

Non classifié

DAF/COMP/M(2016)1/ANN2/FINAL

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

25-Nov-2016

Français - Or. Anglais

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

DAF/COMP/M(2016)1/ANN2/FINAL
Non classifié

Résumé des discussions de la Table ronde sur les remises de fidélité

15-17 juin 2016
Paris, France

Ce document préparé par le Secrétariat de l'OCDE est un résumé détaillé des discussions sur les remises de fidélité tenues au cours de la 125e réunion du Comité de la concurrence du 15 au 17 juin 2016.

*D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :
www.oecd.org/daf/competition/fidelity-rebates.htm*

JT03406174

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.

Français - Or. Anglais

Résumé de la Table ronde sur les remises de fidélité

Note du Secrétariat

Le **président** introduit le thème de la table ronde : les dispositifs de remise de fidélité. Les dispositifs de remise de fidélité permettent aux entreprises d'offrir des prix plus avantageux aux acheteurs fidèles. Ils sont fréquemment utilisés, surtout par les entreprises qui ne disposent d'aucun pouvoir de marché. Ils peuvent refléter les gains d'efficacité, ou le type de comportement concurrentiel, que la politique en matière de concurrence cherche à promouvoir. Mais ils peuvent également avoir des effets anticoncurrentiels, surtout lorsqu'ils empêchent partiellement ou totalement les autres entreprises de livrer une concurrence réelle, voire les contraignent à quitter le marché.

Avant de déclarer l'ouverture des débats, le président présente les trois invités : le professeur Joe Farrell, de l'Université de Californie, Berkeley ; le professeur Alison Jones, du Kings College London ; et James Venit, partenaire chez Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, à Bruxelles.

Le président précise que les débats s'articuleront autour de cinq thèmes : (1) l'exposé de ce qu'est un dispositif de remise de fidélité ; (2) le cadre juridique utilisé pour évaluer les dispositifs de remise de fidélité ; (3) les modalités d'analyse des effets anticoncurrentiels possibles des dispositifs de remise de fidélité ; (4) les gains d'efficacité potentiels de tels dispositifs ; et (5) la nécessité ou non, pour les autorités de la concurrence, de hiérarchiser les comportements unilatéraux lorsqu'elles font appliquer le droit de la concurrence.

Le président donne la parole au Secrétariat, qui présente la note de référence préparée en vue de la table ronde. L'exposé se concentre sur ce que l'on appelle les remises d'exclusivité partielle. Il précise que ces types de remises, tout comme les accords d'exclusivité, peuvent parfois être avantageux pour les consommateurs, y compris lorsque l'entreprise qui les concède domine le marché ; ils peuvent par exemple avoir pour effet d'aligner les incitations et de promouvoir l'investissement. C'est pourquoi une approche *per se* stricte peut être préjudiciable au consommateur. Le document de référence établit un cadre analytique qui permet d'évaluer l'effet d'éviction exercé par les remises de fidélité. Ce cadre a pour objet d'identifier les cas où il est opportun de pratiquer divers types de contrôles du rapport prix-coût et quand il vaut mieux au contraire utiliser un cadre axé sur l'augmentation des coûts des entreprises rivales. Le Secrétariat parvient à la conclusion qu'analyser les dispositifs de remise est un exercice complexe, tributaire des spécificités de chaque affaire. Il n'y a pas de place pour les présomptions – qu'elles aillent dans le sens de la ligne dure qui consiste à exclure d'office l'utilisation de dispositifs par les entreprises dominantes, ou des régimes de protection accommodants des dispositifs dans le cadre desquels le prix est supérieur au coût.

Le président remercie le Secrétariat pour ses remarques liminaires et donne la parole au **professeur Alison Jones**, qui se penche sur ce qu'est, et n'est pas, un dispositif de remise de fidélité. Le professeur Jones précise que la plupart des législations en matière de concurrence admettent que dans certaines circonstances, telle ou telle pratique de prix bas ou discriminatoires peut hypothéquer le processus concurrentiel et porter tort au consommateur. Elle évoque par exemple les prix d'éviction, les baisses de prix sélectives, la compression des marges, la discrimination par les prix et les remises. En ce qui concerne les remises, principal sujet de cette table ronde, le professeur Jones opère une distinction entre : (i) *les remises de fidélité ou d'exclusivité*, accordées à condition que le client achète exclusivement (ou quasi exclusivement), ou dans certaines proportions, chez le vendeur, et (ii) *les remises accordées en fonction des quantités ou des volumes*, qui dépendent des volumes achetés sans référence au total des achats, et récompensent les grands acheteurs. Le professeur souligne qu'en tout état de cause, les remises accordées sur les quantités peuvent aussi avoir pour effet de fidéliser les clients. Ceci est particulièrement susceptible

de se vérifier lorsque les remises sont subordonnées à des objectifs d'augmentation des achats, lorsqu'elles sont individualisées plutôt que standardisées, et lorsqu'elles s'appliquent avec effet rétroactif (application à toutes les unités lorsqu'un objectif donné est atteint).

