

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

Annule & remplace le même document du 4 avril 2018

Compte rendu de la table ronde sur la discrimination par les prix

Annexe au compte rendu succinct de la 126e réunion du Comité de la concurrence

Les 29 et 30 novembre 2016

Ce document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est un résumé détaillé de la discussion qui s'est tenue au titre du point 7 de l'ordre du jour de la 126^e réunion du Comité de la concurrence, les 29 et 30 novembre 2016.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :

www.oecd.org/daf/competition/price-discrimination.htm

Pour toute question concernant ce document, veuillez contacter M. Chris PIKE.

[Chris.PIKE@oecd.org]

JT03429559

Compte rendu de la table ronde sur la discrimination par les prix

rédigé par le Secrétariat

Le **Président** présente le sujet de la table ronde. Il s'agit de la discrimination par les prix, pratique qui ne fait pas l'unanimité, mais qu'il est opportun d'examiner étant donné la capacité croissante d'exploiter des mégadonnées pour exercer une discrimination par les prix.

Avant de commencer la discussion, le Président remercie le Secrétariat pour sa note de référence et présente deux participants : Dennis Carlton, professeur d'économie à l'Université de Chicago, et Damien Geradin, professeur de droit de la concurrence et d'économie à l'université de Tilburg et à la University College London et co-fondateur du cabinet Edge Legal.

Le Président explique que la discussion sera organisée autour de cinq thèmes. Premièrement, la discrimination par les prix en tant que dispositif ayant des effets d'exploitation, qui suscite le plus de désaccords. Deuxièmement, la discrimination par les prix ayant des effets d'éviction. Troisièmement, la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion, pratique qui peut créer une distorsion de la concurrence sur un autre marché que celui où elle est pratiquée. Quatrièmement, les mesures correctives. Cinquièmement, la table ronde abordera brièvement la discrimination par les prix dans l'économie numérique.

Le Président ouvre la discussion en demandant à l'Argentine d'évoquer l'affaire CNDC vs YPF, à l'issue de laquelle YPF, le principal producteur argentin de pétrole et de gaz, a été sanctionné pour avoir pratiqué la discrimination par les prix entre les marchés intérieur et extérieur du gaz de pétrole liquéfié (GPL). En particulier, le Président demande en quoi cette affaire se distingue de l'affaire Cablevision, dans laquelle la CNDC a estimé que la discrimination par les prix ne constituait pas une violation du droit de la concurrence.

L'**Argentine** explique que la principale affaire de discrimination par les prix traitée par l'Argentine concerne YPF, l'entreprise dominante dans le secteur pétrolier. Ancienne entreprise publique privatisée au moment de l'affaire puis redevenue entreprise publique en 2012, YPF détenait une position dominante dans le secteur du GPL et possédait deux des trois ports où sont concentrés les échanges internationaux de GPL. Cette affaire concernait des pratiques de discrimination par les prix et de restriction d'approvisionnement qui empêchaient l'arbitrage et permettaient à l'entreprise d'exercer une discrimination entre son marché local, moins concurrentiel, et les marchés d'exportation, qui l'étaient davantage. La CNDC a constaté que les prix facturés sur le marché intérieur étaient beaucoup plus élevés que sur les marchés à l'exportation. Elle a imposé une amende et a notamment recommandé que les installations portuaires soient accessibles à des tiers pour faciliter l'arbitrage en permettant à ces derniers d'importer du GPL sur les marchés argentins dans le but de rendre ceux-ci contestables. L'autre affaire concernait Cablevision, un câblodistributeur qui détenait un monopole dans une ville

argentine et avait réagi à l'entrée d'un concurrent dans certaines zones de la ville en réduisant les prix dans ces zones, ce qui lui avait valu d'être accusée de discrimination par les prix. Dans cette affaire, la CNDC a conclu à l'absence de restriction de la concurrence et a plutôt estimé que la pratique en cause était une réaction concurrentielle à l'entrée d'une nouvelle entreprise et qu'elle avait induit une augmentation du bien-être et du surplus du consommateur.

Le **Président** demande ensuite à la Lituanie d'exposer les problèmes de concurrence soulevés par l'affaire AB Orlen Lietuva.

La **Lituanie** explique qu'une raffinerie de pétrole a été accusée de faire payer aux acheteurs lituaniens d'essence ou de diesel des prix plus élevés qu'aux acheteurs situés en Lettonie ou en Estonie. Après que l'affaire a été portée en appel, la définition du marché a été modifiée et plutôt que d'englober les pays baltes, s'est limitée au marché national. Sur ce marché, des prix personnalisés ont été appliqués aux trois principaux acheteurs à parité avec les prix qu'ils pouvaient obtenir en important les produits auprès des pays nordiques. Il s'agissait de prix limites égaux ou légèrement inférieurs au prix que ces acheteurs pouvaient obtenir auprès d'un importateur. Les autres clients ont obtenu des remises normalisées. La théorie du dommage était que cette pratique avait pour effet d'évincer les importateurs du marché et créait une distorsion de concurrence entre les acheteurs en aval qui achetaient le même produit. Pour des quantités achetées comparables, il a été considéré que les prix plus élevés produisaient un effet d'exploitation. La violation de la législation sur la concurrence a été confirmée en appel.

Le **Président** demande ensuite à la Russie de fournir des précisions sur une affaire relative aux tarifs ferroviaires et, de manière plus générale, d'indiquer si la discrimination par les prix, en Russie, est principalement interdite parce qu'elle est considérée comme une pratique déloyale ou plutôt comme une pratique restrictive de concurrence.

La **Russie** explique qu'en droit russe, la fixation de prix différents pour les mêmes produits sans justification économique, technologique ou autre est interdite tant aux entités économiques en position dominante sur le marché qu'aux autorités. Dans l'affaire des tarifs ferroviaires, la discrimination par les prix ne découlait pas des actes d'une entreprise dominante mais des décisions d'une autorité publique (le régulateur fédéral de la tarification ferroviaire). Le droit russe de la concurrence se caractérise par le fait qu'il couvre et les actes des entreprises et ceux des autorités. Le régulateur de la tarification ferroviaire appliquait à certains types de wagons de chemin de fer des remises plus importantes qu'à des wagons semblables fabriqués par d'autres entreprises. En raison de la nature discriminatoire de ces remises, le Service fédéral antimonopole a demandé au Service fédéral de la tarification de mettre fin à ces pratiques déloyales. Le régulateur a été supprimé pendant que l'affaire était en instance et le Service fédéral antimonopole est devenu l'autorité publique chargée de la réglementation tarifaire.

Le **Président** demande si une entreprise qui, pour développer sa part de marché, consent des remises sur les prix à certains clients dans le but de les détourner de ses concurrents, serait considérée ou non comme ayant une justification économique valable.

La **Russie** répond que ce type d'affaire serait traité au cas par cas et que l'examen viserait à savoir pourquoi l'entreprise a établi des prix différents pour un même produit sur un même marché.

Le **Président** invite ensuite le Chili, qui a traité trois affaires de discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation entre 2008 et 2009, à apporter quelques précisions sur

ces affaires et à indiquer comment sont détectées les possibles affaires de discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation.

Le **Chili** mentionne que dans une affaire, un aéroport faisait payer des prix différents à différents transporteurs présents dans la zone aéroportuaire. Dans une autre affaire, une entreprise proposait des prix différents à différents secteurs. Enfin, dans une troisième affaire, une entreprise publique faisait payer des prix différents à des entreprises différentes. Dans chaque affaire, il n'y avait aucun rapport entre la valeur économique du produit et le montant demandé. Les problèmes n'étaient pas fondés sur une question de coût à prendre en compte. Ces trois affaires ont été jugées recevables parce que la disposition législative est large et met l'accent sur la loyauté. Depuis lors, aucune nouvelle affaire de discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation n'a été soulevée, de sorte qu'aucun élément tendant à montrer que la discrimination améliore ou non le bien-être n'a été étudié. Ce type de preuve a toutefois joué un rôle dans des affaires de discrimination par les prix ayant des effets d'éviction.

Le **Président** invite ensuite le Canada à décrire brièvement une tentative engagée récemment, par le biais d'un projet de loi présenté au parlement mais qui n'a toutefois pas été adopté, pour intensifier l'examen de la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation. Il demande si ce projet était ou non pertinent, compte tenu des possibilités accrues de mise en œuvre de stratégies de discrimination dans l'économie numérique.

Le **Canada** indique que le gouvernement en place en 2014 a tenté de faire adopter une loi sur la discrimination par les prix mais que le nouveau gouvernement n'a pas donné suite à ce projet. Entre 1930 et 2009, la législation canadienne de la concurrence abordait explicitement la discrimination par les prix et prévoyait une infraction pénale, qui a été supprimée en 2009. La discrimination par les prix fait maintenant l'objet d'une approche fondée sur l'abus de position dominante. Le dollar canadien, qui fluctue régulièrement, a commencé à s'apprécier à la fin des années 2000. Les consommateurs canadiens ont manifesté de plus en plus d'agacement devant ce qu'ils considéraient comme une discrimination géographique car les prix pratiqués au Canada ne semblaient pas correspondre aux prix américains alors que le dollar canadien progressait. Ce problème particulièrement épineux s'explique par le fait que les prix américain et canadien sont indiqués sur de nombreux produits en provenance des États-Unis. Certaines études, sans pour autant expliquer les raisons de cet écart de prix, ont montré que les Canadiens payaient certains produits entre 10 et 20 % plus cher que les Américains. Les plaintes des consommateurs se sont multipliées. Le Bureau de la concurrence a réalisé une étude visant à montrer qu'il y avait un malentendu sur les causes de la discrimination par les prix sur le marché canadien. Un comité sénatorial a conclu dans un rapport que divers facteurs expliquaient les prix pratiqués au Canada, notamment les tarifs douaniers, les politiques publiques, la volatilité du taux de change ou encore la petite taille du marché canadien. Le projet de loi C-49 sur la transparence des prix a été présenté en décembre afin de remédier à ce problème.

