

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

DISCRIMINATION PAR LES PRIX

-- Note de référence du Secrétariat --

Les 29 et 30 novembre 2016

Ce document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE afin de servir de note de référence au titre du point 7 de l'ordre du jour de la 126e réunion du Comité de la concurrence, les 29 et 30 novembre 2016.

Les opinions exprimées et les arguments utilisés dans le présent document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

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

Pour toute question concernant ce document, veuillez contacter M. Antonio Campobianco [courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org].

JT03405778

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

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

DISCRIMINATION PAR LES PRIX

*Note de référence du Secrétariat**

Résumé

Ces dernières années, les possibilités d'exercer une discrimination presque parfaite par les prix, en particulier dans l'économie numérique, semblent s'être élargies. On peut donc se demander comment réagiront les pays où la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation est considérée comme une infraction. Par comparaison, le risque d'effets de distorsion sur les marchés en aval créé par la discrimination par les prix ne semble pas avoir changé et les discussions ont plutôt porté sur le fait de savoir si la réglementation et la jurisprudence sont économiquement fondées et, dans la négative, comment les régulateurs pourraient hiérarchiser leurs enquêtes. Dans ce document, nous présentons les avantages de la discrimination par les prix et les préoccupations suscitées par ses éventuels effets d'exploitation, de distorsion et d'éviction ; nous décrivons également les cadres d'analyse utilisés pour évaluer ces effets ainsi que les mesures correctives possibles. Nous faisons la distinction entre ces affaires et celles où l'enquête est motivée par des raisons différentes liées par exemple à l'équité ou à un autre objectif d'action.

*

Ce document a été rédigé par Chris Pike, de la Division de la concurrence de l'OCDE, et a bénéficié des commentaires de Ruben Maximiano, Vicente Lagos et Antonio Capobianco, de la Division de la concurrence de l'OCDE.

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction	5
2.	Qu'est-ce que la discrimination par les prix ?	6
2.1	Les différents types de discrimination par les prix	7
2.2	Conditions nécessaires pour qu'il y ait discrimination par les prix	9
3.	Pourquoi la discrimination par les prix est-elle souvent bénéfique ?	10
3.1	L'impact de la discrimination par les prix en situation de monopole	10
3.2	L'impact de la discrimination par les prix en situation d'oligopole	11
3.3	L'impact de la discrimination par les prix sur les incitations dynamiques	13
3.4	Données empiriques sur l'impact de la discrimination par les prix	13
4.	Discrimination par les prix préjudiciable aux consommateurs : la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et les stratégies de cloisonnement qui facilitent cette pratique	15
4.1	Différence entre la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et les stratégies de cloisonnement destinées à la faciliter	15
4.2	Les préoccupations que peuvent soulever la discrimination par les prix ayant un effet d'exploitation et les stratégies de cloisonnement qui la facilitent	16
4.3	La norme juridique applicable à la discrimination par les prix source d'exploitation et aux stratégies de cloisonnement du marché qui facilitent cette pratique	17
4.4	Comment analyser les allégations concernant les pratiques de discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et les stratégies de cloisonnement qui facilitent ces pratiques	19
5.	Discrimination par les prix préjudiciable aux consommateurs : discrimination par les prix ayant des effets de distorsion	20
5.1	Les préoccupations que peut soulever la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion	21
5.2	La norme juridique applicable à la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion	22
5.3	Comment analyser les allégations de discrimination par les prix ayant des effets de distorsion	25
6.	Discrimination par les prix préjudiciable aux consommateurs : discrimination par les prix produisant des effets d'exclusion	27
6.1	Pratiques d'éviction	27
6.2	Remises de fidélité	28
6.3	Remises groupées	30
6.4	Compression de marge	32
7.	Dans quels autres cas une enquête de discrimination par les prix est-elle justifiée ?	34
7.1	La discrimination par les prix peut faire l'objet d'une enquête lorsqu'elle enfreint les règles d'équité	34
7.2	La discrimination par les prix justifie une enquête lorsqu'elle est contraire à d'autres objectifs d'action	34
8.	Mesures correctives appliquées dans les affaires de discrimination par les prix	36
9.	La discrimination par les prix dans l'économie numérique	37
9.1	Quel est l'impact de l'économie numérique sur la discrimination par les prix entre consommateurs intermédiaires ?	37
9.2	Quel impact l'économie numérique a-t-elle sur la discrimination par les prix entre clients intermédiaires ?	41
10.	Conclusions	41
	Notes	43
	Bibliographie	52

Encadrés

Résumé.....	2
Encadré 1. Cash & Henderson Drugs contre Johnson & Johnson	23
Encadré 2. Reeder-Simco contre Volvo Trucks (2006)	24
Encadré 3. Aéroports de Paris (ADP) contre la Commission	25
Encadré 4. Napp Pharmaceuticals.....	28
Encadré 5. Enquêtes de l'UE sur les effets d'exclusion et de distorsion de la discrimination par les prix.....	28
Encadré 6. Eisai contre Sanofi	30
Encadré 7. Différentes façons d'aborder l'analyse des effets d'exclusion des remises groupées discriminatoires - LePage et Peacehealth.....	31
Encadré 8. ICA contre Mjólkursamsalan (MS)	33
Encadré 9. Safeway.....	39

1. Introduction

1. La discrimination par les prix est le fait, pour une entreprise, d'appliquer des prix différents pour deux produits similaires ayant le même coût de production marginal. Cette pratique a habituellement un effet bénéfique sur l'économie et, si elle n'entraîne pas l'exclusion des concurrents, profite souvent aux consommateurs en accroissant les échanges et en incitant les entreprises à se concurrencer. Cependant, elle peut être préjudiciable aux consommateurs lorsque les entreprises dominantes s'en servent pour exploiter leur pouvoir de marché ou lorsqu'elle fausse la concurrence sur les marchés en aval.

2. Ces dernières années, les possibilités d'exercer contre les consommateurs finaux une discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation se sont accrues, en particulier dans l'économie numérique (voir chapitre 9.) On peut donc se demander si les pays où ce type de discrimination constitue une infraction devront réagir en renforçant la mise en œuvre de la réglementation (et, si tel est le cas, comment ils évalueront les affaires qui se présenteront). Par comparaison, le risque d'effets de distorsion créé sur les marchés en aval par la discrimination par les prix ne semble pas avoir augmenté et les discussions dans ce domaine ont plutôt porté sur le fait de savoir si la réglementation et la jurisprudence existantes sont économiquement fondées et, dans la négative, comment les régulateurs pourraient hiérarchiser leurs enquêtes (voir par exemple les recommandations du *Antitrust Modernisation Committee*.)

3. Dans ce document, nous exposons les préoccupations suscitées par les effets d'exploitation, de distorsion et d'exclusion de la discrimination par les prix et décrivons les cadres d'analyse servant à évaluer chaque type d'effet, ainsi que les mesures correctives possibles. Nous nous intéressons surtout aux effets d'exploitation et de distorsion car le rôle de la discrimination par les prix dans les affaires d'abus de position dominante entraînant l'exclusion a été beaucoup étudié.¹ Nous dégageons également certaines conclusions préliminaires concernant l'importance de ces préoccupations afin d'aider les régulateurs dans leurs décisions en matière de hiérarchisation.

4. De nombreux régulateurs ont pris la décision avisée d'adopter un point de vue par défaut selon lequel la discrimination par les prix est en général bénéfique. Compte tenu de l'ambiguïté qui entoure les effets de cette pratique sur les consommateurs, les régulateurs doivent résister à la tentation de rompre ce consensus. Cependant, comme pour les pratiques qui ne sont habituellement pas dommageables mais peuvent parfois entraîner l'exclusion, cela ne signifie pas qu'il ne faut jamais remettre en cause la discrimination par les prix.

5. En ce qui concerne par exemple la discrimination par les prix source d'*exploitation*, il semble y avoir une forte contradiction entre la réglementation, qui accorde aux régulateurs une grande liberté de contestation, et la politique de mise en œuvre suivie par ceux-ci. Cela découle sans doute du caractère trop général de la réglementation, notamment de l'absence de limitations ayant un fondement économique solide. Il se pourrait donc que les régulateurs fassent preuve de circonspection afin de ne pas interdire par erreur des dispositifs qui sont en réalité inoffensifs. Si cette explication est la bonne, il serait utile que les régulateurs disposent d'orientations sur les limitations applicables, que ce soit pour la hiérarchisation des affaires ou les enquêtes. Il se peut aussi que les régulateurs craignent de créer un effet paralysant sur les dispositifs de discrimination par les prix qui sont bénéfiques. Dans ce cas, il faudrait reconnaître que la discrimination par les prix ne passe pas toujours par une diminution du prix et que le risque d'effet paralysant indésirable sur les pratiques de prix des entreprises occasionné par une enquête sur la discrimination par les prix n'a pas la même ampleur que celui associé aux enquêtes sur les prix d'éviction. La crainte d'effets paralysants ne doit donc pas conduire les régulateurs à s'abstenir de recourir à des mesures de mise en œuvre lorsque les faits semblent indiquer que les consommateurs subissent un préjudice considérable.

6. Étant donné que des dispositifs de discrimination par les prix toujours plus perfectionnés permettent aux entreprises dominantes d'exploiter plus efficacement leur pouvoir de marché en personnalisant les prix et que le risque de dommages à court terme pour les consommateurs s'accroît, il semble de plus en plus important que les régulateurs puissent vérifier concrètement que l'autorisation de ces dispositifs comportera des avantages à long terme. Par exemple, les régulateurs pourraient vérifier si l'exploitation plus efficace du pouvoir de marché induite par la discrimination par les prix relève en réalité d'une pratique qui se révélera avantageuse pour les consommateurs à long terme ou si elle est plutôt révélatrice d'activités de recherche de rente, d'investissement dans des pratiques de discrimination par les prix encore plus efficaces ou d'exploitation des biais comportementaux des consommateurs. Les régulateurs montreraient ainsi que les mesures correctives à leur disposition ne se limitent pas nécessairement à une réglementation tarifaire brutale, mal conçue et souvent contre-productive ou à l'interdiction des pratiques de discrimination par les prix. Des mesures correctives ciblées devraient en l'occurrence traiter les causes et non les conséquences de la capacité accrue d'exploitation du pouvoir de marché, et s'appliquer par exemple à la pratique de cloisonnement elle-même ou aux distorsions créées par les pouvoirs publics et qui facilitent l'exploitation.

7. Qu'elle soit ou non trop générale, la réglementation existante, tout au moins dans certaines circonstances, a des motivations légitimes. Par conséquent, ne pas l'appliquer risque de créer un vide, et d'accentuer la pression en faveur d'une approche beaucoup moins prudente de la mise en œuvre. S'il est envisagé d'adopter un cadre économique pour enquêter sur la discrimination par les prix conduisant à l'exploitation, il semble donc avisé de s'inspirer du cadre proposé à la section 4 et d'utiliser comme filtres la position dominante ; les prix personnalisés ; l'absence d'expansion de la production ; et l'observation d'initiatives visant à cloisonner le marché.

8. Les affaires de discrimination par les prix entraînant des effets de *distorsion* sont un peu plus courantes, ce qui explique peut-être qu'aux États-Unis et en Europe, des progrès ont été accomplis dans le sens d'une limitation de la portée de la réglementation. Ces progrès ont peut-être été freinés par la formulation des interdictions initiales, mais il serait malgré tout préférable de s'intéresser un peu moins au « dommage aux concurrents », comme c'est encore le cas, et davantage à l'effet préjudiciable sur la concurrence, et donc sur les consommateurs.

9. Enfin, comme les normes de preuve applicables peuvent être différentes, il serait également judicieux d'établir d'entrée de jeu une distinction entre les affaires de discrimination par les prix donnant lieu à une enquête pour pratique abusive sur un marché pertinent et celles dans lesquelles l'enquête est menée pour des *raisons entièrement différentes* liées à l'équité ou à un autre objectif d'action.

10. Ce document commence par un examen, à la section 2, des différents types de discrimination par les prix pratiqués par les entreprises. La section 3 explique pourquoi la discrimination par les prix est souvent bénéfique. Les sections 4, 5 et 6 recensent les risques de dommages aux consommateurs liés à la discrimination par les prix source d'exploitation, de distorsion et d'exclusion. La section 7 passe en revue les autres raisons qui justifient une enquête sur la discrimination par les prix. La section 8 étudie les mesures correctives possibles, et la section 9 porte sur les possibilités accrues de discrimination par les prix dans le cadre de l'économie numérique. Les conclusions sont présentées à la section 10.

2. Qu'est-ce que la discrimination par les prix ?

11. Le droit européen définit la discrimination par les prix comme l'application, par un vendeur, de « conditions inégales à des prestations équivalentes. »² Aux États-Unis, le *Robinson-Patman Act* met en cause les différences de prix qui ne répondent pas aux critères de défense figurant dans une liste spécifique,³ notamment les différences de coût ; les différences entre les services fournis par l'acheteur (entreposage ou distribution, par exemple) ; le caractère changeant du produit (par exemple il s'agit de

denrées périssables) ; la nécessité de s'aligner sur une offre concurrente ; enfin, le fait que le prix était accessible à tous les clients.⁴

12. 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.⁵ Le sens du terme « similaire » a son importance car les produits concernés peuvent présenter des différences de quantité,⁶ de qualité,⁷ d'objet,⁸ temporelles,⁹ ou tenant encore aux circonstances de leur vente¹⁰. Le coût marginal doit être le même parce que la discrimination par les prix ne concerne pas les différences de prix entre des produits qui coûtent moins cher à fabriquer à la faveur d'économies d'échelle ou de gamme ou des risques moindres présentés par l'acheteur.¹¹

13. La discrimination par les prix désigne à la fois la décision même de fixer un prix et la mise en place d'un dispositif de discrimination par les prix. Par exemple, une entreprise peut simplement décider de pratiquer des prix différents mais aussi prendre des initiatives plus poussées encore afin de cloisonner plus efficacement le marché. Une entreprise peut empêcher la revente ou investir dans le but de cerner la disposition à payer de chaque consommateur.

14. Une stratégie de cloisonnement peut cibler les marchés nationaux¹², mais aussi les achats de gros et petits volumes ; les consommateurs naïfs et les consommateurs avertis ;¹³ les achats de billets selon qu'ils sont le fait des retraités ou des familles ; à l'extrême, le cloisonnement des marchés peut viser les consommateurs pris individuellement.

15. Il existe différents types de discrimination par les prix, comme on le verra ci-dessous.

2.1 Les différents types de discrimination par les prix

2.1.1 Catégories de discrimination par les prix du point de vue économique

16. On distingue habituellement la discrimination par les prix au premier, deuxième ou troisième degré.¹⁴ La discrimination par les prix au premier degré, ou discrimination parfaite, selon l'expression consacrée, intervient lorsqu'une entreprise fixe pour chaque produit un prix qui correspond à ce que chaque consommateur est disposé à payer pour ledit produit. La discrimination parfaite par les prix est en général considérée comme un concept théorique – encore que, comme nous le verrons plus loin, l'utilisation des mégadonnées permette de s'en approcher le plus. Par comparaison, il est déjà possible d'observer la discrimination presque parfaite par les prix, ou personnalisation des prix. Cette forme de discrimination consiste à fixer un prix d'après des caractéristiques individuelles (et non d'après celles d'un groupe). Ces caractéristiques ne permettent pas de distinguer parfaitement le prix que chaque consommateur est disposé à payer mais peuvent en donner une idée approximative. Parmi les exemples de discrimination presque parfaite par les prix, mentionnons remises personnalisées sur les prix (les bourses) que les universités américaines utilisent pour fixer les frais de scolarité. Les caractéristiques prises en compte pour établir ces remises personnalisées peuvent comprendre un examen des ressources fondé sur les revenus des parents, les résultats des étudiants et leur revenu moyen prévu une fois diplômés.

17. La discrimination par les prix au deuxième degré concerne les cas où une entreprise établit un éventail de prix pour différentes versions du produit. C'est une discrimination indirecte puisque le choix de la version incombe à l'acheteur et non au vendeur.¹⁵ Le choix s'opère par exemple entre les produits type suivants : billets d'avion en classe affaires ou en classe économique ; comprimés solubles ou non solubles ; et programmes classiques ou non classiques.¹⁶ La tarification à double composante relève aussi de cette catégorie puisque le prix payé par le consommateur est fonction de la quantité achetée.

18. Enfin, la discrimination par les prix au troisième degré consiste, pour une entreprise, à fixer des prix différents pour différents groupes de consommateurs possédant des caractéristiques observables

différentes (ce peut être temporaire). Elle prend habituellement la forme de prix plus bas pour les retraités, les enfants et les étudiants ou encore pour les consommateurs de différents pays (prix des médicaments antirétroviraux dans les pays à faibles revenus).¹⁷ Un groupe de consommateurs peut toutefois se définir comme suit : il achète dans une certaine région (voir les restrictions applicables à New York aux stratégies de prix selon les zones des stations-service) ; dans un certain magasin ; ou dans certaines circonstances (restaurants proposant des réductions de prix à l'heure du déjeuner ; expériences de Coca Cola, qui a augmenté les prix aux machines distributrices par temps chaud ;¹⁸ ou dans les situations d'urgence).¹⁹ Sur les marchés présentant des effets de réseaux, les groupes d'adoptants ou d'acheteurs précoces d'un côté du marché pourraient bénéficier de prix moindres que ceux qui se trouvent de l'autre côté.²⁰

19. Selon un autre classement, la discrimination par les prix peut être statique, dynamique ou intermédiaire²¹. On parle de discrimination statique lorsque tous les produits sont achetés pendant une même période. Cette forme de discrimination comprend la discrimination désanonymisée entre différents groupes de consommateurs présentant des caractéristiques observables différentes (il s'agit de la discrimination au troisième degré dans le classement habituel), de même que les remises accordées en fonction de la quantité et les remises groupées ou liées à certaines conditions (discrimination par les prix au deuxième degré dans le classement habituel).

20. La discrimination dynamique comprend la discrimination intertemporelle, caractérisée par le fait que le prix varie dans le temps. Par exemple, une entreprise peut fixer tout d'abord un prix élevé pour un livre afin de le vendre aux acheteurs les plus motivés, avec une marge plus élevée ; cependant, l'entreprise peut réduire le prix au fil du temps afin de réaliser des ventes supplémentaires rentables auprès des personnes qui attachent une valeur moindre au livre.²² Cette forme de discrimination par les prix englobe également la discrimination comportementale, qui consiste à établir un prix différent en fonction du comportement des consommateurs dans le temps. Ce « comportement » peut être induit simplement d'après l'historique d'achats du consommateur (par exemple en vérifiant si celui-ci a acheté le produit même si son prix était élevé, ce qui révèle qu'il était davantage que d'autres prêt à payer), mais aussi d'après une série d'initiatives ou d'absences d'initiatives du consommateur dans le temps. Le recours croissant à cette forme de discrimination par les prix dans l'économie numérique est examiné à la section 9.²³

21. On parle enfin de discrimination intermédiaire lorsque la discrimination porte sur le prix des biens de production vendus aux entreprises en aval plutôt qu'aux consommateurs finaux. Par exemple, dans de nombreux marchés intermédiaires, les prix ne sont pas établis par le seul vendeur mais au moyen d'un processus de négociation bilatéral. Il en résulte souvent que différents vendeurs soient confrontés à des prix différents. Cette distinction peut se révéler utile car la discrimination par les prix entre intermédiaires peut susciter d'autres préoccupations qui ne concernent pas la discrimination entre consommateurs finaux (voir section 5.)

2.1.2 *Catégories de discrimination par les prix du point de vue juridique*

22. Il ressort de l'examen de différents pays qu'il existe en gros trois niveaux d'application de la législation en matière de discrimination par les prix. À partir de ces trois niveaux se dégagent quatre catégories de préoccupations soulevées par cette pratique.

23. Le premier niveau concerne le dommage « primaire » : la discrimination par les prix nuit directement aux concurrents, pour ensuite porter atteinte à la concurrence et, partant, cause un préjudice indirect aux consommateurs. Le deuxième se rapporte au dommage « secondaire », qui affecte directement les clients de l'entreprise,²⁴ et le troisième, à des questions de loyauté ou à d'autres objectifs d'actions plutôt qu'aux effets du pouvoir de marché.

24. Dans certaines affaires de dommage primaire soulevées par le passé, les intérêts des concurrents (souvent, des petits magasins familiaux) étaient explicitement protégés contre l'impact de la concurrence des grandes chaînes de détail et ce, en dépit du préjudice que cela risquait de causer aux consommateurs.²⁵ Toutefois, les tribunaux limitent maintenant les affaires de dommage primaire aux cas où un préjudice est porté à un concurrent et, *dans le même temps*, aux consommateurs.²⁶ Ces affaires n'englobent donc pas les cas de protectionnisme, ce qui signifie que les affaires de dommage primaire peuvent maintenant être assimilées à celles de pratiques abusives d'exclusion.

25. En cas de dommage secondaire, le client se trouve directement affecté ; il n'est pas exigé qu'un concurrent soit lésé et les affaires de dommage secondaire ne sont donc pas assimilables à des affaires d'exclusion. Deux problèmes juridiques distincts se posent dans le cadre des affaires de dommage secondaire n'entraînant pas l'exclusion. Dans certains pays, par exemple aux États-Unis, la réglementation interdit seulement la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion, tandis que dans d'autre (par exemple en Europe et au Japon), la réglementation est de portée plus large et peut interdire la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation (y compris les initiatives visant à la faciliter).

- En cas de discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation, l'entreprise exploite son pouvoir de marché. Par conséquent, les consommateurs présents sur le marché paient des prix plus élevés ou reçoivent des produits de moindre qualité. Dans ce type de discrimination, une entreprise peut exploiter son pouvoir de marché sur les marchés en amont comme sur les marchés en aval. Cependant, lorsque l'exploitation s'exerce sur le marché en amont, il se peut que le régulateur doive prouver l'existence d'un impact (d'une répercussion) sur le bien-être des consommateurs finaux et non sur les seuls clients intermédiaires (par exemple, la diminution des bénéfices des intermédiaires ne constitue pas toujours un dommage selon la norme de bien-être appliquée par le pays concerné.)
- On peut considérer que l'entreprise qui exploite son pouvoir de marché sur un marché en amont pratique également une discrimination par les prix ayant des effets de distorsion si son comportement affecte la concurrence ou crée une distorsion de concurrence sur un marché en aval et aggrave par conséquent la situation des consommateurs sur ce marché. La discrimination par les prix n'entraîne une distorsion de concurrence que si elle intervient sur un marché en amont ; elle ne fausse pas la concurrence entre les clients si ceux-ci sont des consommateurs finaux qui ne se font pas concurrence.

26. Nous examinons les quatre catégories de discrimination par les prix (ayant des effets d'exploitation, de distorsion et d'éviction ou liés à l'équité ou à d'autres objectifs d'action) aux sections 4, 5, 6 et 7 respectivement.

2.2 Conditions nécessaires pour qu'il y ait discrimination par les prix

27. Trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait discrimination par les prix, quelle que soit la forme que prend cette pratique.

28. Premièrement, l'entreprise doit présenter une courbe de demande décroissante. Si l'entreprise se trouve sur un marché de concurrence parfaite, elle acceptera le prix du marché et ne pourra pas fixer des prix différents. Par conséquent, l'entreprise doit disposer d'un pouvoir de marché mais il n'est pas nécessaire que celui-ci soit significatif. Soulignons qu'il n'y a pas de corrélation entre l'ampleur de la discrimination par les prix et celle du pouvoir de marché²⁷.

29. Deuxièmement, la capacité d'imposer des prix différents à différents acheteurs signifie sans doute que l'arbitrage est difficile. Lorsque l'arbitrage est possible, les acheteurs qui paient un faible prix pour le produit le revendent aux acheteurs qui autrement paieraient un prix élevé, ce qui empêche le

producteur de fixer un prix rentable plus élevé pour quelque acheteur que ce soit. L'arbitrage est parfois difficile en raison de la nature même du produit, par exemple s'il est très périssable, ou est artificiellement difficile ou onéreux, par exemple s'il existe des restrictions à la revente ou une incompatibilité technique.