Le professeur Jones se penche ensuite sur la terminologie utilisée dans la jurisprudence récente de l'Union européenne, et tout particulièrement dans le jugement du Tribunal général dans l'affaire *Intel*. Le Tribunal a opéré une distinction entre :

- *Les dispositifs de ristourne sur les quantités* : simples remises quantitatives standardisées, purement basées sur une prise en compte (non discriminatoire) des volumes achetés ;
- *Les remises d'exclusivité* : accordées à condition que le client se fournisse (quasi) exclusivement auprès de l'entreprise dominante. Il s'agit là de la catégorie de remises que la législation de l'Union européenne présume illégales – qu'elle considère comme intrinsèquement abusives, et interdites, à moins que l'entreprise dominante ne puisse objectivement les justifier ;
- *Les autres remises (ciblées)* : tous les autres types de remises non subordonnées à des conditions d'exclusivité, mais qui peuvent induire un effet de loyauté ou d'aspiration, tout particulièrement lorsqu'elles sont individualisées et/ou rétroactives.

Le président remercie le professeur Jones pour son exposé. Il demande à la **délégation coréenne** si les autorités de la Corée opèrent le même type de distinction entre les diverses sortes de remises qui viennent d'être présentées. La délégation coréenne évoque deux affaires dans lesquelles la KFTC a été appelée à délibérer sur les facteurs distinguant les remises de fidélité des remises sur les volumes : l'affaire Intel (2008) et l'affaire Qualcomm (2009). Dans les deux cas, la KFTC a conclu que les dispositifs proposés par les entreprises dominantes étaient des remises de fidélité et non des remises sur les volumes. Elle s'est basée pour ce faire sur les constatations suivantes : 1) le niveau des remises s'inspirait non pas du montant des achats, mais bien de la proportion entre les achats effectués dans l'entreprise d'une part et chez ses concurrentes d'autre part ; 2) les remises étaient structurées autrement d'un partenaire commercial à l'autre ; 3) lorsque les objectifs d'achat avaient été atteints, toutes les unités acquises avaient fait l'objet d'une remise *a posteriori*.

Le président invite la **délégation chilienne** à revenir sur une affaire jugée dans le secteur chimique (allumettes de sûreté), au cours de laquelle des « ristournes d'exclusivité » ont été remplacées par des « remises de fidélité ». La délégation explique qu'en 2008, le secteur des allumettes chilien était dominé par l'entreprise CCF, laquelle accordait des ristournes aux détaillants qui vendaient ses produits exclusivement. Après l'ouverture de l'instruction, CCF a abandonné la plupart des ristournes d'exclusivité au profit de remises de fidélité offertes aux détaillants qui atteignaient certains objectifs de vente, lesquels correspondaient souvent aux ventes d'un mois précédent encore marqué par les conditions d'exclusivité. Le Tribunal de la concurrence chilien est parvenu à la conclusion que si les remises de fidélité n'étaient pas intrinsèquement anticoncurrentielles, il y avait lieu dans cette affaire de qualifier d'anticoncurrentielles les clauses d'exclusivité de même que les ristournes visant à induire un effet de loyauté, dans la mesure où elles empêchaient les nouveaux opérateurs d'accéder au marché. Le Tribunal s'est appuyé pour ce faire sur trois constatations principales : (i) CCF bénéficiait d'une position dominante sur le marché ; (ii) les coûts élevés d'importation et l'impossibilité de produire sur place (du moins à moyen terme) fermaient dans une large mesure la porte à la concurrence marginale ; et (iii) la contraction de la demande totale d'allumettes avait pour effet d'amplifier les effets néfastes des remises d'exclusivité et de fidélité. Le Tribunal a donc condamné CCF à une amende de 1 million USD environ. La délégation ajoute que si l'on admet que la concurrence était incapable de rivaliser pour une quelconque proportion de la part de marché détenue par CCF (92 %), toute entreprise qui aurait tenté d'accéder au marché et de rivaliser pour les 8 % restants aurait dû concéder une ristourne de 75 % pour contrer les ristournes d'exclusivité et de loyauté offertes par

CCF. Elle précise que ces chiffres s'appuient sur l'hypothèse selon laquelle les ventes non contestables étaient équivalentes à la part de marché occupée par CCF au cours des années précédentes.

Le président invite le **professeur Alison Jones** à présenter le cadre juridique utilisé pour examiner ces dispositifs de remise, et les différentes approches que peuvent adopter les autorités de la concurrence. Le professeur Jones précise que lorsque l'on analyse les politiques de prix bas, il peut être difficile de distinguer la concurrence agressive par les prix de stratégies d'éviction ou de politiques anticoncurrentielles illégales. C'est la raison pour laquelle la plupart des régimes élaborent des contrôles spécifiques visant à identifier les comportements abusifs et illicites. Ces contrôles doivent être cohérents avec les objectifs des législations en matière de concurrence, et s'appuyer sur des règles prédictibles, claires et transparentes de manière à pouvoir être administrés par les décideurs et à faire en sorte que les choses soient claires pour les entreprises qui tentent de se conformer aux règles. Le choix du modèle dépend du contexte propre à la juridiction.