Ce projet de loi donnait au Commissaire de la concurrence le pouvoir d'enquêter sur les causes des écarts de prix entre le Canada et les États-Unis et de désigner les marchés qui seraient étudiés. Il était prévu que le gouvernement permettrait l'exercice d'un contrôle judiciaire et la collecte d'informations ; et, enfin, qu'un rapport serait rendu public dans un délai d'un an suivant la conclusion de l'étude, la situation pouvant alors être réexaminée. Le projet de loi ne prévoyait pas de mesures correctives. Ce texte a rencontré une forte opposition et suscité de vifs débats sur ce qui constituerait une discrimination par les prix injustifiée et le niveau d'écart de prix acceptable sur un marché des changes

fluctuant. Les débats ont également porté sur la question de savoir si le projet de loi transformerait le Bureau de la concurrence, organisme chargé d'examiner les actes anticoncurrentiels déloyaux et injustifiés et le bien-être des consommateurs, en autorité de réglementation des prix, et si un tel rôle était légitime. Le projet de loi C-49 n'a pas franchi les étapes du processus législatif avant la dissolution de l'ancien gouvernement et n'a pas été repris par le nouveau gouvernement. En outre, le dollar canadien s'est sensiblement déprécié.

Le **Président** demande si l'utilisation de plus en plus répandue de la discrimination par les prix dans l'économie numérique pourrait susciter à nouveau des pressions en vue de contrer cette pratique.

Le **Canada** répond que les dispositions relatives à l'abus de position dominante contenue dans sa législation sur la concurrence sont suffisamment larges pour lui permettre d'examiner la discrimination par les prix sur les marchés numériques.

Le **Président** demande ensuite au professeur Carlton de formuler quelques réflexions sur les affaires de discrimination par les prix ayant un effet d'exploitation qui ont fait l'objet d'un examen et sur l'approche qu'il adopterait en matière de discrimination par les prix.

Le professeur **Carlton** souligne d'abord que la note de référence du Secrétariat n'est pas un guide sur la lutte contre la discrimination par les prix. Son objet est la discrimination par les prix ayant ou non des effets d'éviction. Il explique que d'après l'expérience des États-Unis en matière de contrôle de la discrimination par les prix n'ayant pas d'effets d'éviction, une conclusion importante s'impose : c'est une grave erreur que de tenter d'utiliser la réglementation de la concurrence pour traiter la discrimination par les prix lorsque celle-ci ne nuit pas aux concurrents. La Loi Robinson-Packman adoptée par les États-Unis il y a plusieurs années fait pratiquement l'unanimité contre elle : elle est mal conçue et il faudrait soit la modifier pour qu'elle soit compatible avec la législation américaine existante sur la concurrence, soit l'abroger purement et simplement. À l'inverse, la législation sur la concurrence a tout lieu de s'appliquer à la discrimination par les prix entraînant l'éviction, mais seulement dans les rares circonstances où cette pratique cause un préjudice à la concurrence. Le professeur Carlton énumère ensuite trois principes fondamentaux de la politique de la concurrence.

Premièrement, le processus concurrentiel est en général souhaitable mais n'est pas toujours parfait. D'ailleurs, même la concurrence parfaite décrite dans les manuels d'économie qui font autorité n'aboutit pas à la perfection. Aucun théorème économique ne dit que des nouveaux produits connaissent une évolution favorable sur un marché concurrentiel. Cela signifie-t-il que les autorités devraient intervenir ? Pas forcément. Il faut simplement en conclure que la concurrence, même parfaite, ne produit pas de résultats parfaits. Cela dit, il faut toutefois se garder du raisonnement fallacieux selon lequel il existe une concurrence parfaite et qu'une intervention est donc justifiée en cas de concurrence imparfaite. Pour justifier solidement la nécessité d'une intervention, il faut expliquer que les circonstances peuvent être déterminées de façon fiable et que régulateurs, économistes ou juges peuvent y remédier plus efficacement que ne le ferait le marché. Les régulateurs, et même les économistes, ne sont pas omniscients et peuvent faire des erreurs. Tenter de microgérer les prix, les écarts de prix ou les caractéristiques des nouveaux produits est généralement une erreur.

Deuxièmement, aux États-Unis, un monopole n'engendre pas à lui seul un préjudice à la concurrence qui nécessite l'apport de mesures correctives. En cas de dommages statiques aux consommateurs, par exemple de perte occasionnée par un monopoleur qui

demande 10 dollars, pourquoi ne pas intervenir et ramener ce prix à 5 dollars ? Selon les juges, il faut protéger le processus concurrentiel. Ceux-ci reconnaissent l'effet stimulant d'un marché concurrentiel sur lequel la perspective de lancer un nouveau produit et de pouvoir le monnayer est précisément ce qui motive les entreprises à créer ce nouveau produit. Et si les bénéfices d'un monopoleur pratiquant un prix unique de monopole sont réputés conformes à législation sur la concurrence, pourquoi le fait de facturer deux prix différents à deux groupes différents serait-il un problème ? La logique est la même.

Troisièmement, Ronald Coase, lauréat du prix Nobel, recommande, lorsque l'on constate une défaillance sur un marché, de chercher à savoir pourquoi le marché ne la corrige pas. Si je demande 10 dollars à une personne et 5 à une autre, je fais de la discrimination par les prix. Si je fais payer à une personne un montant établi en fonction d'une tarification non linéaire (remise de quantité), je fais aussi (peut-être) de la discrimination par les prix parce que les prix ne sont pas linéaires. Cette définition vaut pour des produits identiques. Les choses se compliquent lorsque les produits sont différents. Supposons que le client 1 est situé plus près que le client 2 et que les coûts de transport sont donc différents. Peut-on parler de discrimination par les prix lorsque l'écart de prix tient à autre chose ou s'agit-il plutôt d'une question liée au rapport prix/coût marginal ? Quelle que soit la définition de la discrimination par les prix, ce cas de figure est fréquent. La discrimination par les prix n'entraînant pas d'éviction est-elle acceptable ou non ? Elle est certainement contrariante et semble plutôt déloyale. De fait, ce type de discrimination est parfois acceptable et parfois non. Elle peut être acceptable : supposons que je suis un monopoleur qui demande 10 dollars à un groupe donné, pour un produit qui me coûte seulement 5 dollars. Dans la salle d'à côté se trouvent quelques personnes disposées à m'en donner 6 dollars. Je suis prêt à leur vendre mon produit car j'en retire 1 dollar par personne. Je refuserais toutefois de vendre mon produit à deux prix différents si je devais baisser de 10 à 6 dollars le prix demandé aux personnes du premier groupe. Autrement dit, si vous m'interdisez de vendre mon produit à deux prix différents, j'en demanderai 10 dollars et les personnes de la deuxième salle – qui sont prêtes à déboursier 6 dollars – n'auront rien. Si vous autorisez la discrimination par les prix, le produit circule dans l'économie et les consommateurs de l'autre salle y gagnent. Si je peux exercer une discrimination par les prix, cela signifie que lorsque je concurrence mon rival pour chaque client, nous livrons tous deux une bataille concurrentielle qui peut renforcer la concurrence. Il se peut également que cela rende beaucoup plus difficile le recours à la collusion car cela nécessiterait la coordination non pas d'un seul prix mais des prix proposés à chaque client.

Le professeur Carlton ajoute que bien sûr, la discrimination par les prix est dommageable si elle entraîne une baisse de production, ce qui amoindrirait le bien-être de la société. Pour déterminer si la société serait ou non lésée, il faut se demander ce qu'il advient du surplus du consommateur dans le cas des deux groupes mentionnés précédemment. Le calcul est complexe. La tâche de l'économiste est d'autant plus ardue que les produits, la conception et la publicité comportent des différences.

Le professeur Carlton ajoute que la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion n'entraîne pas l'éviction car elle n'affecte pas directement les concurrents. Prenons l'exemple d'un fabricant qui vend un produit à différents détaillants à des prix différents. Selon les études qui préconisent la lutte contre la discrimination par les prix, ce comportement engendre des inefficiences. Si vous facturez au détaillant 1 des prix plus élevés qu'au détaillant 2, vous désavantagez le détaillant 1 même s'il est aussi efficace que le détaillant 2. C'est une inefficience. On l'a vu, Ronald Coase pense que s'il y a une inefficience, le marché tentera de résoudre le problème. Le professeur Carlton ne dit pas

qu'un économiste avisé serait incapable d'imaginer des situations dans lesquelles la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion produit des inefficiences. Il veut plutôt s'intéresser aux faits. Ainsi, la Loi Robinson-Packman, aux États-Unis, empêche l'application de prix qui entraînent une distorsion de la concurrence. Elle a été conçue pour empêcher certaines chaînes d'alimentation d'obtenir sur leurs achats de gros des remises plus importantes que les petits magasins d'alimentation. Selon le professeur Carlton, les universitaires américains s'accordent à dire que cette loi était protectionniste, freinait la concurrence et entravait la croissance des détaillants les plus efficaces, de sorte qu'au fil des ans, plusieurs groupes d'experts gouvernementaux et autres ont demandé sa modification, voire son abrogation. Tel ou tel détaillant, entend-on souvent, exploitera à coup sûr son pouvoir de marché. Walmart est un gros détaillant réputé pour l'âpreté de ses négociations avec les fournisseurs. Voyons pourtant ce qui se passe lorsque Walmart s'implante dans une région. Les prix baissent-ils ? Et baissent-ils de façon durable ? La réponse est indéniablement affirmative. Les consommateurs en profitent.

Le professeur Carlton évoque le problème de la vie privée mentionné dans la note du Secrétariat. Il pense que ce problème, qui a retenu davantage l'attention en Europe qu'aux États-Unis, mérite que l'on s'y intéresse. Il en fait la description : je fais des achats sur internet. Des entreprises constituent des bases de données sur mon parcours internet. Ces bases de données, qui contiennent des informations sur les produits que je souhaite acheter, sont ensuite vendues à d'autres entreprises qui pourront pratiquer la discrimination par les prix et engranger des profits. Ces entreprises peuvent attirer mon attention sur des produits que je n'ai pas remarqués, mais aussi me faire payer plus cher qu'elles n'auraient pu le faire dans d'autres circonstances. Comment résoudre ce problème ? La question est de savoir qui détient le droit de propriété sur ces informations. Pourquoi n'ai-je pas un droit de propriété sur mon historique d'achat, comme, aux États-Unis, sur mon dossier médical ? Si j'ai ce droit de propriété sur mon historique d'achat, je pourrais peut-être - comme d'autres consommateurs - le céder à un tiers qui saura que sur tel site, on essaie de me vendre au prix fort un produit qui m'intéresse beaucoup. Ce tiers pourrait ensuite créer un site d'achat anonymisé et m'inviter à faire mes achats par son entremise. Autrement dit, le marché peut résoudre efficacement ce problème, dans la mesure où vous estimez que c'en est un.