30. Enfin, l'entreprise qui souhaite exercer une discrimination par les prix doit avoir un moyen d'estimer ou de cerner la valeur attribuée au produit par le consommateur. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, cette connaissance peut être fondée sur des caractéristiques observables ou des informations disponibles, ou provenir du consommateur (c'est-à-dire de ce qu'il révèle en choisissant la quantité ou la qualité de produit ou en achetant à un certain moment ou dans certaines conditions). Si les consommateurs effectuent leurs achats de manière entièrement anonyme et homogène, l'entreprise ne pourra pas fixer des prix différents.

31. Compte tenu de cette combinaison de conditions nécessaires, l'existence d'une discrimination par les prix est souvent utile parce qu'elle attire l'attention des régulateurs sur les marchés pertinents qui méritent d'être examinés. Dans une enquête de fusion, par exemple, la discrimination par les prix entre différentes régions géographiques donne parfois à penser qu'il existe différents marchés locaux. La discrimination démontre en effet les points suivants : l'arbitrage est difficile, la demande suit une courbe descendante, les consommateurs sont identifiables, et un relèvement des prix faible mais significatif peut donc être maintenu avec profit par une entreprise (qui n'est pas forcément un monopoleur hypothétique) dans certaines régions géographiques. Cependant, il n'en va pas toujours ainsi et comme nous l'observons ci-dessous, la discrimination par les prix peut renforcer la concurrence, en particulier lorsque différentes entreprises fixent des prix plus élevés pour différents ensembles de consommateurs (voir la section 3.2).²⁸

3. Pourquoi la discrimination par les prix est-elle souvent bénéfique ?

32. Le terme « discrimination » peut évoquer l'absence d'équité et faire douter des bénéfices probables de la fixation par les entreprises de prix différents pour des produits similaires. La discrimination par les prix n'implique pourtant pas forcément une absence d'équité ; elle permet parfois de servir davantage de consommateurs et de faire payer moins cher les consommateurs à faible revenu. Il existe une certaine forme de discrimination par les prix sur la grande majorité des marchés ; les entreprises disposant d'un faible pouvoir de marché y ont souvent recours et elle rend souvent les marchés plus concurrentiels. En d'autres termes, il est souhaitable que les régulateurs se fondent d'abord, par défaut, sur un principe de présomption réfragable selon lequel un système de discrimination par les prix a un impact anodin ou bénéfique sur les consommateurs. Dans la présente section, nous examinons brièvement les travaux consacrés aux avantages et inconvénients de la discrimination par les prix pour les consommateurs.

33. Les économistes cherchent depuis les années 30 à établir des règles claires et vérifiables permettant de définir le type de discrimination par les prix qui profite aux consommateurs. Selon leurs constatations, la discrimination par les prix présente en gros trois avantages pour les consommateurs. Premièrement, elle peut faire augmenter la production et permettre de fixer des prix abordables pour un plus grand nombre de consommateurs. Deuxièmement, elle peut renforcer la concurrence (et, par conséquent, réduire les prix et accroître la production). Troisièmement, elle peut créer des incitations dynamiques à prendre des initiatives en matière d'investissement et d'innovation au bénéfice des consommateurs.²⁹ Nous examinons ci-dessous chacun de ces avantages et passons brièvement en revue les résultats des recherches empiriques sur l'effet de la discrimination par les prix sur les consommateurs.

3.1 L'impact de la discrimination par les prix en situation de monopole

34. En l'absence de concurrence, le fait d'autoriser un monopoleur à exercer une discrimination par les prix peut accroître la production en permettant au monopoleur de fixer des prix plus faibles pour un groupe de consommateurs qui autrement n'achèteraient pas le produit. La discrimination imparfaite par les

prix accroît le bien-être des consommateurs. En effet, si le prix n'est pas égal à la valeur attribuée au produit par chaque consommateur, elle permet à des consommateurs supplémentaires d'acheter le produit moyennant un prix inférieur à celui qu'il auraient été disposés à payer.

35. Toutefois, bien que cette forme de discrimination puisse accroître la production, elle risque aussi d'augmenter le prix fixé pour le groupe de consommateurs qui étaient disposés à payer plus cher et ce prix sera supérieur à celui que certains d'entre eux sont disposés à payer. Ces derniers n'achèteront pas le produit même si la valeur qu'ils lui attribuent est supérieure à celle que lui donnent les nouveaux consommateurs qui achètent le produit à un prix inférieur.³⁰ La discrimination peut donc se révéler également inefficace puisque le marché ne parvient pas à vendre un produit rare aux consommateurs qui lui prêtent la valeur la plus élevée. Pour se faire une idée précise de l'impact de la discrimination sur les consommateurs, il faut donc se demander si la discrimination accroît significativement la production.³¹ Il s'agit d'un test unilatéral puisque la conclusion reste ambiguë si la discrimination n'entraîne pas d'accroissement notable de la production (dans le cas contraire, la discrimination est manifestement dommageable en l'absence de gains d'efficacité dynamiques – voir section 3.3.) Toutefois, ce test peut être généralisé ; il n'est pas fondé sur le degré de pouvoir de marché ; il peut être appliqué *ex post* ; enfin, il peut contribuer à la détection d'affaires dans lesquelles il y a tout lieu de penser que les consommateurs sont lésés (du moins dans une analyse statique).

36. L'enquête sur la fourniture de lait menée en 1999 par l'autorité britannique de la concurrence est un exemple intéressant. Elle montre que les quotas européens fixaient la quantité de lait fournie au Royaume-Uni. Un distributeur, Milk Marque, détenait une part de marché de près de 50 % et exerçait une forte discrimination par les prix entre ses acheteurs. Cependant, sa production totale était fixée par les accords sur les quotas et ses pratiques de discrimination par les prix n'entraînaient pas d'augmentation de la production. La *UK Competition Commission* a donc conclu que la discrimination par les prix risquait de porter préjudice aux consommateurs.³²

37. La discrimination par les prix entraîne également un transfert de bien-être des consommateurs vers les producteurs. Par exemple, les gains réalisés grâce aux consommateurs qui décideraient d'acheter quel que soit le cas (surplus du consommateur ou écart entre le prix demandé et le prix que le consommateur est disposé à payer) sont transférés au producteur (en tant que bénéfices).³³ Cela ne fait pas nécessairement baisser le bien-être général des consommateurs car l'éventuelle augmentation de la production pourrait améliorer le bien-être d'autres consommateurs. En outre, le bien-être total ne s'en trouve pas forcément diminué, encore que cela puisse être le cas si, pour accroître le bien-être du producteur, les entreprises investissent dans des activités de recherche de rente (par exemple, dans le lobbying auprès des pouvoirs publics) ou dans le maintien et l'augmentation de la capacité d'exercer la discrimination par les prix (par exemple en empêchant l'arbitrage ou en cherchant à connaître le prix que les consommateurs sont disposés à payer).

3.2 L'impact de la discrimination par les prix en situation d'oligopole

38. La discrimination par les prix peut également profiter aux consommateurs en renforçant la concurrence.

39. Premièrement, la capacité d'introduire une discrimination par les prix peut renforcer la concurrence entre les entreprises. C'est ce qu'illustre le modèle classique dans lequel deux entreprises proposant des produits différenciés situées à l'extrémité d'une ligne droite peuvent observer le lieu où se trouvent les clients. Il s'agit habituellement d'une plage à chaque extrémité de laquelle se trouve un marchand de glaces.³⁴ Le premier vendeur emporte la préférence des clients qui sont déjà assis près de lui et est le deuxième choix des clients assis près de son concurrent.

40. Lorsqu'un vendeur voit l'endroit où sont installés les consommateurs et que la discrimination par les prix est possible, il peut être tenté de réduire le prix unilatéral qu'il exigerait autrement des acheteurs situés plus près de son concurrent afin de les dédommager du déplacement plus long qu'ils ont dû faire. Cela peut être rentable parce que le vendeur a identifié ces clients et peut les empêcher de revendre le produit. Dans le même temps, ce vendeur souhaiterait vendre son produit plus cher aux consommateurs installés à proximité qui trouvent plus pratique de s'adresser à lui. Toutefois, s'il prévoit que son concurrent offrira des prix plus bas à ces consommateurs dans le but de les attirer, il doit, s'il veut les conserver, cesser de pratiquer un prix plus élevé. Il lui faut donc réduire le prix fixé pour les consommateurs situés à proximité de manière à les dissuader de se déplacer jusqu'au point de vente de son rival. D'autre part, ce vendeur serait toujours tenté de détourner les clients installés plus loin en fixant un prix inférieur à celui qu'il aurait exigé si la discrimination n'était pas possible, dans l'espoir que ces clients décident d'assumer le coût supplémentaire occasionné par le déplacement. Par conséquent, lorsque la discrimination par les prix est possible, l'ensemble des consommateurs font face à des prix plus faibles que dans le cas contraire parce que chaque entreprise établirait dans ce cas un prix uniforme plus élevé afin d'optimiser les bénéfices issus des consommateurs locaux.³⁵ On peut considérer que la capacité de discrimination engendre un dilemme du prisonnier dans lequel chaque entreprise préfère réduire le prix fixé pour les clients qui autrement se passeraient de son produit (et ce, afin de détourner ces clients de ses concurrents). Cependant, en agissant de la sorte, les entreprises incitent la concurrence à réduire les prix demandés à ces consommateurs et provoquent une baisse des bénéfices totaux du secteur.

41. Un élément fondamental de ce scénario particulier est que les entreprises concurrentes ont un point de vue divergent sur les consommateurs auxquels ils souhaiteraient proposer un prix bas (considérés comme représentant le segment faible du marché) et les consommateurs pour lesquels ils souhaiteraient fixer un prix élevé (considérés comme représentant le segment fort du marché). En revanche, il se pourrait que les entreprises, parce qu'elles sont situées à proximité les unes des autres, soient du même avis quant à la manière dont elles procéderaient pour introduire une discrimination par les prix. Dans ce cas, la discrimination aurait plutôt pour effet d'augmenter les bénéfices du secteur (et de réduire le bien-être des consommateurs, sauf en cas de forte augmentation de la production), comme lorsque le vendeur est un monopoleur (ainsi qu'on l'a vu ci-dessus).³⁶ La discrimination par les prix peut également renforcer la concurrence lorsque les entreprises cherchent à détourner les clients qui, au cours des périodes passées, achetaient les produits de leurs concurrents.³⁷

42. Deuxièmement, lorsque la discrimination par les prix contribue à renforcer la concurrence, elle empêche la perte du surplus du consommateur au profit du producteur. Tel est le cas même lorsque la discrimination parfaite par les prix est possible et que les entreprises savent tout des consommateurs. En effet, alors que le consommateur perdrait le surplus correspondant à la courbe de demande résiduelle de l'entreprise, la courbe de demande résiduelle des entreprises prises isolément serait plus élastique sur des marchés plus concurrentiels, ce qui illustre le fait que chaque entreprise dispose d'une faible marge de manœuvre pour fixer son propre prix et est dans une large mesure régie par le prix dominant sur le marché. Cela signifie que même lorsqu'une entreprise connaît le prix que le consommateur est disposé à payer, ce dernier perdrait seulement le faible surplus correspondant à la courbe de demande de l'entreprise et percevrait toujours le surplus plus important correspondant à la courbe de demande du marché.

43. Il n'existe pas de tests facilement réalisables pour déterminer les circonstances dans lesquelles les consommateurs bénéficient de la discrimination par les prix sur les marchés de concurrence imparfaite, mais les travaux semblent indiquer que sur des marchés concurrentiels, la discrimination par les prix risque moins d'être préjudiciable aux consommateurs. Cela laisse à penser que s'il est décidé de réprimer la discrimination, il serait avisé de s'attacher principalement à celle qu'exercent les entreprises dominantes.

3.3 *L'impact de la discrimination par les prix sur les incitations dynamiques*

44. Lorsque la discrimination par les prix augmente les bénéfices, elle peut, comme les prix excessifs, inciter les entreprises à mener des activités qui, espèrent-elles, les aideront à conserver la faculté de réaliser ces bénéfices. Cela pourrait par conséquent améliorer l'efficacité dynamique en encourageant la concurrence dans l'investissement en matière d'innovation et en réduisant les coûts. Les innovations pourraient bénéficier aux consommateurs et créer des externalités positives si d'autres entreprises y ont recours par la suite.³⁸

45. En plus de créer des incitations à innover, la discrimination par les prix peut inciter fortement un monopoleur à investir dans des projets comportant des coûts fixes. Ces investissements présentent peu d'intérêt lorsque les entreprises s'attendent à devoir fixer les prix au coût marginal puisque dans ce cas, elles ne couvriraient pas les coûts de leur investissement, qui ne serait donc pas efficace. Un régulateur pourrait par conséquent autoriser un monopoleur à fixer des prix qui lui permettent de réaliser des bénéfices suffisants pour couvrir ces coûts. Dans ce cas, la structure de prix qui risque le moins d'entraîner une distorsion consiste à exiger un prix plus élevé des acheteurs dont la demande est peu élastique et un prix plus faible de ceux dont la demande est plus élastique. En autorisant la discrimination par les prix, le régulateur inciterait donc le monopoleur à faire des investissements efficaces dans des projets dont les coûts fixes sont élevés.³⁹

46. Toutefois, l'augmentation des bénéfices des entreprises peut profiter aux consommateurs, mais pas dans tous les cas. Par exemple, il se peut que des entreprises réagissent en investissant dans l'innovation, mais aussi dans la recherche de rente afin d'obtenir ou maintenir une protection à caractère anticoncurrentiel de la part des pouvoirs publics. Dans d'autres cas, les entreprises peuvent chercher à renforcer l'efficacité de leurs dispositifs de discrimination par les prix pour extraire le surplus du consommateur en investissant dans des dispositifs personnalisés de fixation des prix plus complexes ou en empêchant l'arbitrage.⁴⁰

3.4 *Données empiriques sur l'impact de la discrimination par les prix*

47. Étant donné que, selon la théorie économique, l'impact de la discrimination par les prix est ambigu et dépend dans une large mesure des caractéristiques précises du marché, il n'existe pas d'hypothèse générale que les travaux empiriques pourraient se donner pour objectif de vérifier. Toutefois, la recherche menée jusqu'à présent sur certains marchés montre que les régulateurs peuvent très bien estimer les prix, les bénéfices et le bien-être des consommateurs attendus en cas d'absence de discrimination par les prix.

48. De nombreux chercheurs comparent les prix, les revenus ou le bien-être des consommateurs en présence de discrimination par les prix dans une simulation où les entreprises doivent fixer un prix uniforme. D'autres adoptent une toute autre approche et à l'aide d'une simulation, tentent de savoir quels seraient les prix si les entreprises introduisaient la discrimination par les prix.

49. Dans une comparaison des prix observés en situation de discrimination par les prix et d'un prix uniforme simulé, Beckert *et al.* (2016) estiment que le marché intermédiaire de la brique au Royaume-Uni correspond au modèle de concurrence entre des produits différenciés géographiquement décrit à la section 3.2.⁴¹ En effet, les producteurs qui exploitent leur propre usine de production de briques géographiquement différenciée sont en mesure d'observer le lieu où doit être livrée une commande de briques. En cohérence avec ce modèle, la simulation permet de penser qu'interdire aux vendeurs de briques de recourir à la discrimination par les prix entraînerait une augmentation des prix moyens de près de 12 % et une régression du bien-être total de près de 24 %.

50. De manière similaire, Grennan (2013) estime un modèle d'offre et de demande de stents coronaires sur le marché américain. Son étude montre que la discrimination par les prix exercée par les fabricants entre les différents hôpitaux qui achètent des stents accroît la concurrence entre ces fabricants et, de ce fait, le bien-être des hôpitaux qui achètent les stents.⁴² Il y a donc lieu de penser que l'interdiction de la discrimination par les prix ou l'imposition de la transparence des prix convenus dans le cadre d'une négociation bilatérale comportent des risques.

51. Dans l'étude qu'ils consacrent au marché américain des céréales de petit-déjeuner prêtes à manger, Nevo et Wolfram (2002) font ressortir des éléments qui corroborent les modèles dans lesquels lorsque la discrimination par les prix est autorisée, la concurrence incite les entreprises à réduire tous les prix en les portant au-dessous du niveau où ils se situeraient si les entreprises fixaient un prix uniforme. Par exemple, les résultats semblent indiquer que lorsque tous les fabricants offrent des coupons-primes, les prix sont bas et quasiment égaux.

52. Dans une autre affaire, il a été constaté qu'un hôtel-casino de Las Vegas pratiquait la discrimination par les prix pour augmenter de 10 % son tarif quotidien moyen et avait augmenté son taux d'occupation d'environ 6 % (Cuddeford-Jones, 2013). Cela montre que la discrimination par les prix sur des marchés concurrentiels, en particulier ceux où la capacité est fixe, peut bénéficier aux consommateurs parce qu'elle permet de servir davantage de consommateurs, alors que dans le même temps l'entreprise pratique des prix plus élevés et extrait un surplus plus important des consommateurs qui achèteraient le produit de toute façon.

53. Dans une étude réalisée en 2008 sur les marchés de l'essence en gros, Hastings constate que le prix moyen de ce produit augmenterait d'environ 5 % et que la quantité vendue diminuerait de 5 % si les entreprises avaient interdiction de pratiquer la discrimination par les prix. Une étude similaire sur les frais de scolarité des universités semble indiquer que la discrimination par les prix a entraîné une augmentation de recettes pouvant aller jusqu'à 9 % (Waldfoegel, 2015). Par comparaison, des cinémas ont connu une augmentation de recettes comprise entre 1.4 et 4 % en fonction du dispositif de discrimination adopté (Chu, Leslie et Sorensen, 2011).

54. On l'a vu, d'autres études simulent l'impact de l'introduction de la discrimination par les prix. Ces études sont inévitablement plus spéculatives en raison du nombre infini de systèmes de discrimination par les prix qui peuvent être expérimentés. Mais elles montrent comme les autres que l'absence d'avantages dynamiques importants peut entraîner une augmentation des prix et, par conséquent, être préjudiciable aux consommateurs. Par exemple, Shiller (2014) estime que Netflix pourrait augmenter ses bénéfices de 12 % en personnalisant ses prix au moyen des mégadonnées (5 000 variables de navigation sur le web). Selon les estimations, une telle augmentation des bénéfices réduirait de 8 % le bien-être des consommateurs. De manière similaire, la discrimination permettrait à iTunes d'accroître ses revenus de 50 à 66 % et entraînerait simultanément une réduction du surplus du consommateur de l'ordre de 25 à 33 % (Shiller et Waldfoegel, 2011). Il y a donc lieu de penser que l'intensification de la discrimination par les prix sur les marchés numériques aurait un impact considérable.

55. Plusieurs travaux attestent également l'idée selon laquelle la discrimination par les prix est dictée par la concurrence. Par exemple, dans une étude consacrée aux marchés régionaux des journaux, en Suède, Asplund (2008) constate que la discrimination par les prix sous forme de remises sur les abonnements est plus répandue sur les marchés où la concurrence est plus vive. En particulier, les journaux monopoleurs vendent moitié moins d'abonnements assortis de remises que les journaux ayant un concurrent à l'échelon local. L'étude constate également l'existence d'une relation inversée entre la part de marché et l'utilisation de remises. De manière similaire, une étude des marchés du transport aérien constate que les compagnies aériennes présentes sur les marchés plus concurrentiels ont davantage recours à une stratégie de discrimination par les prix. Par exemple, la différence de prix moyenne entre deux sièges du même avion

sur un itinéraire où la concurrence est plus forte représente 36 % du prix moyen d'un siège dans cet avion (Borenstein et Rose, 1994).⁴³

4. Discrimination par les prix préjudiciable aux consommateurs : la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et les stratégies de cloisonnement qui facilitent cette pratique

56. Plusieurs raisons peuvent conduire les autorités de la concurrence à mener des enquêtes sur la discrimination par les prix ou les pratiques qui sont de nature à la faciliter. On l'a vu à la section 2.1.2, la discrimination par les prix soulève quatre catégories de préoccupations liées à ses effets d'exploitation, de distorsion et d'éviction, de même qu'à l'équité ou à d'autres objectifs d'action. Dans la présente section, on verra en quoi la discrimination par les prix entraînant des effets d'exploitation peut être préjudiciable aux consommateurs et comment analyser cette pratique. Les trois autres types d'effets sont abordés aux sections 5, 6 et 7. Nous abordons d'abord les préoccupations liées aux effets d'exploitation qui peuvent être celles des autorités de la concurrence lorsque les entreprises exercent une discrimination par les prix ou adoptent des mesures visant à cloisonner le marché dans le but d'établir une discrimination par les prix.

4.1 Différence entre la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et les stratégies de cloisonnement destinées à la faciliter

57. De nombreux pays sont dotés d'une réglementation conférant à l'autorité de la concurrence le pouvoir de s'attaquer à la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et aux stratégies qui facilitent cette pratique. Dans la présente section, nous recensons les préoccupations possibles et examinons les moyens d'analyser les affaires soulevées. Nous faisons d'abord la distinction entre la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et les stratégies de cloisonnement qui facilitent cette pratique.

58. Le pouvoir de marché est la capacité d'augmenter le prix au-delà du coût marginal. Cette capacité peut être acquise, renforcée, protégée et exploitée, d'où la distinction habituelle faite par les autorités de la concurrence entre le comportement unilatéral qui consiste à exploiter un pouvoir de marché et celui qui contribue à acquérir, renforcer ou protéger un pouvoir de marché.

59. Pour certains observateurs, la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation est simplement une pratique consistant pour une entreprise qui dispose d'un pouvoir de marché significatif à fixer les prix de manière à maximiser ses bénéfices. C'est faire abstraction toutefois des initiatives unilatérales sans effets d'exclusion (ou « stratégies de cloisonnement ») qui peuvent aider une entreprise dominante non pas à maximiser ses bénéfices, mais à *modifier le(s) prix permettant de maximiser les bénéfices*. L'entreprise augmente ainsi sa marge et, comme l'ont observé Vickers,⁴⁴ Elhauge⁴⁵ et Nalebuff, les dispositifs de discrimination par les prix qui permettent aux entreprises d'augmenter leur marge renforcent également le pouvoir de marché et peuvent de ce fait contribuer à créer un « monopole plus puissant ». ⁴⁶ On l'a vu à la section 2, ces initiatives peuvent être considérées comme des stratégies de cloisonnement du marché. ⁴⁷ La pertinence de la distinction entre la fixation de prix qui maximisent les bénéfices et l'investissement stratégique dans le cloisonnement dans le but de modifier le prix permettant de maximiser les bénéfices tient au fait que les stratégies mises en œuvre par les entreprises dans le but d'acquérir un pouvoir de marché accru afin de relever les prix constituent souvent, pour les autorités de la concurrence, une préoccupation plus sérieuse que les pratiques de maximisation des bénéfices (même celles qui consistent à appliquer des prix « excessifs »). De ce point de vue, ces stratégies de cloisonnement devraient donc retenir davantage d'attention que ce n'est le cas lorsque les autorités de la concurrence considèrent la discrimination par les prix comme une simple pratique de maximisation des bénéfices.

60. Voyons en quoi consistent ces stratégies de cloisonnement. Elles peuvent prendre la forme de dispositifs visant à empêcher l'arbitrage ou à établir une distinction entre les clients avertis et les clients naïfs,⁴⁸ ou encore à recueillir et analyser des données permettant de déterminer le prix qu'un consommateur spécifique est disposé à payer pour un produit. Une entreprise peut s'en servir pour cloisonner un marché et augmenter ses marges moyennes et, partant, renforcer son pouvoir de marché. Lorsque cet effet d'exploitation (qu'il soit facilité ou non par une stratégie de cloisonnement) survient sur un marché en amont, il peut s'accompagner d'un effet de distorsion. Ces risques sont abordés à la section 5.

