79. Enfin, il existe un certain nombre d'indicateurs utiles pour décider des priorités. Selon les théories du préjudice que nous avons examinées, les dispositifs de remise de fidélité impliquant des acheteurs intermédiaires (qui créent la possibilité de verrouiller les intrants et de mettre en place une coordination verticale aux dépens du consommateur final) sont davantage susceptibles de porter préjudice aux consommateurs. Elles corroborent également l'opinion largement partagée selon laquelle les remises rétroactives et les remises sur la part des besoins méritent davantage d'attention que les dispositifs progressifs et les remises quantitatives. Enfin, il est judicieux de mener une enquête si le prix demandé aux consommateurs infidèles est supérieur à celui qui serait pratiqué en l'absence de la remise. Cela pourrait indiquer que l'entreprise est convaincue que sa stratégie entraînera une hausse des coûts de ses rivales (ou taxera leurs prix), ce qui l'autorise à majorer ses prix.

NOTES

-
- ¹ Parmi les termes utilisés figurent remises de fidélité, remises d'exclusivité, remises sur la part de marché, remises ciblées, remises sur la part des besoins, remises sur les quantités, remises sur les volumes.
- ² L'utilisation d'un terme axé sur l'effet, plutôt que sur la nature de la remise ne convient toutefois pas. Par exemple, une remise fondée sur l'achat de l'intégralité des produits nécessaires à l'acheteur peut ne pas se traduire par l'exclusivité des achats si la mesure incitative est marginale ou que l'acheteur y est opposé. A l'inverse, un dispositif offrant des réductions plus importantes à partir de seuils moins élevés peut convaincre un acheteur de traiter exclusivement avec ce vendeur.
- ³ Ces dispositifs sont parfois également appelés remises rétrospectives ou globales.
- ⁴ Scott-Morten (2013)
- ⁵ Si un vendeur peut prévoir avec précision que la demande de tel acheteur sera de 100 cette année, une remise sur les quantités qui s'applique aux achats au-delà de 80 unités est dans la pratique identique à une remise sur la part des besoins qui récompense l'acheteur achetant auprès de ce vendeur plus de 80 % des produits dont il a besoin.
- ⁶ : Case COMP/E-1/38.113 – Prokent-Tomra, 29 mars 2006
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38113/38113_250_8.pdf
- ⁷ Ibidem, paragraphe 412.
- ⁸ Affaire T-155/06 - *Tomra Systems ASA et autres contre Commission européenne*, Arrêt du Tribunal (cinquième chambre) du 9 septembre 2010. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-155/06>
- ⁹ Affaire C-549/10 P - *Tomra Systems ASA et autres contre Commission européenne*, Arrêt de la cour (troisième chambre) du 19 avril 2012. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-549/10%20P>
- ¹⁰ Voir par exemple les inquiétudes du juge Greenberg et de 18 universitaires (voir la note n°66) concernant les possibles effets paralysants sur les prix que peut entraîner une action contre des remises de fidélité. Ces inquiétudes conduisent les auteurs à conclure qu'il est indispensable de mettre en place régime de protection pour prévenir ces effets. Il convient toutefois de noter que les enquêtes concernant les accords d'exclusivité n'ont pas empêché ces accords de devenir de plus en plus fréquents. L'on ignore par ailleurs comment une entreprise qui a été dissuadée d'utiliser des remises de fidélité réagirait. Est-ce qu'elle les remplacerait par exemple par des remises progressives ou déciderait de ne pas du tout livrer concurrence ?
- ¹¹ Voir la discussion dans Geradin et Petit (2005) et dans Papandropoulos (2007).
- ¹² Les remises sur la part des besoins peuvent par exemple contribuer à garantir un volume minimum de ventes et à planifier les décisions concernant des réductions de coûts (voir Crane 2013c).
- ¹³ Si les vendeurs en amont et en aval possèdent une puissance de marché, ils peuvent chacun fixer un prix supérieur aux coûts. Compte tenu de ces deux prises de marges, le prix au détail est trop élevé (il est supérieur à celui qui serait optimal pour une entreprise intégrée verticalement). L'intégration verticale représente l'un des moyens de remédier à ce problème. L'entreprise en amont peut également créer un marché en aval plus concurrentiel qui ne laisse pas la possibilité aux entreprises en aval de fixer des prix de détail supérieurs aux prix de gros.