Le professeur Carlton souligne que les affaires d'éviction donnent du fil à retordre aux autorités de la concurrence. Celles-ci doivent distinguer entre la concurrence qui entraîne l'exclusion des entreprises inefficaces, ce qui est l'effet recherché, et les cas où une grande entreprise dominante évince ses concurrentes non parce qu'elle est plus efficace mais parce qu'elle est plus grande. Pour terminer, il cite deux exemples de restriction portant sur les prix qui peuvent déclencher un comportement d'éviction préjudiciable. Le premier concerne une tarification fondée sur les parts de marché. En vertu d'un contrat, le client paie moins cher s'il achète au moins un certain pourcentage de ses ventes, par exemple 90 %, auprès du fournisseur. Ce contrat peut avoir le même effet qu'un accord d'exclusivité. L'autre exemple, un peu plus subtil, est cité dans une étude réalisée conjointement par le professeur Carlton et Ralph Winter. Une société de cartes de crédit en position dominante interdit aux détaillants de faire payer plus cher l'utilisation de sa carte que celle d'autres cartes. Le résultat est qu'une société de cartes de crédit concurrente pourra très difficilement faire payer un prix bas au commerçant parce que celui-ci ne sera pas en mesure de répercuter ce prix sur les clients. Autrement dit, ce comportement empêche un concurrent d'adopter une stratégie de prix bas. Le professeur Carlton pense que dans ces deux exemples, l'application de la législation et de la politique de la concurrence est justifiée pour traiter le comportement d'éviction. Il

souligne que ces exemples diffèrent des précédents, dans lesquels les entreprises concurrentes ne sont pas affectées et où c'est la notion de pratique déloyale qui incite à s'attaquer à la discrimination par les prix n'ayant pas d'effets d'éviction, ce qui, comme il l'a expliqué, serait une erreur.

Le **Président** remercie le professeur Carlton pour son message très clair et observe que dans son étude, celui-ci précise sa pensée : « si, malgré mes propos, vous pensez que vos économistes sont assez pointus pour faire les calculs correspondants, vous pourriez tout aussi bien supprimer la capacité de l'entreprise de fixer un prix de monopole uniforme. » Le Président fait observer que le Royaume-Uni compte beaucoup d'économistes pointus et que ceux-ci ont de fait élaboré, dans le rapport sur l'économie de la tarification personnalisée en ligne, un cadre économique permettant d'évaluer les effets de la discrimination par les prix n'entraînant pas l'éviction. Le Président demande au Royaume-Uni de décrire ce cadre.

Le **Royaume-Uni** explique que la *Competition and Markets Authority* (CMA) a conçu un cadre décrit dans son document relatif aux conséquences de la discrimination par les prix et observe que cette pratique peut entraîner quatre types d'effets économiques : l'appropriation, l'expansion de la production, l'intensification de la concurrence et l'engagement. Le point essentiel est que seul le premier effet nuit au bien-être des consommateurs et que l'effet global dépend des caractéristiques particulières du marché. Pour savoir si la discrimination par les prix est ou non une bonne chose, il faut considérer les faits. Elle peut fort bien comporter des avantages. Certaines raisons portent à croire qu'elle est moins indiquée dans le cadre des activités en ligne. Mais encore là, il faut considérer les faits. Le Royaume-Uni admet que le recours au droit de la concurrence lui-même n'est sans doute pas le meilleur moyen de traiter ces questions. De fait, le Royaume-Uni n'a pas abordé la discrimination par les prix dans ce cadre, mais l'a fait dans celui des études et enquêtes de marché consacrées aux secteurs de l'électricité et de la banque et de l'enquête de marché en cours sur les services juridiques. Il importe de retenir que la discrimination par les prix peut être le symptôme, et non la cause, d'un problème. Dans certains cas, elle peut produire des effets pires que la tarification uniforme mais n'est pas en elle-même la source du préjudice causé aux consommateurs. En général, elle est la conséquence d'un comportement de maximisation des profits.

Le Royaume-Uni explique ensuite que dans le marché britannique de l'électricité, les fournisseurs d'électricité ont dans un premier temps exercé un monopole régional puis ont concurrencé des entreprises situées hors de leur région d'origine. Les clients actifs ont donc pu négocier des contrats intéressants auprès de fournisseurs implantés hors de leur région. Cependant, ces avantages ne se sont pas généralisés en raison du manque de dynamisme de nombreux clients. Par conséquent, la plupart des fournisseurs régionaux ont conservé une part de marché très importante sur leur marché régional et les consommateurs peu dynamiques paient donc beaucoup plus cher que les autres. Selon le Royaume-Uni, la solution n'est pas de s'attaquer à la discrimination par les prix mais de réfléchir aux moyens de stimuler l'engagement et le dynamisme des clients. Le Royaume-Uni fait observer que la démonstration des risques qu'il y a à se préoccuper de la discrimination par les prix lorsque l'on considère qu'elle constitue un problème a été faite il y a cinq ans lorsque le gouvernement s'en est remis au régulateur britannique de l'électricité pour empêcher la discrimination par les prix. Cela a entravé la forme de concurrence qui s'était manifestée et entraîné une diminution de la concurrence, de même qu'une augmentation des prix payés par les consommateurs. L'une des principales recommandations formulées dans l'enquête de marché est donc de cesser l'intervention et d'inciter les consommateurs à s'engager davantage.

Le **Président** observe que le Royaume-Uni, comme d'autres pays, répondrait que lorsqu'il constate l'existence d'une discrimination par les prix, il ne cherche pas à la supprimer mais plutôt à modifier la situation qui est à l'origine de cette pratique. Le Président demande ensuite au professeur Carlton s'il pense que les autorités de la concurrence doivent tenter de mettre au point un filtre pour la discrimination par les prix, compte tenu du fait que cela est trop compliqué, voire impossible. Car il semble pourtant que le Royaume-Uni dispose d'une ébauche de filtre pour repérer les situations où la discrimination par les prix est dommageable.

Le **professeur Carlton** convient qu'il y a au Royaume-Uni de nombreux économistes pointus et que si l'on connaît la courbe de la demande et les prix proposés, il est possible de déterminer avec exactitude si la discrimination par les prix est nuisible ou bénéfique. Il se demande toutefois si la démarche ne perd pas de sa pertinence lorsqu'on ignore la courbe de la demande (qu'il faut estimer) et que les situations à traiter sont beaucoup plus complexes que les exemples donnés dans une question d'examen. Les économistes ont donc une grande latitude. Comment interprétez-vous ceci ? De quels coûts parle-t-on ? Avons-nous affaire à des écarts de coûts marginaux ? Ou à des écarts de coûts intégraux ? Le professeur Carlton déconseille de s'engager dans cette voie car cela créerait beaucoup d'incertitude. Par conséquent, s'il se fie à son expérience, il n'est pas indiqué de permettre aux économistes d'utiliser des techniques empiriques pour savoir si, de manière générale, la société bénéficie ou pâtit de la discrimination. Cela dit, il partage l'opinion du Royaume-Uni, dont l'approche du problème lui paraît valable. En particulier, et peu importe si c'est l'autorité de la concurrence ou une autre autorité qui résout le problème, lorsque l'on estime que la discrimination par les prix s'explique par le manque d'information des consommateurs, la solution est sans doute de mieux informer les consommateurs. Cette question lui rappelle son étude sur le secteur bancaire israélien, dans lequel il existait une importante disparité de prix entre les banques. Sam Fisher avait alors annoncé que la banque centrale d'Israël publierait les initiatives de chaque banque de manière à ce que chacune sache ce que faisaient les autres, et à diminuer la capacité de pratiquer la discrimination par les prix. Le professeur Carlton pense que renforcer l'engagement des consommateurs va dans le bon sens. Il faut donc informer les consommateurs. Que cette mission soit confiée à l'autorité de la concurrence ou à l'autorité chargée de la protection des consommateurs importe peu. Le professeur Carlton ignore toutefois s'il utiliserait la législation de la concurrence. Aux États-Unis, la FTC s'occupe de la protection des consommateurs. De fait, peu importe que ce soit un service de la protection de la concurrence ou de la protection des consommateurs, le but recherché est de susciter l'engagement des consommateurs, et cela améliorera l'efficacité du marché.

Le professeur Carlton évoque à nouveau la réponse du marché dans l'économie numérique. Il ignore si cette question doit être traitée par l'autorité de la concurrence ou une autre autorité. De son point de vue, si les consommateurs détiennent un droit de propriété cessible à un tiers, on peut très bien envisager que celui-ci mette au point des sites d'achat anonyme. Des étudiants lui ont déjà signalé l'existence de tels sites, mais selon lui, ils ne sont pas aussi développés que si les consommateurs avaient un droit de propriété sur leur historique d'achat et pouvaient faciliter le processus. On assisterait ainsi à une autocorrection du marché.

Le **Président** comprend que renforcer l'engagement des consommateurs serait une mesure corrective appropriée dans ce cas, mais se demande comment l'autorité de la concurrence saurait qu'elle doit trouver des solutions pour améliorer cet engagement. Il suppose que c'est en utilisant un instrument qui permet de détecter une pratique

dommageable de discrimination par les prix. Autrement dit, il faudrait concevoir un filtre pour détecter le problème et justifier l'adoption d'une mesure corrective. Par conséquent, il demeure peut-être nécessaire de mettre au point certains filtres, comme le fait le Royaume-Uni.

Le **professeur Carlton** propose d'aborder les choses sous un angle légèrement différent : si le but est d'informer les consommateurs et qu'il est possible de le faire à faible coût, il suffit de le faire en se passant de filtres. Il demeurerait toutefois nécessaire d'appliquer un filtre pour déterminer si les clients sont mal informés.