4.2 Les préoccupations que peuvent soulever la discrimination par les prix ayant un effet d'exploitation et les stratégies de cloisonnement qui la facilitent

61. Premièrement, dans la plupart des pays, la réglementation concernant les pratiques unilatérales repose sur le principe de protection des intérêts des consommateurs. On l'a vu à la section 3, la discrimination par les prix, tout au moins lorsqu'elle est mise en œuvre par des entreprises dominantes, peut entraîner la redistribution du surplus du consommateur entre les actionnaires et ce, au détriment des consommateurs, du moins à court terme.

62. Deuxièmement, les incitations dynamiques des entreprises autorisées à accroître leurs bénéfices ne profitent pas toujours aux consommateurs. Par exemple, certaines incitations dynamiques sont préjudiciables aux consommateurs, notamment lorsque les entreprises sont davantage incitées à se lancer dans la recherche de rente en faisant du lobbying ou à investir dans des activités de cloisonnement afin de faciliter la discrimination entre consommateurs (mais aussi l'exclusion et le renforcement des biais comportementaux des consommateurs).

63. Troisièmement, certaines entreprises ont pu acquérir un pouvoir de marché en réalisant des fusions anticoncurrentielles ou en profitant des failles de la réglementation. Dans ce dernier cas, par exemple, la réglementation de l'UE relative aux pratiques anticoncurrentielles s'applique seulement aux entreprises dominantes (contrairement aux États-Unis, où il n'est pas nécessaire qu'une entreprise occupe déjà une position dominante pour considérer qu'elle a mis en œuvre des pratiques d'éviction ayant abouti à la création d'un monopole sur un marché.) Il y a donc un risque, dans l'UE, que des entreprises non dominantes s'adonnent légalement à des pratiques d'exclusion anticoncurrentielles qui engendrent un pouvoir de marché illicite. Compte tenu de cette réglementation, on ne peut pas présumer, lorsqu'un pouvoir de marché est détecté, que celui-ci a nécessairement été acquis à la suite de pratiques d'exclusion. Comme la réglementation prévoit qu'une entreprise peut obtenir un pouvoir de marché à la suite de pratiques anticoncurrentielles, les consommateurs pourraient donc bénéficier des enquêtes qui corrigeraient cette faille de la réglementation, notamment des enquêtes sur l'exploitation d'un pouvoir de marché (par exemple dans le cadre des affaires de discrimination par les prix). Les fusions autorisées dans l'intérêt général et entraînant une hausse de prix sont un autre exemple de ce type de faille de la réglementation.

64. Quatrièmement, certaines entreprises ont pu acquérir un pouvoir de marché grâce à des fusions ou des pratiques anticoncurrentielles en profitant des failles de la réglementation, même aux États-Unis, où celle-ci est pourtant très complète. L'examen des fusions, en particulier, revêt inévitablement un caractère prédictif car il est fonction d'événements prévisibles au moment où il est réalisé. Il faut compter avec la possibilité d'erreurs ou d'événements imprévisibles ou improbables. La réalité et l'importance que peuvent prendre ces affaires sont manifestes, comme en témoignent les augmentations de prix intervenues à la suite d'une fusion et détectées dans le cadre d'évaluations *ex post*,⁴⁹ ainsi que la contestation rétrospective, par la *Federal Trade Commission*, de la fusion entre la Evanston Northwestern Healthcare Corporation et l'hôpital Highland Park.⁵⁰

65. Cinquièmement, bien que l'on puisse s'attendre à ce que les consommateurs rationnels se protégeront contre la discrimination par les prix risquant d'être source d'exploitation, on peut se demander si les consommateurs affectés par des biais comportementaux seront amenés à payer davantage qu'ils ne le souhaitent pour un produit (ce qui entraînera artificiellement un déplacement de la courbe de demande vers l'extérieur) et si le pouvoir de marché augmente ce risque. Par exemple, les consommateurs peuvent être vulnérables aux stratégies de tarification furtive et aux frais contingents opaques ou imprévus.⁵¹ Les autorités de la concurrence devraient sans doute se soucier des cas où une pratique anticoncurrentielle ayant des effets d'exploitation comme la discrimination par les prix repose sur des stratégies d'exploitation des biais comportementaux qui renforcent ces biais. De plus, la capacité qu'ont les entreprises disposant d'un pouvoir de marché d'exercer une discrimination par les prix et d'extraire la totalité de la somme que les consommateurs sont disposés à payer (le surplus du consommateur correspondant à cette demande artificiellement gonflée) pourrait accroître l'incitation à adopter ces stratégies. Les autorités de la concurrence (et les autorités chargées de la protection des consommateurs) pourraient par conséquent juger préoccupants les cas où ces distorsions du marché situées du côté de la demande nuisent à la concurrence, augmentent les bénéfices des entreprises dominantes et amoindrissent le bien-être des consommateurs.

66. Sixièmement, on peut douter que les marchés sur lesquels sont mises en œuvre des pratiques d'exploitation s'amenderont d'eux-mêmes. Les consommateurs seront alors lésés pendant une longue période. Par exemple, même si les barrières à l'entrée sont faibles, un monopoleur peut continuer à pratiquer des prix lui permettant d'extraire la totalité du surplus du consommateur sans que cela n'attire nécessairement de nouveaux entrants. En effet, ce n'est pas le prix pratiqué par l'entreprise en place avant l'entrée mais sans doute le prix post-entrée qui détermine l'existence d'une perspective d'entrée rentable.⁵²

67. Lorsque la discrimination par les prix source d'exploitation s'exerce entre des acheteurs intermédiaires, il y a sans doute lieu de s'intéresser également à son impact sur les consommateurs en aval. Par exemple, les consommateurs finaux de l'intermédiaire défavorisé paieront sans doute plus cher si l'intermédiaire parvient à répercuter sur ceux-ci le prix de la discrimination (même si cela représente une petite part du prix du produit final). Cependant, l'impact global de cette pratique sur le bien-être des consommateurs pourrait également être favorable pour des raisons identiques à celles qui sont exposées à la section 3. Par exemple, la discrimination peut signifier que des intermédiaires supplémentaires sont servis (auquel cas des marchés supplémentaires de biens de consommation pourraient être servis, ou encore la concurrence sur les marchés existants sera renforcée.)

4.3 *La norme juridique applicable à la discrimination par les prix source d'exploitation et aux stratégies de cloisonnement du marché qui facilitent cette pratique*

68. De nombreux pays appliquent des restrictions, dans le cadre de leur régime de concurrence, à la capacité qu'ont les entreprises d'exploiter un pouvoir de marché et d'exercer une discrimination par les prix dans certaines situations.⁵³

69. C'est sans doute aux États-Unis que les différentes situations dans lesquelles la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation est interdite sont les plus circonscrites. De nombreux États américains sont dotés de textes législatifs étroitement limités sur les pratiques de prix excessifs et permettant de restreindre la discrimination par les prix, notamment l'imposition de prix excessifs dans des régions confrontées à une situation d'urgence⁵⁴. Il y a également des exemples d'interdiction simple de discrimination entre zones géographiques (par exemple, la législation applicable aux stations-services à New York). De manière plus générale, à l'échelon fédéral, l'infraction de monopolisation contenue dans le *Sherman Act* est habituellement réputée exiger qu'un monopoleur ait adopté un comportement d'éviction afin d'acquérir, conserver ou accroître son pouvoir de marché. Cela signifie qu'il n'existe pas de fondement juridique sur lequel s'appuyer pour examiner les effets d'exploitation produits par un dispositif de discrimination par les prix. D'aucuns estiment toutefois que l'exploitation d'un pouvoir monopolistique

au moyen de la discrimination par les prix (par exemple en adoptant des stratégies de ventes liées et en majorant le prix des produits concernés par ces ventes) violerait le *Sherman Act*, en vertu du principe selon lequel « dans la mesure où une entreprise introduit la discrimination par les prix, son monopole gagne en puissance. Par conséquent, même l'entreprise qui a acquis son monopole en proposant le meilleur produit qui soit sur le marché commence à franchir la ligne jaune et à monopoliser le marché lorsqu'elle a recours à la discrimination par les prix ». ⁵⁵ De ce fait, on peut dire, même si de nombreux spécialistes seraient en désaccord, qu'un dispositif de discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation pourrait être considéré comme une atteinte à l'article 2 du *Sherman Act*.

70. Certains estiment également qu'à l'avenir, afin de réagir aux préoccupations grandissantes de la population en ce qui concerne le creusement des inégalités, la FTC pourrait « conclure que le prix de monopole ou la discrimination par les prix visant des consommateurs moins favorisés peuvent être constitutifs d'une pratique déloyale en violation de l'article 5 du *Federal Trade Commission Act*, même si le pouvoir de marché a été acquis de manière licite ». ⁵⁶

71. En Europe, l'article 102(c) du TFUE, qui vise précisément la discrimination (par les prix ou les conditions) est rédigé en termes généraux et pourrait donc restreindre la capacité des entreprises dominantes d'appliquer une politique de prix inégaux ou de conditions inégales. Toutefois, la possibilité de conférer une portée générale à cet article n'a guère été exercée et Peeperkorn (2008), par exemple, précise que celui-ci n'a jamais été appliqué directement et exclusivement aux effets d'exploitation produits par la discrimination par les prix exercée par une entreprise dominante. Dans la pratique, cette disposition a plutôt été utilisée pour traiter la discrimination par les prix n'entraînant pas d'effets d'éviction et exercée directement ou indirectement en fonction de la nationalité ou du lieu de résidence du client. ⁵⁷ Lorsque ce type de discrimination se produit sur des marchés en amont, elle peut être considérée principalement comme produisant des effets de distorsion plutôt que d'exploitation (voir l'encadré 3, section 5, au sujet d'*Aéroports de Paris*). Toutefois, la discrimination qui s'exerce sur les marchés en aval (et qui entraîne par conséquent des effets d'exploitation) est dans certains cas interdite aux termes de l'article 102. Par exemple, la discrimination qui a un impact direct sur les consommateurs finaux est explicitement traitée dans l'arrêt de la Commission concernant la Coupe de France 1998 :

« (...) Si l'application de l'article 82 exige souvent d'évaluer l'incidence du comportement d'une entreprise sur la structure de la concurrence dans un marché donné, on ne saurait exclure de l'appliquer en l'absence d'une telle incidence. En effet, les intérêts des consommateurs sont protégés par l'article 82, cette protection consistant à interdire aux entreprises dominantes tout comportement susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence ou d'être directement préjudiciable aux consommateurs. En conséquence et ainsi que la Cour de justice l'a expressément admis (il est renvoyé ici à l'affaire Continental Can), l'article 82 peut être correctement appliqué, s'il y a lieu, aux situations dans lesquelles le comportement d'une entreprise dominante cause un préjudice immédiat aux intérêts des consommateurs malgré l'absence de tout effet sur la structure de la concurrence. »

72. L'absence de jurisprudence se double d'une absence d'orientations de la Commission sur la manière dont elle enquête sur les abus qui n'entraînent pas l'exclusion (c'est-à-dire qui produisent des effets d'exploitation et de distorsion) ou dont elle hiérarchise ces affaires. ⁵⁸ On ignore donc quelle est la norme juridique applicable en Europe en cas de discrimination par les prix source d'exploitation et affectant directement les consommateurs finaux. On connaît toutefois la norme juridique appliquée dans les affaires (par exemple l'affaire *United Brands*) qui portent sur une discrimination géographique en amont entre des clients qui ne se concurrencent pas mais dans lesquelles une pratique de cloisonnement est décelée. ⁵⁹ Les tribunaux européens ont appliqué ce qui semble relever d'une approche *per se*. ⁶⁰ Dans ce type d'affaires, l'absence de concurrence en aval signifie qu'il ne peut pas y avoir d'effets de distorsion et l'infraction est fondée par conséquent sur l'exploitation d'un pouvoir de marché. Cependant, il semble que

l'attention portée à la nationalité ou au lieu de résidence traduise le fait que la préoccupation spécifique de la Cour est de protéger le marché unique (voir à ce sujet la section 7.) On ignore donc si la Cour adopterait la même approche si la Commission lui apportait la preuve d'une pratique de cloisonnement qui facilite la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation en se fondant non pas sur les frontières nationales, mais par exemple sur les prix personnalisés.

4.4 *Comment analyser les allégations concernant les pratiques de discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et les stratégies de cloisonnement qui facilitent ces pratiques*

73. Dans la présente section, nous proposons un cadre permettant d'évaluer si un dispositif de discrimination par les prix et les stratégies de cloisonnement utilisées pour faciliter cette discrimination constituent ou non un abus. L'analyse comprend quatre étapes : la confirmation, l'analyse statique, la persistance et l'analyse des incitations dynamiques. Nous proposons également des filtres qui pourraient se révéler utiles pour la hiérarchisation des éventuelles affaires de discrimination par les prix.

74. La première étape vise à confirmer si un dispositif de tarification est effectivement discriminatoire. Comme on l'a vu à la section 2, une différence de prix ne suffit pas. Un dispositif n'est discriminatoire que si une entreprise vend à des prix différents des produits similaires dont le coût marginal est le même. À cette étape, il faut donc connaître le coût des produits et évaluer les gains d'efficacité que le vendeur réalise en vendant ses produits à de grandes chaînes. Il n'est pas nécessaire de porter une appréciation sur le caractère « excessif » des prix.⁶¹

75. La deuxième étape consiste à établir si le dispositif est préjudiciable aux consommateurs au moyen d'une analyse statique, autrement dit de l'effet immédiat sur le bien-être des consommateurs.⁶² Par exemple, on peut avoir la certitude que l'impact à court terme sur l'ensemble des consommateurs sera négatif si le dispositif n'entraîne pas l'augmentation de la production de l'entreprise (et par conséquent, de la production totale).⁶³ Comme l'enquête est réalisée *ex post*, des données empiriques devraient permettre de déterminer l'impact du dispositif sur la production. Selon l'affaire examinée, il n'est pas toujours évident de trouver la contre-analyse appropriée. Dans ce cas, des données sur l'évolution de la production avant l'introduction du dispositif et les évolutions observées sur des marchés similaires susceptibles d'être affectés par des chocs ou des causes similaires sont utiles pour définir la contre-analyse.

76. Pour saisir l'ampleur d'un dommage statique constaté à cette étape, il est utile d'évaluer le pouvoir de marché de l'entreprise considérée. Comme il est noté à la section 3.2, l'importance du pouvoir de marché ou de la situation dominante, sans être une condition nécessaire pour déterminer l'existence d'un dommage, est un bon indicateur de l'ampleur de ce dernier dans une analyse statique. Enfin, l'ampleur du dommage causé aux consommateurs, dans ce type d'analyse, est vraisemblablement supérieure si les prix sont personnalisés, car cela maximise la capacité d'une entreprise d'extraire le surplus du consommateur.

77. La troisième étape permet de vérifier si l'exploitation dont l'analyse statique a montré le caractère préjudiciable est transitoire et sera sans doute résolue ou non par les marchés. Pour ce faire, il faut chercher à déterminer de quand date l'introduction du dispositif et s'entretenir avec les acheteurs et les vendeurs afin de savoir s'il sera maintenu. Cela permet de savoir, par exemple, si l'entreprise est protégée par des barrières à l'entrée (effets de réseau) ou a investi dans des pratiques de cloisonnement du marché. L'analyse établit aussi si les entrants potentiels sur le marché considéré disposent d'informations sur l'efficacité de l'entreprise en place et, dans la négative, si les prix pratiqués avant l'entrée sont un indicateur fiable des prix pratiqués après celle-ci et, par conséquent, si les entrants potentiels peuvent discerner les perspectives d'entrée rentable qui se présentent. Par exemple, un entrant potentiel peut observer que l'entreprise en place pratique une discrimination par les prix sans être protégée par une stratégie d'exclusion ou une barrière à l'entrée. Dans ce cas, l'entreprise en place exerce une discrimination

par les prix lorsqu'elle en a la possibilité mais réagira sans doute à une entrée en réduisant son prix de manière à supprimer la perspective d'une entrée rentable. On peut également imaginer qu'une entreprise en place moins efficiente ou qui peine à ajuster les prix ne puisse pas réagir à une nouvelle entrée en réduisant ses prix. Dans ce cas, la constatation de l'existence d'une discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation pourrait pointer la possibilité d'une entrée rentable.

78. La quatrième étape s'attache à repérer la provenance de la discrimination par les prix. Cette étape est cruciale parce qu'elle permet de déterminer les incitations dynamiques qui sont créées lorsque le régulateur autorise la discrimination et les éventuelles stratégies de cloisonnement qui ont facilité sa mise en œuvre. Par exemple, si la discrimination repose sur une stratégie de cloisonnement ayant consisté pour l'entreprise à investir pour rendre l'arbitrage plus difficile, l'investissement en vue d'empêcher l'arbitrage figurerait parmi les incitations dynamiques découlant de l'autorisation à exercer la discrimination. Si l'analyse statique a montré que le dispositif entraîne un préjudice, cet investissement ne serait pas considéré comme étant de nature à profiter aux consommateurs et cette incitation dynamique n'atténuerait donc pas le dommage statique. Lors de la mise en œuvre de mesures correctives, il faudrait axer l'enquête sur la recherche de moyens de préserver d'autres incitations dynamiques bénéfiques en concentrant les mesures correctives sur la facilitation de l'arbitrage au lieu d'interdire simplement les pratiques de prix inégaux.

79. De même, si la discrimination est possible non pas parce que l'entreprise a cloisonné le marché mais parce qu'elle a bénéficié d'un traitement favorable de la part des pouvoirs publics (ou que la réglementation rend l'arbitrage difficile), les incitations dynamiques comprendraient l'investissement dans la recherche de rente en faisant pression auprès de l'administration. À l'inverse, il existe de nombreuses autres sources possibles de discrimination par les prix dans le cadre de laquelle un investissement supplémentaire pourrait bénéficier aux consommateurs sur le long terme. Par exemple, l'entreprise pourrait se trouver devant une courbe de demande décroissante à forte pente tenant à la réussite de son activité d'innovation. Dans ce cas, l'incitation dynamique produite est que l'entreprise fait concurrence à ses rivales en investissant dans l'innovation. L'impact à long terme du dispositif sur le bien-être des consommateurs serait positif et cela compenserait sans doute le préjudice statique observé à la deuxième étape.⁶⁴

80. On ne peut pas toujours prévoir comment évolueront ces incitations dynamiques. Par exemple, si la discrimination a été facilitée par un investissement dans la collecte et l'analyse de mégadonnées qui améliore la capacité de l'entreprise de personnaliser le service et les prix, on peut se demander si l'incitation à investir dans la personnalisation des services et des prix est en fin de compte bénéfique aux consommateurs. Parmi les avantages non liés aux prix, mentionnons par exemple les conseils personnalisés. Il ne faut toutefois pas présumer qu'une augmentation de la qualité, si marginale soit-elle, primerait nécessairement sur l'extraction du surplus du consommateur au moyen de prix personnalisés plus élevés.

81. De concert avec ce cadre d'enquête sur la discrimination par les prix produisant des effets d'exploitation, il paraît logique d'utiliser un certain nombre de filtres lors de l'examen de possibles affaires. Par exemple, on pourrait envisager l'application des filtres suivants : (a) l'absence d'expansion de la production ; (b) la position dominante de l'entreprise ; (c) l'utilisation de prix personnalisés ; et (d) les démarches présumées engagées pour cloisonner le marché.

5. Discrimination par les prix préjudiciable aux consommateurs : discrimination par les prix ayant des effets de distorsion

82. Lorsque la discrimination par les prix est exercée en amont, il y a un risque supplémentaire que les différences de prix entraînent une distorsion de concurrence entre les acheteurs de biens intermédiaires, ce qui affecte le processus concurrentiel et augmente les prix payés par les consommateurs finaux. La

plupart des pays ont adopté une réglementation destinée à traiter ce risque de préjudice à la concurrence sur le marché en aval même s'ils n'en ont pas prévu pour la discrimination par les prix produisant des effets d'exploitation.

5.1 Les préoccupations que peut soulever la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion

83. La discrimination en amont par les prix qui produit des effets de distorsion sur les marchés en aval suscite en gros deux préoccupations. Bien que dans certains cas, d'autres craintes aient motivé l'adoption des règles applicables à la discrimination par les prix source de distorsion,⁶⁵ ce sont ces deux préoccupations reposant sur des fondements économiques qui portent les autorités de la concurrence à considérer comme recevables les plaintes concernant ce type de discrimination.

84. La première préoccupation est que l'exercice d'une discrimination par les prix par une entreprise dominante sur les marchés intermédiaires en amont puisse dans certains cas avoir pour conséquence que les entreprises les plus efficaces doivent acquitter un prix plus élevé et les moins efficaces, un prix moindre.⁶⁶ Par exemple, les entreprises en aval les plus efficaces pourraient présenter une demande moins élastique pour ce produit (si leur demande n'évolue pas dans le même sens que les prix) que les entreprises en aval les moins efficaces. L'efficacité de ces entreprises s'explique peut-être par le fait qu'elles emploient d'importantes capacités de production et qu'elles ne peuvent réduire les volumes sans perte d'efficacité. En tout état de cause, si leur demande est moins élastique, un producteur dominant pourrait leur facturer des prix plus élevés parce que le meilleur moyen de récupérer les coûts fixes est de les faire assumer par les clients dont la demande est moins élastique (voir section 3.3 sur les principes de tarification de Ramsey).⁶⁷ Il s'ensuivrait que les entreprises les moins efficaces situées en aval paieraient moins cher et produiraient sans doute plus qu'elle ne le devraient, tandis que les entreprises les plus efficaces en aval paieraient plus cher et produiraient trop peu. L'efficacité productive serait affectée et les prix en aval seraient trop élevés.

85. De même, si les entreprises en aval prévoient qu'en gagnant en efficacité, elles verront leur demande de biens intermédiaires devenir moins élastique et qu'en conséquence, elles devront payer ces biens plus cher, elles investiront moins dans l'amélioration de leur efficacité. La diminution de l'investissement pourrait nuire à l'efficacité dynamique et, partant, porter préjudice aux consommateurs.

86. La deuxième préoccupation est que les entreprises en aval puissent prendre des décisions non rationnelles en tentant de négocier des prix plus bas pour les biens intermédiaires avec une entreprise en amont dominante. Par exemple, si cette entreprise en amont exerce une discrimination fondée sur les solutions extérieures qui s'offrent aux entreprises en aval, il se peut qu'elle fixe un prix inférieur pour une chaîne de détail en aval parce que celle-ci peut menacer de manière crédible d'intégrer la production en amont.⁶⁸ Si l'intégration n'est pas efficace, la discrimination qui s'ensuit risque de provoquer une augmentation de tous les prix de gros.⁶⁹ L'intuition est que devant la crédibilité de la solution extérieure, le vendeur fixe des prix en se soumettant à une contrainte qui consiste à autoriser la chaîne de détail en aval à réaliser des bénéfices juste assez suffisants pour ôter de son intérêt à la stratégie d'intégration en amont. Toutefois, s'il peut exercer une discrimination par les prix, le vendeur augmentera les prix pour les autres magasins locaux (qui n'ont pas de solution extérieure crédible d'intégration en amont si leurs bénéfices diminuent). Cela entraînera une hausse des bénéfices de la chaîne de vente au détail, dont les ventes augmenteront au détriment de celles de ces magasins locaux ; le vendeur pourra en outre augmenter le prix facturé à la chaîne de vente au détail, tout en continuant de veiller à ce que celle-ci réalise des bénéfices suffisants pour que l'intégration en amont ne présente pas d'intérêt. Par voie de conséquence, tous les intermédiaires paieront plus cher et on peut prévoir que ce sera également le cas des consommateurs finaux.