-
- 14 Crane (2013c)
- 15 Elle est parfois appelée « verrouillage partiel », mais nous préférons cette formulation plus descriptive.
- 16 Voir Commission européenne (2009).
- 17 Voir OCDE (2004)
- 18 Cour suprême des États-Unis, *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson*, n°92-466, 21 juin 1993
<https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-466.ZO.html>
- 19 Rasmusen (1991), Bernheim et Whinston (1998), et Segal et Whinston (2000)
- 20 Voir Asker et Bar-Isaac (2014) ; DeGraba (2013) ; et DeGraba et Simpson (2014)
- 21 Signalons que l'on peut utiliser une stratégie collusoire pour verrouiller l'accès aux consommateurs et une stratégie « diviser pour mieux régner » pour verrouiller l'accès aux intrants.
- 22 *United States v. Dentsply Int'l, Inc.*, 399 F.3d 181, 19193 (3d Cir. 2005). Le chapitre 8 du guide du Département américain de la Justice et de la Federal Trade Commission sur la conduite des entreprises individuelles (US DOJ, 2008) décrit cette affaire de la manière suivante : « le Troisième Circuit a estimé en 2005 que la pratique de Dentsply de refuser de vendre ses produits à des distributeurs qui proposaient des dents artificielles d'autres fabricants contrevenait à la section 2 car elle maintenait de manière illégale le pouvoir monopolistique de Dentsply. » Cette pratique contraignait les concurrents de Dentsply à utiliser des méthodes de distribution entraînant « des coûts de transaction nettement plus élevés, un alourdissement de leurs charges de crédit et des risques de crédit » et « maintenant [par conséquent] le volume des ventes de dents concurrentes au-dessous du seuil critique permettant à un concurrent de réellement menacer la part de marché de Dentsply. » Constatant que la politique menée par Dentsply « interdisait à ses concurrents d'accéder aux distributeurs », la cour a estimé que les raisons d'efficacité invoquées par Dentsply « n'étaient pas justifiées » et « n'excusaient pas ses pratiques d'éviction ». Dans cette affaire, le tribunal s'est notamment démarqué des avis rendus par d'autres tribunaux, selon lesquels les contrats de distribution exclusive à court terme sont présumés légaux, en expliquant qu'une politique consistant à ne pas traiter avec des clients s'approvisionnant également auprès d'un concurrent peut « rendre les mesures [...] aussi efficaces que celles figurant dans des contrats écrits. »
- 23 Affaire T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd contre Commission*, [2003] ECR II-4653. Le tribunal européen de première instance a affirmé qu'une clause d'exclusivité limitant l'utilisation par les distributeurs de crèmes glacées de congélateurs fournis par la société irlandaise Van den Bergh Foods enfreignait le droit communautaire de la concurrence.
- 24 Bundeskartellamt (2015) « Bundeskartellamt Opens Proceedings Against Audible/Amazon And Apple », 16 novembre : http://www.bundeskartellamt.de/shareddocs/meldung/en/pressemitteilungen/2015/16_11_20_15_audible.html
- 25 Voir Commission européenne (2009), paragraphe 37. La distribution exclusive de fait est parfois qualifiée de remise « incitant à la fidélisation ». Cette terminologie risque toutefois de susciter des confusions dans la mesure où un grand nombre d'outils concurrentiels peuvent correspondre à des incitations à rester fidèles. Le terme de distribution exclusive de fait est par conséquent plus significatif car il décrit un état plutôt qu'un objectif.
- 26 Cité dans Salop (2013a).
- 27 Calzolari et Denicolo (2013) proposent aussi un modèle dans lequel les entreprises fabriquant des produits différents se livrent concurrence en disposant d'informations incomplètes sur la demande. Ils constatent

que les remises sur la part des besoins entraînent des niveaux de prix plus élevés que lorsque les entreprises peuvent conclure des accords exclusifs, parce que ces remises permettent aux entreprises de se taxer mutuellement leurs produits.

28 L'analyse indique : « dans un marché comme celui-ci, où la manière la plus réaliste qu'ont les entreprises de livrer concurrence à une entreprise monopolistique est de commencer par vendre des quantités modestes à des acheteurs directs, qui achètent également de grosses quantités à l'entreprise monopolistique, ces pratiques peuvent se traduire par une taxe avec le renforcement de la concurrence et permettre à l'entreprise monopolistique de maintenir des prix élevés tout en limitant la concurrence et en restreignant les choix offerts aux consommateurs. » FTC, 9341, Intel Corporation ; Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment

29 Farrell, Pappalardo et Shelanski (2010)

30 Inderst et Shaffer (2010)

31 Peeperkorn (2014), page 58, sur Salinger (2014).

32 Elhauge et Wickelgren (2015)

33 Voir par exemple : Blair et Sokol (2012), Wright et Ginsberg (2013), et Kirkwood et Lande (2008) ; Akman (2009) ; Odudu (2010) ; Zimmer (2012)

34 Farrell et Katz (2006)

35 Mariniello, Neven et Padilla (2015)

36 Voir par exemple Bork (1978), Heyer (2006). Soulignons toutefois que l'adoption d'une norme d'un bien-être commun ne nécessiterait pas que les entreprises s'engagent à maximiser ce bien-être commun. Elle interdirait simplement les pratiques entraînant sa diminution. Salop (2010), Farrell et Katz (2006).

37 Wils (2014)

38 Rey et Venit (2015) décrivent l'ordolibéralisme comme une philosophie fondée sur la protection de la liberté individuelle considérée comme une fin en soi. Ils citent Möschel (1989), pour qui l'un des quatre piliers de l'ordolibéralisme est « la transformation d'une mesure concurrentielle en une règle de droit plutôt qu'en un mécanisme de décision discrétionnaire. » (p. 142). Möschel note également que « l'objectif réel de la politique concurrentielle de l'ordolibéralisme repose sur la protection de la liberté d'action économique individuelle comme une valeur en tant que telle, ou inversement, dans la limite d'un pouvoir économique excessif. »

39 Voir Ahlborn et Piccinin (2015) et Petit (2015a), page 28 : « aucun élément économique ou juridique significatif ne vient étayer la proposition selon laquelle le processus concurrentiel constitue le point fondamental de l'article 102 du TFUE. En particulier, ni le texte ni l'esprit du Traité ne viennent soutenir clairement cet argument. »

40 : Affaire COMP/C-3/37.990 — Intel, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0922\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0922(02)&from=EN)