Le **Président** demande ensuite au professeur Geradin d'exposer le point de vue européen.

Le **professeur Geradin** s'intéresse à deux types de discrimination par les prix que Dennis considère comme de graves erreurs sauf dans de rares cas, à savoir la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion. Il y a beaucoup de confusion, du moins dans la jurisprudence de l'UE, entre ces deux types de discrimination par les prix et cela est regrettable parce qu'il faudrait pour chacun un test juridique différent.

La discrimination par les prix à des fins d'exploitation n'a pas pour objectif d'exclure les concurrents mais d'exploiter les consommateurs, et elle est très souvent favorisée par des pratiques dites facilitatrices. L'UE est donc dotée d'une disposition, l'article 102a du Traité, qui interdit le comportement d'exploitation. Par comparaison, dans de nombreux autres pays, comme les États-Unis, l'exploitation ou les prix d'exploitation ne sont pas considérés comme relevant de l'abus de position dominante, encore que la tarification excessive puisse être assujettie à d'autres dispositions comme celle de la législation sur les prix abusifs. Par conséquent, les pratiques d'exploitation des consommateurs peuvent violer les règles de concurrence, mais on peut en dire autant des pratiques facilitatrices, qui sont généralement conçues pour empêcher l'exercice de l'arbitrage par des marchés cloisonnés.

Le premier exemple concerne la discrimination par les prix associée à des restrictions territoriales. Bien sûr, une différence majeure entre le droit de la concurrence de l'UE et celui des États-Unis est que le droit européen de la concurrence s'attache principalement à empêcher les restrictions aux échanges intra-européens et l'exemple donné est lié à cette caractéristique. Prenons une entreprise en situation dominante qui vend ses produits à des prix différents sur des marchés géographiques différents et pratique d'importantes augmentations de prix s'il y a une forte demande sur un marché donné. Elle vend donc son produit à un certain prix en France mais, constatant une soudaine et forte augmentation de la demande en Allemagne, relève son prix dans ce pays. Si le produit peut faire l'objet d'échanges transfrontaliers, cette tentative de discrimination par les prix sera vaine car le produit sera importé en Allemagne depuis la France. Bien sûr, l'entreprise dominante peut tenter de contrer cette réaction en imposant des restrictions territoriales aux distributeurs, par exemple en interdisant aux distributeurs français de vendre le produit en Allemagne ou de satisfaire aux demandes émanant des consommateurs situés en Allemagne, c'est-à-dire de réaliser des ventes passives. Du point de vue du droit de la concurrence, ce comportement peut être abordé de deux manières. On pourrait considérer comme abusifs les prix pratiqués en Allemagne. La Commission européenne ou une autorité nationale de la concurrence pourrait se fonder pour ce faire sur l'article 102. Cependant, la difficulté, dans ce type de plainte, consiste à prouver que les prix sont abusifs car il faut un point de comparaison. Bien sûr, lorsque des prix différents sont pratiqués dans des pays différents pour exactement le même produit, il est plus facile de trouver le point de comparaison qui sera utilisé pour déterminer si le prix

est abusif. De même, le fait de pratiquer des prix différents dans des pays différents peut se justifier du point de vue économique, par exemple parce que les prix de la main-d'œuvre ou de l'immobilier sont différents, et ces quelques points de comparaison permettent de déterminer si le prix est abusif. Dans l'UE, cependant, les autorités tentent surtout d'empêcher les restrictions territoriales ou les mesures de facilitation qui cloisonnent les marchés. Le professeur Geradin observe enfin, s'agissant des pratiques de prix abusifs, qu'il existe en droit européen une disposition spécifiquement applicable à celles-ci, mais qu'elle n'est guère utilisée et qu'il y a très peu d'affaires de ce type. La commissaire Vestager a toutefois mentionné dans une allocution récente qu'il fallait faire preuve de vigilance à l'égard des pratiques d'exploitation, ce qui a bien sûr conduit les praticiens à se demander si cela laissait présager que la Commission engagera davantage de poursuites à l'avenir dans les affaires de prix abusifs.

Autre exemple, le géoblocage. Supposons qu'un fournisseur dominant de contenu numérique en ligne fixe des prix différents dans des pays différents, avec des écarts pouvant aller jusqu'à 10 %, ce qui n'est pas énorme, mais suffit pour inciter les consommateurs situés dans les pays où les prix sont élevés à tenter de souscrire un abonnement dans ceux où les prix sont bas. Le site web réagit de deux façons aux tentatives des consommateurs : soit il refuse leur carte de crédit, soit il les redirige vers le site d'abonnement de leur pays d'origine. Que peut-on y faire du point de vue du droit de la concurrence ? Selon le professeur Geradin, de faibles écarts de prix ne peuvent pas justifier une plainte pour prix abusifs. Et pourtant, l'affaire United Brands ne concernait pas seulement le prix mais aussi le recours à des pratiques de facilitation, de sorte que dans notre exemple, ce n'est pas tant l'écart de prix de 10 % qui peut être un problème, mais le fait que le consommateur soit automatiquement redirigé vers un autre site. Bien sûr, la difficulté tient ici au fait que la jurisprudence relative à l'abus de position dominante prévu par l'article 102a ne s'applique qu'en présence d'entreprises en position dominante. Qu'advient-il alors lorsque les entreprises en cause ne sont pas dominantes et que la majorité des acteurs présents dans les domaines considérés ne sont pas dominants ? Selon le professeur Geradin, si l'on estime que la pratique enfreint le droit de la concurrence, il faut intervenir en s'appuyant sur la réglementation. En préparant son intervention, il a pris connaissance d'un projet de réglementation de la Commission européenne en vue de traiter le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondées sur la nationalité ou le lieu de résidence des consommateurs.

Le troisième exemple concerne le fait que les sites web collectent des informations sur les habitudes d'achat, l'âge et l'adresse, les goûts et préférences, etc. L'exploitation des données des consommateurs leur permet d'établir des distinctions entre différentes catégories d'acheteurs en fonction de leur revenu attendu, et même de fixer des prix plus élevés pour les consommateurs qu'ils rangent dans la catégorie des gros revenus. On se trouve donc dans la situation mentionnée par Dennis (dans laquelle le consommateur paie un produit 10 dollars et son voisin, 5). Est-ce mauvais en soi ? Le professeur Geradin pense comme le professeur Carlton que cela dépend des cas et que la question fondamentale qui se pose est de savoir si ce comportement induit une hausse de la production. Dans l'affirmative, on peut en déduire que ce comportement est favorable à la concurrence et dans la négative, qu'il y a un problème. Le professeur Geradin craint toutefois que du point de vue du droit de la concurrence, on n'y puisse pas grand-chose, sauf si le détaillant occupe une position dominante et que les consommateurs à gros revenu sont exposés à des prix abusifs. En tout état de cause, il serait très difficile de traiter ce type d'affaires.

En ce qui concerne la discrimination par les prix produisant des effets de distorsion, le professeur Geradin explique que dans l'UE, il existe une disposition applicable spécifiquement à ce type de dommage secondaire qui se produit lorsqu'un fournisseur exerce une discrimination entre des clients qui se font concurrence. L'article 102c du traité interdit l'exploitation abusive d'une position dominante consistant à appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence. Deux conditions doivent donc être réunies pour pouvoir déclencher cette disposition. La première, selon laquelle la mesure en cause consiste à appliquer des prix différents à des transactions équivalentes, soulève la difficulté de déterminer le caractère équivalent de deux transactions. La deuxième est que les partenaires commerciaux de l'entreprise dominante doivent subir un désavantage. Cette disposition, qui repose sur un principe similaire à celui qui préside à la Loi Robinson-Packman, a été utilisée très souvent comparativement à l'article 102a, mais pour lutter contre la discrimination par les prix ayant non pas des effets de distorsion, mais d'éviction, car la norme juridique a de fait une portée très faible, ou du moins plus faible qu'il ne le faudrait pour permettre l'engagement de poursuites contre des pratiques de prix d'éviction. La question essentielle est bien sûr de savoir ce qui inciterait une grande entreprise à mettre en œuvre des pratiques de discrimination par les prix entraînant une distorsion de la concurrence. Les circonstances dans lesquelles une telle entreprise se livrerait à ce type de discrimination sont limitées pour de nombreuses raisons, la principale étant que l'entreprise en amont bénéficie d'un marché en aval concurrentiel pour distribuer ses produits et qu'il ne serait pas logique qu'elle décide de fausser la concurrence en aval. En particulier, en entraînant une concentration en aval, la distorsion pourrait créer un pouvoir d'achat compensateur.

Prenons l'exemple d'une entreprise dominante dont les deux clients, un grand supermarché et des petits détaillants, disposent d'un pouvoir d'achat différent. L'entreprise exerce une discrimination en faveur du plus gros fournisseur, ce qui relève de l'article 102c. Il faut toutefois faire preuve de prudence avant d'engager des poursuites contre l'entreprise en amont parce que de fait, la raison pour laquelle elle consent un prix plus avantageux au fournisseur en aval est que celui-ci dispose d'un pouvoir d'achat. Dans ce cas, le professeur Geradin ne voit pas pourquoi il faudrait poursuivre l'entreprise pour une pratique imputable à l'existence d'un pouvoir d'achat en aval. Dans quelques affaires de discrimination par les prix ayant eu des effets de distorsion, la discrimination était fondée sur la nationalité, ce qui est bien sûr un problème plus important dans l'UE qu'aux États-Unis. Un exemple classique de cette pratique est celui des droits d'atterrissage exigés par des aéroports, notamment celui de Bruxelles, qui accordait des remises aux exploitants en fonction du nombre d'atterrissages effectués à Bruxelles. Mais évidemment, l'aéroport accordait l'avantage concurrentiel à l'ancien transporteur national. Cette pratique a été considérée comme une infraction à l'article 102c parce que rien ne justifiait cette discrimination alors que les transactions portaient sur un produit équivalent (l'atterrissage) commercialisé auprès d'entreprises concurrentes.