Le professeur Jones décrit les quatre grandes approches de la politique en matière de remises qui ont été débattues au sein de l'Union européenne et aux États-Unis. La première, la plus extrême, consiste à affirmer que les remises doivent être considérées comme licites *a priori*, à moins que les prix pratiqués par l'entreprise ne soient inférieurs aux coûts. Le professeur Jones précise que ce point de vue est peu partagé, car considéré comme trop permissif et ne tenant pas compte des théories du préjudice autres que la théorie d'éviction. Dans l'Union européenne, les seuls types de remises présumées légales sont les simples remises quantitatives standardisées. La deuxième approche suppose l'application d'une règle de rapport prix-coût qui implique l'attribution de la ristourne à la part contestable du marché, afin de déterminer si les remises ont la capacité d'évincer la concurrence efficace. L'exercice peut toutefois s'avérer difficile (comment par exemple identifier la demande non contestable ?) et, une fois encore, pas assez exhaustif (par exemple, le fait que les concurrents moins efficaces ne soient pas évincés du marché par des biais stratégiques peut être profitable aux consommateurs). Aux États-Unis, cette approche n'a jamais été utilisée dans la moindre affaire relative à des ristournes de loyauté accordées sur des produits. Dans l'Union européenne, la Commission dit avoir l'intention de l'employer pour hiérarchiser les affaires, alors que la jurisprudence souligne très clairement l'inutilité, pour les tribunaux, de recourir à ce test. La troisième approche privilégie l'adoption d'une règle plus détaillée en fonction des faits dans le but de procéder à une analyse raisonnée de ce type d'affaires – laquelle revient à effectuer une étude factuelle détaillée pour tenter de déterminer pourquoi l'entreprise dominante a utilisé ces remises et si elles ont effectivement eu valeur d'accords d'exclusivité de fait. Dans l'Union européenne, le fait de mettre sur le même pied les remises de fidélité et les accords d'exclusivité implique d'avoir recours à des approches fondamentalement différentes des accords d'exclusivité lorsque l'on analyse le comportement anticoncurrentiel, en fonction de la position dominante, ou non, du fournisseur : une approche permissive dans les affaires relevant de l'article 101 et une présomption d'illégalité dans celles relevant de l'article 102 (par exemple, *Hoffman-La Roche*). La quatrième approche est celle de la présomption d'illégalité, à moins que l'entreprise dominante puisse objectivement justifier les gains d'efficacité. Le professeur Jones estime que cette approche (qui, précise-t-elle, fut celle du Tribunal général dans l'affaire *Intel*), est caractérisée par des risques élevés d'erreurs. Elle résume la jurisprudence de l'Union européenne : il existe une présomption de licéité pour une catégorie très limitée de remises quantitatives standardisées, une présomption d'illégalité de ce que les tribunaux qualifient de remises « d'exclusivité » (par exemple, *Intel*) et la nécessité de procéder à une analyse plus détaillée pour les autres types de remises.

Le président invite la **délégation brésilienne** à décrire l'approche fondée sur les effets que le tribunal a utilisée dans l'affaire Ambev pour identifier l'impact sur les consommateurs d'un dispositif de remise de fidélité. La délégation explique qu'Ambev, le plus grand brasseur du pays, détenait 70 % de part de marché. D'après les dispositions de son programme de fidélité, l'entreprise s'était engagée à récompenser les points de vente (bars) qui écouleraient ses produits : à une certaine quantité de bière vendue correspondrait un nombre de points qui, cumulés, pourraient être échangés contre d'intéressantes

récompenses, équivalentes à des ristournes. L'Autorité de la concurrence brésilienne (CADE) a condamné Ambev à une amende correspondant à 2 % de son chiffre d'affaires au Brésil, soit le montant le plus élevé auquel la CADE avait jamais condamné une entreprise. La CADE s'est appuyée sur les cinq considérations principales suivantes : premièrement, le pouvoir de marché détenu par Ambev ; deuxièmement, le fait que même si les règles formelles du programme n'exigeaient pas d'exclusivité, des exigences en matière d'exclusivité avaient été imposées dans la pratique à tout le moins à un groupe de détaillants sélectionnés ; troisièmement, le fait que les ristournes croissantes posaient de plus en plus de problèmes aux entreprises concurrentes d'Ambev ; quatrièmement, l'incapacité dans laquelle se trouvait le groupe de prouver que des gains d'efficacité compensaient les ristournes ; cinquièmement, l'existence de documents internes démontrant l'existence d'intentions anticoncurrentielles et de stratégies visant à faire en sorte que les autorités de la concurrence ne découvrent pas les pratiques auxquelles se livrait le groupe.

Le président invite ensuite la **délégation japonaise** à se pencher sur ce qui permet de déterminer, au Japon, si un dispositif de remise de fidélité peut être considéré comme une pratique d'exclusion ou une pratique commerciale déloyale. La délégation explique qu'il n'existe dans la loi anti-monopole (AMA), les législations pertinentes et les directives, aucune disposition spécifique définissant les remises de fidélité et leur nature, non plus que leurs effets sur la concurrence. Si proposer des remises n'est pas toujours problématique en soi, il est essentiellement deux cas dans lesquels les remises de fidélité peuvent aller à l'encontre de l'AMA : les monopolisations privées et les pratiques commerciales déloyales. Tout d'abord, un comportement unilatéral qui sort ses effets lorsqu'une entreprise empêche ses partenaires commerciaux de traiter avec ses concurrents en offrant des remises, par exemple, peut être prohibé au titre de monopolisation privée si ce comportement, lorsqu'il est le fait d'une entreprise dominante, engendre l'éviction des concurrentes et empêche dans une mesure substantielle l'exercice d'une concurrence dans un secteur commercial donné. Ensuite, même s'il ne va pas jusqu'à empêcher la concurrence, dans les cas, par exemple, où l'offre de remise est imposée par un fabricant influent sur un marché donné et complique l'accès des nouveaux entrants et des concurrents à d'autres canaux de distribution, ce comportement peut être qualifié de pratique commerciale déloyale et à ce titre, interdit. Le **président** demande si cela signifie que les remises de fidélité sont systématiquement interdites puisque dans la mesure où l'entreprise dispose du pouvoir de marché, elle peut avoir un pouvoir d'éviction – et où il peut dans le cas contraire s'agir d'une pratique commerciale déloyale. La délégation japonaise explique que les entreprises dépourvues de pouvoir de marché peuvent être considérées comme exerçant des pratiques commerciales déloyales si un tel comportement est susceptible d'évincer la concurrence, ou empêche dans une certaine mesure les partenaires de commercer librement.

