

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

Synthèse 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

Cette synthèse rédigée par le Secrétariat de l'OCDE contient les principales conclusions 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

JT03429545

Synthèse de la table ronde sur la discrimination par les prix organisée lors de la 126^e réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE

rédigé par le Secrétariat¹

Plusieurs points importants ressortent de la discussion qui s'est tenue lors de la table ronde ainsi que des contributions écrites des délégués et des spécialistes :

1. En économie, la discrimination par les prix consiste, pour une entreprise, à appliquer des prix différents pour deux produits similaires ayant le même coût de production marginal. Les acheteurs peuvent trouver cette pratique contrariante et inéquitable, mais ces raisons ne justifient pas que l'on s'y attaque en utilisant le droit de la concurrence. D'autres outils sont plus indiqués lorsque les autorités estiment nécessaire d'intervenir.

En économie, la discrimination par les prix consiste, pour une entreprise, à appliquer des prix différents pour deux produits similaires ayant le même coût de production marginal. Sa principale particularité est que le prix est fondé en partie sur la valeur attribuée au produit par le client plutôt que sur le seul coût de production. La discrimination par les prix peut prendre différentes formes. Par exemple, elle peut s'exercer en fonction des caractéristiques des acheteurs (c'est la discrimination au troisième degré, qui consiste à faire une distinction entre différents groupes de consommateurs) ; du comportement des acheteurs (discrimination fondée sur le comportement) ; ou des caractéristiques du produit (l'entreprise propose différentes versions du produit, ce qui relève de la discrimination par les prix au deuxième degré.)

Les acheteurs ont souvent le sentiment que la discrimination par les prix est contrariante et inéquitable, surtout lorsqu'il est manifeste qu'ils paient davantage que d'autres consommateurs. L'autorité de la concurrence traite parfois les pratiques de discrimination par les prix qu'elle estime injustes en appliquant la législation relative à la discrimination ou à la protection des consommateurs. Par exemple, la législation relative à la discrimination précise souvent que la discrimination fondée sur le genre, la race, l'âge ou le handicap est interdite. De même, dans certains pays, la lutte contre la discrimination par les prix pour des produits ou des services vendus dans différentes régions géographiques constitue un objectif d'action distinct.

En revanche, le droit de la concurrence s'intéresse principalement à l'impact de la discrimination par les prix sur les consommateurs. Cette pratique peut profiter aux consommateurs en réduisant le prix payé par certains d'entre eux et en permettant de

¹ Cette synthèse ne représente pas nécessairement le point de vue unanime des membres du Comité de la concurrence. Elle présente néanmoins les principaux points soulevés lors des débats de la table ronde, dans les contributions écrites et orales des délégués, ainsi que dans la note de référence du Secrétariat de l'OCDE.

servir un plus grand nombre de consommateurs. Cependant, elle peut aussi être préjudiciable aux consommateurs. Pour assurer la clarté de la mise en œuvre du droit de la concurrence, il est utile de distinguer trois types d'effets produits par la discrimination : a) l'éviction des concurrents, qui peut conduire à l'exploitation des consommateurs ; b) l'exploitation des consommateurs ; et c) sur les marchés en amont, elle peut mener à l'exploitation des consommateurs intermédiaires et à la création d'effets de distorsion de concurrence qui affectent les consommateurs sur les marchés en aval. Dans chaque cas, c'est l'impact de la discrimination par les prix sur les consommateurs et non son caractère inéquitable qui détermine si cette pratique est acceptable.

2. Lorsque les autorités de la concurrence constatent qu'un dispositif de discrimination par les prix entraîne des effets d'exploitation et est préjudiciable aux consommateurs, elles doivent d'abord vérifier si le marché pourra vraisemblablement résoudre le problème. Dans la négative et si le problème persiste, la discrimination traduit peut-être un dysfonctionnement du marché et une étude de marché peut alors permettre de cerner les causes du préjudice. Lorsque les autorités de la concurrence estiment que le mauvais fonctionnement du marché est causé par des pratiques restrictives, elles peuvent décider d'enquêter afin de déterminer si ces pratiques relèvent de l'abus de position dominante. Quoi qu'il en soit, il leur faudra examiner les effets dynamiques de la discrimination.