87. Si toutefois le marché en amont est plus concurrentiel, les résultats peuvent différer sensiblement de ceux qui sont décrits ci-dessus. Par exemple, la concurrence peut inciter les entreprises à proposer des prix plus intéressants à leurs clients les plus efficaces (plutôt qu'à ceux qui le sont moins). Par conséquent, il y a tout lieu de penser, à l'instar des auteurs dont les travaux sont évoqués à la section 3.2, que la discrimination par les prix sur des marchés concurrentiels bénéficie aux consommateurs.⁷⁰

5.2 ***La norme juridique applicable à la discrimination par les prix ayant des effets de distorsion***

88. Dans la plupart des pays, le régime de concurrence prévoit une réglementation visant à traiter le risque de discrimination par les prix ayant des effets de distorsion sur les marchés en aval.

89. Aux États-Unis, le *Robinson-Patman Act* interdit aux vendeurs de proposer des prix différents aux acheteurs de « produits de niveau et de qualité similaires » lorsque « la discrimination risque de diminuer sensiblement la concurrence ou de créer un monopole dans un secteur commercial donné ou encore de diminuer, détruire ou empêcher la concurrence avec toute personne qui octroie ou reçoit sciemment les avantages de cette discrimination, ou avec ses clients ». La loi dispose que des prix différents peuvent être pratiqués seulement si le prix le plus bas (a) est offert à tous les acheteurs ; (b) s'explique par des coûts plus bas ; (c) correspond au prix d'un concurrent (mais n'y est pas supérieur) ; ou (d) témoigne des évolutions du marché ou de la qualité marchande des produits.

90. Le *Robinson-Patman Act* a suscité de nombreuses critiques. Dans son rapport de 2007, le *Antitrust Modernisation Committee* (AMC) recommande son abrogation intégrale au motif qu'il est incompatible avec la législation relative à la concurrence et est préjudiciable au bien-être des consommateurs.⁷¹ Deux rapports précédents, l'un publié en 1969 par le groupe de travail de la Maison Blanche et l'autre en 1977 par le ministère de la Justice, recommandaient d'abroger ce texte ou d'y apporter des modifications substantielles en raison du coût élevé de son application, de ses avantages limités, sinon inexistant, et de son incompatibilité avec d'autres lois sur la concurrence.

91. L'AMC a reconnu que la discrimination par les prix peut avoir des effets bénéfiques ou préjudiciables, en fonction des circonstances. Il a toutefois estimé que le *Robinson-Patman Act* ne vise pas la discrimination par les prix ayant des effets dommageables, mais les pratiques de prix bas :

« Le Congrès a interdit la discrimination par les prix dans les cas où celle-ci risque de diminuer, détruire ou empêcher la concurrence avec [certaines] personnes (...) ou leurs clients ». Les tribunaux ont interprété cette disposition comme signifiant que le préjudice causé à un concurrent par la discrimination par les prix suffit à prouver une infraction à la Loi.⁷² Cela est incompatible avec l'objet de la législation sur la concurrence telle que l'ont interprété les tribunaux.

En 1948, la Cour suprême a estimé que le Robinson-Patman Act « avait pour objet de justifier une atteinte à la concurrence en démontrant l'existence d'un préjudice infligé au concurrent victime de la discrimination ». La Cour suprême a également considéré que l'on pouvait déduire l'existence d'un dommage concurrentiel (comme dans l'affaire du sel Morton) dans les affaires de dommage secondaire relevant du Robinson-Patman Act. Selon la Cour suprême, la seule preuve que certains commerçants avaient dû payer plus cher que d'autres était « suffisante » pour conclure que « les possibilités de concurrence de certains commerçants ont été mises à mal ». Par conséquent, pour déduire qu'un dommage concurrentiel a eu lieu dans une affaire de dommage secondaire relevant du Robinson-Patman Act, il faut simplement, selon la présomption dégagée dans l'affaire du sel Morton, que le plaignant prouve qu'« un concurrent privilégié a bénéficié d'une réduction de prix considérable sur une longue période. »

La plupart des tribunaux ont appliqué cette déduction de manière large et conclu que l'expression « dommage concurrentiel » utilisée dans le Robinson-Patman Act se rapporte seulement au préjudice causé à un concurrent particulier et non à la concurrence en général sur un marché donné. Selon cette règle, peu importe que le prévenu soit en mesure de prouver qu'il n'y a en réalité pas eu d'atteinte à la concurrence sur un marché donné. »

92. La Loi n'est pas abrogée, mais la FTC n'a soumis qu'une seule affaire au cours des 25 dernières années,⁷³ encore que les actions privées ne soient pas rares (voir les encadrés 1 et 2 ci-dessous) et la seule intervention des régulateurs, ces dernières années, a consisté à déposer un mémoire d'*amicus curiae* pour déclarer que certaines affaires engagées par le passé n'étaient plus pertinentes du point de vue juridique.⁷⁴ En outre, les plaignants ne peuvent plus prétendre à des dommages-intérêts importants à la suite de la décision de la Cour suprême aux termes de laquelle le plaignant qui a eu gain de cause n'obtiendrait pas automatiquement des dommages-intérêts correspondant au montant de la remise qu'ils n'a pas reçue, et qu'il faudrait plutôt fixer les dommages-intérêts en fonction des ventes perdues à cause de la discrimination.⁷⁵

Encadré 1. Cash & Henderson Drugs contre Johnson & Johnson⁷⁶

Vingt-huit pharmacies ont accusé Johnson & Johnson d'avoir introduit une discrimination par les prix à leur détriment et en faveur d'organisations de services médicaux (*Health Maintenance Organizations* (HMOs)) et de gestionnaires de régimes d'assurance médicaments. Les pharmacies affirmaient que la discrimination leur avait fait perdre des clients au profit des acheteurs privilégiés.

Dans cette affaire, la Cour d'appel pour la deuxième circonscription a insisté sur le terme « substantiel » et affirmé que l'atteinte à la concurrence peut être démontrée de deux manières : « [1] démontrer que des remises substantielles ont été accordées à un concurrent sur une longue période – d'après le raisonnement suivi dans l'affaire du sel Morton, ou [2] démontrer que des ventes ont été perdues au profit d'acheteurs privilégiés ».

Les plaignantes ont mené une analyse approfondie pour apparier les clients qui, au cours des six mois ayant suivi la présentation d'une ordonnance à l'une des 28 pharmacies, s'étaient procuré l'un des médicaments figurant sur une liste auprès d'un acheteur privilégié. La Cour d'appel a toutefois estimé que la proportion de clients réputés perdus était négligeable (tout au plus 3 %).

Les pharmacies s'appuyaient également sur le raisonnement suivi dans l'affaire Morton parce qu'elles détenaient la preuve que des remises substantielles avaient été consenties sur une longue période. Selon ce raisonnement, le fait que des remises substantielles ont été accordées sur une longue période permet de déduire qu'il y a eu atteinte à la concurrence. La Cour d'appel a toutefois décidé que la preuve apportée, à savoir qu'un nombre négligeable de clients avait changé de fournisseur, ne permettait pas de retenir le raisonnement suivi dans l'affaire Morton. La Cour d'appel a par conséquent rejeté la plainte.

Cette analyse montre bien l'absence de fiabilité du raisonnement suivi dans l'affaire du sel Morton. Toutefois, elle conduit également à se demander s'il faudrait exiger la preuve que les clients ont changé de fournisseur pour considérer qu'il y a eu atteinte à la concurrence. Par exemple, pourquoi s'intéresser seulement aux clients qui à l'origine se sont procuré les produits auprès de l'acheteur lésé ? N'est-il pas possible que les consommateurs choisissent un détaillant et lui soient fidèles jusqu'à ce que les prix changent ? De plus, s'il y avait eu davantage de changements de détaillant, le tribunal aurait-il examiné les contraintes concurrentielles imposées par les autres détaillants présents sur le marché pertinent ? Globalement, le fait de mettre l'accent sur le « préjudice causé aux concurrents » crée un risque de ne pas détecter l'impact sur la concurrence et, par conséquent, sur les consommateurs présents sur le marché pertinent.

Encadré 2. Reeder-Simco contre Volvo Trucks (2006)⁷⁷

Aux États-Unis, les clients qui souhaitent acheter un camion poids lourd personnalisé lancent habituellement un appel d'offres auprès des détaillants. Les détaillants demandent ensuite aux constructeurs de leur consentir des remises sur les prix de gros de manière à améliorer leur chance de remporter le marché. Les clients peuvent s'adresser à plusieurs détaillants de la même marque de camions mais le font rarement.

Dans cette affaire, le détaillant Reeder-Simco prétendait que l'entreprise Volvo Trucks avait adopté une pratique discriminatoire à son égard en offrant à d'autres détaillants des remises plus importantes, ce qui lui avait fait perdre des ventes et des bénéfices. Selon ce détaillant, Volvo avait agi ainsi pour réduire le nombre de détaillants Volvo. Le détaillant a montré que dans une série de soumissions, Volvo lui avait consenti des remises inférieures à celles qu'il avait octroyées aux autres détaillants Volvo lors d'autres soumissions. Dans sa politique, Volvo prévoyait d'accorder des remises d'égale valeur aux détaillants pour une même soumission. Le détaillant Reeder-Simco a indiqué que dans une autre série de soumissions, il avait à deux reprises répondu à un appel d'offres auquel participait également un autre détaillant Volvo. Il a expliqué que dans un cas (il s'agissait d'un appel d'offres qu'aucun des deux détaillants n'a remporté), Volvo a augmenté la remise accordée à Reeder-Simco pour l'aligner sur celle qu'il avait offerte à l'autre détaillant. Pour l'autre soumission, Volvo a octroyé aux deux détaillants une remise d'égale valeur et l'autre détaillant a remporté l'appel d'offres. Par la suite, Volvo a accordé à ce détaillant concurrent une remise plus importante pour rembourser le client au titre d'une augmentation du coût des camions Volvo survenue dans l'intervalle.

En appel, la Cour suprême a affirmé que le *Robinson-Patman Act* n'interdit pas toutes les différences de prix facturés aux différents acheteurs d'un produit. Ce texte interdit plutôt la discrimination par les prix dans la seule mesure où elle risque de porter atteinte à la concurrence. La Cour suprême a estimé que dans la première série de soumissions, le détaillant Reeder-Simco n'avait pas subi de préjudice concurrentiel parce qu'il n'avait pas concurrencé des détaillants Volvo. La Cour suprême a ajouté que même si Reeder-Simco avait concurrencé d'autres détaillants Volvo pour pouvoir présenter une soumission, ce type de concurrence préliminaire n'était pas affectée parce qu'à cette étape, aucune remise n'avait été demandée. La Cour suprême a estimé qu'une fois qu'un détaillant était sollicité pour participer à un appel d'offres, le marché pertinent était la soumission même (en fonction des besoins particuliers du client). Par conséquent, sauf dans les cas où le client avait demandé à plusieurs détaillants Volvo de lui présenter une soumission, les différents détaillants Volvo ne se trouvaient pas sur le même marché et ne se faisaient pas directement concurrence. La Cour a enfin affirmé que Reeder-Simco n'avait pas apporté d'éléments concernant d'autres soumissions dans le cadre desquelles il aurait pu recevoir des remises plus importantes que ses concurrents.

La Cour suprême a estimé que dans la deuxième série de soumissions Reeder-Simco avait obtenu le même prix que l'autre détaillant Volvo pour les deux soumissions concernées. La Cour suprême a observé que si malgré tout il y avait eu discrimination par les prix, celle-ci n'avait pas véritablement affecté la concurrence. De son point de vue, le *Robinson-Patman Act* doit être considéré comme un texte qui protège la concurrence et non les concurrents.

Étant donné que l'on cherche à déterminer l'existence d'effets de distorsion, la question n'est pas de savoir si les acheteurs se font ou non concurrence (encore qu'il soit difficile d'imaginer qu'un détaillant réputé auprès des acheteurs pour pratiquer des prix élevés parce qu'il reçoit systématiquement de faibles remises de la part du constructeur sera souvent sollicité pour participer à un appel d'offres.) Naturellement, en l'absence de concurrence entre les acheteurs en aval, il ne peut y avoir de distorsion de concurrence en aval. En général, il peut également être pertinent d'établir si les acheteurs sont actifs sur des marchés apparemment distincts du fait d'une stratégie de cloisonnement du marché conçue pour appuyer la discrimination par les prix. Cependant, rien ne permet de penser que dans cette affaire, Volvo a agi dans le but de cloisonner le marché, par exemple en restreignant les soumissions auxquelles pouvaient participer les différents détaillants.

93. Au Japon, la discrimination par les prix par une entreprise non dominante peut être interdite s'il est constaté qu'elle relève d'une pratique commerciale déloyale. Malgré le fait que soit mentionné le caractère déloyal de la pratique en cause, il doit être établi que l'entreprise « entrave la concurrence ». En 2003, par exemple, l'autorité japonaise de la concurrence (*Japan Fair Trade Commission* (JFTC)) a estimé que la brasserie Asahi avait appliqué un « traitement discriminatoire en matière de conditions commerciales ». En particulier, Asahi avait offert des conditions plus favorables de remboursement des coûts de certaines activités promotionnelles à un groupe particulier de distributeurs situés dans la partie sud de la préfecture d'Osaka (par exemple, d'août 2002 à mars 2003, les écarts ont pu représenter jusqu'à huit fois le prix.) Selon la JFTC, la conduite d'Asahi était de nature à « influencer défavorablement » sur la concurrence entre les détaillants de cette région.

94. En Europe, comme on l'a vu à la section 4.3, la discrimination par les prix produisant des effets de distorsion est couverte par l'article 102(c) et est définie par le fait d'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 ». La partie qui subit un préjudice doit par conséquent prouver que celui-ci se traduit par un désavantage dans la concurrence. La jurisprudence des affaires *Aéroports de Paris*, *British Airways*, *Clearstream* et *Solvay (carbonate de soude)* (voir les encadrés 3 et 5) semble indiquer que l'approche *per se* est donc rejetée dans les affaires de distorsion de concurrence. Les éléments qui entrent en ligne de compte dans l'analyse des effets sur le bien-être des consommateurs sont les suivants : l'incidence de la différence de prix sur la structure de coûts de l'acheteur ; la compétitivité du marché en aval ; et l'examen de l'impact probable de la différence de prix sur la situation du marché (par exemple le prix, la qualité et l'innovation).

Encadré 3. Aéroports de Paris (ADP) contre la Commission⁷⁸

À l'origine, Alpha Flight Services (AFS) était le seul prestataire de services de commissariat aérien à l'aéroport d'Orly. Orly Air Traiteur (OAT), une filiale d'Air France, a toutefois commencé à fournir ce type de services et a progressivement repris les activités jusqu'alors assurées par Air France. ADP a octroyé à AFS et OAT une concession d'une durée de 25 ans pour exercer leurs activités à l'aéroport d'Orly, en contrepartie d'une redevance variable. AFS a déposé une plainte au motif qu'ADP imposait des redevances discriminatoires qui favorisaient OAT. Selon AFS, ADP appliquait des redevances différentes aux prestataires qui comme elle fournissaient des services d'escale aux tiers et à ceux qui comme OAT, fournissaient ces services à leur société-mère.

La Commission a jugé qu'ADP avait enfreint les dispositions de l'article 82 (devenu art. 102) du traité CE en utilisant sa position dominante d'exploitant des aéroports parisiens pour imposer aux prestataires ou usagers fournissant des services d'assistance ou d'auto-assistance en escale des redevances commerciales discriminatoires. Selon la Commission, les redevances demandées étaient différentes selon l'identité des entreprises autorisées sans que ces différences soient objectivement justifiées. Selon la Commission, AFS et OAT se trouvaient dans une situation équivalente parce qu'elles recevaient les mêmes services d'ADP. De plus, les redevances commerciales constituaient un élément important des coûts assumés par les prestataires concurrents et se répercutaient sur les prix pratiqués par ceux-ci sur le marché en aval, ce qui entraînait une perte de clients ou une réduction des marges bénéficiaires. La Commission a donc estimé qu'AFS avait été victime d'un désavantage concurrentiel en raison de la discrimination.⁷⁹

De plus, la Commission a estimé que la concurrence entre les services de transport aérien (compagnies aériennes) serait également faussée parce que la discrimination augmentait les coûts assumés par les prestataires concurrents des entreprises assurant l'auto-assistance, comme Air France. Ces coûts constituaient une proportion importante des coûts d'exploitation des compagnies aériennes.

5.3 Comment analyser les allégations de discrimination par les prix ayant des effets de distorsion

95. Dans la présente section, nous définissons un cadre permettant d'évaluer si un système de tarification qui établit une discrimination entre des clients intermédiaires entraîne ou non un préjudice pour les consommateurs finaux en faussant la concurrence. Voici les trois principales étapes de cette analyse.

96. La première étape consiste à déterminer si le système de tarification est effectivement discriminatoire. Il ne suffit pas de constater une différence de prix. Un système de tarification n'est discriminatoire que si une entreprise pratique des prix différents pour des produits similaires ayant le même coût marginal. Il faut donc, à cette étape, se faire une idée précise des coûts des produits et des gains d'efficacité que le vendeur réalise en vendant à des chaînes de plus grande taille.

97. La deuxième étape a pour but de préciser qui profite et qui pâtit de la discrimination et pour quelle raison, pour comprendre en quoi cela risque de diminuer le bien-être des consommateurs. À ce stade, il devrait être possible d'énoncer une hypothèse du préjudice qui explique pourquoi la discrimination nuit aux consommateurs. On l'a vu précédemment, certains modèles proposent des raisons possibles mais

l'énumération n'est sans doute pas complète. Une fois que le plaignant a posé une hypothèse, celle-ci peut être évaluée et confrontée aux faits. Par exemple, si le plaignant affirme être victime de discrimination en raison de sa trop grande efficacité, il faut examiner la plainte en s'intéressant à l'efficacité des différents acheteurs et en déterminant comment sont fixés les prix en s'entretenant avec les acteurs présents sur le marché, et comment les évolutions d'efficacité ont affecté le prix du bien intermédiaire. On pourrait à ce stade estimer qu'il n'y a pas lieu d'examiner en priorité une affirmation ou une plainte non étayée par une description du mécanisme par lequel les consommateurs pourraient subir un préjudice du fait de la discrimination.

98. La troisième étape établit l'existence d'une distorsion de la concurrence en aval. Il faut pour cela que la discrimination produise un effet significatif sur le prix final et que le vendeur en amont ait besoin d'un pouvoir de marché, sinon l'acheteur victime de la discrimination n'aurait simplement qu'à se tourner vers un autre vendeur. Il faut également évaluer si, dans d'autres circonstances, l'intermédiaire lésé aurait soumis l'intermédiaire favorisé en aval à une contrainte concurrentielle.⁸⁰ Notons que cela n'équivaut pas à exiger la preuve que l'intermédiaire a perdu des ventes du fait de la discrimination (encore que cela puisse constituer un élément de preuve utile). Il suffirait d'avoir la preuve qu'une contrainte concurrentielle substantielle a été affaiblie, par exemple qu'une minorité significative de consommateurs finaux envisageraient de changer d'intermédiaire en cas d'augmentation des prix. Pour se faire une idée précise de la contrainte concurrentielle, l'autorité de la concurrence examinerait également l'importance des contraintes concurrentielles exercées par les autres intermédiaires en aval qui ne sont pas l'objet de discrimination. Si ces contraintes sont fortes, il se peut qu'il n'y ait pas d'effet préjudiciable pour les consommateurs. Par conséquent, et contrairement peut-être à ce que l'on pourrait penser, le fait qu'un fabricant choisisse « injustement » un intermédiaire faisant partie d'un groupe d'intermédiaires présents dans un espace concurrentiel n'entraînera sans doute pas de préjudice pour les consommateurs ni ne justifiera la prise de mesures.

99. Il serait également envisageable, avec le recul dont on dispose sur ce type d'affaires, d'examiner les preuves de l'impact du système de tarification sur la situation du marché (prix, qualité et innovation) afin de démontrer les effets préjudiciables de la distorsion de la concurrence pour les consommateurs. Sinon, la preuve de l'impact de la distorsion sur la structure du marché ou l'intensité de la concurrence sur celui-ci pourrait également représenter une base solide. Enfin, il convient à cette étape d'examiner les effets du système de tarification qui, aux dires de l'entreprise, sont favorables à la concurrence.

100. Ce cadre d'analyse ne demande pas forcément une preuve précise du préjudice subi par les concurrents ; il exige en revanche une preuve du dommage causé aux contraintes concurrentielles qui sans cela auraient été présentes sur le marché (et, par voie de conséquence, du dommage aux consommateurs). Par exemple, si la distorsion de concurrence atténue la concurrence parce que le consommateur risque moins de changer de fournisseur, la concurrence sera affectée, que les consommateurs effectuent ou non ce changement ou qu'il soit possible ou non de repérer des consommateurs qui le font. La preuve de l'atténuation de la concurrence peut dans ce cas provenir des réactions de consommateurs, des dossiers d'appel d'offres ou de modifications de la situation du marché.⁸¹ De même, dans ce cadre, la preuve d'un préjudice causé aux concurrents ne suffit pas pour confirmer un dommage aux consommateurs. Par exemple, lorsqu'une entreprise pratique la discrimination par les prix pour attirer des clients, ses concurrents seront sans doute désavantagés et cela profitera aux consommateurs.

101. La rigueur nécessaire pour mettre en œuvre le cadre d'analyse décrit ci-dessus pourrait également diminuer la tentation qui existe parfois d'enquêter sur les affaires complexes de discrimination par les prix ayant des effets d'exclusion en appliquant les règles relatives à la discrimination ayant des effets de distorsion (ou, de fait, d'exploitation). Cela empêcherait peut-être la recherche de la pratique abusive la plus « avantageuse », en dissuadant par exemple l'engagement de poursuites en cas d'accusations fondées sur la théorie des infrastructures essentielles plutôt que sur la réglementation relative à la discrimination

par les prix ayant des effets de distorsion de concurrence. Les autorités de la concurrence seraient peut-être moins portées à enquêter d'office sur des pratiques de discrimination par les prix ayant des effets de distorsion lorsqu'elles ouvrent une enquête sur des pratiques de discrimination ayant des effets d'exclusion (peut-être par crainte que l'affaire ne s'écroule si les accusations concernant l'exclusion se révèlent infondées).

6. Discrimination par les prix préjudiciable aux consommateurs : discrimination par les prix produisant des effets d'exclusion

102. La discrimination par les prix est une caractéristique commune aux stratégies d'exclusion qui visent à établir ou protéger un pouvoir de marché. Par exemple, les prix d'éviction, les remises de fidélité et les remises liées à certaines conditions et la compression de marge sont des pratiques qui peuvent reposer sur le recours à la discrimination par les prix dans le but d'exclure un concurrent.

103. Dans certains pays, ces stratégies peuvent faire l'objet d'enquêtes relevant du cadre juridique applicable spécifiquement aux pratiques d'exclusion mais dans d'autres, les enquêtes peuvent relever de celui qui régit la discrimination par les prix en général. En pareil cas, il importe que les deux cadres soient compatibles. Par exemple, aux États-Unis, le *Robinson-Patman Act* s'applique à la discrimination par les prix en général et le *Sherman Act*, à l'exercice d'un monopole par le biais d'une pratique d'exclusion. De ce fait, le cadre d'analyse des affaires de discrimination par les prix ayant entraîné l'exclusion (affaires de dommage primaire) examinées aux termes du *Robinson-Patman Act* est devenu compatible avec celui qui préside à toutes les affaires de pratique d'exclusion relevant du *Sherman Act*.⁸²

6.1 Pratiques d'éviction

104. Une stratégie de prix d'éviction se déploie en deux temps.⁸³ Dans un premier temps, dit « étape du sacrifice », une entreprise fixe des prix inférieurs au niveau de l'équilibre concurrentiel pour forcer un concurrent ou un nouvel entrant à quitter le marché. Dans un deuxième temps, dit « étape de récupération », le concurrent est sorti du marché et l'entreprise en place est en mesure de tirer profit de son pouvoir de marché accru et de relever ses prix. Cela lui permet de récupérer les bénéfices qu'elle a sacrifiés dans le premier temps. Cette pratique est habituellement le fait d'une entreprise dominante, encore qu'un entrant ou une entreprise ne disposant pas d'un pouvoir de marché pourraient également l'adopter.