Le dernier exemple porte sur la discrimination par les prix dans le cadre des différends. On a recensé de nombreuses affaires portant sur des brevets essentiels à des normes, et, partout dans le monde, des litiges et des arbitrages concernant l'octroi de licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (*Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*, ou conditions FRAND). Les titulaires des brevets essentiels à une norme doivent s'engager à octroyer des licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. Prenons le cas d'un titulaire de licence A demandant normalement une

redevance de 2 %, toutes choses étant égales par ailleurs. L'entreprise A a un litige avec l'entreprise B parce que celle-ci refuse de payer une redevance de 2 % puis, au bout du compte, accepte un pourcentage de 1.5 %. Cependant, l'entreprise A demande ensuite à l'entreprise C un pourcentage de 2 %. En principe, l'article 102c s'applique parce que les transactions sont équivalentes, qu'il n'y a pas d'économies d'échelles dans le cadre de l'octroi de licences, et que l'entreprise C pourrait subir un désavantage dans la concurrence. C'est donc un cas où l'article 102c pourrait s'appliquer. Mais la question est de savoir s'il devrait s'appliquer. On pourrait tout au moins faire valoir des arguments en ce sens. Une question se pose bien évidemment, celle de savoir s'il existe vraiment un désavantage dans la concurrence, parce que parfois l'écart de pourcentage n'est pas suffisant pour fausser la concurrence sur le marché en aval.

Pour conclure, le professeur Geradin précise que la discrimination par les prix est un domaine complexe du droit de la concurrence et qu'il est essentiel d'établir le type de discrimination par les prix en cause. Des tests juridiques différents sont appliqués selon que la discrimination entraîne des effets d'exploitation, de distorsion ou d'éviction. L'Union européenne dispose d'une base juridique permettant de traiter la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et de distorsion. Elle possède également des outils permettant de s'attaquer à la discrimination par les prix source d'éviction mais on observe beaucoup de confusion entre les différents types de discrimination et, d'une certaine manière, une utilisation inadéquate du socle juridique qui aurait dû être appliqué. Dans d'autres juridictions, il n'existe pas forcément de base juridique spécifique mais habituellement, la législation relative à l'abus de position dominante est suffisamment souple pour traiter la plupart des affaires nécessitant une intervention. Dans toutes les affaires d'abus de position dominante, l'autorité de la concurrence doit fonder ses conclusions sur des principes économiques solides et non sur l'émotion ou des impressions.

Le **Président** donne ensuite la parole à la Belgique, à laquelle il demande de fournir des précisions sur sa proposition de traiter différemment les affaires de discrimination fondée sur les prix ayant des effets d'exploitation, en fonction de l'importance de la position dominante détenue par l'entreprise.

La **Belgique** indique que dans le contexte du droit européen, il n'est pas aussi important de déterminer si la discrimination par les prix produit des effets d'exploitation, d'éviction ou d'autres effets distincts, parce que la discrimination est réputée constituer un type particulier d'abus de position dominante. En revanche, il importe de savoir si un juge d'appel qualifierait un abus de position dominante par le biais de l'exercice d'une discrimination par les prix de pratique anticoncurrentielle par ses effets ou par son objet. Apparemment, cette suggestion ne concerne ni la discrimination fondée sur la nationalité ou le territoire ni la discrimination associée à des restrictions territoriales. Il serait peut-être justifié d'exiger que les entreprises dominantes qui détiennent entre 70 et 90 % du marché proposent des programmes de remises non discriminatoires, mais soumettre à la même exigence les entreprises en position dominante qui détiennent moins de 50 % du marché entraverait la concurrence au lieu de la protéger. Les entreprises qui occupent une position dominante grâce à leurs qualités intrinsèques ne devraient pas faire l'objet de restrictions concurrentielles, sauf si elles disposent d'une position dominante importante.

Le professeur **Geradin** doute de la pertinence de la notion d'importance de la position dominante. Il estime qu'en matière de pouvoir de marché, il n'y a pas de degrés : soit l'entreprise détient un pouvoir de marché, soit elle n'en détient pas.

La **Belgique** répond qu'elle cherchait à éviter de se retrouver dans la situation où elle ne pourrait plus utiliser l'interdiction de l'abus de position dominante. Elle préférerait moduler la notion d'abus plutôt que de cesser d'utiliser l'interdiction de position dominante simplement parce que cela pourrait nuire à une entreprise ne disposant pas d'une position dominante assez importante.

L'UE précise que la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion produirait dans la plupart des cas des effets d'éviction ou d'exploitation et qu'à cet égard, la Cour de justice a statué à titre préjudiciel dans une affaire relevant de l'article 102c qui concerne le Portugal (c5-5.16). Pour ce qui est de la discrimination induisant des effets d'exploitation, l'UE indique qu'elle ne correspond pas aux descriptions faites dans la note du Secrétariat, le document de Dennis Carlton et les études économiques, qui donnent des définitions très larges de la discrimination par les prix. L'UE ne considérerait pas comme une discrimination par les prix le fait de vendre des places de théâtre contiguës à des prix différents parce qu'il ne s'agit pas du même produit. Selon la définition contenue dans la note du Secrétariat, louer la même maison de vacances à des prix différents en août et en octobre relèverait de la discrimination par les prix, ce qui laisse à penser que beaucoup de pratiques sont discriminatoires et que la discrimination par les prix est répandue sur les marchés concurrentiels, d'où la nécessité de faire preuve de prudence lorsque l'on traite ces questions. L'UE estime toutefois que dans la pratique, la discrimination par les prix est très rare et préfère utiliser une définition selon laquelle la discrimination par les prix consiste à vendre *exactement* le même produit, *en même temps*, à des clients différents, à des prix différents. Si l'on s'appuie sur cette définition, le test appliqué aura pour but de connaître l'effet de la discrimination sur la production. Par exemple, il se peut qu'en l'absence de discrimination par les prix, un marché donné ne soit pas bien servi. Dans ce cas, la discrimination par les prix fera augmenter la production. Cependant, dans la plupart des cas, les produits sont vendus partout, sur des marchés différents. Des hypothèses très spécifiques sur les fonctions de la demande sont alors nécessaires pour obtenir une augmentation sensible de la production. On peut conclure que la plupart du temps, la discrimination par les prix ne profitera pas aux consommateurs. La question qui se pose est : que faire ? C'est ce que le professeur Carlton a appelé le cauchemar de la mise en œuvre. Il y a toutefois une différence notable entre la discrimination par les prix unilatérale, contre laquelle l'autorité risque d'intervenir comme le ferait un régulateur des prix, et la discrimination par les prix favorisée ou mise en œuvre par des restrictions, qui peut être traitée par une mesure corrective consistant simplement à interdire les restrictions. Par conséquent, il faut examiner comment se manifeste la discrimination par les prix. La politique de l'UE consiste donc à intervenir davantage en cas de restrictions au niveau des détaillants et moins en cas de comportement unilatéral.

Le **professeur Geradin** évoque les lacunes des règles européennes en matière de monopolisation. En effet, l'application de la législation relative au comportement anticoncurrentiel peut être déclenchée seulement lorsque l'entreprise dispose déjà d'un pouvoir de marché et non lorsqu'elle est en train d'acquérir ce pouvoir de marché. Engager des poursuites pour imposition de prix abusifs permettrait peut-être de combler cette lacune. Il n'y a toutefois guère d'exemples d'affaires de ce type et rien ne laisse penser qu'il y en aura énormément.

Le **professeur Carlton** ajoute que l'exemple des places de théâtre mentionné par l'UE illustre son point de vue. Même si deux sièges semblent identiques et sont séparés par un espace de 25 centimètres, ils ne sont peut-être pas vendus au même prix et il serait très difficile de savoir quelle mesure adopter. Le problème n'est pas le coût du siège, mais la valeur que lui confère sa rareté. Cet exemple illustre bien la difficulté de la tâche. L'UE

pense que l'on peut régler le problème en mettant l'accent uniquement sur *exactement* le même produit. Le professeur Carlton estime que cela est très difficilement réalisable et explique pourquoi : supposons qu'un fournisseur vend des produits à A et à B. Les conditions et l'historique de prêt de A diffèrent légèrement de ceux de B. Le fournisseur fixe donc des prix différents pour chacun. Les produits sont-ils différents ? Deux acheteurs peuvent acheter exactement le même produit simultanément mais l'un est un client régulier et l'autre, intermittent. Par conséquent, même si A et B achètent en même temps le même produit, leur historique d'achat et leur futur attendu sont différents. Les produits sont-ils identiques ? Une entreprise répondrait que non. Il est difficile de définir les termes « produit identique ». Quelqu'un a dit que les économistes sont talentueux au Royaume-Uni, mais on peut dire aussi que les avocats sont talentueux partout. La Loi Robinson-Packman évoque « le même produit et la même économie » et pourtant les avocats expliquent pourquoi rien n'est identique lorsqu'ils défendent des clients accusés de discrimination par les prix (concernant le même produit, vendu au même moment, avec le même moyen de paiement, au même endroit, à des acheteurs différents situés dans ce même endroit). Le professeur Carlton précise qu'il est intervenu très tôt dans la célèbre affaire de l'éthanol. Selon les clauses de la nation la plus favorisée, on ne pouvait facturer des prix différents à un client différent ayant des caractéristiques similaires. Lors de l'audience, des avocats ont expliqué que rien n'est identique. Le professeur Carlton est donc d'avis qu'il n'est pas possible de rendre la notion opérationnelle et que même si cela l'était, les entreprises trouveraient des portes de sortie. Elles établiraient des distinctions entre les produits. Si les entreprises ne peuvent pas vendre exactement le même produit parce que la Commission qualifiera leur pratique de discriminatoire, elles fabriqueront un produit bleu et un produit rouge.

Le **professeur Carlton** ajoute qu'il n'est pas juste de dire qu'il s'agit seulement d'une affaire particulière de courbes de la demande qui permettent de montrer que la production augmente ou, plus important encore, que le bien-être progresse. L'amélioration ou la diminution du bien-être dépend de la forme de la courbe de la demande totale, qu'il est très difficile d'estimer, et des achats infra-marginaux. Tout cela est très difficile et il est disposé à parier que si l'on demande à dix économistes si cela est une bonne ou mauvaise chose, leurs réponses risquent d'être décevantes. Rien n'est simple, même si l'affaire se limite à l'examen de produits identiques. Par conséquent, le professeur Carlton est persuadé que l'on s'exposerait à un cauchemar opérationnel en s'attachant principalement à l'abus de position dominante ayant des effets d'exploitation, et recommande par conséquent aux autorités de se concentrer sur la protection du processus concurrentiel.