41 Ibidem, paragraphe 924

42 Ibidem, paragraphe 925

43 Ibidem, par. 1574-5

- 44 Affaire T-286/09 - *Intel Corp. contre Commission européenne*, Arrêt du Tribunal (septième chambre élargie) du 12 juin 2014. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-286/09>
- 45 Cela peut s'avérer difficile, même si, en pratique, l'occurrence de ces deux types d'effets peut finalement rester limitée.
- 46 Voir Salop (2006), et CJUE sur *Post-Danmark II* (voir la note 77)
- 47 Adam et Maier-Rigaud (2008) constatent également que cette norme reviendrait à se fonder sur l'hypothèse paternaliste selon laquelle les consommateurs s'approvisionnent à tort auprès de concurrents moins efficaces et qu'il convient par conséquent de faire appel à des entreprises dominantes pour rétablir l'efficacité du marché.
- 48 Communication de la Commission — *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, OJ C 45, 24.2.2009, p. 7–20. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224(01))
- 49 Soulignons que, contrairement à ce que suggère le paragraphe 61, celui-ci se fonde sur les coûts de l'entreprise dominante plutôt que sur ceux de son concurrent.
- 50 OCDE (2005)
- 51 Vickers (2004). Voir aussi Edlin et Farrell (2003): « Le sacrifice – comportement qui serait irrationnel s'il n'était pas associé à un effet d'éviction – n'est logiquement ni nécessaire ni suffisant pour nuire à la concurrence. Il pourrait néanmoins constituer un élément intéressant à examiner, mais uniquement en raison de certaines corrélations empiriques (qui n'ont pas encore été analysées), et non pour des questions de logique économique. »
- 52 OCDE (2005)
- 53 Page 21, Geradin (2015) donne cette interprétation à la décision rendue par le tribunal européen dans l'affaire Intel, et l'estime injustifiée.
- 54 Pour Whish (2015), les contrats d'exclusivité n'ont pas pour « objectif » de restreindre la concurrence au sens de l'article 101. Il s'appuie sur l'affaire *Delimitis v Henninger Brau* pour suggérer que le tribunal accepte ce point de vue.
- 55 Heimler (2005) suggère que l'approche du tribunal de l'UE à l'égard des remises de fidélité revient à « interdire la vente des Ferrari parce qu'il est très probable que les conducteurs ne respectent pas les limitations de vitesse ». Il laisse ainsi entendre que l'utilisation des remises de fidélité par les entreprises détenant une puissance de marché n'est pas forcément anticoncurrentielle, mais que la probabilité d'un résultat anticoncurrentiel suffit à ce qu'elles soient considérées comme négatives par nature, plutôt que d'étudier les conditions dans lesquelles elles pourraient s'avérer préjudiciables.
- 56 Whish (2015, p. 2): « la règle qui consiste à renverser la charge de la preuve lorsqu'une entreprise domine un marché pervers est-elle une règle officielle ? Si une entreprise a la capacité d'agir 'indépendamment de ses concurrents, de ses clients et au final des consommateurs' (United Brands), la concurrence exercée sur ce marché peut difficilement être saine, à tout le moins. On ignore pourquoi on considérerait par principe comme une erreur — ou comme une mesure contraire aux fondamentaux économiques — l'application d'une norme stricte en matière d'exclusivité lorsqu'une entreprise occupe une position dominante, ou ainsi que je préfère le dire, détient un pouvoir de marché substantiel. »
- 57 Voir De la Mano lors de l'atelier US FTC/DOJ (2014), et Wils (2014).