Le président se tourne vers la **délégation russe**, à qui il demande de décrire le « contrôle du bien-fondé économique » sur lequel le Service fédéral anti-monopole (FAS) se fonde pour évaluer les dispositifs de remise de fidélité. La délégation explique que le FAS ne peut qualifier d'anticoncurrentielles les remises de fidélité accordées par une entité économique dominante que si ces remises ne sont pas justifiées sur le plan technologique, économique ou autre. Ce critère a été utilisé dans l'affaire Zelenokumskiy Elevator, par exemple. Zelenokumskiy Elevator, qui occupait une position dominante sur le territoire de Stavropol, facturait ses services à des prix différents selon le client. Après avoir analysé les conditions du dispositif de ristournes individuelles, les bureaux régionaux du FAS ont conclu qu'en l'absence de méthodologie claire quant à leur application, les conditions ne répondaient pas au critère du bien-fondé économique et technologique. Les responsables des ventes pouvaient donc décider arbitrairement d'accorder ou non des ristournes individuelles, et appliquer les prix à leur seule discrétion.

Le président remercie la délégation russe et donne la parole à **Jim Venit**, venu commenter l'état d'avancement des affaires relatives à des remises de fidélité dans le cadre de la législation de l'Union européenne. M. Venit entame son discours en évoquant le fossé qui sépare, dans l'Union européenne, la position des tribunaux de celle de la Commission. Dans son document d'orientation, la Commission s'est engagée à adopter une approche fondée sur les effets, qui requiert notamment d'effectuer un test du

« concurrent aussi efficace » (AEC), dans le but de déterminer si un concurrent aussi efficace pourrait accorder les mêmes ristournes que celles concédées par l'entreprise dominante. Or, cette approche a été rejetée, en faveur d'une approche *per se* des remises d'exclusivité, par le Tribunal général dans l'affaire *Intel* ainsi que par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Post Danmark II*.

M. Venit se penche sur les raisons qui expliquent le choix des tribunaux d'une part et celui de la Commission d'autre part. L'approche *per se* adoptée par les tribunaux s'articule autour de deux éléments principaux : un élément analytique et un élément idéologique. La composante analytique résulte du fait qu'au sein de l'Union européenne, la dominance est un concept absolu et non relatif : une fois la dominance établie, plus aucune limitation de concurrence ne peut être tolérée et, quel que soit son degré de dominance, l'entreprise se voit imposer des obligations spécifiques. L'élément idéologique est celui de la cohérence avec les objectifs fondamentaux du TFUE : vue sous cet angle, l'approche *per se* peut être considérée comme une approche fondée sur les effets, dans la mesure où elle prend en compte les conséquences des remises d'exclusivité sur l'objectif qui consiste à préserver un système de concurrence non faussée (par opposition au fait de favoriser le bien-être des consommateurs). À l'inverse, le test du « concurrent aussi efficace » n'est pas cohérent avec les objectifs du TFUE, puisqu'il tolérerait l'éviction de concurrents moins efficaces, laquelle éviction nuirait justement au processus concurrentiel. En termes d'implications politiques, l'approche défendue par les tribunaux a le mérite de fournir des résultats prédictifs très clairs, alors que le test du concurrent aussi efficace exige un emploi abondant des ressources et est difficile à appliquer. Quant à l'approche adoptée par la Commission, elle consiste à éviter l'effet de dissuasion induit par les poursuites visant spécifiquement les entreprises qui accordent des ristournes, en faveur d'un examen de l'impact de ces rabais sur le marché. L'une et l'autre soulèvent deux questions de droit : (i) le TFUE exclut-il toute approche basée sur les effets ? ; et (ii) que signifie l'expression « préserver un système de concurrence non faussée » ? D'après M. Venit, le Traité n'exclut pas l'usage d'une approche basée sur les effets.

Le **professeur Farrell** intervient, en précisant que si les tests prix-coût sont proposés, c'est que les responsables politiques veulent avoir la possibilité de rejeter les plaintes de concurrents inefficaces, incapables de rivaliser. Il ajoute toutefois que la bonne manière d'appréhender la question est d'affirmer que l'exclusion de la concurrence pose problème *même* lorsque l'entreprise dominante pratique des prix élevés. Cela permet de rejeter les affaires dans lesquelles des entreprises inefficaces portent plainte de manière à pouvoir éviter de rivaliser, et de se concentrer à la place sur les affaires dans lesquelles la stratégie d'éviction peut soutenir une politique de prix élevés en permanence (quelle que soit l'efficacité du plaignant).