La discrimination par les prix peut être dommageable si elle coûte cher à imposer et si elle réduit le surplus du consommateur à court terme sans créer pour autant d'effets compensateurs suffisants, par exemple favoriser l'extension du marché et l'intensification de la concurrence, empêcher l'engagement à maintenir des prix élevés ou stimuler l'innovation. Les autorités ne doivent toutefois pas intervenir dans ces affaires sauf si elles pensent que le marché sera incapable de résoudre le problème de lui-même, grâce à une entreprise de petite taille ou nouvelle venue qui fragiliserait la discrimination par les prix en proposant des prix plus bas aux consommateurs qui sont disposés à payer davantage.

D'autre part, la discrimination par les prix qui entraîne un dommage durable et ne pourra vraisemblablement pas être réglée par le marché peut être un signe de dysfonctionnement de ce dernier. Dans ce cas, une étude de marché permet d'obtenir un examen détaillé et global du marché et de connaître les différentes raisons de son dysfonctionnement ainsi que l'ampleur de chaque problème. Au nombre des problèmes recensés pourront figurer la concentration excessive, la coordination tacite, des barrières à l'entrée, des biais comportementaux du côté de la demande et des restrictions à caractère réglementaire. L'abus de position dominante ne serait donc qu'une des causes possibles, et sans doute peu fréquentes, du dysfonctionnement.

La discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation ne doit pas être établie au seul vu du pouvoir de marché et de l'absence d'expansion de la production, encore que de tels éléments pourraient laisser supposer que la discrimination nuit au bien-être statique. Il faut aussi examiner l'impact de la discrimination sur le bien-être dynamique. Par exemple, il convient de se demander si la perspective de bénéfices futurs induits par la discrimination par les prix a été une incitation à engager à fonds perdus des dépenses d'investissement ou d'innovation dans le but d'obtenir un pouvoir de marché (par exemple, des entreprises pharmaceutiques pourraient compter, dans les affaires commerciales liées à la R-D, pouvoir pratiquer des prix différents dans différents pays pour des produits issus de leurs activités de recherche) ou à investir dans la recherche de rente. Enfin, il faut déterminer si la discrimination est imputable au pouvoir de marché de

l'entreprise plutôt qu'à un autre facteur commun aux entreprises. Par exemple, si les entreprises non dominantes exercent aussi une discrimination par les prix, il y a lieu de penser que la discrimination est en réalité causée par un troisième facteur et non par le pouvoir de marché de l'entreprise dominante.

3. La discrimination par les prix exercée sur des marchés en amont peut engendrer des effets d'exploitation qui affectent les clients intermédiaires et, dans certains cas, des effets de distorsion préjudiciables aux consommateurs des marchés en aval. Cependant, ce type de discrimination est très spécifique et ne peut être détecté qu'avec un test différent de celui qui s'applique à la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et d'éviction. Les autorités doivent donc préciser le type de discrimination par les prix sur lequel elles enquêtent, selon qu'elle produit des effets d'exploitation, d'éviction ou de distorsion - puisque cela déterminera le type de test qui doit être utilisé.

Il se peut qu'une entreprise en amont (par exemple, un fabricant) qui maximise ses bénéfices fixe des prix différents pour ses différents clients en aval (par exemple des détaillants) sans pour autant chercher à exclure un concurrent en amont. Dans ce cas, les prix différenciés s'expliquent peut-être simplement par le fait que les acheteurs en aval attachent une valeur différente au produit ou service en cause (ou n'ont pas le même pouvoir d'achat). Il se peut cependant que la différence de prix fausse la concurrence entre les détaillants sur le marché en aval, et cela risque de porter préjudice aux consommateurs. Par exemple, si le détaillant le plus efficace présente une demande moins élastique pour un produit, un fabricant qui dispose d'un pouvoir de marché pourrait lui faire payer plus cher qu'aux concurrents moins efficaces. Cela risque de faire augmenter les coûts de ce détaillant et de l'inciter à produire moins qu'il ne le ferait dans des conditions normales, voire à sortir du marché.