- 58 United States District Court, District of New Jersey, *Civil Action No. 08-4168 (MLC)*, 28 mars 2014: http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1396896076/Eisai_v_Sanofi_3_28_Opinion_Unsealed_nbzekj.pdf
- 59 Voir OCDE (2004). Les autorités chargées de la concurrence effectuent généralement une évaluation prix-coût pour déterminer si l'entreprise prédatrice supposée sacrifie réellement ses bénéfices ou si elle parvient à fixer des prix plus bas simplement parce qu'elle est plus efficace. Les mesures de coût les plus utilisées sont le coût marginal, le coût moyen variable, le coût évitable moyen, le coût marginal moyen à long terme et le coût total moyen.
- 60 De la Mano et Durand (2005, p. 3) : « la prédation repose sur un comportement qui entraîne un sacrifice des bénéfices au profit d'une situation plus rentable afin d'éliminer ou de pénaliser des concurrents et d'accroître la puissance de marché. Une entreprise rationnelle cherchant à maximiser ses bénéfices n'adopterait jamais des pratiques d'éviction sauf si celles-ci (i) étaient susceptible d'évincer ou de pénaliser un concurrent et (ii) si elle pouvait renforcer sa puissance de marché et recouvrer les bénéfices sacrifiés, en augmentant par exemple ses prix au-delà du niveau d'éviction. Les éléments visant à prouver l'application de pratiques de prédation consistent à montrer que ces pratiques sont rationnelles d'un point de vue économique et ont effectivement été mises en place. Nous préconisons à cet effet une règle de raison en trois étapes. Les autorités chargées de la concurrence adoptant cette approche considèreraient qu'il s'agit d'une affaire de prédation si des éléments attestaient que : 1. L'entreprise accusée a sacrifié ses bénéfices. 2. Un ou plusieurs de ses concurrents ont par conséquent pu être ou ont été empêchés d'entrer en concurrence avec l'entreprise prédatrice présumée sur un marché donné. 3. Dès lors que les concurrents ont été évincés, l'entreprise prédatrice peut augmenter sa puissance de marché et récupérer les bénéfices qu'elle a sacrifiés. »
- 61 Crane (2013b) souligne que « si un opérateur historique ayant un coût marginal de 50 USD et un prix de 100 USD est confronté à un nouvel arrivant avec un coût marginal de 75 USD et qu'il baisse son prix à 74 USD pour évincer ce dernier, il bénéficie, selon une longue série d'affaires jugées par la cour suprême, de l'immunité catégorique. » Dans l'affaire Brooke Group, le tribunal a déclaré qu'une situation dans laquelle les prix sont supérieurs au coût « reflète le faible niveau des coûts de l'entreprise prédatrice présumée ou dépasse la capacité pratique d'un tribunal judiciaire d'exercer un contrôle sans encourir le risque inacceptable d'entraver une baisse des prix légitime. » Pour Pollina (2013), « il est indéniable que le tribunal a compris que des prix fixés à un niveau supérieur aux coûts peuvent être anticoncurrentiels et qu'il a opté pour un régime de protection supérieur aux coûts en se basant sur les préoccupations relatives aux faux positifs et aux compétences institutionnelles. Le tribunal n'a pas renoncé à la notion selon laquelle les systèmes de prix supérieurs au coût peuvent avoir des effets d'éviction et anticoncurrentiels. »
- 62 Albaek, S. et Claiici, A. (2009)
- 63 Nous reprenons ici les différentes étapes de l'analyse du verrouillage exposées dans ICN (2013b), Salop (2013a), Gavil dans ICN (2013a), Wright (2012 et 2013) et Gates (2013).
- 64 Dans l'affaire ZF Meritor/Eaton, le tribunal a estimé que l'on pouvait simplement parler d'exclusivité partielle.
- 65 Gates (2013) indique p. 134 que « les clients peuvent préférer les produits de l'entreprise concernée pour toutes sortes de raisons autres que les remises, telles que leur qualité, le service proposé ou leur fiabilité. Le plaignant doit prouver que c'est bien le dispositif de remise appliqué par l'accusé, et pas d'autres facteurs, qui ont entraîné le verrouillage ».
- 66 Précisons que les seuils équivalant à une exclusivité partielle peuvent néanmoins se révéler préjudiciables, si par exemple l'échelle efficace minimale est particulièrement haute.

67 United States Court of Appeals for The Third Circuit (cour fédérale d'appel pour le troisième circuit), *ZF Meritor LLC and Meritor Transmission Corporation v. Eaton Corporation*, n°11-3301 et 11-3426, 26 juin 2012 <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/113301p.pdf>

68 Mémoire remis par 18 universitaires en qualité d'*amici curiae* en soutien au requérant (2013)

69 *Ibidem*, page 4.

70 Voir US FTC/DOJ (2014). Les rapports de synthèse (O'Melveny et Myers 2014) indiquent que : « la plupart des membres de la commission ont demandé au département de la Justice et à la FTC de rejeter l'évaluation prix-coût. Ils l'ont décrite comme inappropriée et inadaptée aux remises de fidélité ayant un effet d'exclusion, qui sont beaucoup plus faciles à appliquer qu'un dispositif de prix d'éviction. Plusieurs économistes ont également critiqué le manque de visibilité et d'administrabilité — considérée pourtant comme son principal atout — parce qu'il n'existe pas de consensus sur la manière appropriée de mesurer les coûts ou de répartir les remises entre les différents produits achetés. Lors de la seule session de l'atelier qui s'est déroulée avec un intervenant unique, le professeur Steven Salop du Georgetown University Law Center a exposé les inconvénients de l'évaluation prix-coût et préconisé une autre évaluation permettant de déterminer si les remises de fidélité entraînent une augmentation des coûts des concurrents. Lors de la dernière session de la journée, le professeur Jonathan Baker de l'American University Washington College of Law Professor a déclaré que le point principal à retenir de l'atelier était que « les évaluations prix-coût [...] ne sont pas vraiment utiles. » Voir aussi Wright (2013), Gates (2013), et American Antitrust Institute (2014).

71 Salop (2013a), Gavil dans ICN (2013a), Wright (2012)

72 Fumagalli et Motta (2015) suggèrent que cela suppose « d'analyser la fragmentation de la demande, en particulier d'examiner si l'impossibilité d'accéder à certains acheteurs essentiels peut limiter la capacité d'une entreprise à livrer concurrence et pourquoi, et de déterminer si les économies d'échelle prédominent. »

73 Wright (2013), Majumdar (2014)

74 Voir la contribution de Farrell à l'atelier de l'US FTC/DOJ (2014) sur les pratiques de fixation des prix conditionnels. Abito et Wright (2008) montrent aussi que l'équilibre est respecté si la concurrence en aval est suffisamment forte ou que les vendeurs en amont appliquent un tarif binôme. On suppose que dans ce cas, les bénéfices des vendeurs en aval sont quasiment inexistantes. Un opérateur historique en amont peut par conséquent facilement leur proposer une petite portion des bénéfices dégagés à la suite de l'éviction de ses concurrents.