Le **Président** se tourne ensuite vers les États-Unis, dont la contribution ne s'intéresse pas tant à la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation qu'aux pratiques d'éviction. Le Président demande aux États-Unis de donner leur avis sur la manière dont il faudrait considérer les remises de fidélité et, en particulier, quelles seraient les circonstances spécifiques qui permettraient de départager les remises de fidélité anticoncurrentielles et celles qui ne le sont pas.

Les **États-Unis** répondent que les remises de fidélité satisfont à la définition de la discrimination par les prix parce qu'elles réduisent le coût assumé par un client pour les unités marginales en deçà du prix que le client paie les unités infra-marginales. La question est de savoir si ces remises sont ou non anticoncurrentielles. Les États-Unis abordent cette question en se demandant jusqu'à quel point les remises de fidélité sont assimilables à des accords d'exclusivité et, de ce fait, nuisent sensiblement à la concurrence.

Le **Président** demande ensuite au professeur Carlton si une forme quelconque de remise qui est fondée sur la part des achats de l'entreprise peut être anticoncurrentielle.

Le **professeur Carlton** précise que ces remises pourraient soulever des problèmes qui méritent l'examen. Cependant, bien sûr, il faut considérer les éventuelles justifications d'efficience mises en avant par les entreprises. Le professeur Carlton juge préoccupants les contrats qui réduisent l'entrée sur les marchés sur lesquels il y a des économies d'échelle, et en particulier les contrats qui imposent à un détaillant le prix demandé pour le produit d'un tiers. La caractéristique des contrats portant sur des parts de marché est que le prix demandé à l'acheteur est fonction non pas de la quantité qu'il achète à une entreprise mais de la quantité qu'il achète auprès d'un concurrent. Le professeur Carlton pense qu'il faut préserver la capacité du fabricant efficient de l'emporter, de pratiquer le prix le plus faible et d'évincer le fabricant inefficent. Cependant, en général, les contrats de vente qui contiennent des clauses imposant à une entreprise le prix qu'elle demandera pour le produit d'un concurrent soulèvent des problèmes du point de vue de la politique de la concurrence. Selon le professeur Carlton, il faut toujours vérifier, bien sûr, la présence d'efficacités compensatrices.

Le **Président** observe que des affaires de remises de fidélité sont en instance en Europe. Il demande ensuite au Japon de fournir des précisions sur l'interprétation de certaines des dispositions contenues dans sa législation sur la concurrence. Par exemple, quand une grille tarifaire devient-elle, pour une entreprise, un problème d'infraction à la législation et quel est le seuil d'effet important et substantiel qui permet de faire la distinction entre les remises licites et illicites ?

Le **Japon** explique que selon la loi, un comportement consistant à fournir des produits de manière déloyale et continue de manière discriminatoire, et, ce faisant, à causer des préjudices aux activités commerciales des autres entreprises, peut être considéré comme une pratique commerciale déloyale. Tel est le cas par exemple, d'une entreprise influente qui réduit les prix seulement dans une région particulière où elle concurrence d'autres entreprises afin d'évincer ces entreprises et d'entraver la concurrence. L'autorité de la concurrence détermine au cas par cas si la discrimination tarifaire risque de nuire aux activités commerciales d'autres entreprises et, partant, font soupçonner des pratiques commerciales déloyales. La JFTC examine attentivement l'intention de l'entreprise, l'importance de la discrimination, le rapport prix/coût, la situation de l'entreprise et de ses concurrents sur le marché et les caractéristiques des produits. Parallèlement, le Japon examine l'effet de la discrimination sur la concurrence menée sur le marché lui-même.

Le **professeur Carlton** précise que l'entreprise qui décide une réduction de prix crée toujours des difficultés pour ses concurrents parce que leurs bénéfices diminuent. Par conséquent, s'attaquer aux réductions de prix peut comporter un risque parce que de manière générale, les consommateurs profitent des réductions de prix et que l'interdiction des réductions de prix les désavantage. Ces mesures suscitent toujours son inquiétude. Cela ne signifie pas qu'elles sont toujours contre-indiquées, seront mal interprétées et contournent le problème, mais lorsqu'il entend des termes tels que « de manière déloyale », « les entreprises causent un préjudice » et « les concurrents causent un préjudice », il pense que la concurrence nuit aux concurrents. Les pratiques d'éviction posent un problème épineux et le piège à éviter est d'utiliser les politiques de la concurrence pour empêcher la concurrence car cela est dommageable pour les consommateurs.

Le **Japon** indique qu'il prend en compte la possibilité qu'à long terme, les concurrents seront évincés du marché, ce qui pourrait entraîner une perte pour les consommateurs.

Le **Président** demande au Costa Rica s'il a interdit aux opérateurs de télécommunications de pratiquer la discrimination par les prix et quelle méthode utilise la SUTEL pour traiter ces problèmes.

Le **Costa Rica** répond que dans le cas du droit général des télécommunications, la fixation de prix ou de conditions différents pour les tiers se trouvant dans des conditions similaires relève d'une pratique anticoncurrentielle. Le droit est donc très souple et permet de traiter différents types de discrimination par les prix. La SUTEL applique la règle de la raison et prend donc en compte le pouvoir de marché, les conditions du marché, la capacité des concurrents de l'entreprise qui détiennent un pouvoir de marché substantiel de réagir à la pratique en cause, les clients affectés, la portée du comportement abusif allégué et les preuves éventuelles d'une stratégie d'éviction. La SUTEL analyse ensuite les effets favorables à la concurrence et les efficacités mises en avant par l'entreprise, et interdit la discrimination par les prix dans les seuls cas où l'effet net est un préjudice à la concurrence.

Le **Président** se tourne ensuite vers la Roumanie et la Suède, qui ont traité des affaires similaires de pratiques d'éviction dans les services postaux.

La **Roumanie** explique que la Posta Romana a fait l'objet d'enquêtes sur de nombreuses activités anticoncurrentielles, notamment des prix abusifs et une stratégie discriminatoire sur deux marchés où elle était depuis longtemps en position dominante. La Roumanie indique que la Posta Romana était un partenaire commercial incontournable qui refusait d'accorder aux intermédiaires les mêmes remises qu'aux expéditeurs et que cela empêchait les intermédiaires de la concurrencer pour obtenir des marchés auprès de grandes entreprises. Selon la Roumanie, l'écart de prix était important et continu et s'est creusé avec le temps dans le cadre d'une stratégie plus large comprenant d'autres pratiques menées à l'encontre des mêmes intermédiaires.

Le **professeur Geradin** ajoute que la prudence est de mise lorsque la discrimination est exercée entre les remises consenties aux grandes entreprises et aux intermédiaires. Dans une affaire survenue en Belgique, aucune remise n'était offerte aux intermédiaires parce que ceux-ci ne généraient pas de volume par eux-mêmes, puisqu'ils se bornaient à regrouper le volume existant, de sorte qu'il n'était pas logique de leur offrir une remise. Le professeur Geradin affirme que l'on souhaite offrir des remises pour stimuler les volumes et que les consolidateurs cherchent simplement à jouer un rôle d'arbitrage.

La **Roumanie** indique que ces intermédiaires ne se bornaient pas à regrouper le courrier mais le préparaient également, ce qui représentait une activité plus complexe.

La **Suède** explique que sa politique en matière de priorités dispose qu'il importe principalement de savoir si la pratique cause un dommage à la concurrence *et* aux consommateurs et que, par conséquent, elle examine en priorité les pratiques de nature à évincer des entreprises capables d'exercer une pression concurrentielle. La discrimination par les prix ayant des effets d'éviction et la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion, qui pourrait elle-même avoir des effets d'éviction sur une partie du marché en aval, sont donc traitées en priorité, tandis que les pratiques d'exploitation comme la discrimination par les prix n'ayant pas d'effet d'éviction, ne le sont pas. Dans l'affaire Postnord, un consolidateur intermédiaire a porté plainte contre Postnord, l'ancien monopoleur du service postal suédois. La tâche de l'autorité de la concurrence consistait essentiellement à se faire une idée exacte des différents niveaux du marché et à établir si le plaignant, Mailworld, était actif. Mailworld était un consolidateur qui collectait et triait les gros envois de différents clients pour obtenir des remises à grande échelle sur le

volume. Dans ce type de service, l'entreprise était active en aval par rapport à Postnord mais n'était pas active au même niveau du marché que les clients de Postnord. Comme le plaignant et les clients n'étaient pas actifs au même niveau de marché, l'autorité a conclu à l'absence d'effet de distorsion. De plus, la pratique mise en œuvre par Postnord s'appliquait de manière similaire à différents types de consolidateurs. Postnord ne traitait pas les consolidateurs de manière différenciée et n'exerçait pas de discrimination à ce niveau de marché non plus. L'autorité n'a donc pas constaté d'effets d'éviction au niveau aval. Dans une certaine mesure, Postnord était active au même niveau que Mailworld mais l'autorité a estimé qu'il n'y avait pas lieu de traiter l'affaire en priorité au motif qu'il s'agissait d'un cas de discrimination par les prix anticoncurrentielle ayant des effets d'éviction.

Le **Président** se tourne ensuite vers le Taïpei chinois, auquel il demande d'expliquer l'affaire des entrepôts, la décision qui a été rendue et le problème de concurrence qui se posait.