Un fabricant qui n'exerce pas de discrimination par les prix peut voir sa marge moyenne augmenter mais ses volumes en aval baisser à tel point que ses bénéfices diminuent. Par exemple, les entreprises en amont profitent habituellement de l'existence d'un marché concurrentiel en aval. Cependant, il se peut que le fabricant en mesure d'augmenter sa marge en exerçant une discrimination sans perdre beaucoup de volume sur le marché en aval ne se préoccupe guère de la distorsion de concurrence que son comportement engendre sur ce marché. La discrimination peut aussi tenir à des raisons autres que financières, par exemple à la nationalité de l'acheteur favorisé. Pour détecter une distorsion de concurrence dommageable, il faudrait donc connaître le raisonnement des fabricants. Il faudrait également établir que dans d'autres circonstances, le détaillant défavorisé aurait imposé une contrainte concurrentielle au détaillant favorisé. Par exemple, si, en dépit de la distorsion de concurrence, le marché en aval reste concurrentiel, il n'y a pas de perte de contrainte concurrentielle. De ce fait, même si cela peut sembler paradoxal, le fait qu'un fabricant « choisisse injustement » un détaillant extérieur à la sphère concurrentielle n'est sans doute pas préjudiciable aux consommateurs et ne justifie donc pas l'intervention de l'autorité de la concurrence. Enfin, la réalisation d'un test sur la discrimination créant des effets de distorsion de concurrence ne nécessite pas forcément l'établissement d'une preuve spécifique du préjudice causé aux détaillants défavorisés (par exemple, des ventes qu'ils ont perdues au profit des concurrents favorisés). Ce test devrait plutôt servir à démontrer le dommage causé aux contraintes concurrentielles qui dans d'autres circonstances auraient été présentes sur le marché et, par voie de conséquence, le préjudice causé aux consommateurs. Par exemple, certains éléments montrent peut-être que les risques de changement de fournisseur s'étaient accrus. Il conviendrait sans doute de préciser que la

législation relative à la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion s'attache principalement à l'effet de la discrimination sur les consommateurs.

Compte tenu des rares cas où la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion de concurrence est préjudiciable aux consommateurs, le nombre d'affaires soulevées par ce type de discrimination ne manque pas d'étonner. Dans certaines affaires, les bénéfices non financiers obtenus par une entreprise en amont ayant favorisé les entreprises d'une nationalité plutôt que d'une autre semblent être un facteur de distorsion de concurrence dommageable. Dans d'autres, ce sont les effets d'éviction qui sont parfois préoccupants, et il serait alors plus indiqué de réaliser un test conçu pour cerner ces effets.

4. Il est largement admis que la discrimination par les prix ayant des effets d'éviction peut être préjudiciable aux consommateurs et cette pratique figure donc parmi les priorités de nombreuses autorités de la concurrence. Elle exige une analyse attentive afin de distinguer les affaires dans lesquelles l'entreprise a intérêt à exclure ses concurrents, et a la capacité de le faire, et celles dans lesquelles elle crée des gains d'efficience. La discrimination par les prix exercée en fonction des achats effectués auprès des concurrents est particulièrement préoccupante.

La discrimination par les prix peut servir à mener de nombreuses stratégies d'éviction dont la mise en œuvre comprend parfois une étape où l'entreprise sacrifie ses bénéfices. La compression de marge est une autre pratique d'éviction par laquelle une entreprise intégrée verticalement parvient à évincer ses concurrents en aval et, partant, à protéger son pouvoir de marché en amont ou à exercer une discrimination par les prix sur le marché en aval. La discrimination par les prix au deuxième degré est une composante importante des remises de fidélité, qui consistent à offrir un éventail de prix différents en fonction de la quantité achetée ou de la proportion des achats effectués. Ces dispositifs doivent être examinés attentivement lorsque le prix est lié aux achats effectués auprès des concurrents. Néanmoins, la discrimination par les prix s'inscrit souvent dans une stratégie concurrentielle, par exemple si elle permet aux entreprises de réduire le prix demandé aux clients de leurs concurrents et, par conséquent, d'attirer des clients qui, normalement, s'approvisionneraient auprès des concurrents. Par conséquent, la discrimination par les prix complique souvent la vie des concurrents. Bien évidemment, chaque fois qu'une entreprise baisse ses prix, ses concurrents sont mis en difficulté puisque leurs ventes diminuent. Un test visant à déterminer les effets de la discrimination par les prix sur les concurrents n'est pas donc utile pour déterminer les effets de cette pratique sur les consommateurs.