75 Voir la note 16

76 Voir les *Orientations sur les priorités retenues par la Commission* (2009) et UK OFT (2005).

77 Neven (2015) suggère que ce n'est pas une condition nécessaire, mais que le test pourrait modifier l'hypothèse de départ. Peeperkorn (2014) estime que ce test est adapté à l'affaire Intel (voir l'encadré 2). Fumagalli et Motta (2015) pensent qu'il est utile en ce sens qu'il nous contraint à examiner pourquoi l'apparente capacité d'une entreprise à s'aligner sur un dispositif de remise ne lui permet pas nécessairement de soutenir la concurrence.

78 Affaire C-23/14, *Post Danmark A/S contre Konkurrencerådet* ('*Post Danmark II*'), décision préjudicielle de la cour de justice européenne, 6 octobre 2015 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-23/14>

79 Arrêt *Post Danmark II*, paragraphe 13

80 *Ibidem*, paragraphe 28

81 *Ibidem*, paragraphe 62

82 *Ibidem*, paragraphe 52

83 Décision de la KFTC n°2009-281

84 Fumagalli et Motta (2015), p. 21 : « l'effet d'exclusion potentiel des remises de fidélité peut nécessiter un traitement plus strict des autorités chargées de la concurrence. Cela pourrait justifier le refus de mettre en place un régime de protection fondé sur la fixation de prix supérieurs aux coûts pour les remises de fidélité. »

BIBLIOGRAPHIE

- Abito, J. M. et J. Wright (2008), Exclusive dealing with imperfect downstream competition, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, n° 1, pp. 227-246, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718706001512>.
- Adam, M. et F. P. Maier-Rigaud (2009), The law and economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on exclusionary conduct, *Journal of Competition Law*, n° 1, pp. 131-146, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1829076>.
- Ahlborn, C. et D. Piccinin (2015), The Intel judgment and consumer welfare - a response to Wouter Wils, *Competition Law and Policy Debate*, vol. 1, n° 1, pp. 60-75.
- Akman, P. (2009), 'Consumer Welfare' and Article 82 EC: Practice and Rhetoric, *World Competition*, vol. 32, n° 1, pp. 71-90, <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?id=WOCO2009005>.
- Albaek, S. et A. Claiici (2009), The Velux case – an in-depth look at rebates and more, *Competition Policy Newsletter*, n° 2, pp. 45-46, http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_2_10.pdf.
- Allan, B. (2015), Loyalty and fidelity rebates: a sense of déjà vu again, *Competition Law and Policy Debate*, vol. 1, n° 1, pp. 50-59.
- American Antitrust Institute (2014), Comments of the American Antitrust Institute in Connection with Conditional Pricing Practices Workshop, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2014/09/00015-92693.pdf.
- Asker et Bar-Isaac (2014), Raising Retailers' Profits: On Vertical Practices and the Exclusion of Rivals, *American Economic Review*, vol. 104, n° 2.
- Bernheim, B. D. et M. D. Whinston (1998), Exclusive Dealing, *Journal of Political Economy*, vol. 106, n° 1, pp. 64-103, <http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/250003>.
- Blair, R. D. et D. D. Sokol (2012), The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, *Antitrust Law Journal*, vol. 78, n° 2, pp. 471-504, <http://www.jstor.org/stable/43486987>.
- Bork, R. (1978), *The Antitrust Paradox*, New York: Basic Books.
- Mémoire remis par 18 universitaires en qualité d'*amici curiae* en soutien au requérant, 28 mars 2013, <http://law.wm.edu/faculty/documents/Meritor-Amicus.pdf>.
- Calzolari, G. et V. Denicolò (2011), On the anti-competitive effects of quantity discounts, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 29, n° 3, pp. 337-341, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718711000038>.

- Calzolari, G. et V. Denicolò (2013), Competition with Exclusive Contracts and Market-Share Discounts, *American Economic Review*, vol. 103, n° 6, pp. 2384-2411, <https://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/aer.103.6.2384>.
- Calzolari, G. et V. Denicolò (2015), Exclusive Contracts and Market Dominance, *The American Economic Review*, vol. 105, n° 11, pp. 3321-3351, <http://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/aer.20131664>.
- Crane, D. A. (2013a), Dan Crane on Commissioner Wright's Rejection of a Price-Cost Test for Loyalty Discounts, *Blog post for Truth on the Market*, <http://truthonthemarket.com/2013/06/06/dan-crane-on-commissioner-wrights-rejection-of-a-price-cost-test-for-loyalty-discounts/>.
- Crane, D. A. (2013b), Wright is Right, and Wright is Wrong: A Response to Steve Salop on Loyalty Discounts, *Blog post for Truth on the Market*, <http://truthonthemarket.com/2013/06/09/wright-is-right-and-wright-is-wrong-a-response-to-steve-salop-on-loyalty-discounts/>.
- Crane, D. A. (2013c), Bargaining over Loyalty, *Texas Law Review*, vol. 92, n° 2, pp. 253-301, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2223982>.
- Crane, D. A. (2015), Conditional pricing and monopolization: a reflection on the state of play, *Competition Law and Policy Debate*, vol. 1, n° 1, pp. 44-49.
- Davis, A., M. Evans et F. Liberatore (2015), *UK's Competition Authority Sends Message, Clarifies Criteria for Ruling on Pharma Discounts*, <http://www.jonesday.com/uks-competition-authority-sends-message-clarifies-criteria-for-ruling-on-pharma-discounts-07-22-2015/>.
- DeGraba (2013), Naked exclusion by a dominant input supplier: Exclusive contracting and loyalty discounts, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 31, n° 5, pp. 516-526.
- DeGraba et Simpson (2014), Loyalty discounts and theories of harm in the Intel investigations, *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 2, n° 1, pp. 170-202.
- De la Mano, M. et B. Durand (2005), A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82, Bureau de l'économiste en chef, Document de discussion, Direction générale de la Concurrence, Commission européenne, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/pred_art82.pdf.
- Dolmans, M. et T. Graf (2015), Dealing with Intel intelligently delineating the scope and limits of the Court's ruling, *Competition Law and Policy Debate*, vol. 1, n° 1, pp. 76-85.
- Durkin, S. (2014), The Discount Attribution Test and the Competitive Effects of Loyalty Discounts, *Monopoly Matters*, vol. 12, n° 1, pp. 28-31, <http://www.crai.com/sites/default/files/publications/The-discount-attribution-test-and-the-competitive-effects-of-loyalty-discounts.pdf>.
- Economides, N. (2011), Tying, Bundling, and Loyalty/Requirement Rebates in E. Elhauge (dir. pub.), *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1730354>.
- Edlin, A. et J. Farrell (2003), The American Airlines case: a chance to clarify predation policy in J. Kwoka et L. White (dir. pub.), *The Antitrust Revolution*, Oxford University Press.