Le **Taïpei chinois** indique que cette affaire portait sur une activité de location d'entrepôts dans une zone portuaire. Dans ce type d'activité, il y a une structure verticale - en amont, on trouve le fournisseur d'entrepôts et en aval, le transitaire, qui doit louer les entrepôts pour y entreposer ses produits. En vertu du droit commercial, le fournisseur d'entrepôts, une entreprise publique, détient un monopole dans chaque port. En 2012, l'autorité de la concurrence a été saisie d'une plainte émanant d'un nouveau transitaire qui avait tenté d'entrer sur le marché de la location d'entrepôts. Le plaignant faisait valoir que le fournisseur monopoleur avait fixé des prix de location différents, de sorte que ce nouvel entrant devait payer des prix supérieurs de 200 % à ceux payés par le transitaire en place. À la question de savoir pourquoi il pratiquait des prix différents, le fournisseur monopoleur a répondu que le transitaire favorisé avait participé dix ans auparavant à la construction des entrepôts, ce qui expliquait la remise consentie. L'autorité de la concurrence a cependant estimé que cela ne justifiait pas des écarts de prix aussi importants et a assimilé la pratique à une discrimination par les prix au troisième degré et précisé, en ce qui concerne la qualification juridique, que l'affaire consistait en une distorsion de concurrence liée à un dommage secondaire. L'autorité n'a pas infligé d'amende mais a demandé au fournisseur monopoleur de mettre fin à la discrimination et de fixer un prix uniforme. L'autorité de la concurrence sait que sa décision a été accueillie diversement mais estime qu'il est toujours difficile d'imposer des modifications législatives à des entreprises publiques.

Le **Président** demande ensuite à l'Islande de présenter une affaire de discrimination par les prix survenue dans le secteur laitier.

L'**Islande** explique que la disposition appliquée est identique à l'article 102 du TFUE relatif à l'abus de position dominante sous forme de discrimination par les prix. Le produit en cause est le lait de vache non pasteurisé (lait cru), un ingrédient de base servant à la fabrication de tous les produits laitiers. Le marché islandais des produits laitiers est un marché verticalement intégré sur lequel une entreprise dominante, MS, est de loin le plus gros collecteur de lait, le seul vendeur de lait cru en gros, et de loin le plus gros producteur pour les marchés finaux. Sur le marché en aval, un petit concurrent, KU, est tributaire de MS pour son approvisionnement lait cru.

Sur le marché en amont, l'entreprise dominante MS est étroitement associée à KS, avec laquelle elle détient des participations communes et qui est donc propriétaire de la troisième entreprise. La législation spéciale sur les laiteries a ceci de particulier qu'elle exonère celles-ci de l'application de l'article 101 sur la collusion. En outre, les laiteries ne

sont pas soumises à l'obligation d'examen des fusions, ce qui a conduit à une forte concentration sur ce marché. Le seul concurrent en aval est la petite entreprise KU, dont la plainte a déclenché l'enquête. Le propriétaire de KU a reçu par erreur de la part de MS une facture pour du lait cru qui était destinée à son ancienne entreprise (KU l'avait vendue à MS en raison du prix élevé du lait cru). KU a constaté que MS avait baissé ses prix après la vente, et que les nouveaux prix étaient largement inférieurs à ceux que sa nouvelle entreprise devait payer. KU a porté plainte auprès de l'ICA, dont l'enquête a montré qu'il existait un écart de prix compris entre 50 et 70 % entre les prix demandés à KU et l'entreprise détenue par MS en aval. En d'autres termes, MS, seul grossiste et principal producteur sur le marché final, vendait son lait cru à des sociétés apparentées et à des collaborateurs à un prix moindre qu'à son concurrent sur le marché en aval. Après avoir acquis ce concurrent, MS a commencé à augmenter les prix consommateurs. MS a été mise à l'amende pour discrimination par les prix. L'affaire a été portée en appel et la décision a été annulée au motif que les exemptions de l'interdiction de collusion autorisaient l'entreprise à exercer une discrimination sans égard au dommage causé à la concurrence. L'ICA a annoncé qu'elle contesterait cette décision devant les tribunaux.

Le **Président** donne la parole au BIAC, qui fait observer dans sa contribution que ce type de discrimination par les prix ne justifie pas l'intervention des autorités de la concurrence.

Le **BIAC** précise que sa position n'est pas que la discrimination par les prix ne nécessite jamais l'intervention de l'autorité de la concurrence mais qu'il a de sérieuses réserves sur les décisions d'engager des poursuites dans les affaires de discrimination par les prix induisant des effets de distorsion. Plusieurs raisons peuvent expliquer que des entreprises en amont souhaitent exercer une discrimination par les prix et facturer des prix différents à leurs distributeurs en aval. Le BIAC estime que le plus souvent, ces différences de prix sont motivées par des raisons d'efficacité. De son point de vue, des prix différents n'entraînent pas automatiquement des effets défavorables. Dans de nombreux cas, la différence de prix influencerait sur la production et le bien-être. Il peut y avoir des circonstances exceptionnelles, mais très souvent, les problèmes soulevés concernent essentiellement des prix d'exploitation ou des prix d'éviction et devraient donc être traités conformément aux règles applicables à ces pratiques. Dans les affaires de discrimination par les prix ayant des effets de distorsion, il faut, ce qui ne va pas sans difficulté, établir qu'un minimum de conditions sont réunies, à savoir un pouvoir de marché significatif, des écarts de prix importants et la preuve que ces écarts de prix affectent la concurrence en aval, ce qui à son tour entraîne des prix défavorables aux consommateurs. Le BIAC ne prétend pas que cela est impossible, mais recommande aux autorités de la concurrence de se garder d'intervenir trop rapidement dans ces affaires et d'envisager la possibilité qu'elles relèvent en fait d'une pratique de prix abusifs ou d'éviction.

Le BIAC observe que la note du Secrétariat demande pourquoi il y a tant d'affaires de tarification entraînant une distorsion de concurrence. Le BIAC jugerait préoccupant que l'autorité de la concurrence préfère engager des poursuites pour tarification créant une distorsion de concurrence dans des affaires qui concernent en réalité des pratiques d'éviction. Le BIAC note que le professeur Geradin mentionne également la notion de conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (*Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*, ou conditions FRAND) ; et l'obligation, dans certains cas que les FAI en situation de monopole appliquent des conditions non discriminatoires. Le BIAC fait remarquer que si l'on considère que des prix différenciés contribuent souvent à l'amélioration du bien-être et à l'efficacité, on peut se demander pourquoi l'obligation de pratiquer des taux de redevances non discriminatoires pour l'utilisation d'une propriété intellectuelle serait toujours efficace.

Le **Président** demande au professeur Carlton ce qu'il pense de l'affaire survenue en Islande.

Le **professeur Carlton** hésite à se prononcer sur une affaire qu'il ne connaît pas. Il observe toutefois que l'entreprise concurrente se fiait à l'entreprise dominante pour certains produits parfois essentiels. Selon lui, l'entreprise qui fournit un produit essentiel est en situation de monopole et détient déjà un pouvoir de marché. Par conséquent, penser que cette entreprise accroîtra son pouvoir de marché en adoptant un comportement d'éviction soulève d'autres questions complexes. Le monopole est déjà en place. Il est donc très difficile de dire si l'entreprise retirera un avantage de son comportement. Le professeur Carlton préfère s'abstenir de porter un jugement sur cette affaire sans avoir pu prendre connaissance des détails.

Le **professeur Geradin** déclare qu'il aurait appuyé l'autorité islandaise de la concurrence. Il estime toutefois qu'il ne s'agit pas d'une affaire de distorsion de concurrence mais d'éviction verticale classique fondée sur l'article 103c du TFUE, qui s'applique aux affaires de discrimination par les prix produisant des effets de distorsion.

Le **professeur Carlton** souligne qu'un monopoleur demeure un monopoleur et ce, qu'il adopte ou non des pratiques d'éviction en aval et que par conséquent, on ne sait pas si ces pratiques augmentent le pouvoir de marché. L'autorité de la concurrence ne supprimera pas le pouvoir de marché en s'attaquant aux pratiques menées en aval. Cette remarque s'applique aussi aux affaires de ventes liées. Aux États-Unis, il y a eu beaucoup de confusion autour de cette question, simplement parce que si le monopoleur A a de bonnes raisons de croire qu'il conservera son monopole, il n'a rien à gagner, en termes de pouvoir de marché, à forcer B à participer à un système de ventes liées. Cela signifie peut-être que A imposera une discrimination par les prix mais pas qu'il portera atteinte à la concurrence ou nuira à B en faussant le libre jeu de la concurrence. Le professeur Carlton rappelle qu'il a appliqué le même raisonnement à l'affaire Microsoft dans une étude montrant que ce comportement peut porter atteinte à la concurrence dans certains cas. Il insiste sur le conseil du professeur Geradin, selon lequel il faut être très circonspect dans les affaires qui concernent des installations essentielles et vérifier si l'autorité de la concurrence a vraiment intérêt à s'attaquer à la pratique si l'entreprise conserve le monopole de l'installation essentielle.

Le **Président** demande ensuite à la *Financial Conduct Authority* (FCA) du Royaume-Uni de présenter son étude sur la discrimination par les prix sur les marchés financiers, dans laquelle elle examine différentes mesures correctives prises dans des affaires de discrimination tarifaire.

Le **Royaume-Uni** explique que la FCA est un régulateur des services financiers investi de pouvoirs en matière de mise en œuvre du droit de la concurrence et poursuivant des objectifs de concurrence, de protection des consommateurs et d'intégrité du marché. La FCA mène son action en prenant en compte ces trois objectifs et celui, plus général, du bon fonctionnement des marchés. La FCA peut traiter des affaires de discrimination par les prix dans le cadre de ses études de marché et de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

La FCA a réalisé cette étude parce qu'il y avait un débat sur la question de savoir si, et le cas échéant, quand, elle devait intervenir en cas de problèmes de discrimination par les prix. Bon nombre de ses interventions consistent essentiellement en des incitations à améliorer la transparence ou le comportement. En général, la FCA n'assume pas le rôle d'un organisme de fixation des prix. Dans une affaire spécifique concernant les taux

d'intérêt élevés des crédits à court terme sous forme d'avance sur le salaire (*pay-day loans*), la FCA a été chargée par les pouvoirs publics de fixer un prix plafond, une mesure à laquelle elle a toutefois rarement recours. La FCA observe qu'elle s'intéresse au bon fonctionnement du marché, aux subventions croisées et à la répartition équitable des résultats sur les marchés. La discrimination par les prix sur les marchés financiers dépend dans une large mesure du comportement – les clients paient des prix différents en fonction de leur comportement. Par exemple, les clients qui comparent les prix et souscrivent un produit d'assurance pour la première fois paient beaucoup moins cher que ceux qui renouvellent automatiquement leur contrat chaque année. S'agissant de l'épargne, la FCA a constaté que les taux d'intérêt pour les offres de durée limitée étaient assez élevés et baissaient considérablement par la suite. De manière similaire, les frais contingents varient en fonction de l'utilisation du découvert ou des produits bancaires et les clients doivent parfois payer des frais de dépassement ou des pénalités pour retard de paiement, ce qui augmente le prix qu'ils paient.