Le président invite la **délégation grecque** à expliquer comment le pays considère les remises de fidélité. La délégation répond que compte tenu de leur inhérente propension à empêcher la concurrence, les remises d'exclusivité accordées par les entreprises dominantes sont d'office interdites. Elle ajoute que de par leur conception, les remises d'exclusivité dissuadent la clientèle de se fournir à la concurrence : dès lors, il n'est pas nécessaire de pratiquer le test du concurrent aussi efficace pour établir la capacité d'empêchement de l'entreprise dominante. Le fait que soient pratiqués des prix inférieurs aux coûts n'est pas une condition nécessaire pour conclure au caractère abusif des dispositifs de remise avec effet rétroactif. En termes de gains d'efficacité, il peut exister d'autres moyens, moins restrictifs, que les remises d'exclusivité, pour poursuivre un objectif qui n'ait pas pour effet d'exclure et parvenir à un résultat identique. Si l'entreprise dominante ne ressent pas une pression concurrentielle suffisante, il est peu probable qu'elle répercute les gains d'efficacité sur sa clientèle et sur les consommateurs. La Commission hellénique de la concurrence s'est penchée sur plusieurs affaires de remises de fidélité, tout particulièrement dans le secteur des boissons et de l'alimentation – citons à cet égard les décisions prises dans les affaires Tasty Food, Heineken, Procter & Gamble, Nestlé et Coca-Cola. La délégation affirme qu'un test *per se* est une approche clairement reconnaissable, favorable à l'applicabilité et qui repose sur des fondamentaux économiques solides. Le **président** souligne la force de cette déclaration. Il demande si

la méthode encourage les entreprises dominantes à s'abstenir d'exercer une concurrence (en les dissuadant par exemple de diminuer leurs prix, ou d'investir dans la recherche et développement de manière à diminuer les achats à la concurrence). La délégation grecque répond que l'offre de prix plus avantageux ou celle d'une qualité plus élevée relève de la compétition au mérite normale, sans lien avec la proposition faite au client de lui accorder une remise à condition qu'il ne se fournisse plus à la concurrence. Elle ajoute que si une entreprise dominante propose des ristournes susceptibles de fidéliser la clientèle, sans pour autant être soumises à des conditions d'exclusivité, il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances et des critères auxquels est subordonné l'octroi de la remise pour savoir si le comportement a un effet d'éviction. À l'inverse, lorsque l'octroi de la ristourne est soumis à la condition que le client s'approvisionne (quasi) intégralement auprès de l'entreprise dominante, il est inutile d'en examiner les effets.

Le président invite à présent la **délégation allemande** à revenir sur l'affaire Deutsche Post. D'après la délégation, rares sont en Allemagne les affaires liées à des remises de fidélité dans lesquelles les autorités ont été appelées à statuer. Celles-ci n'en ont pas moins eu l'an passé à se prononcer dans une affaire contre Deutsche Post (ex-monopole d'État), laquelle avait eu recours à un système à la fois de compression de ses marges et de remises de fidélité pour entraver la concurrence. Certains grands clients qui faisaient appel à Deutsche Post pour la quasi-intégralité de leurs expéditions avaient bénéficié de remises accordées rétroactivement sur une base annuelle. Ces remises avaient un effet d'aspiration significatif et un effet d'éviction évident, de sorte que les autorités n'ont pas vu l'utilité de procéder au test du concurrent aussi efficace.

Le président invite la **délégation états-unienne** à expliquer le cadre utilisé pour analyser les remises de fidélité. La délégation considère que les remises de fidélité sont un moyen d'encourager la clientèle à acheter davantage, que le fournisseur peut toutefois utiliser sans diminuer son prix moyen. Contrairement aux prix d'éviction, l'exclusion induite par la ristourne de fidélité ne dépend pas de la perte initiale ou de la récupération ultérieure. Du point de vue américain, la ristourne relève davantage du principe de l'accord d'exclusivité, ce qui peut la rendre aussi bien anticoncurrentielle que pro concurrentielle. Les tribunaux américains ont effectué un contrôle prix-coût dans le contexte de ristournes groupées, lorsque l'intégralité de la ristourne portait sur le ou les produits rendus « inaccessibles ». Certains commentateurs ont suggéré que ce type de test pouvait être adapté au simple contexte des ristournes de loyauté. Les autorités jugent néanmoins le procédé inapproprié, car il exige de déterminer le volume des ventes contestables et de lui appliquer l'intégralité des ristournes, ce qui risque d'engendrer à la fois des faux positifs et des faux négatifs. Pour les autorités américaines, le plus important, lorsque l'on tente d'évaluer des dispositifs de ristourne de fidélité, est de connaître parfaitement les tenants et aboutissants de l'affaire, pour que les autorités chargées de faire appliquer le droit de la concurrence puissent effectivement en apprécier les effets (potentiels) sur la concurrence.