- Elhaage, E. et A. L. Wickelgren (2015), Robust exclusion and market division through loyalty discounts, *International Journal of Industrial Organization*, n° 43, pp. 111-121, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S016771871500106X>.
- Commission européenne (2009), *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, JO C 45, 24.2.2009, pp. 7–20, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN).
- Faella, G. (2007), *The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates*, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1079504>.
- Farrell, J. (2014), *Public comments on the FTC/DOJ joint conditional pricing practices workshop*, <http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/01/09/cppw-0012.pdf>.
- Farrell, J. et M. L. Katz (2006), *The economics of welfare standards in antitrust*, Competition Policy Center, UC Berkeley, <http://escholarship.org/uc/item/1tw2d426>.
- Farrell, J., J. K. Pappalardo et H. Shelanski (2010), Economics at the FTC: Mergers, dominant-firm conduct, and consumer behaviour, *Review of Industrial Organization*, vol. 37, n° 4, pp. 263-277, <http://link.springer.com/article/10.1007/s11151-010-9268-2>.
- Federico, G. (2011), The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a more Economic Approach, *Journal of European Competition Law & Practice*, lpr008, <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/early/2011/03/24/jeclap.lpr008.full>.
- Federico, G. (2011), Tomra v Commission of the European Communities: reversing progress on rebates?, *European Competition Law Review*, vol. 32, n° 3, http://ecp.crai.com/publications/Federico_ECLR_Tomra_Rebates.pdf.
- Fumagalli, C. (2014), *Exclusivity rebates vs. predation: different paradigms?*, présentation lors de la 12^e conférence annuelle de l'Association des économistes, Mannheim, 6 décembre 2014, http://www.competitioneconomics.org/dyn/files/basic_items/545-file/ACE_Mannheim_Fumagalli.pdf.
- Fumagalli, C. et M. Motta (2015), *On the Use of Price-Cost Tests in Loyalty Discounts: Which Implications from Economic Theory?*, document de travail du CEPR n° DP10550, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2596630>.
- Gates, S. (2013), Antitrust by Analogy: Developing Rules for Loyalty Rebates and Bundled Discounts, *Antitrust Law Journal*, vol. 79, n° 1, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2381016>.
- Gavil, A. I. (2004), Exclusionary distribution strategies by dominant firms: Striking a better balance, *Antitrust Law Journal*, vol. 72, n° 1, pp. 3-81, <http://www.jstor.org/stable/40843617>.
- Geradin, D. (2015), Loyalty Rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to Overrule Hoffman-La Roche, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 11, n° 3, pp. 579–615, <http://jcle.oxfordjournals.org/content/11/3/579.full.pdf>.