105. Les pratiques d'éviction ne s'accompagnent pas toujours d'une discrimination par les prix. Celle-ci peut toutefois être utilisée dans le cadre d'une stratégie de prix d'éviction dans le but d'atténuer le sacrifice nécessaire à l'efficacité de la stratégie. Par exemple, la discrimination peut aider l'entreprise à cibler les clients du concurrent, voire ses principaux clients seulement. En axant sa stratégie de discrimination par les prix sur ces clients, l'entreprise évite les pertes liées aux ventes à ses clients existants ou aux petits clients de son concurrent. Par exemple, aux États-Unis, l'affaire Brooke Groupe a été déclenchée par des allégations selon lesquelles Brown & Williamson proposait des remises, c'est-à-dire des prix inférieurs aux coûts, à des clients bien précis et non à l'ensemble de ses clients.⁸⁴

106. La discrimination par les prix peut aussi s'exercer lorsque la stratégie d'éviction vise à récupérer les bénéfices sacrifiés sur un autre marché (voir l'affaire Napp dans l'encadré 4 ci-dessous.)

Encadré 4. Napp Pharmaceuticals⁸⁵

En 2001, l'autorité britannique de la concurrence (*Office of Fair Trade* (OFT)) a estimé que Napp Pharmaceuticals avait abusé de sa position dominante sur le marché de la morphine à libération lente en octroyant des remises aux hôpitaux afin de réduire la concurrence et d'exploiter sa position dominante en facturant des prix excessifs au reste de la collectivité.⁸⁶

L'OFT a prouvé que Napp avait appliqué des remises de 90 % sur ses prix aux hôpitaux, ce qui l'avait conduite à facturer des prix inférieurs au coût direct moyen. Les hôpitaux représentaient entre 10 et 14 % du marché de la morphine à libération lente et l'entreprise avait facturé des prix dix fois supérieurs à la collectivité, qui représentait les 86 à 90 % restants du marché. Cependant, comme les médecins généralistes étaient très influencés par les marques prescrites dans les hôpitaux, l'application par Napp de prix inférieurs au coût dans ce secteur a fortement influé sur sa capacité d'imposer au reste de la collectivité des prix lui permettant de dégager une marge de 80 %, qui dépassait de 40 % celle de ses concurrents. En utilisant la discrimination par les prix entre les clients des hôpitaux et de la collectivité, Napp a donc réussi à mettre en place des prix d'éviction qui ont réduit la concurrence dans les deux secteurs sans avoir à sacrifier des bénéfices dans près de 90 % du marché.

6.2 Remises de fidélité

107. Les remises de fidélité (parfois appelées remises d'exclusivité) permettent aux vendeurs d'exercer une discrimination par les prix et d'offrir aux acheteurs un prix moins élevé en contrepartie de leur fidélité. Ces remises impliquent donc une discrimination par les prix en faveur des clients fidèles ou correspondent à l'introduction d'une sanction sous forme de prix plus élevé pour les autres clients. Ces systèmes de discrimination par les prix au second degré sont courants même parmi les entreprises ne disposant pas d'un pouvoir de marché et aboutissent habituellement à des gains d'efficacité ou au type même de comportement concurrentiel que cherche à encourager la politique de la concurrence. Souvent, ces pratiques ne sont pas motivées par la poursuite d'un but ou d'un effet anticoncurrentiel. Cependant, dans certaines circonstances, les remises de fidélité peuvent avoir un effet anticoncurrentiel, en particulier lorsqu'elles restreignent ou empêchent la concurrence dans les faits (voir l'encadré 5 ci-dessous.)⁸⁷

Encadré 5. Enquêtes de l'UE sur les effets d'exclusion et de distorsion de la discrimination par les prix

Dans l'affaire *British Airways*,⁸⁸ cette compagnie aérienne a offert à des agents de voyage des remises ciblées rétroactives sur le prix de tous leurs achats de billets s'ils atteignaient ou dépassaient le niveau de billets *British Airways* vendus l'année précédente.

La Commission européenne a estimé que le système de remises de la compagnie aérienne avait fidélisé les clients au point d'entraîner l'exclusion de ses concurrents. Elle a donc conclu que *British Airways* avait abusé de sa position dominante en récompensant la fidélité des agents de voyage et en exerçant une discrimination entre eux ayant pour objet et pour effet d'évincer ses concurrents du marché britannique du transport aérien. La Commission a imposé une amende de £6.8 millions BP en 1999 et cette sanction a été confirmée en 2007 par la CJCE.

La Commission a également examiné si le système avait entraîné une distorsion de concurrence et causé un désavantage concurrentiel aux tierces parties sur les marchés en aval (un effet n'entraînant pas l'exclusion et abordé à la section 4.2.2). Dans son analyse, la Commission a estimé que la concurrence en aval était intense et que le système pouvait provoquer des variations brutales et significatives du revenu des agents de voyage. La Commission a donc conclu que le système mis en place entraînait à la fois des effets d'exclusion et de distorsion. Lors du recours, la CJCE a maintenu sa décision et confirmé qu'un désavantage financier n'est pas suffisant pas pour démontrer le désavantage concurrentiel requis pour que le système conduise à une distorsion.

Dans les affaires *Clearstream*⁸⁹ et *Solvay* (carbonate de soude)⁹⁰, la Commission a examiné les effets de distorsion créés par la discrimination parallèlement à son enquête sur les effets d'exclusion. Dans l'affaire *Clearstream*, la Cour a simplement noté que l'existence de prix discriminatoires pendant une période de cinq ans avait forcément entraîné un désavantage concurrentiel. Dans l'affaire *Solvay*, la Commission a constaté que la discrimination par les prix avait un effet considérable sur les coûts des clients et a donc présumé que cela affecterait la rentabilité et la situation concurrentielle des entreprises. Cependant, la concurrence en aval n'aurait sans doute pas été affectée si la pratique avait eu pour seul impact la réduction des bénéfices des clients. Par comparaison, dans l'affaire *Intel*, la Commission⁹¹ n'a pas enquêté pour savoir si la discrimination par les prix sous forme de remises d'exclusivité qu'elle avait jugées comme ayant un effet d'exclusion, avaient également un effet de distorsion.

108. Les systèmes de remises de fidélité peuvent être préoccupants lorsqu'ils deviennent des accords d'exclusivité de fait,⁹² c'est-à-dire lorsqu'ils induisent une fidélité d'une ampleur telle que les clients achètent la totalité ou la quasi-totalité des produits dont ils ont besoin à une entreprise déjà dominante. Il faut alors chercher à établir si le système permet à l'entreprise de faire augmenter les coûts de ses concurrents ou de peser sur leurs prix. Cependant, de la même manière que l'exclusivité exigée par une entreprise dominante, les accords d'exclusivité de fait ne portent pas forcément préjudice aux consommateurs. Au lieu de cela, si les concurrents peuvent se concurrencer pour obtenir une exclusivité, les entreprises, comme c'est le cas sur plusieurs marchés, peuvent simplement se concurrencer pour conquérir un client plutôt que pour réaliser chaque achat.

109. Pour qu'il y ait effet préjudiciable, il doit exister une certaine asymétrie entre l'entreprise dominante et ses concurrents en ce qui concerne la capacité de persuader les consommateurs (par exemple, des distributeurs) de s'approvisionner exclusivement auprès de la même entreprise. Ce serait le cas, par exemple si l'entreprise dominante peut sacrifier des bénéfices liés à certaines ventes « non contestables » afin de pratiquer, pour les ventes « contestables », un prix inférieur au coût et faire des ventes supplémentaires.⁹³ Une analyse des pratiques d'éviction permettrait alors de détecter les affaires dans lesquelles la remise diminue le prix réel de l'entreprise en le ramenant à un niveau tel que les concurrents ne peuvent pas rester sur le marché. Toutefois, cette analyse ferait abstraction des situations où il n'est pas nécessaire de renoncer à des bénéfices et où des facteurs autres qu'une vente « non contestable » peuvent créer une asymétrie dans les cas suivants, par exemple :

- Les distributeurs craignent que la concurrence traite avec le producteur dominant et que les producteurs concurrents soient pour cette raison exclus du marché. Un distributeur qui déciderait de ne pas traiter avec le producteur dominant serait alors désavantagé. Le producteur dominant peut également faire naître cette appréhension parmi les distributeurs en proposant à certains d'entre eux des remises individualisées à différents points dans le temps sans en informer les autres.
- Les distributeurs craignent d'être désavantagés si le producteur dominant parvient à empêcher le producteur rival d'avoir accès aux principaux biens intermédiaires.
- Un producteur moins efficace propose un produit différencié qui exerce malgré tout une contrainte concurrentielle sur le produit d'un autre producteur. L'utilisation de remises de fidélité par ce producteur moins efficace pour faire augmenter les coûts de l'autre producteur et le rendre moins efficace (ou l'empêcher de devenir plus efficace en apprenant) pourrait être préjudiciable aux consommateurs.
- Contrairement au producteur dominant, le producteur rival ne conclut pas d'accord vertical avec les acheteurs intermédiaires pour augmenter le prix de détail facturé aux consommateurs finaux et se répartir les bénéfices accrus.⁹⁴

110. Pendant longtemps, les approches utilisées pour évaluer les effets d'exclusion des systèmes de remises de fidélité discriminatoires différaient suivant les pays. Même si ces approches ont évolué ces dernières années, certaines différences subsistent. Plus particulièrement, certains tribunaux continuent de s'en remettre à une jurisprudence utilisant des hypothèses simples mais erronées selon lesquelles certaines formes de discrimination reposant sur la fidélité portent toujours préjudice aux consommateurs, au lieu de reconnaître le caractère ambigu des effets possibles des systèmes de fidélité. Pour détecter ces effets, il faut enquêter et analyser tous les faits entourant l'affaire au lieu de poser des hypothèses fondées sur la forme de remise discriminatoire ou sur les résultats d'un test prix-coûts (voir l'encadré 6 ci-dessous).

Encadré 6. Eisai contre Sanofi⁹⁵

En 2016, la cour d'appel des États-Unis pour la troisième circonscription a statué sur une affaire concernant le marché des produits pharmaceutiques de marque utilisés pour traiter les caillots sanguins des patients atteints de thrombose veineuse profonde. Dans cette affaire, Eisai accusait Sanofi de comportement anticoncurrentiel et monopolistique lors de la commercialisation du médicament Lovenox. Pendant la période concernée, de 2005 à 2010, Lovenox a occupé de 81.5 à 92.3 % du marché. La pratique examinée était un système de remises de quantité ou liées à la part des achats effectués utilisé par Sanofi pour exercer une discrimination par les prix entre les acheteurs fidèles de son médicament Lovenox et les autres. Les remises augmentaient en fonction (i) du nombre d'unités achetées et (ii) de la part de Lovenox dans le total des achats par le client de médicaments de la même classe thérapeutique (part définie en fonction du nombre d'unités de Lovenox acheté pendant quatre mois consécutifs divisé par le nombre d'unités de tous les médicaments de la même classe thérapeutique acheté sur la même période). Par conséquent, l'hôpital qui achetait un volume brut d'une valeur comprise entre 100 000 et 399 999 USD, en supposant que ce volume corresponde à 82 % de ses besoins dans cette catégorie de médicaments, bénéficiait d'une remise de 15 %. L'hôpital qui achetait la même quantité mais qui couvrait ainsi 91 % de ses besoins obtenait une remise de 21 %.

Auparavant, le tribunal fédéral pour le district du New Jersey avait estimé que le prix, et non l'exclusivité, constituait le principal mécanisme d'exclusion. Il était incontestable que, même avec l'application des remises, Sanofi ne vendait pas le Lovenox aux hôpitaux à un prix inférieur à son coût marginal. Ce tribunal a constaté qu'en 2009, par exemple, Sanofi pouvait facturer un prix 17.7 fois supérieur à ses coûts, alors que Eisai facturait 7.8 fois ses coûts. Le tribunal a considéré que seuls les prix figuraient parmi les moyens utilisés pour inciter les acheteurs à l'exclusivité, et que les clients pouvaient facilement mettre fin à leurs contrats. Il a donc été avancé qu'il convenait d'effectuer une évaluation prix-coût. Cet avis a été toutefois contredit par le tribunal d'appel pour la troisième circonscription, selon lequel l'exclusivité, et non le prix, *constituait* le principal mécanisme d'exclusion. Cette décision, comme dans l'affaire ZF Meritor/Eaton, conduit à penser que dans leur plaidoyer, les plaignants doivent examiner les remises de fidélité en tant qu'accords d'exclusivité de fait plutôt que comme des pratiques de prix d'éviction.

Cela dit, le tribunal d'appel pour la troisième circonscription a convenu que Eisai n'avait pas pu prouver le verrouillage du marché ni l'existence d'effets anticoncurrentiels comme l'augmentation des prix. Le tribunal a observé par exemple que le fait de montrer que quelques douzaines d'hôpitaux (sur les 6 000 que comptent les États-Unis) souhaitaient modifier leur demande sans y parvenir n'était pas une preuve suffisante du verrouillage substantiel du marché.

6.3 Remises groupées

111. Les remises groupées permettent aux vendeurs d'effectuer une discrimination par les prix et d'offrir aux acheteurs un prix plus intéressant à condition que ceux-ci achètent simultanément un autre produit. Comme les remises de fidélité, elles peuvent donc comporter une réduction de prix ou traduire la mise en place d'une tarification dissuasive, en fonction du prix contrefactuel. On l'a vu, ces systèmes de discrimination par les prix au deuxième degré sont répandus dans les entreprises sans pouvoir de marché et traduisent souvent des efficiences. Les remises groupées peuvent toutefois être anticoncurrentielles lorsqu'elles restreignent ou empêchent la concurrence et forcent les concurrents à sortir du marché.

112. Les remises groupées sont préoccupantes lorsqu'elles permettent à une entreprise disposant d'un pouvoir de marché pour un produit de s'en servir pour empêcher l'entrée de concurrents sur un autre marché. Ces concurrents peuvent alors lutter afin de s'aligner sur la remise ou offrir la même remise groupée si elles n'ont pas le pouvoir de marché détenu par l'entreprise en place sur le premier marché. Cela signifie qu'une entreprise ayant un pouvoir de marché pour un produit A et confrontée à la concurrence réelle (ou potentielle) pour le produit B pourrait être en mesure de fixer un prix discriminatoire pour grouper les produits A et B et empêcher les concurrents relativement ou également efficaces qui vendent un seul produit (le produit B) de concurrencer.⁹⁶

113. Tous les systèmes de remises groupées qui ne correspondent pas à des différences de coûts sont discriminatoires. Toutefois, pour évaluer si un système particulier de remises groupées produit des effets d'exclusion, les autorités de la concurrence examinent le pouvoir de marché de l'entreprise sur le premier marché et le volume des ventes qui s'en trouvent affectées sur le deuxième marché. Par exemple, il se peut

qu'en rendant non contestable un segment du marché, l'entreprise empêche ses concurrents d'atteindre l'échelle minimum viable et augmente donc leurs coûts. Quoi qu'il en soit, il faudrait analyser le verrouillage pour savoir en quoi le système de remises groupées modifie les contraintes concurrentielles de l'entreprise en place.⁹⁷

114. Comme pour les remises de fidélité, on pourrait envisager une analyse des effets d'éviction ou un test d'éviction pour certains systèmes de remises groupées discriminatoires. Par exemple, dans le test d'attribution des remises (utilisé dans l'affaire Cascade Health contre PeaceHealth – voir l'encadré 7 ci-dessous), la remise s'applique intégralement au produit concurrentiel (produit B) proposé dans le lot. Si le prix de remise est inférieur à une mesure appropriée du coût, la remise groupée peut être considérée comme anticoncurrentielle. En revanche, si ce prix est supérieur au coût, un concurrent aussi efficace pourrait en principe offrir une remise groupée équivalente.

115. Toutefois, comme pour les remises de fidélité, ce test modifié ne permettrait pas de détecter les cas où il n'est pas nécessaire que la tarification soit inférieure aux coûts pour qu'il y ait exclusion.⁹⁸ D'autres tests ont donc été proposés, par exemple qu'une remise groupée soit considérée comme anticoncurrentielle si le prix du produit pour lequel l'entreprise est dominante (produit A), si on l'isole du lot, est supérieur au prix qui serait fixé en l'absence de remise groupée (le prix normal).⁹⁹ Il est suggéré d'estimer le prix normal soit à partir des documents internes, au moyen d'une analyse économétrique, soit en présumant qu'il correspondait aux prix du produit avant l'offre de remise groupée.

116. Pour saisir la logique de ce raisonnement, prenons le cas où une entreprise en place détient un monopole sur le produit A, le marché pour le produit B étant concurrentiel. En l'absence de remise groupée, les consommateurs seraient confrontés à un prix de monopole pour le produit A et pourraient acheter le produit B à un prix équivalent au coût marginal. Disons que le prix groupé se compose de deux éléments. Le premier est le prix du produit B. Nous pouvons présumer qu'une entreprise ne vendra pas ce produit à un prix inférieur au coût parce qu'elle échouerait alors le test d'éviction. Le prix du produit B restera donc équivalent au coût marginal. Le deuxième élément est le prix du produit A. Si ce prix, observé indépendamment du prix de remise groupée, est supérieur au prix du monopole que l'entreprise aurait facturé en l'absence de remise groupée, les consommateurs seront désavantagés. Cela signifierait que le système a servi à mettre en place une tarification plus dissuasive pour les clients qui n'achètent pas le lot proposé au lieu de proposer une remise à ceux qui achètent le lot. On peut en conclure que le but du système n'est pas de concurrencer en pratiquant des prix plus bas mais d'inciter les clients à acheter le lot.¹⁰⁰

Encadré 7. Différentes façons d'aborder l'analyse des effets d'exclusion des remises groupées discriminatoires - LePage et Peacehealth

3M contre LePage¹⁰¹

Jusqu'au début des années 90, 3M détenait 90 % du marché du film adhésif transparent. Cependant, depuis l'apparition des grands magasins de fournitures de bureau et des grandes surfaces, les produits vendus sous marque de distributeur, moins chers, sont devenus plus populaires. En 1992, le principal concurrent de 3M, la société LePage, détenait près de 88 % du segment du film adhésif transparent vendu sous marque de distributeur mais environ 14 % seulement du marché total de l'adhésif.

3M a réagi en introduisant son propre produit sous marque de distributeur et en proposant une autre marque moins chère. Elle a également lancé un programme de remises groupées dans le cadre duquel elle offrait des prix avantageux (discriminatoires) aux grandes surfaces (par exemple, Wal-Mart et Staples) qui achetaient un assortiment complet de produits parmi ses six gammes. LePage a affirmé qu'elle ne pouvait pas s'aligner sur ces remises groupées parce qu'elle ne fournissait qu'une seule gamme de produits. Autrement dit, le client qui achetait une grande quantité de ruban adhésif commercialisé par LePage sous marque de distributeur n'atteignait pas son prix cible 3M dans cette gamme de produit et perdait donc les remises offertes sur l'ensemble des six gammes de produits 3M.

Le tribunal a condamné ce programme de remises groupées en se fondant sur l'article 2 du *Sherman Act* sans exiger la réalisation d'un test visant à déterminer si le prix était inférieur au coût. Il a plutôt considéré que ces remises entraînaient des effets d'exclusion parce qu'une entreprise concurrente n'aurait pas pu proposer de remises équivalentes à moins d'offrir un ensemble comparable de gammes de produits. En conséquence, la seule preuve exigée de LePage concernait le fait que la remise groupée offerte par 3M comportait des produits qu'elle ne vendait pas.¹⁰²

PeaceHealth¹⁰³

Dans l'affaire PeaceHealth, McKenzie, un petit hôpital offrant des services de soins primaires et secondaires, contestait les pratiques de remises groupées adoptées par PeaceHealth, le seul autre prestataire de services hospitaliers du Lane County, dans l'Oregon. En particulier, PeaceHealth offrait des remises importantes aux compagnies d'assurance qui acceptaient d'en faire leur prestataire exclusif de soins hospitaliers (services primaires, secondaires et tertiaires).

Dans cette affaire, les parties ont réglé leur différend ; toutefois, le tribunal a utilisé un test d'attribution des remises consistant à affecter la valeur des remises groupées totales du prévenu aux produits concurrentiels offerts par un concurrent aussi efficace. Ce test présume que si le prix des produits concurrentiels, après application de la remise, est inférieur au coût marginal de production du prévenu, les remises groupées ont un effet d'exclusion.

6.4 Compression de marge

117. Il y a compression de marge lorsqu'une entreprise intégrée verticalement évince un concurrent en fixant une marge étroite entre le prix qu'il propose pour un bien intermédiaire indispensable (prix de gros) et son propre prix en aval (prix de détail).¹⁰⁴

118. La compression de marge peut ou non s'accompagner d'une discrimination par les prix. Tout dépend de la manière dont l'entreprise intégrée verticalement décide d'organiser ce dispositif. Par exemple, l'entreprise peut choisir de ne pas exercer de discrimination par les prix au niveau de son prix de gros et, au lieu de cela, de pratiquer en aval des prix de gros élevés qui compriment les marges et de sa filiale en aval et de ses concurrents. Dans ce cas, la compression de marge peut s'apparenter à une pratique de prix d'éviction par la filiale. Cette pratique peut entraîner l'exclusion des concurrents et réduire la concurrence sur le marché en aval à l'avenir. Parallèlement, l'entreprise peut compenser les pertes subies par sa filiale par les bénéfices qu'elle réalise en aval. L'entreprise peut également choisir d'instaurer une discrimination par les prix entre sa filiale en aval et ses concurrents pour augmenter les coûts de ces derniers. Cela peut conduire à l'exclusion des concurrents et réduire la concurrence sur le marché en aval (voir l'encadré 8 ci-dessous.)

119. Une question fondamentale se pose lors d'une évaluation visant à déterminer si la discrimination par les prix entraîne une compression de marge et nuit aux consommateurs. Pourquoi la concurrence sur le marché en aval importe-t-elle si l'entreprise dispose déjà d'un monopole sur un produit intermédiaire indispensable ? Par exemple, l'entreprise ne peut-elle pas déjà extraire l'intégralité de sa rente de monopole de son prix de gros ? Premièrement, il se peut que l'éviction en aval protège également son monopole en amont en rendant l'entrée plus difficile. Deuxièmement, elle permet peut-être à l'entreprise d'exercer une discrimination par les prix sur le marché en aval et, par conséquent, d'exploiter plus efficacement son pouvoir de marché. Troisièmement, elle protège peut-être l'entreprise de la concurrence livrée par des moyens autres que les prix sur le marché en aval. Quatrièmement, si le concurrent en aval peut substituer un intrant à un autre, même de façon limitée, l'entreprise, en introduisant la discrimination, peut accroître son bénéfice réalisé en aval dans une proportion supérieure à ce qu'elle obtiendrait en se bornant à augmenter son prix de gros. Enfin, il se peut que le prix pratiqué en amont par l'entreprise soit plafonné, ce qui limite sa capacité d'extraire une rente au moyen de son prix de gros.

120. En Europe, les autorités de la concurrence s'intéressent habituellement à la question de savoir si l'écart entre les prix de gros et les prix de détail de l'entreprise intégrée verticalement est trop faible pour permettre à une entreprise rivale de la concurrencer efficacement. Elles peuvent prendre en compte les coûts de l'entreprise intégrée pour déterminer si un concurrent aussi efficace peut la concurrencer efficacement.¹⁰⁵ Cependant, cela les conduirait peut-être à faire preuve d'une trop grande indulgence à l'égard de l'entreprise dominante, comme cela a été affirmé lors table ronde de l'OCDE en 2009. Par exemple, il se pourrait que les concurrents soient moins efficaces en raison d'un manque d'envergure ou d'expérience. Même si les orientations de l'UE en matière de hiérarchisation indiquent que les affaires de compression de marge seront traitées au regard du même cadre d'analyse que les affaires de refus de vente, les tribunaux ont précisé qu'il n'est pas nécessaire qu'elles satisfassent aux mêmes exigences.¹⁰⁶

121. Par comparaison, aux États-Unis, les tribunaux ont suivi une approche consistant à appliquer à la compression de marge le même cadre d'analyse qu'au refus de vente ou aux prix d'éviction. Par exemple, dans l'affaire *Pacific Bell Telephone Company v. LinkLine Communications Inc.*, la Cour suprême a déclaré qu'en l'absence d'obligation de vendre en amont et de prix d'éviction sur le marché de détail, l'entreprise en place « *n'est certainement pas tenue de fixer pour ces services des prix destinés à protéger les marges bénéficiaires de ses concurrents* ». C'est de ce point de vue que les autorités de réglementation, en se fondant sur les principes économiques régissant le prix d'accès, devraient traiter toutes les autres affaires de compression de marge.