Le président invite la **délégation espagnole** à revenir sur l'affaire Telefonica. La délégation explique que la Commission nationale des marchés et de la concurrence (CNMC) a récemment constaté le caractère anticoncurrentiel d'un dispositif de remise de fidélité mis en place par Telefonica. Le premier opérateur mobile du pays proposait des ristournes aux petites et moyennes entreprises (PME), pour autant qu'elles signent un contrat d'exclusivité d'une durée de 12, 18 ou 24 mois. Les contrats non résiliés par le client étaient automatiquement reconduits. En outre, les abonnés qui ne respectaient pas les conditions du contrat étaient pénalisés à hauteur du total des ristournes qui leur avaient été concédées. Telefonica n'étant pas dominante dans le marché des services de communication mobile, l'affaire a été envisagée au titre de restriction verticale en vertu de l'article 101. La CNMC a estimé que la sanction imposée aux abonnés qui résiliaient prématurément leur contrat constituait en soi une restriction de concurrence, puisqu'elle visait à les empêcher de changer de fournisseur et à alourdir les coûts de la concurrence, dans le but d'évincer les opérateurs rivaux.

La France ayant été confrontée à un cas similaire, là aussi dans le marché des télécommunications, le président invite la **délégation française** à s'exprimer. La délégation révèle que l'Autorité de la concurrence a plus d'une fois sanctionné des dispositifs de remises accordées à condition que l'abonné signe pour une durée plus longue que la durée normale sur le marché. Le contrat était, ici également, automatiquement reconduit dans la plupart des cas. Pour l'entreprise dominante qui se livrait à ce genre de pratique, il s'agissait d'assurer la stabilité de sa part de marché dans le temps. De surcroît, plus les clients s'engageaient pour longtemps, moins nombreux ils étaient à avoir la possibilité de passer à la concurrence. Ce système n'a rien à voir avec un dispositif de remise de fidélité ou d'exclusivité, car il ne dépend pas de la part non contestable du marché. Il a par contre bien un effet d'empêchement.

Le président note que les autorités de la concurrence turques (TCA) étudient l'objectif, les effets potentiels et les effets réels du dispositif de remise. Il demande à la **délégation turque** s'il est nécessaire que chacun de ces trois points soit prouvé pour qu'un dispositif de remise de fidélité puisse être qualifié d'anticoncurrentiel. La délégation répond par la négative. Elle décrit la décision la plus importante arrêtée par le Conseil dans une affaire de mise à disposition d'espaces publicitaires dans le secteur de la presse écrite (2011) : premièrement, les TCA ont estimé qu'il y avait eu intention d'exclure ; deuxièmement, elles ont conclu, à la lumière de nombreux indicateurs (l'existence d'une position dominante, l'existence d'un partenaire commercial évitable, l'étendue de la couverture du marché par les remises, l'étendue et la durée du dispositif, etc.), en la possibilité d'un effet d'exclusion ; troisièmement, elles ont procédé à une analyse empirique des effets réels.

Le président se tourne vers Joe Farrell, auteur d'un article qui propose un nouveau cadre de réflexion analytique sur un effet anticoncurrentiel potentiel supplémentaire des remises de fidélité. Le **professeur Farrell** commence par faire remarquer que des ristournes accordées à condition de limiter les achats à la concurrence (« remises sur la part des besoins », ou « remises d'exclusivité partielle »), peuvent avoir le même effet qu'une « taxe » qui serait appliquée sur lesdits achats, ce qui n'est pas le cas des ristournes exclusivement accordées sur les quantités. Lorsque des fabricants rivaux vendent à des distributeurs qui eux-mêmes se font concurrence en aval, conclure avec les distributeurs des accords à l'origine d'une telle « taxe » peut être mutuellement bénéfique et, dès lors, atténuer la concurrence avec les autres fabricants. La situation peut engendrer des problèmes de concurrence indépendants des questions d'économies d'échelle ou de politique de prix inférieurs aux coûts.

Le professeur Farrell illustre son nouveau cadre analytique, dont il décrit le mécanisme. Ce cadre s'inscrit dans un contexte où une entreprise dominante vend à des distributeurs qui eux-mêmes se font concurrence pour vendre aux consommateurs. Certains concurrents peuvent par ailleurs vendre aux distributeurs. Les distributeurs se doivent d'avoir en stock le produit commercialisé par l'entreprise dominante. Au départ, avant l'introduction du dispositif litigieux, les prix sont inférieurs au niveau de monopole collectif.

Le raisonnement intuitif qui permet de conclure en l'existence de ce cadre consiste à dire que l'entreprise dominante pourrait augmenter ses prix de gros, ce qui inciterait le secteur à relever ses prix de vente au détail, de manière à maximiser les gains pour l'ensemble du secteur. L'entreprise dominante pourrait convaincre les distributeurs de signer des accords visant à contribuer à accroître les bénéfices du secteur, auquel cas toutefois chaque distributeur serait encouragé à commercer davantage avec les concurrentes de l'entreprise dominante (cas classique de « dilemme du prisonnier »), ce qui pourrait dans certaines circonstances provoquer l'échec du système (ou coûter trop cher à l'entreprise dominante). Ceci étant, comme dans le cas des accords collusoires, le fabricant et les distributeurs pourraient, sous certaines conditions, parvenir à le faire fonctionner. Dans le contexte d'une collusion horizontale par exemple, ils pourraient mettre au point un mécanisme (une guerre des prix, disons) visant à sanctionner les entreprises concurrentes qui commercent avec les acheteurs de l'entreprise dominante. Cela reviendrait toutefois à sanctionner les acheteurs (leur manque de loyauté) qui commercent avec les entreprises concurrentes.