- Geradin, D. et N. Petit (2005), *Price discrimination under EC competition law: The need for a case-by-case approach*, Document de travail 07/05, Collège d'Europe, https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/gclc_wp_07-05.pdf.
- Global Competition Review (2015), *Dominant Greek brewery given multi-million euro fine over loyalty payments*, <http://globalcompetitionreview.com/news/article/39987/dominant-greek-brewery-given-multi-million-euro-fine-loyalty-payments>.
- Global Competition Review (2015), *ECJ deems use of commission guidelines to be non-obligatory*, <http://globalcompetitionreview.com/news/article/39610/ecj-deems-use-commission-guidelines-non-obligatory/>.
- Heimler, A. (2005), *Below Cost Pricing and Loyalty Inducing Discounts: Are They Restrictive and, If So, When?*, *Competition Policy International*, vol. 1, n° 2, pp. 149-72, [https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/Heimler%20\(Sep.%202005\).pdf](https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/0d358061e11f2708ad9d62634c6c40ad/Heimler%20(Sep.%202005).pdf).
- Heyer, K. (2006), *Welfare Standards and Merger Analysis: Why not the Best?*, EAG Discussion Paper N° 06-8, département américain de la Justice, <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/09/28/221880.pdf>.
- ICN (2009), *Report on the analysis of loyalty discounts and rebates under unilateral conduct laws*, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc357.pdf>.
- ICN (2013a), *Webinar: A question of loyalty: How to analyse loyalty rebates and discounts*, diaporama de la présentation disponible à l'adresse : <http://internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc929.pdf>.
- ICN (2013b), *Unilateral Conduct Workbook Chapter 5: Exclusive Dealing*, présenté à la 12^e conférence annuelle de l'ICN Conference, Varsovie, avril 2013, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc906.pdf>.
- Inderst, R. et G. Shaffer (2010), *Market-share contracts as facilitating practices*, *The RAND Journal of Economics*, vol. 41, n° 4, pp. 709-729, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1756-2171.2010.00118.x/full>.
- Italianer, A. (2014), *The Object of Effects*, discours prononcé lors de la conférence annuelle des CRA à Bruxelles – Évolutions économiques dans la politique de la concurrence, Bruxelles, 10 décembre 2014, http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_07_en.pdf.
- Jones, A. et B. Sufrin (2015), *The European way - reflections on the Intel judgment*, *Competition Law and Policy Debate*, vol. 1, n° 1, pp. 32-43.
- Kirkwood, J. B. et R. H. Lande (2008), *The fundamental goal of antitrust: protecting consumers, not increasing efficiency*, *Notre Dame Law Review*, vol. 84, n° 1, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1113927>.
- Kjølbye, L., J. Padilla et R. Snelders (2015), *The Intel controversy: an introduction*, *Competition Law and Policy Debate*, vol. 1, n° 1, pp. 28-31.
- Lambert, T. (2013), *Should There Be a Safe Harbor for Above-Cost Loyalty Discounts? Why I Believe Wright's Wrong*, *Blog post for Truth on the Market*,

<http://truthonthemarket.com/2013/06/06/should-there-be-a-safe-harbor-for-above-cost-loyalty-discounts-why-i-believe-wrights-wrong/>.

Laskowska, M. (2015), *Exclusive Dealing: Loyalty Discounts Should Always be Legal, Except in Case of High Entry Barriers*, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2682584>.

Maier-Rigaud, F. P. et U. Schwalbe (2013), *Do Retroactive Rebates Imply Lower Prices for Consumers?*, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2276396>.

Majumdar, A. (2014), *Effects-based analysis of exclusionary pricing practices*, présentation lors de la 12^e conférence annuelle de l'Association des économistes, Mannheim, 6 décembre 2014, http://www.competitioneconomics.org/dyn/files/basic_items/546-file/ACE-majumdar.pdf.

Majumdar, A. et G. Shaffer (2009), Market-Share Contracts with Asymmetric Information, *Journal of Economics & Management Strategy*, vol. 18, n° 2, pp. 393-421, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1530-9134.2009.00218.x/full>.

Mariniello, M., D. Neven et J. Padilla (2015), *Antitrust, regulatory capture and economic integration*, Bruegel Policy Contribution, numéro 2015, <http://bruegel.org/2015/07/antitrust-regulatory-capture-and-economic-integration/>.

Morell, A., A. Glöckner et E. V. Towfigh (2015), Sticky Rebates: Loyalty Rebates Impede Rational Switching Of Consumers, *Journal of Competition Law and Economics*, nhv009, <http://jcle.oxfordjournals.org/content/early/2015/05/01/joclec.nhv009.short>.

Möschel, W. (1989), Competition from an Ordo Point of View in A. Peacock et H. Willgerodt (dir. pub.), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, pp. 142-159, Palgrave Macmillan UK.

Murphy, K. M., E. A. Snyder et R. H. Topel (2014), Competitive Discounts and Antitrust Policy, *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, vol. 2, n° 89.

Nihoul, P. (2014), The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, vol. 5, n° 8.

Neven, D. (2015), A structured assessment of rebates contingent on exclusivity, *Competition Law and Policy Debate*, vol. 1, n° 1, pp. 86-96.

Odudu, O. (2010), The wider concerns of competition law, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n° 3, pp. 599-613, <http://ojls.oxfordjournals.org/content/30/3/599>.

OCDE (2002), Policy roundtable: Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf>.

OCDE (2004), Policy roundtable: Predatory Foreclosure, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/34646189.pdf>.

OCDE (2005), Policy roundtable: Competition on the Merits, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/35911017.pdf>.

OCDE (2008), Policy roundtable: Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, <http://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>.