122. L'adoption d'un test visant à déterminer les effets de prix d'éviction dans les affaires de compression de marge peut toutefois poser problème. Comme l'ont souligné les États-Unis et le Canada lors de la table ronde de l'OCDE sur la compression de marge, une entreprise verticalement intégrée peut évincer ses concurrents du marché sans fixer des prix inférieurs au coût et, par conséquent, sans enfreindre les règles relatives aux prix d'éviction.¹⁰⁷ L'utilisation d'un cadre d'analyse des prix d'éviction pour les affaires de compression de marge risque donc d'aboutir à l'autorisation d'un comportement anticoncurrentiel préjudiciable aux consommateurs. En outre, comme une compression de marge peut être mise en place en pratiquant des prix de gros excessifs plutôt que des prix de détail inférieurs au coût, le possible effet paralysant sur la pratique de baisse des prix n'engendre pas les mêmes préoccupations que les prix d'éviction.

Encadré 8. ICA contre Mjólkursamsalan (MS)

Les dispositions de la loi islandaise sur la concurrence relatives aux fusions ayant pour effet de restreindre la concurrence et sur la collusion ne s'appliquent plus au marché du lait depuis 2004. Avant ces modifications, il y avait cinq fermes laitières en Islande. L'autorité islandaise de la concurrence n'a pas été en mesure d'examiner les fusions de certaines fermes laitières intervenues depuis. MS est donc devenu un quasi-monopole sur les marchés de la transformation et de la distribution de gros de produits laitiers. De plus, MS et une autre entreprise, KS, ont collaboré étroitement à des activités de production et de commercialisation de produits laitiers et KS a acquis une participation de 10 % dans MS. L'autorité de la concurrence estime par conséquent que MS et ses sociétés apparentées détiennent un quasi-monopole dans le secteur de la transformation et de la distribution de gros de produits laitiers.¹⁰⁸

Dans ce contexte, en 2014, l'autorité islandaise de la concurrence a estimé que MS avait abusé de sa position dominante en vendant du lait cru à ses petits concurrents à un prix supérieur de 17 % à ceux qu'elle offrait à des entreprises apparentées. L'autorité de la concurrence a conclu que cette discrimination avait induit un avantage concurrentiel pour les entreprises apparentées à MS et que cela avait gravement diminué la capacité des concurrents de concurrencer les autres entreprises et porté préjudice aux consommateurs. L'autorité de la concurrence a par conséquent estimé que MS avait enfreint l'article 11 de la loi islandaise sur la concurrence, qui interdit aux entreprises dominantes d'exercer une discrimination entre leurs clients en appliquant des conditions différentes à des transactions équivalentes.

7. Dans quels autres cas une enquête de discrimination par les prix est-elle justifiée ?

123. Il existe de nombreuses autres raisons d'enquêter sur la discrimination par les prix. Celles-ci sont liées à des principes d'équité, à d'autres objectifs d'action, notamment celui de mettre en œuvre un marché unique ou de protéger les producteurs et consommateurs d'un pays donné contre la production surabondante d'entreprises exerçant leurs activités dans des économies non régies par les mécanismes de marché. Dans la présente section, nous abordons ces raisons tour à tour.

7.1 *La discrimination par les prix peut faire l'objet d'une enquête lorsqu'elle enfreint les règles d'équité*

124. Certains pays interdisent les écarts de prix fondés sur des caractéristiques comme le genre, la race ou le handicap. Par exemple, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé illicite l'application de prix différents aux assurances pour les voitures selon que l'assuré est un homme ou une femme.¹⁰⁹ Indépendamment du fait que ces prix différents constituaient une discrimination par les prix du point de vue économique,¹¹⁰ il importe de noter que cette décision n'a pas été rendue sur la base de la réglementation européenne relative à la concurrence (qui permet de lutter contre la discrimination par les prix) mais qu'elle découlait plutôt du fait que la pratique discriminatoire était incompatible avec les articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

125. La ville de New York a aussi interdit la discrimination par les prix fondée sur le genre en 1998. Aux termes de la réglementation correspondante, la ville peut maîtriser la majoration moyenne de 7 % des prix payés par les femmes mise en lumière par son service de protection des consommateurs.¹¹¹ De plus, comme ces règles ne sont pas fondées sur la réglementation relative à la concurrence, leur application n'exige pas la compréhension des effets sur le bien-être des consommateurs.

126. Ces règles fondées sur l'équité cherchent à traiter la fixation de prix établissant une discrimination fondée sur des caractéristiques dont il est convenu qu'elles ne sont pas admises. Cette distinction simple peut toutefois être mise à mal par la tarification personnalisée, de plus en plus répandue dans l'économie numérique. Par exemple, la tarification personnalisée peut avoir sur certains groupes un effet discriminatoire involontaire résultant simplement d'un algorithme établi à partir de milliers de points de données. Ainsi, une étude de la tarification d'un gros prestataire de cours de formation en ligne a montré que les étudiants d'origine asiatique risquaient deux fois plus que les autres de payer plus cher (8 400 USD au lieu de 6 600 USD). Cet écart s'explique en partie par le fait que ceux-ci avaient un code postal associé à des villes plus aisées mais aussi par celui que les étudiants domiciliés dans des régions comportant une forte densité de résidents asiatiques étaient exposés à un risque 1.8 fois plus élevé de se voir proposer des prix plus élevés que les autres.¹¹² Aux États-Unis, la doctrine juridique de la discrimination indirecte (« *disparate impact* ») interdit la discrimination raciale involontaire dans certaines régions. Elle ne s'applique cependant pas aux services en ligne. Cela soulève la question délicate de savoir si les entreprises doivent faire preuve de circonspection vis-à-vis des dispositifs de discrimination par les prix en ligne ayant des effets discriminatoires involontaires sur des groupes qui pourraient s'attendre à bénéficier de la protection conférée par des règles relatives à l'équité.

7.2 *La discrimination par les prix justifie une enquête lorsqu'elle est contraire à d'autres objectifs d'action*

7.2.1 *Politiques de marché unique*

127. Dans certains pays, les affaires de discrimination par les prix peuvent donner lieu à une enquête lorsque la pratique risque de mettre à mal un objectif d'action comme la mise en œuvre d'un marché unique dans une zone géographique. Ce type de politique vise habituellement à réduire les écarts de prix à

l'intérieur de la zone géographique et la discrimination par les prix, qu'elle soit bénéfique ou non aux consommateurs, peut entrer en contradiction avec cet objectif.

128. Un dispositif de discrimination par les prix fragilise un marché unique mais peut également entraîner les effets d'exclusion, d'exploitation ou de distorsion décrits aux sections 4, 5 et 6. Toutefois, d'après les cadres d'analyse décrits, il se peut que de nombreuses autres affaires de discrimination géographique par les prix ne produisent pas de tels effets. Les pays concernés pourront par conséquent utiliser des règles *per se* ou par objet interdisant la discrimination géographique afin de lutter contre les dispositifs qui portent préjudice à une politique de marché unique mais qui n'ont pas pour autant d'effets d'exclusion, d'exploitation ou de distorsion.

129. Ces dispositifs ne sont pas préjudiciables aux consommateurs (si tel était le cas, ils auraient des effets d'exclusion, d'exploitation ou de distorsion) et il serait mieux avisé de les examiner, le cas échéant, non pas au titre du droit de la concurrence mais d'un autre ensemble de règles et politiques. Cela supprimerait toute ambiguïté quant au fait que le cadre d'évaluation, comme celui qui s'applique aux affaires d'équité décrit ci-dessus, est conçu pour établir si un principe défini dans la politique d'action a été mis à mal et non si les consommateurs ont subi un préjudice. Cet aspect ne doit pas être négligé car le dispositif peut très bien être contraire à la politique mais aller dans le sens des intérêts des consommateurs.¹¹³

130. Il semble qu'en Europe, les interdictions *per se* s'appliquent aux pratiques de cloisonnement qui facilitent la discrimination géographique par les prix, par exemple au refus de vente dans les affaires de commerce parallèle (encore que ces affaires puissent être jugées irrecevables pour des raisons d'efficacité).¹¹⁴ Toutefois, comme ces affaires sont habituellement engagées dans le cadre de l'article 102, qui est aussi utilisé pour examiner les affaires de discrimination par les prix entraînant l'exploitation, la distorsion et l'exclusion, il se peut qu'elles reflètent une interprétation large de la portée des pratiques régies par la réglementation plutôt qu'un objectif d'action distinct.

131. L'objectif d'action consistant à éliminer la discrimination par les prix entre les frontières nationales n'est pas limité à l'Europe et a récemment été examiné au Canada. En février 2014, il a été proposé dans ce pays d'adopter une loi qui interdirait aux entreprises disposant d'un pouvoir de marché de pratiquer des prix plus élevés au Canada qu'aux États-Unis lorsque ces prix plus élevés ne correspondent pas à des coûts d'exploitation plus élevés assumés au Canada. En décembre 2014, le gouvernement a proposé, dans la Loi sur la transparence en matière de prix,¹¹⁵ de modifier la Loi sur la concurrence afin d'autoriser le commissaire de la concurrence à enquêter sur les affaires de discrimination par les prix et à divulguer ces affaires. Depuis le changement de gouvernement en 2015, on ignore ce qu'il adviendra de ce projet de loi.¹¹⁶

132. En Australie, un rapport sur la politique de la concurrence (le rapport Harper) a déconseillé l'interdiction de la discrimination internationale par les prix au motif que cela créerait de sérieux problèmes d'application et de mise en œuvre et comporterait des risques de conséquences involontaires négatives.¹¹⁷ Le rapport Harper appuyait plutôt les initiatives visant à réduire la discrimination internationale par les prix à l'aide de solutions axées sur le marché et ayant pour effet de responsabiliser les consommateurs. Il s'agissait notamment de retirer les restrictions aux importations parallèles et de veiller à ce que les consommateurs puissent prendre des initiatives licites pour déjouer les tentatives d'entrave à leur accès à des produits moins chers (et, par conséquent, pour faciliter l'arbitrage). Par exemple, le rapport propose de veiller à la légalité des services d'anonymat en ligne (comme les réseaux privés virtuels) et même d'encourager leur adoption pour lutter contre les dispositifs de discrimination internationale par les prix.

133. Par comparaison, dans d'autres affaires, la réglementation a parfois empêché l'arbitrage mené pour réduire les différences de prix entre pays, de sorte que l'on pouvait s'attendre au maintien de la discrimination par les prix. Aux États-Unis, par exemple, les médicaments sur ordonnance ne peuvent pas être importés du Canada même s'il s'agit de produits identiques, pour des raisons de sécurité.¹¹⁸ Dans une affaire, la Cour d'appel pour le huitième circuit a rejeté un recours porté contre la suppression présumée, par GSK, des importations aux États-Unis. La Cour d'appel a précisé à cette occasion que l'absence de concurrence de la part des importations canadiennes sur le marché américain des médicaments sur ordonnance ne résultait pas du comportement de GSK mais du régime législatif et réglementaire fédéral adopté par le gouvernement américain.

7.2.2 *Mesures antidumping*

134. Dans d'autres affaires, l'objectif d'action peut être la protection des producteurs et des consommateurs locaux contre la production surabondante d'entreprises exerçant leurs activités dans des économies non régies par les mécanismes de marché. Par exemple, les mesures antidumping ne sont pas seulement motivées par la volonté d'empêcher que la mise en œuvre de stratégies classiques de prix d'éviction par des entreprises étrangères ne porte préjudice aux consommateurs. En particulier, étant donné que les autorités de la concurrence sont habituellement déjà en mesure de lutter contre les pratiques d'éviction en appliquant la réglementation de la concurrence, les mesures antidumping traitent dans une large mesure d'autres préoccupations. De nombreux autres motifs possibles de mise en œuvre de mesures antidumping ont été évoquées. Ceux-ci peuvent concerner le dumping à caractère cyclique, le dumping stratégique, le dumping des économies dirigées et la discrimination par les prix.¹¹⁹ Seuls le dumping cyclique et le dumping d'éviction pourraient sans doute réduire la concurrence sur le marché d'importation. Les autres motivations ne découlent pas de préoccupations relatives au pouvoir de marché.¹²⁰

8. **Mesures correctives appliquées dans les affaires de discrimination par les prix**

135. Différentes mesures correctives peuvent être envisagées dans les affaires de discrimination par les prix ayant porté préjudice aux consommateurs (voir par exemple FCA 2016, tableau 1.) Certaines mesures consistent simplement à interdire la discrimination par les prix tandis que d'autres, plus ciblées, cherchent à traiter les causes de la discrimination. Par exemple, des dispositifs dommageables facilités par les politiques publiques pourraient donner lieu à des initiatives spécifiques d'information. De manière analogue, lorsqu'une entreprise a cloisonné un marché pour faciliter une discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation, l'autorité de la concurrence concernée peut par exemple traiter la stratégie de cloisonnement en supprimant les restrictions mises à l'arbitrage au lieu d'interdire la discrimination par les prix pratiquée par l'entreprise. Cela équivaut à reconnaître que le marché peut, en l'absence de pratique à proprement parler, se caractériser par un certain degré de discrimination par les prix qui n'est pas dommageable.

136. Les avantages des mesures correctives ciblées se vérifient dans les cas où la simple réglementation anti-discrimination s'est révélée inefficace. Par exemple, au Royaume-Uni, le régulateur de l'énergie a imposé une exigence de non-discrimination aux entreprises du secteur. Toutefois, suite aux critiques, la CMA a estimé récemment que cette exigence atténuait la concurrence et a recommandé sa suppression. Parmi les solutions de remplacement les plus intéressantes, mentionnons une proposition inspirée des données comportementales relatives au biais de statu quo des consommateurs. Selon ces données, les clients qui paient un tarif standard depuis des années sans avoir jamais modifié leur abonnement et qui pour cette raison sont victimes de discrimination doivent automatiquement être intégrés à un programme collectif de changement tarif sauf s'ils ont choisi spécifiquement de ne pas s'inscrire et de ne rien changer.¹²¹ Cela montre qu'il existe des solutions plus imaginatives que des dispositions interdisant la discrimination.

137. L'autorité de la concurrence peut recourir à ces mesures correctives différentes en fonction du contexte. Par exemple, elle peut enquêter sur un dispositif de discrimination des prix à l'occasion d'une enquête sur des pratiques unilatérales ou d'une analyse de marché. De fait, il arrive que les analyses de marché dans le cadre desquelles l'autorité de la concurrence dispose de pouvoirs étendus en matière d'imposition de mesures correctives lui permettent d'effectuer un examen plus général des raisons qui rendent possibles la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation et d'examiner non seulement le rôle des entreprises mais aussi celui des pouvoirs publics dans la création d'un pouvoir de marché préjudiciable aux consommateurs. Dans certains cas, l'autorité de la concurrence dispose d'une certaine marge pour décider d'opter pour cette solution, comme l'a fait l'OFT au Royaume-Uni lorsqu'il a décidé de se référer au marché de l'assurance-crédit (PPI) pour une analyse de marché au lieu de lancer une enquête aux termes de l'article 102 TFUE.¹²²

9. La discrimination par les prix dans l'économie numérique

138. Dans la présente section, nous examinons l'impact qu'a eu et pourrait avoir à l'avenir l'économie numérique sur la discrimination par les prix. Nous examinons d'abord la discrimination entre consommateurs finaux puis la discrimination entre clients intermédiaires.

9.1 *Quel est l'impact de l'économie numérique sur la discrimination par les prix entre consommateurs intermédiaires ?*

139. La discrimination par les prix implique une courbe de demande décroissante, la présence d'obstacles à l'arbitrage et un moyen de repérer la disposition à payer. Nous examinons par conséquent l'impact de l'économie numérique sur chacun de ces aspects.¹²³

9.1.1 *Courbe de demande décroissante*

140. En pratique, on peut penser que de nombreuses entreprises ont vraisemblablement une courbe de demande descendante. En général, le passage des marchés classiques aux marchés numériques en ligne a permis d'accroître la transparence, de diminuer les coûts de recherche pour les consommateurs et de faciliter l'accès au marché pour les petits entrants. Ces évolutions peuvent contribuer à aplatir (mais sans doute pas complètement) la courbe de demande et à réduire par conséquent le pouvoir de marché dans certains cas. Parallèlement, beaucoup de nouveaux marchés numériques qui fournissent aux consommateurs l'interconnectivité, par exemple des services de plateforme, produisent souvent d'importants effets de réseau qui créent des obstacles à l'entrée et ont donc tendance à devenir des marchés concentrés comportant peu de concurrents et où le pouvoir de marché est plus important.

141. En présence d'une courbe de demande décroissante, il se peut que l'incitation à exercer une discrimination par les prix soit plus forte sur les marchés de services numériques que sur les marchés traditionnels. Par exemple, les coûts marginaux de nombreux services numériques (comme les services de copie) peuvent être très bas. Les entreprises peuvent donc couvrir leurs coûts fixes en exerçant une discrimination par les prix afin de maximiser le nombre de consommateurs contactés (par exemple en offrant des versions gratuites qui n'ont guère d'incidence sur le budget publicité). L'impact de l'économie numérique sur la pente de la courbe de demande sur différents marchés est donc ambigu, comme on pouvait s'y attendre.

9.1.2 *Capacité d'arbitrage*

142. Les marchés numériques ont également eu des impacts contradictoires sur l'arbitrage, dont la difficulté est une condition essentielle de la discrimination par les prix. D'une part, la nature des produits numériques permet aux entreprises d'intégrer au produit lui-même des restrictions empêchant sa réutilisation et portant par exemple sur les appareils avec lesquels un produit est compatible, le pays et la

région où il peut être utilisé,¹²⁴ et la possibilité de transfert à une autre personne.¹²⁵ Chaque restriction réduit la possibilité de revente, rend l'arbitrage plus difficile et facilite donc la discrimination par les prix. Par exemple, à mesure que se développent les marchés de produits de « l'internet des objets »,¹²⁶ les entreprises pourront de plus en plus commercialiser et mettre en œuvre des licences d'utilisateur unique et priver ainsi les consommateurs de leurs droits de revente.

143. Par ailleurs, les plateformes numériques ont aussi créé de nouveaux marchés sur lesquels il est possible de revendre plus efficacement certains produits, voire des petites portions de capacité inutilisée. Par exemple, la revente sur eBay et d'autres sites a créé des marchés de l'occasion en ligne auxquels elle a permis de fonctionner à une échelle largement supérieure à celle des marchés de l'occasion classiques. Le développement de l'économie du partage est plus révolutionnaire encore. Il va au-delà de celui, maintenant répandu, d'une plateforme biface en ligne qui met en relation les acheteurs et les vendeurs. De fait, la caractéristique supplémentaire et inédite de l'économie du partage est qu'en partageant des biens auparavant indivisibles, elle peut puiser à même l'immense capacité inutilisée des consommateurs eux-mêmes et les transformer en petits fournisseurs atomisés.¹²⁷ Par exemple, les acheteurs de maisons et les locataires de longue date revendent des locations à court terme sur le marché par le biais du site Airbnb. De manière analogue, le réseau électrique national rachète l'excédent d'énergie solaire produite par des panneaux exploités par les ménages. Les utilisateurs d'Uber revendent également à d'autres passagers des places dans le taxi qu'ils ont loué (ou dans leur propre voiture par le biais de BlaBlaCar). Cela peut créer une importante capacité supplémentaire de nature à concurrencer la capacité existante et à entraîner une baisse spectaculaire des prix. Lorsque le client est doté des moyens nécessaires pour y participer, l'économie du partage (du moins lorsqu'elle n'est pas entravée par la législation) peut faciliter l'arbitrage puisqu'elle permet la revente de cette capacité inutilisée, et cela peut contribuer à empêcher la discrimination par les prix.

9.1.3 Informations sur la disposition à payer

144. Il se peut que l'impact le plus significatif de l'économie numérique sur la possibilité d'exercer la discrimination par les prix tienne au fait qu'elle permet de recueillir et d'analyser de gros volumes de mégadonnées (dites « *big data* ») provenant souvent de sources multiples. Ces données peuvent concerner la location d'un appareil mobile par un consommateur, son lieu de résidence, le type d'ordinateur qu'il utilise, les appareils qu'il possède ou utilise,¹²⁸ les termes qu'il a cherchés, son historique de navigation, les articles qu'il a lus, ses achats, son panier d'achats virtuels, le contenu qu'il a regardé en *streaming* ou téléchargé et son activité sur les médias sociaux. En rattachant ces données à celles de l'internet des objets (informations provenant des appareils connectés utilisés en voiture, dans la cuisine ou des appareils santé), les entreprises seront de plus en plus à même, à l'aide d'outils d'analyse toujours plus perfectionnés, de modéliser et prédire la disposition à payer de chacun.¹²⁹

145. Par rapport aux catégories économiques classiques de discrimination par les prix décrites à la section 2.1.1, cela signifie que les entreprises qui auraient auparavant pratiqué une discrimination par les prix au troisième degré assez approximative pourraient affiner leur approche et réaliser une discrimination par les prix au premier degré (discrimination presque parfaite par les prix). Par rapport au classement d'Armstrong (voir section 2.1.1), on peut aussi considérer que cette évolution accroît les possibilités de discrimination dynamique par les prix fondée sur le comportement.

146. Au stade actuel, il semble que les entreprises expérimentent de nombreuses stratégies. L'une d'entre elles consiste à interpréter, à l'aide de tests exhaustifs, la pente de la courbe de demande pour des groupes de personnes de même sensibilité. Il s'agit par exemple d'offrir des prix différents à différents types de consommateurs ou des prix différents en fonction du moment où le consommateur consulte un site. Amazon a effectué des tests de ce type il y a plus d'une quinzaine d'années. L'entreprise a cessé cette

pratique mais continue de modifier fréquemment ses prix, parfois d'une minute sur l'autre, une approche qui pourrait lui permettre de répondre à plusieurs questions du même ordre.¹³⁰

147. Les tests de prix sont également possibles hors des marchés numériques, mais sont plus longs et plus coûteux. En associant les tests de prix au profilage de données fondé sur l'historique du consommateur et un large éventail de caractéristiques, les entreprises peuvent concevoir et affiner des modèles prédictifs concernant la propension à payer des consommateurs (et l'élasticité de leur demande). La tarification personnalisée peut ainsi devenir une stratégie commune des entreprises possédant les données et les capacités d'analyse nécessaires pour la mettre en œuvre.¹³¹ Comme l'indique un rapport des conseillers économiques du Président des États-Unis, la principale préoccupation soulevée par cette perspective tient au fait que la tarification personnalisée transfère de la valeur des consommateurs vers les actionnaires, ce qui entraîne généralement une augmentation de l'inégalité et peut donc créer un problème du point de vue utilitaire.¹³²

148. D'après certains rapports, les détaillants en ligne peuvent adopter une stratégie de tarification dynamique fondée sur leur capacité d'estimer le lieu où se trouvent les personnes qui consultent un site internet et, plus précisément, la distance qui les sépare des commerces traditionnels concurrents.¹³³ Selon une étude, il existe déjà des disparités de prix comprises entre 10 et 30 % pour les mêmes produits, en fonction du lieu où se trouvent différents consommateurs qui consultent un site internet et de leurs caractéristiques (par exemple, la configuration du navigateur).¹³⁴ Une autre étude constate que plus de 500 vendeurs qui utilisent le service de vente sur Amazon (*Amazon Marketplace*) utilisent la tarification algorithmique.¹³⁵ Il se peut également que certaines fusions accroissent la possibilité que les entreprises adoptent (ou perfectionnent) la tarification personnalisée.¹³⁶

149. La tarification personnalisée évoquée ici n'est toutefois pas encore aussi répandue que le ciblage comportemental. Cette approche fait appel au même type de données pour réaliser une commercialisation ciblée fondée sur l'historique de navigation, les recommandations de produits qui pourraient intéresser le consommateur et les coupons personnalisés (voir l'encadré 9.) La technique des coupons personnalisés consiste à modifier le prix réel et ressemble donc à la tarification personnalisée mais ne va pas jusqu'à modifier le barème des prix. Ce système de présentation des prix pourrait par exemple être mieux perçu par les consommateurs qui trouveraient déplaisant de se voir proposer des prix personnalisés au prétexte qu'ils sont disposés à payer plus cher. Le fait de déplaire aux consommateurs en heurtant chez eux un certain sens de l'équité expose les entreprises au risque de boycott. Cela peut expliquer que la Chambre des Lords, au Royaume-Uni, a proposé que les entreprises qui utilisent un barème personnalisé le fassent de manière transparente en informant les consommateurs.¹³⁷

Encadré 9. Safeway

Safeway est l'une des premières entreprises à avoir utilisé des données pour personnaliser ses prix¹³⁸. Ce magasin d'alimentation américain possède une application mobile qui envoie des offres promotionnelles personnalisées sur certains produits vers les appareils mobiles des consommateurs lorsqu'ils déambulent dans le magasin, en se basant sur le temps qu'il fait, l'historique des achats, la régularité d'achat d'un produit donné, la date du dernier achat de tel produit, les produits complémentaires achetés et le lieu. En fonction de la décision du consommateur d'accepter ou non l'offre, l'entreprise recueille des informations sur le prix qu'il est disposé à payer pour un produit dans certaines conditions.