La FCA explique que sur beaucoup de marchés étudiés, la concurrence porte principalement sur un prix initial annoncé, les autres composantes du prix étant moins évidentes pour certains consommateurs. Cela soulève la question de savoir si les clients actifs et bien informés – qui comprennent que le prix comporte d'autres composantes et qu'ils doivent, pour obtenir l'accord le plus avantageux, comparer les prix et refuser le renouvellement automatique – réalisent un gain au détriment des clients passifs, inattentifs et mal informés. Un cadre issu des travaux d'économie comportementale dans l'organisation industrielle permet de comprendre le fonctionnement des marchés sur lesquels les consommateurs sont mal informés. Habituellement, en l'absence de discrimination, le consommateur actif protège d'une certaine manière le consommateur mal informé parce que les entreprises doivent s'occuper de ces deux catégories de clients. Cependant, la discrimination par les prix facilite l'établissement d'une distinction entre les consommateurs actifs et passifs, dont les intérêts ne sont pas forcément les mêmes. Il se pourrait que les consommateurs bien informés profitent de l'existence des consommateurs mal informés qui, pour ainsi dire, sont donc floués.

Cela ne signifie pas qu'un dommage est causé dans toutes ces affaires. Rien ne permet de supposer qu'il existe un préjudice et que des mesures correctives sont nécessaires. Il faut examiner la situation du marché. Bien sûr, sachant que les marchés peuvent s'autocorriger, il est manifeste que plus grande est l'arnaque, plus forte est l'incitation à devenir un consommateur averti, actif et informé. Cependant, la FCA constate que dans certaines affaires, il existe d'importants écarts de prix et se demande s'il y a un moyen de remédier à la situation et rappelle à cet égard une remarque faite précédemment par Dennis Carlton sur l'information et la dynamisation des consommateurs. Le tout est de savoir si des entreprises concurrentes ont une incitation à mobiliser les clients. Dans de nombreuses affaires, on ignore si les entreprises auraient intérêt à le faire car elles ne peuvent pas proposer une grille tarifaire qui attirera les consommateurs bien et mal informés en proposant à chaque catégorie la meilleure offre. D'une certaine manière, la faiblesse du prix vedette et l'importance du prix caché sont les seuls éléments stables et les entreprises et les régulateurs ont une capacité limitée de stimuler le dynamisme des consommateurs non avertis. Il est fort souhaitable que la FCA puisse informer davantage les consommateurs et que ceux-ci se comportent de manière avisée, mais les services financiers sont tenus de communiquer de nombreuses informations dont les clients ne prennent pas connaissance ou dont ils ne tiennent pas compte. Par conséquent, il est très difficile de savoir s'il est possible de dynamiser ces consommateurs et, dans la négative, de trouver des solutions.

La FCA évoque certains exemples d'interventions. S'agissant par exemple du renouvellement des polices d'assurance, la FCA a pensé que si les consommateurs pouvaient comparer le prix de renouvellement avec celui qu'ils avaient payé l'année précédente, ils sauraient s'il y a eu une augmentation substantielle du prix. Elle a donc réalisé un essai contrôlé aléatoire pour vérifier l'effet de ces informations sur les consommateurs. Elle a constaté une légère augmentation du dynamisme des consommateurs et a donc mis en œuvre une mesure allant dans ce sens. Cela n'a toutefois pas réglé le problème général du marché. Dans un article publié il y a quatre ans, John Vickers décrit une affaire intéressante. Après avoir examiné les frais contingents et les frais de découvert, cet auteur s'est demandé dans quel cas il y aurait lieu d'imposer un plafond au coût élevé dissimulé. La FCA a décidé d'imposer un tel plafond dans le domaine des prêts à court terme à taux d'intérêt élevé remboursables le jour de la paie (*pay-day loans*). Les établissements bancaires ont donc dû afficher un prix élevé pour se conformer aux exigences des pouvoirs publics. La FCA a également limité le montant des frais supplémentaires exigés lorsque les consommateurs connaissent des difficultés financières qui peuvent déboucher sur une spirale du surendettement.

Le **Président** demande ensuite à Israël de présenter une affaire de discrimination par les prix dans laquelle des mesures correctives structurelles ont été appliquées.

Israël décrit une affaire dans laquelle il a donné instruction à un cimentier de se désengager d'une de ses usines en raison de ses politiques de discrimination par les prix. La petite taille du marché israélien ne permet pas la création d'une usine concurrente et la seule concurrence possible est liée à l'importation. Le marché ne comportait qu'un seul importateur, qui achetait du ciment de qualité inférieure en Turquie. Le ciment est la principale composante du béton et il existe peu d'entreprises de fabrication de béton. Hanson et Readymix, les deux principales entreprises de fabrication de béton, sont détenues par de grandes multinationales. Hanson appartient à Heidelberg Cement et Readymix, à Cemex. Les autres fabricants de béton sont beaucoup plus petits. Le Directeur général a estimé que Neshet exerçait un monopole dans la fourniture de ciment. En droit israélien, un monopole est réputé constitué dès lors que la part de marché détenue par une entreprise est supérieure à 50 %. Le monopole n'est pas défini en fonction du pouvoir de marché. Le Directeur général peut donner des instructions à un monopole dans deux cas. Premièrement, lorsque le comportement de l'entreprise affecte la concurrence et deuxièmement, lorsqu'il risque de causer un dommage substantiel à la concurrence. Dans cette affaire, il n'est pas précisé dans la décision s'il y avait un dommage réel à la concurrence ou seulement un risque de dommage substantiel à la concurrence. La loi ne limite pas le pouvoir d'action du Directeur général à l'égard des comportements contraires à la loi. Celui-ci peut donner des instructions même en se fondant sur l'existence d'un monopoleur. L'éventail des instructions qui peuvent être données est très large. Enfin, le Directeur général peut donner tout type d'instruction qui aurait pour effet d'empêcher une atteinte à la concurrence.

Les prix du ciment vendu par Neshet sont réglementés. En vertu du contrôle des prix, un prix maximum est fixé et le bénéfice maximum ne doit pas dépasser 12 %. En raison de la réglementation relative au bénéfice maximum, Neshet ne peut pas facturer son prix maximum réglementé et consent donc des remises à ses clients. Les règles sont suffisamment souples pour permettre à Neshet de consentir de fortes remises et des conditions de crédit particulières aux gros fabricants de béton, et ces conditions sont sensiblement plus favorables que celles que l'entreprise accorde aux petits concurrents de ces fabricants. Neshet craignait que ses gros clients apparentés à de gros fabricants de ciment n'importent du ciment et c'est la raison pour laquelle elle a consenti à Readymix

et à Hanson des remises spéciales et des conditions privilégiées. Les remises ont eu une incidence tant dans le secteur du béton que du ciment. Dans celui du ciment, elles ont affecté l'incitation de Hanson et de Readymix à développer une autre solution plus efficace d'importation de ciment, voire à importer elles-mêmes du ciment. Dans celui du béton, les conditions favorables ont incité les gros fabricants à opter pour des profits élevés au lieu de se faire concurrence et de proposer des prix concurrentiels pour accroître leur part de marché. Les entreprises de béton qui se faisaient concurrence payaient le ciment beaucoup plus cher et n'étaient pas en mesure de proposer des prix concurrentiels qui auraient eu pour effet de mettre fin à cette coordination. Il en est résulté : a) un monopole dans le secteur du ciment qui fournissait environ 90 % de la part de marché représentée par le ciment et b) un équilibre de prix supra-concurrentiel dans le secteur du béton imputable aux plus gros fabricants de béton. Israël estime que par intuition, on pourrait contrer la discrimination par les prix en l'interdisant, ce qui ferait baisser le prix moyen du ciment et stimulerait la concurrence dans l'industrie du béton. Cela permettrait peut-être de faire émerger une autre source d'importation. L'autorité avait prévu d'interdire les remises supérieures à 4 %. Cependant, après s'être entretenue avec Neshet et en collaboration avec les ministères de l'Économie et des Finances, elle a accepté d'imposer une autre mesure corrective, à savoir de donner instruction à Neshet de céder une de ses trois usines de ciment à une entreprise non apparentée qui la concurrencerait dans la production de ciment. Cette solution structurelle a pour effet de créer un fabricant local qui fera concurrence à Neshet dans le secteur du ciment et dont la politique de prix pourrait également introduire la concurrence sur le marché du béton. L'autorité compte bien que la mesure corrective décidée dans cette affaire de discrimination par les prix renforcera la concurrence sur les marchés du ciment et du béton.

Le **professeur Carlton** estime que la solution structurelle crée de la concurrence, ce qui semble une très bonne chose, mais qu'il ne faudrait pas commencer à démanteler les monopoles car il faudrait alors dissuader les entreprises de s'agrandir. Il reconnaît que le problème peut être différent dans un pays de petite taille. Il demande comment l'entreprise Neshet est devenue un monopole et propose de poursuivre cette conversation ultérieurement.

Le **Président** conclut en résumant certains des principaux points qui ressortent de la discussion. Premièrement, la discrimination par les prix peut avoir différents effets sur le bien-être des consommateurs, ce qui en fait une question complexe. Deuxièmement, la ligne de démarcation n'est pas toujours évidente entre a) l'incidence de la discrimination par les prix sur le bien-être des consommateurs ; b) les problèmes de loyauté ; et c) le comportement abusif. Troisièmement, il peut être utile de préciser quel type de discrimination par les prix est examiné en fonction de ses effets – exploitation, éviction ou distorsion – car cela détermine le test qui sera utilisé. Quatrièmement, il semble que dans les affaires de discrimination par les prix, la réflexion ne s'attarde guère sur les éventuels gains d'efficacité. Pour certains, cela tient au fait que les entreprises apportent des explications peu convaincantes parce qu'elles pensent peut-être que les autorités ne les écoutent pas, ou encore que les entreprises adoptent certaines pratiques pour de mauvaises raisons.