L'initiative aurait les mêmes effets qu'une entente collusoire ; elle permettrait donc à l'entreprise dominante d'augmenter ses prix, sans pour autant trop perdre au profit de ses concurrentes. Il s'agit par conséquent là d'un comportement auquel les autorités chargées de faire appliquer le droit de la concurrence doivent veiller à mettre fin, dans la mesure où les principales victimes en sont les consommateurs.

Le professeur Farrell précise que le principal problème dans le cas de comportements anticoncurrentiels ne se situe pas au niveau des prix bas, ceux-ci fissent-ils parfois partie du processus : le problème se pose lorsque les prix élevés sont hors de portée des initiatives de la concurrence. Le professeur Farrell estime qu'il y a davantage lieu de s'inquiéter lorsque l'on constate qu'une entreprise dominante qui pratique des prix élevés se livre à des actes qui dissuadent les acheteurs de s'approvisionner (ou de s'approvisionner davantage) à la concurrence (ce qui tend à suggérer que l'exercice d'un contrôle prix-coût est superflu). Le président demande ce à quoi les autorités chargées de faire appliquer le droit de la concurrence doivent être attentives. Le professeur Farrell répond qu'il convient d'essayer de voir, en s'entretenant avec les acheteurs et les entreprises concurrentes et en appliquant des méthodes quantitatives, si les clients qui achètent à la concurrence ont à s'acquitter d'une « taxe » significative, et d'examiner les niveaux de prix. Il y a également lieu d'étudier la réaction des distributeurs. Si, lorsque certains quittent le système, d'autres se montrent moins enclins à y demeurer, l'on pourrait en déduire que le dispositif n'est profitable que lorsque chacun y prend part.

Le **président** remercie le professeur Farrell pour cette très intéressante présentation, qui introduit une nouvelle perspective dans les affaires de remises de fidélité. Il se tourne ensuite vers la **délégation australienne**. La délégation explique que la Commission australienne de la concurrence et des consommateurs (ACCC) vient d'être confrontée à deux affaires de remises de fidélité impliquant deux compagnies multinationales du secteur de la santé. Chacune de ces affaires comprenait des éléments d'éviction, mais c'est le fait que la concurrence se soit trouvée empêchée qui a convaincu l'ACCC du caractère anticoncurrentiel du comportement des accusées. La délégation revient sur les principaux changements en matière de droit de la concurrence proposés à l'issue de l'Examen de la politique de la concurrence (connu sous le nom de *Harper Review* – 2015). Il s'agit de revenir sur l'utilisation abusive de la disposition en matière de pouvoir de marché dans le but de protéger la concurrence. Premièrement, en supprimant le test dit de l'abus, qui consiste à examiner si, oui ou non, une entreprise qui ne dispose pas de pouvoir de marché pourrait avoir un comportement identique (dans les affaires de remises de fidélité, l'entreprise qui ne dispose pas de pouvoir de marché peut adopter un comportement identique, mais les remises peuvent demeurer dommageables) ; deuxièmement, en visant à faire en sorte que l'examen de l'utilisation abusive du pouvoir de marché permette de savoir si le comportement a des effets sur la concurrence, plutôt que s'il porte atteinte aux entreprises rivales.

Le président passe à la question des éventuels gains d'efficacité liés aux remises de fidélité. Il demande à **Jim Venit** s'il estime réaliste de plaider les gains d'efficacité présumés dans des affaires portant sur des remises de fidélité. M. Venit répond que mettre en avant les gains d'efficacité résultant d'une meilleure utilisation des capacités, d'une meilleure planification, etc., n'a rien d'attrayant pour une entreprise engagée dans une procédure contradictoire, car l'argument ne peut être pertinent que si l'entreprise accepte l'idée que la ristourne est anticoncurrentielle – alors que sa défense consiste justement à affirmer qu'elle ne l'est pas. Il ajoute que lors des négociations entre l'entreprise dominante et sa clientèle, la capacité à accorder des ristournes peut accroître l'efficacité ou renforcer le pouvoir de négociation du client, et permettre de déboucher sur une politique de prix plus intéressante pour chacun des clients individuellement si ceux-ci menacent de passer à la concurrence pour obtenir des ristournes.

Le président passe la parole à la **délégation canadienne**. Le Canada a eu à intervenir dans une affaire dans laquelle une entreprise prétendait que les ristournes de fidélité engendraient des gains d'efficacité, un argument qui n'a pas convaincu le Tribunal de la concurrence. La délégation explique que Canada Pipe est la seule affaire portant sur des remises de fidélité dans laquelle le Tribunal de la concurrence canadien a été

appelé à statuer depuis dix ans. Canada Pipe accordait des remises aux distributeurs qui acceptaient de stocker l'intégralité de la gamme de ses produits en fonte, à l'exclusion de tout autre. L'affaire a été examinée sous les angles à la fois de l'abus de position dominante et des dispositions en matière d'accords d'exclusivité. Canada Pipe a plaidé deux arguments commerciaux : 1) la structure du dispositif de remise stimulait la concurrence en aval, en engendrant des conditions de concurrence égales entre les distributeurs de tailles différentes (puisque les ristournes étaient basées sur la fidélité plutôt que sur les volumes) ; et 2) le dispositif lui garantissait de vendre les volumes élevés nécessaires à la préservation de l'intégralité de sa gamme de produits. Le Tribunal a rejeté le premier argument, qu'il considérait comme non pertinent pour l'analyse ; il a par contre retenu le second. Le Tribunal fédéral a par la suite contesté cette décision, en affirmant que plaider le bien-être du consommateur n'était pas en soi un argument commercial valide. L'affaire a finalement fait l'objet d'un règlement négocié.