De plus, on peut facilement imaginer que les informations utilisées seront encore plus nombreuses à l'avenir. Par exemple, les informations suivantes pourront se révéler utiles : l'activité du consommateur avant sa visite au magasin ; s'il y a lieu, le temps écoulé depuis son dernier repas ; s'il a un rendez-vous à bref délai ; les magasins concurrents dans lesquels il effectue des achats (ou les magasins concurrents situés sur le chemin du retour) ; ses activités prévues dans la semaine à venir ; les produits qui figurent sur sa liste d'achats virtuelle (ou celle des membres de sa famille) ; son historique de navigation ; s'il a utilisé un service de livraison de repas à domicile ; et enfin, si des membres de sa famille sont en visite chez lui.

150. Pour connaître l'évaluation des consommateurs, les entreprises n'ont pas forcément besoin d'obtenir des informations sur le prix qu'il sont disposés à payer. Elles peuvent aussi leur donner la possibilité de communiquer eux-mêmes ces informations, par exemple en effectuant un choix à partir d'une énumération de prix ou en révélant volontairement la valeur qu'ils attribuent au produit pour s'assurer d'être servis. Ce moyen de connaître l'évaluation des consommateurs correspond à une discrimination par les prix au deuxième degré, ou indirecte. Les services numériques comme les plateformes en ligne ont facilité cette démarche dans de nombreux domaines en appariant plus efficacement l'offre et la demande. Cela permet aux consommateurs d'indiquer qu'ils sont disposés à payer plus cher en prenant part à des enchères explicites ou implicites de produits de capacité limitée (eBay, revendeurs de billets de spectacle, Uber). Ces plateformes peuvent jouer un rôle qui va au-delà de la simple mise en relation des acheteurs et des vendeurs ; elles peuvent aussi utiliser des dispositifs de discrimination intertemporelle par les prix (ou d'augmentation ponctuelle des prix (*surge pricing*)) pour mettre en place un prix éliminatoire qui permet aux clients dont l'évaluation est la plus élevée de se faire connaître lorsque l'offre est limitée.¹³⁹ Bien sûr, ces plateformes peuvent fixer des prix en combinant différents objectifs, par exemple un prix garantissant l'équilibre du marché mais permettant d'extraire des commissions plus élevées à l'aide des données sur l'historique d'un utilisateur (par exemple, sur le prix qu'il était disposé à payer lors de transactions précédentes ou d'augmentations de la demande survenues dans le passé).

151. Les consommateurs acceptent parfois de révéler la valeur qu'ils attribuent à un produit pour s'assurer d'être servis, mais préfèrent souvent s'en abstenir. Par exemple, faire part de leur évaluation peut les priver de la protection dont ils bénéficient lorsque les entreprises doivent fixer les prix d'après l'évaluation de consommateurs marginaux. Les consommateurs qui ne souhaitent pas révéler leur évaluation ou communiquer des informations qui pourraient aider l'entreprise à en réaliser une estimation pourraient donc réagir en tentant de dissimuler ce renseignement, et l'on sait qu'il existe maintenant des services numériques d'anonymat (réseaux privés et services comme Abine, qui facturent aux consommateurs l'anonymisation de leurs données).¹⁴⁰ Ces services numériques, en faisant en sorte qu'il soit plus difficile pour les entreprises d'estimer l'évaluation d'un consommateur, peuvent perturber les dispositifs de tarification discriminatoires.¹⁴¹ Il se peut également que les consommateurs demandent à être rétribués pour fournir ce type d'informations. C'est pourquoi on assiste à l'émergence de services qui offrent d'acheter les données des consommateurs en contrepartie d'honoraires mensuels (Datacoup).¹⁴²

152. Les travaux théoriques ont commencé à étudier quelle pourrait être la réaction optimale des consommateurs à une discrimination par les prix plus efficace.¹⁴³ Il y a lieu de penser que lorsque la discrimination par les prix profite aux consommateurs, par exemple lorsqu'elle accroît la concurrence, le bénéfice retiré par les consommateurs est plus grand si tous les concurrents ont accès aux informations concernant le prix que les consommateurs sont disposés à payer plutôt que si une seule entreprise a un accès exclusif à ces informations. En d'autres termes, il semble que sur les marchés concurrentiels, les consommateurs devraient divulguer ces informations librement et que les autorités de la concurrence ne devraient pas se préoccuper (si on se place du point de vue de la protection de la concurrence) d'aider les consommateurs à protéger leur vie privée, et s'inquiéter davantage du caractère exclusif des données. Pourraient notamment susciter des préoccupations les conditions restreignant la revente de données, le refus de vendre, ou encore les fusions créant une exclusivité d'accès aux données. Cependant, les recherches inclinent également à croire que lorsque la discrimination par les prix est préjudiciable, par exemple lorsqu'elle est utilisée par un monopoleur et ne fait pas augmenter la production, les consommateurs devraient éviter de communiquer des informations qui pourraient servir à connaître le prix qu'ils sont disposés à payer. Cela pose sans doute des difficultés puisque que les mêmes données concernent parfois plusieurs marchés et que la discrimination sera sans doute bénéfique sur certains marchés et préjudiciables sur d'autres.

153. Notons que certains pays (comme l'Australie) qui ont décidé de ne pas réglementer la discrimination par les prix ont pourtant proposé d'assurer la légalité des services d'anonymat et

encouragent même leur utilisation afin de contrer la mise en œuvre de dispositifs de discrimination internationale par les prix. De leur point de vue, cette approche offre une solution autre, axée sur le marché, que la mise en œuvre d'une réglementation sur la discrimination par les prix. Elle laisse entrevoir une divergence de vues sur la manière de traiter la discrimination par les prix, mais non sur la question de savoir si cette pratique est ou non un problème. Par exemple, dans les affaires où la discrimination par les prix améliore le bien-être des consommateurs, les mesures visant à l'empêcher ne seraient pas moins préjudiciables que leur simple interdiction au moyen de l'action répressive.

9.2 *Quel impact l'économie numérique a-t-elle sur la discrimination par les prix entre clients intermédiaires ?*

154. L'essor de l'économie numérique a également créé des possibilités supplémentaires de discrimination par les prix entre clients intermédiaires.

155. L'exemple le plus intéressant est sans doute celui de la vente de la capacité de connexion à l'internet, qui constitue l'infrastructure de base de l'économie numérique.¹⁴⁴ Les fournisseurs d'accès internet (FAI) peuvent exercer une discrimination par les prix (ou par la qualité du service qu'ils offrent) entre fournisseurs de contenus.¹⁴⁵ Cela tient au fait que les fournisseurs de contenus ne sont pas disposés à payer le même prix pour ce service. Par exemple, les entreprises ont des volumes de demande différents (les services de vidéos en streaming comme Netflix utilisent une capacité considérable) ; certaines entreprises doivent pouvoir compter sur une connexion plus rapide et fiable que d'autres. Ces dernières années, l'UE et les États-Unis ont décidé d'adopter une réglementation destinée à officialiser ce principe (à la suite du Japon, des Pays-Bas et du Canada, tous dotés d'une réglementation plus ou moins sévère, selon le cas, depuis un certain temps). Cela correspond semble-t-il à l'opinion selon laquelle la neutralité de l'internet a été fondamentale pour permettre aux fournisseurs de contenus innovants d'atteindre rapidement une audience de masse, et a donc contribué à la réussite de bon nombre d'innovations disruptives qui ont été les moteurs de l'économie numérique.¹⁴⁶

156. Il est utile d'examiner en quoi ces considérations sont liées à l'analyse classique de la discrimination par les prix examinée ci-dessus. Selon cette analyse classique, la réglementation qui impose la neutralité du réseau risque de porter préjudice aux consommateurs en empêchant les FAI de réduire les prix facturés aux fournisseurs de contenu qui autrement n'achèteraient pas le service. Il semble donc qu'en imposant la neutralité du réseau, les pouvoirs publics reconnaissent le risque que les FAI exercent une discrimination par les prix pouvant produire des effets d'exploitation ou de distorsion. Il y a donc lieu de penser que sur les marchés des FAI, ce risque a été évalué différemment que sur d'autres marchés.

157. Une étude récente estime que cette évaluation différenciée a peut-être eu du bon. Par exemple, la neutralité du réseau incite les nouveaux fournisseurs de contenu de petite taille à innover et n'accentue pas l'encombrement du réseau.¹⁴⁷ Par comparaison, l'étude montre que la hiérarchisation payante du trafic internet n'inciterait pas les fournisseurs de contenus en place à innover sauf si les recettes publicitaires sont faibles. Cela tend à démontrer que si les prix de la publicité demeurent élevés, la préservation de la neutralité du réseau et, par conséquent, l'interdiction de la discrimination par les prix serait une bonne mesure pour garantir l'accès le plus large possible aux contenus et donner des incitations à investir et à améliorer les réseaux existants.

10. Conclusions

158. La discrimination par les prix est en règle générale une bonne chose pour l'économie et profite souvent aux consommateurs parce qu'elle augmente les échanges et incite les entreprises à se concurrencer. Il est donc avisé que les autorités de la concurrence la considèrent au départ comme une pratique habituellement bénéfique. La discrimination par les prix risque toutefois d'entraîner grosso modo

trois types d'effets préjudiciables aux consommateurs de nature à préoccuper les autorités de la concurrence. Les conclusions qui se rapportent à chacun d'eux sont formulées ci-après.

159. Premièrement, les stratégies de cloisonnement qui facilitent la discrimination par les prix ayant des effets d'exploitation peuvent relever les marges et renforcer le pouvoir de marché. Ces risques s'amplifieront sans doute car les mégadonnées procurent aux entreprises exposées à une faible concurrence une plus grande latitude pour personnaliser les prix et extraire le surplus du consommateur sans augmenter la production. Lorsque les données disponibles tendent à montrer que cette stratégie de monopolisation cause un préjudice aux consommateurs (une fois qu'ont été pleinement prises en compte les incitations dynamiques à innover ou à s'adonner à la recherche de rente), les autorités de la concurrence devraient accorder aux affaires soulevées une priorité au moins aussi grande qu'aux affaires de prix d'éviction.

160. En revanche, en l'absence de stratégie spécifique de cloisonnement, il est plus probable que les incitations dynamiques découlant de la discrimination par les prix produisant des effets d'exploitation entraînent des avantages pour les consommateurs. Il y a lieu de penser que les affaires qui traduisent simplement une maximisation des bénéfices sans relever d'une stratégie particulière ne seraient pas prioritaires. Tout particulièrement, les dispositifs de discrimination par les prix au deuxième degré sans effet d'exclusion ne figureraient sans doute pas parmi les priorités.

161. Deuxièmement, dans certaines circonstances, la discrimination par les prix entre acheteurs intermédiaires peut entraîner une distorsion de concurrence en aval et porter préjudice aux concurrents. Lorsqu'elles vérifieront ces effets, les autorités de la concurrence s'intéresseront au dommage causé aux consommateurs plutôt qu'aux concurrents. Elles resteront sans doute réceptives aux plaintes bien documentées semblant indiquer que les faits soulevés sont compatibles avec les fondements économiques de la réglementation, mais il est peu probable qu'elles accorderont la priorité à ces préoccupations.

162. Troisièmement, les entreprises peuvent mettre en œuvre une stratégie de discrimination par les prix pour exclure leurs concurrents. Comme la discrimination par les prix entraînant l'exclusion peut établir et protéger un pouvoir de marché, c'est celui des effets préoccupants décrits dans le présent document qui mérite d'être traité en priorité. Il paraît logique de s'intéresser en priorité aux stratégies d'exclusion dont la mise en œuvre coûte le moins cher aux entreprises. Par exemple, la compression de marge, les ventes groupées et les remises de fidélité peuvent effectivement exclure des concurrents sans que l'entreprise doive sacrifier des bénéfices (contrairement aux pratiques d'éviction).

163. Enfin, comme les normes de preuve peuvent varier, il est également recommandé de distinguer d'entrée de jeu les affaires dans lesquelles la discrimination par les prix donne lieu à une enquête pour pratique abusive sur un marché en cause et les affaires dans lesquelles l'enquête est motivée par d'autres raisons liées par exemple à l'équité ou à un autre objectif d'action.

NOTES

-
- ¹ Voir OCDE – Remise de fidélité, Note de référence du Secrétariat (2016a).
- ² Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 102 (c).
- ³ Voir Blair et DePasquale (2014), p. 3.
- ⁴ Voir Elfand, « The Robinson-Patman Act », American Bar Association.
- ⁵ Voir Armstrong (2006). Stigler (1987) propose une définition plus large : deux produits similaires sont vendus à des prix ne représentant pas le même pourcentage du coût marginal.
- ⁶ Par exemple, les remises octroyées en fonction du volume consistent à offrir aux consommateurs un prix avantageux s'ils achètent une quantité suffisante de produit.
- ⁷ Par exemple, l'emplacement de deux sièges est différent alors que le coût d'une performance ou d'un service est le même.
- ⁸ Par exemple, l'utilisation (ou l'indication) proposée ou connue d'un même produit pharmaceutique peut varier dans différents pays ou dans le temps.
- ⁹ Par exemple, des informations, des films, de la musique et des livres peuvent perdre de la valeur avec le temps. Ainsi, Clerides (2002) attribue 5 % seulement de la différence de prix moyenne entre les livres reliés et les livres brochés au fait que les coûts de production sont plus élevés.
- ¹⁰ Par exemple, les vendeurs de parapluies pourraient majorer leurs prix lorsqu'il pleut.
- ¹¹ Par exemple, les automobilistes à faible risque d'accident peuvent être repérés à l'aide d'appareils conçus à cette fin (Tanner, 2013).
- ¹² Le cloisonnement géographique des marchés nationaux est souvent préoccupant dans l'UE encore que, comme on le verra à la section 7, cela soit dû au fait qu'il compromet l'objectif du marché unique.
- ¹³ Voir Vickers et Armstrong (2012).
- ¹⁴ Voir Pigou (1920). Selon la nouvelle terminologie adoptée par Shapiro et Varian (1999).
- ¹⁵ Voir McAfee (2008).
- ¹⁶ Verboven (2002) estime qu'entre 75 et 90 % de la majoration du prix des produits pétroliers de qualité sont attribuables à une marge plus élevée, ce qui signifie que seulement 10 à 25 % de la majoration s'expliquent par des différences de prix pour ces versions différentes du produit. Ennis (2006) décèle une dispersion des prix entre les forfaits d'appels interurbains classiques et autres et constate que cette dispersion s'accroît lorsque la concurrence s'intensifie. La CMA (2016) constate également des écarts de prix entre les forfaits énergie classiques et autres.
- ¹⁷ Voir Maskus (2001).
- ¹⁸ Hays (1999).
- ¹⁹ Aux États-Unis, 34 États, de même que le district de Columbia, sont dotés d'une législation limitant les augmentations de prix en cas de perturbation anormale du marché (Giberson, 2012). En pareil cas, le consommateur présente une caractéristique temporaire tenant au fait qu'il est soudainement prêt à payer plus cher parce qu'il a un besoin plus urgent du produit qu'en temps ordinaire (Mohammed, 2013).

- 20 Certains observateurs évoquent une discrimination par les prix au quatrième degré, parfois appelée discrimination inverse par les prix et qui consiste pour une entreprise à vendre au même prix des produits similaires dont le coût est différent. Tel est le cas des transports offerts gratuitement aux consommateurs mais dont les coûts sont de fait sensiblement différents.
- 21 Voir Armstrong (2006).
- 22 Notons que ce type de discrimination intertemporelle peut susciter les problèmes recensés par la conjecture de Coase (Coase, 1972), selon laquelle un monopoleur qui souhaite pratiquer une discrimination intertemporelle par les prix en offrant différents prix pour un bien durable pendant une période donnée peut, de fait, finir par se concurrencer lui-même et par fixer un prix bas. Cela signifie que dans de tels cas, la discrimination est peut-être une stratégie non soutenable. Par exemple, il y a un risque, pour l'entreprise qui commence par fixer des prix élevés pour vendre son produit aux acheteurs qui lui attribuent une valeur élevée et réduit ensuite ses prix pour le vendre aux acheteurs qui lui attribuent une valeur moins élevée, que les premiers acheteurs prévoient la baisse de prix et décident d'attendre. Dans ce cas, le volume des ventes sera faible ou nul pendant la première période et il se pourrait donc que le monopoleur doive offrir un prix uniforme. Cependant, ce problème ne se poserait pas pour un produit non durable ou si les consommateurs bénéficient de remises élevées et ne veulent pas attendre (ce qui explique que le prix des livres reliés qui viennent de paraître soit plus élevé.)
- 23 Voir également Ezrachi et Stucke (2016).
- 24 On pourrait également distinguer les cas où ce sont les clients des acheteurs qui subissent un préjudice (dommage tertiaire), et ainsi de suite.
- 25 *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967).
- 26 La Cour suprême a harmonisé le traitement de la discrimination par les prix entraînant un dommage primaire avec celui des objectifs généraux de la politique de lutte contre les monopoles dans sa décision relative à l'affaire *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (92-466), 509 U.S. 209 (1993).
- 27 Voir McAfee, Mialon et Mialon (2006)
- 28 Dans ces affaires, l'existence d'avis divergents quant au groupe de consommateurs qui paie le prix le plus élevé pourrait signifier qu'un monopoleur hypothétique n'exercerait aucune discrimination par les prix.
- 29 Selon certains auteurs, la discrimination par les prix rendrait également la collusion plus difficile. Voir Helfrich et Herweg (2016), et Liu et Serfes (2007).
- 30 Par exemple, si un cinéma offre une remise aux étudiants et fixe un prix plus élevé pour les autres clients, le service sera offert au tarif réduit à un plus grand nombre d'étudiants mais certains consommateurs qui ne sont pas étudiants décideront de ne pas payer plus cher même s'ils attribuent une plus grande valeur au produit que les étudiants, qui l'achètent seulement si une remise est consentie. Cela signifie qu'un cinéma qui affiche complet n'atteindra pas l'efficacité allocative en vendant des places aux consommateurs qui attribuent la valeur la plus élevée au produit et, au lieu de cela, vendra trop de places aux étudiants et trop peu aux autres consommateurs.
- 31 Comme l'a constaté Robinson (1933), le rapport entre les accroissements de la production totale et la courbe de demande sur les marchés forts (où les prix résultant de la discrimination sont supérieurs au prix uniforme) est comparable à celui qui existe sur les marchés faibles (où les prix résultant de la discrimination sont inférieurs au prix uniforme). Schmalensee (1981) montre que la production doit s'accroître pour que le bien-être total (et non le bien-être des consommateurs) augmente (dans l'hypothèse où les courbes de demande ne sont pas linéaires, où les marchés sont parfaitement distincts et où le coût marginal est constant). Varian (1985) et Schwartz (1990) ont généralisé ces résultats.
- 32 Voir Armstrong (2006) ; et *Monopolies and Mergers Commission* (1999).

Cowan (2012) estime que cela entraînerait une chute du surplus agrégé des consommateurs.

Voir Hotelling (1929).

Voir Thisse et Vives (1988), ainsi que Corts (1998).

Voir Holmes (1989).

Voir Villas-Boas (1999), ainsi que Fudenberg et Tirole (2000).

La Cour suprême des États-Unis a défini ainsi les avantages du pouvoir de monopole : la simple détention d'un pouvoir de monopole, avec pour corollaire la capacité de fixer des prix de monopole, n'a pas pour seule caractéristique d'être illicite ; elle constitue une composante importante du système de libre marché. La possibilité d'imposer des prix de monopole – du moins pendant une courte période – attire les entrepreneurs les plus « volontaires » en premier lieu ; cette possibilité stimule la prise de risque, source d'innovation et de croissance économique. Afin de protéger l'incitation à l'innovation, la détention d'un pouvoir de monopole ne sera pas considérée comme illicite à moins qu'elle ne soit assortie d'une pratique anticoncurrentielle. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

Les régulateurs s'appuient sur ce principe lorsqu'ils fixent les prix d'un monopoleur réglementé.

Leeson et Sobel (2008) modélisent cette situation et montrent qu'il existe un important secteur spécialisé dans la vente aux entreprises de moyens plus rentables d'exercer la discrimination par les prix. Peeperkorn (2008) fait remarquer qu'interdire une entente peut être considéré comme ayant un effet défavorable si cela décourage les membres de l'entente d'effectuer des investissements risqués dans l'innovation. Autrement dit, des incitations toujours plus fortes à innover ne sont manifestement pas toujours souhaitables.

Comme celui présenté par Thisse et Vives (1988).

Ce modèle intègre la négociation de prix et estime les paramètres de coûts et de capacité de négociation à l'aide d'un modèle de fixation des prix dans lequel chaque fabricant de stents et chaque hôpital mènent une négociation bilatérale de Nash.

Voir également Stavins (1996).

Voir Vickers (2001), p. 6.

Voir Elhauge (2009).

Voir Nalebuff (2009), p. 13. Si le comportement unilatéral adopté par une entreprise pour cloisonner le marché ne modifie pas le marché pertinent défini, l'entreprise, en pratiquant la discrimination par les prix, augmente ses bénéfices sur le marché pertinent lorsqu'elle maximise ses bénéfices et devient donc un monopole plus puissant. Autre cas de figure, si les pratiques de cloisonnement de l'entreprise créent d'autres marchés pertinents sur lesquels elle occupe une position dominante, elles accroissent le nombre de positions dominantes détenues par l'entreprise.

Dans l'UE, le cloisonnement des marchés nationaux peut faire l'objet d'une enquête car il risque de nuire à l'objectif de marché unique (nous abordons cette question à la section 7.) Cependant, le cloisonnement peut relever d'une stratégie utilisée dans différents dispositifs de discrimination par les prix, et consistant à cloisonner le marché pour distinguer entre les achats en grands et en petits volumes ; les acheteurs naïfs et les acheteurs éclairés ; les billets achetés par les retraités et ceux achetés par les familles ; dans un cas limite, le cloisonnement du marché vise à distinguer chaque consommateur.