5. La possibilité de recourir à la discrimination par les prix dans l'économie numérique augmente car les entreprises peuvent prédire avec plus de précision le prix qu'un consommateur est disposé à payer. Cela accroît les enjeux de la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation, et il est à craindre que la discrimination par les prix n'entraîne des effets dommageables sur les marchés numériques. Cependant, les principes qui sous-tendent l'analyse restent inchangés. Les marchés peuvent résoudre eux-mêmes le problème, ou tout au moins avec un peu d'aide de l'autorité de la concurrence, qui pourra par exemple imposer la transparence en matière d'utilisation de la tarification personnalisée ou apporter de plus amples précisions sur l'attribution des droits de propriété liés aux données.

Grâce aux données toujours plus nombreuses qu'elle possèdent sur les consommateurs, les entreprises peuvent tirer parti d'outils d'analyse de plus en plus pointus pour modéliser et prédire avec toujours plus de précision le prix que chaque consommateur est disposé à payer et, partant, fixer des prix personnalisés qui augmentent la rente extraite

auprès des consommateurs. Il est peu probable que cela influe sur les affaires de discrimination par les prix ayant des effets de distorsion ou d'éviction, qui surviennent surtout sur des marchés en amont. Cependant, cette capacité qu'ont les entreprises accroît le dommage qui pourrait être causé dans les affaires de discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation. De plus, sur les marchés numériques, les consommateurs ignorent peut-être que le prix indiqué sur leur écran diffère de celui qui s'affiche sur celui d'autres consommateurs. Il leur est donc impossible de choisir entre les entreprises qui fixent des prix personnalisés et celles qui ne le font pas. La discrimination liée à la tarification personnalisée coûte cher car les entreprises doivent actualiser les données, affiner les algorithmes et refaire les analyses pour s'assurer de l'exactitude constante des estimations. Lorsque les entreprises détiennent un pouvoir de marché, les coûts de cette activité de recherche de rente sont parfois répercutés sur les consommateurs. Prises ensemble, ces caractéristiques signifient que la discrimination par les prix sur les marchés numériques pourrait être plus dommageable pour les consommateurs, tant dans une perspective statique que dynamique. À mesure que la capacité technologique se développera, l'évaluation des risques conduite par les autorités de la concurrence lorsque celles-ci envisageront de traiter ce type d'affaires pourrait donc s'en trouver modifiée.

Quoi qu'il en soit, les principes qui guident l'analyse de la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation sont les mêmes sur les marchés numériques que sur les marchés classiques. Les interventions par le biais de la législation sur la concurrence ne devraient pas viser à traiter les problèmes de loyauté ou d'autres objectifs d'action. Les études de marchés restent les outils les plus efficaces qui soient pour examiner la discrimination par les prix de nature à entraîner des effets dommageables, aussi bien sur les marchés numériques que sur les autres marchés. De fait, il est particulièrement important d'examiner si ces marchés en rapide évolution résoudre le problème d'eux-mêmes, étant donné que les consommateurs apprendront vite à adopter un comportement plus prudent dans leurs achats en ligne, et que, du fait des faibles obstacles à l'entrée, les nouveaux venus réussiront peut-être à déstabiliser ces stratégies de tarification. Il pourrait toutefois être nécessaire d'aider les marchés à résoudre les problèmes, en adoptant par exemple une réglementation obligeant les vendeurs à indiquer aux acheteurs s'ils pratiquent ou non des prix personnalisés. L'attribution aux consommateurs de droits de propriété sur leur historique d'achat et de navigation permettrait également à ceux-ci de vendre ces informations et, par conséquent d'en récupérer la valeur, ou encore de conserver ces informations.