Le président s'adresse au **Comité consultatif économique et industriel (BIAC)**. Le **BIAC** affirme que bien que les remises de fidélité puissent en certaines circonstances servir à des fins anticoncurrentielles, elles sont généralement avantageuses pour le consommateur ; il ajoute que c'est sous cet angle que les autorités doivent *a priori* considérer chaque affaire. En l'absence d'un ensemble clair de principes économiques sur lequel fonder une intervention dans ce domaine, les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence doivent éviter de remettre en cause ou de décourager l'octroi de ristournes. Le BIAC ajoute que d'après la jurisprudence, il est possible de réfuter l'hypothèse selon laquelle le dispositif de ristourne est illégal et a des effets néfastes. Reste que dans la pratique, convaincre en mettant l'accent sur les gains d'efficacité est impossible parce que la production de preuves au niveau de chacune des quatre conditions imposées par le droit européen (objectif et caractère indispensable de la ristourne, bénéfice pour les consommateurs et absence d'élimination de la concurrence résiduelle) est extrêmement problématique. Le **président** demande au professeur Farrell s'il existe des arguments d'efficacité qui s'appliqueraient aux remises de fidélité, par opposition aux remises sur les quantités. Pour le **professeur Farrell**, il pourrait être plus simple de viser le seuil de ristourne en utilisant des ristournes sur la part des besoins (de préférence à des ristournes directes). Il ajoute que les accords d'exclusivité peuvent : a) engendrer une multiplication des investissements non spécifiquement axés sur la relation, ou b) inciter les acheteurs à opter pour une moindre différenciation des produits, de manière à aiguiser la concurrence sur les prix. Les acheteurs pouvant dans certains cas caresser ces motivations, tout en préférant ne pas conclure d'accords d'exclusivité totale, il n'est pas impossible que des remises d'exclusivité partielle soient le meilleur moyen de générer l'avantage, d'où l'existence d'avantages potentiels issus de remises d'exclusivité qu'une politique d'interdiction d'office pourrait ignorer.

Le président invite la **délégation suédoise** à exposer la manière dont les affaires de remises de fidélité sont hiérarchisées en Suède. La délégation explique tout d'abord que la Suède ne considère pas d'office que les remises de fidélité peuvent avoir des effets nuisibles. L'autorité de la concurrence suédoise (SCA) hiérarchise l'examen des comportements susceptibles de porter atteinte à la concurrence et aux consommateurs. Sur le plan des comportements unilatéraux, elle accorde la priorité aux stratégies susceptibles d'empêcher l'exercice d'une pression concurrentielle efficace à un quelconque niveau de marché. La SCA tient également compte du résultat du test du concurrent aussi efficace. D'expérience, elle estime que le test du concurrent aussi efficace présente un certain nombre d'avantages : son coût administratif limité, le fait qu'il n'exige qu'une analyse avancée restreinte, sa transparence, son caractère prédictible, le fait qu'il permette de disposer de normes claires pour les entreprises dominantes et son aptitude à encourager la concurrence au mérite. Il limite également l'effet potentiellement dissuasif d'une politique d'application à outrance, le risque en la matière étant limité par une analyse subséquente plus détaillée des effets qui tient également compte des incidences potentiellement favorables à la concurrence. La SCA estime qu'un calcul correct du prix effectif à atteindre permet d'identifier les cas d'empêchement potentiels et de limiter les occasions de sous-exécution.

Le **président** conclut la table ronde en résumant les principaux points qui s'en sont dégagés. Premièrement, dans les affaires portant sur des remises de fidélité, les autorités chargées de faire exécuter le droit de la concurrence doivent se concentrer sur les prix élevés et, comme le démontre le cadre exposé par le professeur Farrell, il arrive que le problème soit un problème non pas d'éviction unilatérale, mais de pratique susceptible d'engendrer un comportement coordonné. Les marges bénéficiaires, par exemple, peuvent être révélatrices à cet égard. Deuxièmement, il peut être utile, lorsque l'on examine les effets d'un dispositif de remise exclusivité, d'avoir à l'esprit les relations entre remises d'exclusivité d'une part et simples remises sur les quantités d'autre part, et de réfléchir à ce qu'il y a à dire sur chacune d'elles (ou au type d'analyse à mener). Troisièmement, sur le plan du test du concurrent aussi efficace, certaines considérations dépassent certes la portée du débat, mais il est nécessaire de savoir si ce test est économiquement pertinent. Le professeur Farrell estime que ce n'est pas le cas, qu'il n'est pas assez exhaustif, ce qui pose problème. Pour la délégation suédoise par contre, ce test peut constituer un point de départ et avoir une certaine valeur. Il va toutefois de soi qu'il n'est pas suffisant, de sorte que nous ne pouvons nous dispenser d'examiner d'autres éléments, comme les prix élevés (à côté desquels nous pourrions passer si le test était le seul filtre utilisé). Enfin, les discussions ont permis de constater qu'au sein de certaines juridictions, les remises ne constituent pas d'office une violation à divers égards, et de mettre en avant un certain nombre d'arguments qui expliquent pourquoi elles ne constituent pas une infraction en soi.