- Papandropoulos, P. (2007), How should price discrimination be dealt with by competition authorities?, *Concurrences*, n° 3, pp. 34-38, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/concurrences_03_2007.pdf.
- Peeperkorn, L. (2014), Conditional pricing: Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates, *Concurrences*, n° 1, pp. 43-63, <http://www.concurrences.com/Journal/Issues/No1-2015/Doctrines-1687/Conditional-pricing-Why-the-70835?lang=fr>.
- Petit, N. (2015a), *Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU*, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2567628>.
- Petit, N. (2015b), *Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper*, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2695732>.
- Pollina, B. (2013), False Negatives under a Discount Attribution Test for Bundled Discounts, 22 *CommLaw Conspectus - Journal of Communications Law and Policy*, n° 74, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2240350> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2240350>.
- Rasmusen, E. B., J. M. Ramseyer et J. S. Wiley Jr (1991), Naked exclusion, *The American Economic Review*, pp. 1137-1145, <http://www.jstor.org/stable/2006909>.
- Rey, P. et J. S. Venit (2015), An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils, *World Competition*, vol. 38, n° 1, pp. 3-29, <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=WOCO2015002>.
- Rosenblatt, H. et H. Armengod (2012), The Commission's Approach to Conditional Discounts: A Look at Tomra and Intel, *The European Antitrust Review*, pp. 49-52, <https://www.lw.com/thoughtLeadership/conditional-discounts-in-tomra-and-intel-cases>.
- Salinger, M. A. (2014), *Cliff Discounts by a Dominant Producer Threatened by Partial Entry*, document présenté lors de l'atelier organisé par la FTC/DOJ sur les pratiques de fixation des prix conditionnels, juin 2014, une version plus récente de ce document est disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2585023.
- Salop, S. (2006), Exclusionary conduct, effect on consumers, and the flawed profit-sacrifice standard, *Antitrust Law Journal*, vol. 73, n° 2, pp. 311-374, http://www.jstor.org/stable/40843680?seq=1#page_scan_tab_contents.
- Salop, S. (2013a), Wright is Right and Price-Cost Safe Harbors are Wrong: The Raising Rivals' Cost Paradigm, Loyalty Discounts and Exclusive Dealing, *Blog post for Truth on the Market*, <http://truthonthemarket.com/2013/06/07/wright-is-right-and-price-cost-safe-harbors-are-wrong-the-raising-rivals-cost-paradigm-loyalty-discounts-and-exclusive-dealing/>.
- Salop, S. (2013b), Crane is not Right: A Response to Dan Crane on Loyalty Discounts, *Blog post for Truth on the Market*, <http://truthonthemarket.com/2013/06/10/crane-is-not-right-a-response-to-dan-crane-on-loyalty-discounts/>.
- Salop, S. (2010), Question: what is the real and proper antitrust welfare standard-answer: the true consumer welfare standard, *Loyola Consumer Law Review*, vol. 22, n° 3, pp. 336-353, <http://lawecommons.luc.edu/lclr/vol22/iss3/3/>.

- Samà, D. (2012), *The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm*, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2425100>.
- Scott-Morton, F. (2013), Contracts that reference rivals, *Antitrust*, vol. 27, n° 3, <http://www.crai.com/sites/default/files/publications/Contracts-that-reference-rivals.pdf>.
- Segal, I. R. et M. D. Whinston (2000), Naked exclusion: comment, *The American Economic Review*, vol. 90, n° 1, pp. 296-309, http://www.jstor.org/stable/117295?seq=1#page_scan_tab_contents.
- Sher, B. (2015), Keep Calm—Yes; Carry on—No! A Response to Whish on Intel, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, n° 4, <http://www.nabarro.com/media/397758/journal-of-european-competition-law-practice-2015-sher-219-20-1-.pdf>.
- Steuer, R. (2014), Loyalty Discounts Becoming More Complicated Than Ever, *Antitrust & Competition Review*, printemps 2014, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2014/05/00006-90133.pdf.
- Tom, W. K., D. A. Balto et N. W. Averitt (2000), Anticompetitive aspects of market-share discounts and other incentives to exclusive dealing, *Antitrust Law Journal*, vol. 67, n° 3, pp. 615-639, <http://www.jstor.org/stable/40843444>.
- UK OFT (2005), *Selective price cuts and fidelity rebates*, rapport préparé pour l'Office of Fair Trading par RBB Economics, document de travail n° 804, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/OFTwork/publications/publication-categories/reports/Economic-research/oft804>.
- US DOJ (2008), *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, rapport retiré en mai 2009, www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm. Ce rapport a été retiré en 2009 : <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>.
- US FTC/DOJ (2014), Joint conditional pricing practices workshop, Washington DC, 23 juin 2014, Transcription et vidéos disponibles à l'adresse : <https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/2014/06/conditional-pricing-practices-economic-analysis-legal-policy>.
- Usai, A. (2014), The Intel Case: Between Tomra Systems ASA, the Commission's Guidance on Enforcement Priorities, and the Alleged Infringement of Procedural Requirements - No Fat Left on the Bone, *European Competition Law Review*, vol. 35, n° 8, <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/theintelcase.pdf>.
- Vickers, J. (2004), *Abuse of market power*, discours prononcé lors de la 31^e conférence de l'European Association for Research in Industrial Economics, Berlin, 3 septembre 2004, http://www.biicl.org/files/1407_vickers.pdf.
- Whish, R. (2015), Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 6, n° 1, pp. 1-2, <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/6/1/1>.
- Wils, W. P. J. (2014), The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 37, n°4, pp. 405-434, <http://ssrn.com/abstract=2498407>.

Wright, J. D. (2012), Moving Beyond Naïve Foreclosure Analysis, *George Mason Law Review*, vol. 19, n° 5, pp. 1163-1198, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2145455>.

Wright, J. D. (2013), *Simple but Wrong or Complex but More Accurate? The Case for an Exclusive Dealing-Based Approach to Evaluating Loyalty Discounts*, 10^e conférence annuelle sur la concurrence de Bates White, Washington DC, 3 juin 2013, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/simple-wrong-or-complex-more-accurate-case-exclusive-dealing-based-approach-evaluating-loyalty/130603bateswhite.pdf.

Wright, J. D. et D. H. Ginsburg (2013), The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice, *Fordham Law Review*, vol. 81, n° 5, pp. 2405-2423, <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4886&context=flr>.