Par exemple, la mise en œuvre de pratiques de tarification comme la majoration furtive (au fil du processus d'achat) et la dissimulation des prix. Bien que ces pratiques puissent être traitées sous l'angle de la protection des consommateurs car le pouvoir de marché augmente l'incitation à les adopter, elles ont fait

l'objet d'enquêtes (affaire Tetra Pak III) de la part des autorités de la concurrence de certains pays et cela pourrait sans doute se reproduire.

Kwoka (2013)

Haas-Wilson et Garmon (2009) et <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/0110234/evanston-northwestern-healthcare-corporation-enh-medical-group>

Voir ACM (2013), en particulier la section 4.3. Voir également Armstrong et Vickers (2012). Ces auteurs montrent que la discrimination par les prix exercée entre les consommateurs éclairés et les consommateurs naïfs peut dans certains cas conduire à l'exploitation des consommateurs naïfs, qui se trouvent à financer les plus éclairés, et dans d'autres cas, permettre la protection des consommateurs naïfs par les consommateurs éclairés.

Ezrachi et Gilo (2009).

Au Chili, par exemple, les autorités ont considéré que la discrimination par les prix introduite par un monopoleur était anticoncurrentielle parce qu'elle ne rendait pas compte des différences de coût. Voir Vásquez Duque (2015), p. 27-29.

Ces comportements peuvent être assimilés à des pratiques de prix excessifs et à des dispositifs de discrimination intertemporelle ou géographique par les prix (si l'entreprise exerce également des activités ailleurs que dans la zone affectée par la situation d'urgence.) L'interprétation fondée sur la discrimination par les prix est particulièrement pertinente lorsque le prix pratiqué avant la situation d'urgence ou dans une autre région géographique est utilisé comme point de repère pour définir le prix excessif.

Nalebuff (2009).

Baker et Salop (2015). O'Connell (2015) indique également qu'il subsiste une certaine latitude pour ce qui est de l'adoption de cette approche plus large de la mise en œuvre de l'article 5.

O'Donoghue et Padilla (2013) précisent que cette disposition a été utilisée pour traiter la discrimination par les prix n'ayant pas d'effets d'éviction et exercée directement ou indirectement en fonction de la nationalité ou du lieu de résidence du client.

Les orientations sur la hiérarchisation des affaires relevant de l'article 82 n'ont porté que sur les pratiques d'éviction.

United Brands Company contre Commission (1978) Affaire 27/76, Rec. C.J.C.E., p. 207.

Geradin et Petit (2005). Cette approche est toutefois réfutable au moyen d'une défense fondée sur l'efficacité.

On sait qu'il est difficile de définir en quoi consistent des prix excessifs. Voir OCDE, Background Paper on Excessive Pricing (2011).

On peut se demander quels sont les consommateurs à prendre en compte dans cette démarche. Dans le cas présent, nous prenons pour acquis que les consommateurs considérés sont ceux qui achèteraient le produit si la discrimination par les prix était autorisée. Seraient donc compris tous les consommateurs qui décideraient de ne pas acheter le produit si la discrimination par les prix était interdite. Si l'analyse porte seulement sur les consommateurs qui achètent le produit lorsque le prix est uniforme, on peut présumer qu'elle permettrait de déterminer les effets préjudiciables d'une pratique de discrimination par les prix mise en œuvre par une entreprise dominante, étant donné que la discrimination aurait pour effet d'augmenter le prix payé par ce groupe de consommateurs (sans égard aux prix inférieurs payés par les autres consommateurs).

- 63 Peepkorn (2008) estime que de prime abord, on pourrait présumer que la discrimination par les prix au premier degré exercée par une entreprise dominante serait préjudiciable aux consommateurs et qu'il en irait de même du cloisonnement du marché par une entreprise dominante afin de faciliter la discrimination par les prix qui n'entraîne pas d'expansion de la production. Il incomberait alors à l'entreprise d'indiquer les gains d'efficacité découlant de ses pratiques.
- 64 Il se peut dans certains cas que les pertes de bien-être statiques récurrentes surpassent les avantages dynamiques mais il est sans doute très malaisé de faire la part entre les deux phénomènes, de sorte que la prudence commande de donner davantage de poids aux avantages dynamiques. Carlton et Heyer (2008) soulignent qu'en général, les données semblent indiquer que dans de nombreux secteurs d'activité, il existe déjà des incitations sous-optimales à innover et à développer des produits nouveaux et de meilleure qualité et que les politiques de la concurrence qui dissuadent davantage ces activités ont tout lieu d'être considérées comme très préoccupantes.
- 65 Par exemple, des préoccupations d'équité et d'égalité des conditions peuvent justifier des craintes de distorsion de concurrence. De manière similaire, si les autorités jugent préoccupante la protection accordée à certains types d'entreprises, des règles similaires pourraient être adoptées pour empêcher les distorsions de concurrence. La section 7 contient un examen des autres objectifs d'action qui motivent les enquêtes sur la discrimination par les prix.
- 66 Yoshida (2000).
- 67 Degra (1990).
- 68 L'intégration en amont consiste pour un détaillant à intégrer verticalement la chaîne de production des produits qu'il commercialise.
- 69 Katz (1987).
- 70 Inderst et Valletti (2009).
- 71 Antitrust Modernisation Committee (2007).
- 72 Les reproches concernent également le fait que la Loi semble s'intéresser aux seules entreprises en aval clientes de l'entreprise qui pratique la discrimination par les prix, et fait abstraction du groupe sans doute plus important d'entreprises présentes sur le marché en cause (Blair et DePasquale, 2014).
- 73 Affaire McCormick & Co., Docket No. C-3939 (2000). La FTC a mentionné la déduction faite dans l'affaire du sel Morton : on peut déduire qu'il y a eu préjudice à la concurrence au niveau des détaillants en présence d'une discrimination par les prix substantielle et durable entre des acheteurs qui se concurrent sur un marché où les marges bénéficiaires sont faibles et où la concurrence est vive. La FTC a toutefois noté que lors de l'examen des remises accordées par McCormick, elle ne s'était pas limitée à dégager la même présomption que dans l'affaire du sel Morton pour conclure qu'il y avait eu atteinte à la concurrence et avait examiné d'autres éléments, notamment le pouvoir de marché de McCormick et le fait que les remises accordées aux chaînes privilégiées étaient subordonnées à un accord aux termes duquel celles-ci acceptaient de consacrer tout ou partie de leur linéaires à la gamme de produits McCormick.
- 74 Woodman's Food Market, Inc. v. Clorox Co., No. 15-3001 (7th Cir. 2016), décision renvoyant aux affaires Luxor (1940) et General Foods (1956).
- 75 JJ. Truett Payne Co. v. Chrysler Motors Corp., 451 U.S. 557, 561 (1981).
- 76 Cash & Henderson Drugs v. Johnson & Johnson, 799 F.3d 202 (2d Cir. 2015).
- 77 Volvo Trucks North America, Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc. (04-905) 546 US 164 (2006).
- 78 Affaire T-128/98, Recueil 2000, II, p. 3929, confirmée par CJCE, affaire C-82/01, Recueil 2002, p. 9297.

- 79 L'exigence que des intermédiaires se concurrencent pour qu'il y ait un effet de distorsion a été confirmée par la décision relative à l'affaire Kanal 5 rendue par la CJCE en 2008. Kanal 5 Ltd et TV 4 AB contre STIM, C-52/07 [2008], Rec. p. I-09275.
- 80 Notons qu'il n'est pas suffisant que l'intermédiaire avantagé exerce une contrainte asymétrique sur l'intermédiaire désavantagé sans lui-même subir de contrainte de la part de ce dernier. Dans ce cas, l'absence de contrainte exercée par l'intermédiaire désavantagé signifie que la discrimination par les prix ne saurait affaiblir davantage une éventuelle contrainte.
- 81 Voir Nazzini (2012). Cet auteur propose un test de distorsion significative de la concurrence qui exige : a) un effet significatif sur les coûts des entreprises en aval ; et soit b) le fait que des écarts sensibles entre les coûts affectent l'équilibre du marché ; soit c) un impact négatif sur l'efficacité productive ou dynamique de certaines entreprises en aval comparativement à d'autres entreprises.
- 82 Par exemple, la Cour suprême dans l'affaire Brooke Group (1993).
- 83 Voir OCDE – Background Paper on Predatory Foreclosure (2004).
- 84 De même, au Chili, un petit transporteur aérien (DAP) a accusé le principal transporteur de pratiquer des prix d'éviction à la suite de son entrée sur l'itinéraire *Santiago-Punta Arenas* (ville située à l'extrémité méridionale du pays). L'un des principaux arguments de DAP était que le transporteur historique avait réagi beaucoup plus agressivement au prix des billets vendus à *Punta Arenas*, l'aéroport pivot de DAP, qu'à celui des billets vendus à *Santiago* (l'aéroport pivot du transporteur historique), pour un même itinéraire. Voir la décision suivant le lien suivant : http://portal.tdlc.cl/tdlc/TDLCComisiones/Resoluciones/Res_percent20479-1996.pdf.
- 85 Napp Pharmaceuticals No. CA98/2D/2001. <https://www.gov.uk/cma-cases/napp-pharmaceutical-holdings-ltd-alleged-abuse-of-a-dominant-position>.
- 86 L'OFT a infligé à Napp une amende de 3.21 millions BP (ramenée à 2.2 millions BP en appel) et lui a ordonné de baisser les prix dans le secteur des services à la collectivité et de réduire l'écart entre les prix demandés aux hôpitaux et aux collectivités. L'évaluation *ex post* de cette décision, en 2011, a montré qu'après celle-ci, la concurrence sur le marché a progressé et a permis au *National Health Service* de réaliser des économies annuelles d'au moins 1.5 BP.
- 87 OCDE – Background Paper on Fidelity Rebates (2016a).
- 88 Virgin/British Airways (2000), décision 2000/74/CE, JO L30/1. Confirmée par le Tribunal de première instance dans l'affaire T-219/99 [2003] Rec., p. II-5917, et par la suite par la CJCE dans l'affaire C-95/04 P [2007] Rec., p. I-2331. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000D0074&from=EN>.
- 89 Clearstream Banking AG et Clearstream International SA contre la Commission [2009] Affaire T-301/04, Rec., p. II-3155.
- 90 Affaire Solvay (carbonate de soude) [2003] JO L10/10.
- 91 Affaire COMP/C-3/37.990 — Intel, [http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0922\(02\)&from=EN](http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0922(02)&from=EN).
- 92 Cela est encore plus manifeste dans les affaires où la remise est accordée à la condition que l'acheteur traite exclusivement avec l'entreprise.
- 93 Il est difficile d'établir quelles sont les ventes « non contestables » et il paraît peu justifié de présumer simplement que toutes les ventes d'une entreprise dominante sont « non contestables ».
- 94 Voir Farrell (2016) [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2016\)61/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)61/en/pdf)

United States District Court, District of New Jersey, Civil Action No. 08-4168 (MLC), 28 mars 2014 : http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1396896076/Eisai_v_Sanofi_3_28_Opinion_Unsealed_nbzekj.pdf

Nalebuff (2005).

Cette analyse pourrait s'intéresser à l'impact des pratiques en cause sur des concurrents d'efficience équivalente ou moindre et qui auraient peut-être exercé une contrainte sur les prix de l'entreprise en place.

Pollina (2014).

Elhauge (2009). Lambert (2005) propose par ailleurs de se fonder sur l'hypothèse que les lots dont le prix est supérieur au coût sont licites en l'absence de preuve spécifique du contraire apportée par un plaignant.

Crane et Wright (2009) jugent improbable que les entreprises menacent de manière crédible de fixer un prix hors lot supérieur au niveau du monopole parce que cela entraînera un sacrifice de bénéfices. Ils estiment qu'une telle situation ne risque guère de se présenter et remettent donc en cause l'utilisation de la règle de Elhauge.

LePage's Inc. v. 3M, 324 F. 3d 141 (3d Cir. 2003).

Voir Markus (2008).

Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515 F.3d 883, 906 (9th Cir. 2007).

OCDE – Background Paper on Margin Squeeze (2009).

Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO C 45, 24.2.2009, p. 7–20. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224(01)).

Comme il a été indiqué dans l'affaire Oscar Bronner, il faudrait que le refus : (1) soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché secondaire de la part du demandeur d'accès au service ; (2) qu'il ne puisse être objectivement justifié ; et (3) que le service soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel. Affaire C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. contre MediaprintZeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co., Recueil de jurisprudence 1998 p. I-7791).

OCDE (2009), voir le résumé.

Avis de l'Autorité islandaise de la concurrence : <http://en.samkeppni.is/published-content/news/nr/2399>

Test-Achats C-236/09.

Par exemple, la pratique des prix différenciés dans les marchés de l'assurance traduit parfois l'existence de risques différents et, par conséquent, les coûts attendus de l'assurance de différents consommateurs.

Voir <https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2015/12/22/women-really-do-pay-more-for-razors-and-almost-everything-else/> ; voir aussi <http://www1.nyc.gov/site/dca/partners/gender-pricing-study.page>.

Le prestataire a affirmé que dans les régions où les prix sont plus élevés, on retrouve dans la population un nombre disproportionné de personnes qui travaillent dans le secteur des services financiers, d'électeurs ayant tendance à voter pour le Parti démocrate, de journalistes et de certains groupes plus fortement concentrés, comme à New York.

Ajoutons que dans ces affaires, les différences de prix n'équivalent pas à une discrimination par les prix au sens économique. Par exemple, ces « marchés uniques » ne correspondent pas nécessairement aux marchés

en cause définis par une autorité de la concurrence. Par conséquent, les différences de prix, dans ce cas, peuvent s'expliquer par le fait que les produits sont différenciés et non par une pratique discriminatoire.

Voir Geradin et Petit (2006), p. 7, qui renvoient à l'affaire United Brands. Voir aussi Jones et Sufrin (2014), p. 586, qui renvoient à l'affaire GlaxoSmithKline.

Projet de loi C-49.

<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=6828350&Language=E&Mode=1>

Voir le commentaire suivant : https://www.dwpv.com/~media/Files/PDF_EN/2016/2016-01-18-Top-Competition-and-Foreign-Investment-Review-Trends-and-Issues-for-2016.ashx

Voir Competition Policy Review, 2015, Final Report - Recommendations
<http://www.australiancompetitionlaw.org/reports/2015harper-recs.html#30>.

Voir *United States v. Rx Depot, Inc.*, 290 F. Supp. 2d 1238 (N.D. Okla. 2003), affaire dans laquelle le ministère de la Justice a porté plainte contre Rx Depot, une entreprise qui aidait les consommateurs à se procurer des médicaments sur ordonnance provenant du Canada.

Voir Willig (1998). Cet auteur estime que moins de 10 % des affaires de dumping relèvent de pratiques de prix d'éviction.

Voir Bown et McCulloch (2012), et Alan Fels, séance 36, Forum public de l'OMC, (2010) intervention intitulée « Antidumping regime: A view from the competition policy perspective »
https://www.wto.org/english/news_e/news10_e/pfor_pm_17sept10_e.htm.

Voir Deller (2016).

La décision d'examiner le comportement d'exploitation au moyen d'une analyse de marché a été prise explicitement en rapport avec l'assurance-crédit, l'OFT ayant observé qu'il aurait pu lancer des poursuites aux termes de l'article 102 contre des fournisseurs de crédit et d'assurance-crédit ou que des actions en justice aux termes de la législation relative à la protection des consommateurs auraient pu être engagées. L'OFT a plutôt estimé qu'une enquête sur le marché était préférable étant donné que cela permettait de prendre en compte tous les aspects nécessaires pour pouvoir déterminer l'existence d'un problème et le cas échéant, comment remédier de la meilleure façon qui soit à ce problème du point de vue de la concurrence et de la protection des consommateurs (OFT 2010, note de bas de page 31).

Le rôle des données dans l'économie numérique peut soulever de nombreux problèmes. Voir OCDE (2016b).

Par exemple, le blocage géographique des contenus cinématographiques et sportifs rend ceux-ci inaccessibles dans différents pays. Voir les conclusions de l'analyse du marché du commerce électronique réalisée par la Commission européenne http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-922_en.htm

Voir Manta et Olson (2015).

Il s'agit des produits ou « objets » connectés à l'internet, par exemples les voitures, les appareils personnels ou les appareils utilisés à domicile.

Par comparaison, les services de base de Booking.com ou de Uber sont de ce point de vue des plateformes traditionnelles qui rapprochent simplement les acheteurs et les vendeurs.

Voir https://www.washingtonpost.com/posteverything/wp/2014/11/03/if-you-use-a-mac-or-an-android-e-commerce-sites-may-be-charging-you-more/?utm_term=.6cf5ea1671df qui renvoie à Hannak *et al.* (2014).

Voir par exemple l'estimation, par Cohen, Hahn, Hall, Levitt et Metcalfe (2016), du surplus du consommateur non extrait par Uber.

Anderson et Simester (2010).

- 131 Vu le vaste éventail de comportements qui permettent d'élaborer ces prix personnalisés, les consommateurs peuvent difficilement échapper à la discrimination par les prix. Shiller (2014) cite l'exemple d'un restaurant qui faisait des tests de prix pour repérer les clients dont l'évaluation était élevée et ceux dont l'évaluation était faible. Dans ce cas, le consommateur peut empêcher le restaurateur de savoir à quel type de client il correspond en refusant d'obéir à un principe heuristique simple consistant à ne pas acheter lorsque les prix sont élevés. Par comparaison, lorsque le prix est fixé en fonction non pas d'un seul comportement mais d'un vaste éventail de comportements sur une période longue, le consommateur ne réussira sans doute pas à dissimuler le type de client auquel il appartient.
- 132 Voir le rapport du *Council of Economic Advisers to the President of the United States* (2015).
- 133 Voir Valentino-Devries, Singer-Vine et Soltani (2012).
- 134 Voir Mikians, Gyarmati, Erramilli et Laoutaris (2013).
- 135 Chen, Mislove et Wilson (2016) élaborent une méthode de détection de la tarification algorithmique qu'ils utilisent empiriquement pour analyser son utilisation et son évolution sur *Amazon Marketplace*. Ces auteurs étudient les stratégies de tarification algorithmique adoptées par plus de 500 vendeurs.
- 136 Habituellement, l'examen d'une fusion non horizontale vise principalement à savoir si l'opération crée la capacité d'exclure les concurrents et une incitation à le faire et, dans l'affirmative, si l'exclusion aura pour effet d'accroître le pouvoir de marché et de réduire la concurrence. On ne sait pas au juste si l'examen s'accompagnerait d'une enquête ayant pour but de déterminer si l'entreprise née d'une fusion aurait la capacité de cloisonner le marché et d'exercer plus efficacement une discrimination par les prix afin de relever ses marges et serait incitée à le faire. Par exemple, une fusion grâce à laquelle sont réunies les mégadonnées et les capacités analytiques de deux entreprises permettrait à la nouvelle entreprise d'évaluer avec plus de précision le prix que les clients sont disposés à payer. Un examen paraît utile car la fusion risque de porter préjudice aux consommateurs soit directement, en augmentant le prix, soit indirectement, en relevant les coûts de publicité des entreprises auxquelles ils achètent des produits sur d'autres marchés.
- 137 Voir *House of Lords Select Committee on European Union*, (2016) par. 291.
- 138 Voir Kharif (2013).
- 139 Notons qu'il ne s'agit pas d'un prix d'équilibre car la plateforme elle-même peut être soumise à des contraintes sur le marché en cause. Voir Hall, Kendrick et Nosko (2015) ; Chen et Sheldon (2016) ; et Cohen, Hahn, Hall, Levitt et Metcalfe (2016).
- 140 Voir Tam et Worthen (2010) ; voir aussi www.abine.com/index.html
- 141 Toutefois, si seule une petite proportion des consommateurs demeure anonyme, les entreprises trouveront peut-être rentable d'imposer des prix plus élevés aux consommateurs anonymes pour les inciter à révéler leur identité.
- 142 www.datacoup.com/
- 143 Voir Fudenberg et Villas-boas (2012) ; voir aussi Montes, Sand Zantman et Valletti (2016).
- 144 Voir OCDE (2011).
- 145 Définir la qualité n'est toutefois pas simple pour un FAI car l'internet est un réseau de réseaux et il se peut que le FAI doive négocier des accords d'échange de trafic et/ou d'appairage avec d'autres réseaux.
- 146 Voir Richards (2015).
- 147 Reggiani et Valletti (2016) utilisent un modèle de marché biface sur lequel on observe la présence de fournisseurs de contenu hétérogène et un frein à la concurrence tenant au fait que le FAI contrôle l'accès au consommateur.

BIBLIOGRAPHIE

- Anderson, E. et D. Simester (2010), « Price Stickiness and Customer Antagonism », *Quarterly Journal of Economics*, avril, vol. 125, n° 2.
- Antitrust Modernisation Committee (2007), « Report and Recommendations »
http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm.
- Areeda, P. et D. Turner (1975), « Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act », *Harvard Law Review*, vol. 88, n° 4, pp. 697-733.
- Armstrong, M. (2006), « Price Discrimination », Document non publié.
- Armstrong, M. (2008), « Price Discrimination », *Handbook of Antitrust Economics*, dir. Pub. Buccirossi, MIT Press.
- Armstrong, M. et J. Vickers (2012), « Consumer Protection and Contingent Charges », *Journal of Economic Literature*, vol. 50, n° 2, pp. 477-493.
- Asplund, M., R. Eriksson et N. Strand (2008), « Price Discrimination in Oligopoly: Evidence from Regional Newspapers », *Journal of Industrial Economics*, 0022-1821, vol. LVI, juin 2008, n° 2.
- Baker, J. et S. Salop (2015), « Antitrust, Competition Policy, and Inequality » *American University Washington College of Law Working Papers*, Paper 41.
- Becker, G., D. Carlton et S. Sider (2010), « Net Neutrality and Consumer Welfare », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6, n° 3, pp. 497-519.
- Beckert, W., H. Smith et Y. Takahashi (2015), « Competitive price discrimination in a spatially differentiated intermediate goods market », University of London Working Paper.
- Blair, R. et C. DePasquale (2014), « Antitrust's Least Glorious Hour: The Robinson-Patman Act », *The Journal of Law and Economics*, vol. 57, n° 4, Article 12.
- Borenstein, S. et N. Rose (1994), « Competition and Price Dispersion in the U.S. Airline Industry », *Journal of Political Economy*, vol. 102, pp. 653-83.
- Bown, C. et R. McCulloch (2012), « Antidumping and Market Competition: Implications for Emerging Economies », *Brandeis Working Paper* n° 50.
- Carlton, W. et K. Heyer (2008), « Extraction vs. Extension: The Basis For Formulating Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct », *Competition Policy International*, vol. 4, n° 2.
- Chen, K. et M. Sheldon (2016), « Dynamic Pricing in a Labor Market: Surge Pricing and Flexible Work on the Uber Platform », *Proceedings of the 2016 ACM Conference on Economics and Computation*,
http://www.anderson.ucla.edu/faculty/keith.chen/papers/SurgeAndFlexibleWork_WorkingPaper.pdf.

- Chen, L., A. Mislove et C. Wilson (2016), « An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace », Proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web.
<http://www.ccs.neu.edu/home/amislove/publications/Amazon-WWW.pdf>.
- Chu, C., P. Leslie et A. Sorensen (2011), « Bundle-Size Pricing as an Approximation to Mixed Bundling, » *American Economic Review*, vol. 101, n° 1, pp. 263-303.
- Clerides, S. (2002), « Book value: intertemporal pricing and quality discrimination in the US market for books », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 20, n° 10, pp. 1385-1408.
- Coase, R. (1972), « Durability and Monopoly, » *Journal of Law and Economics*, vol. 15, n° 1, pp. 143-149.
- Cohen, P., R. Hahn, J. Hall, S. Levitt et R. Metcalfe (2016), « Using Big Data to Estimate Consumer Surplus: The Case of Uber », *NBER working paper* 22627. <http://www.nber.org/papers/w22627.pdf>.
- Competition and Markets Authority (2016), Energy Market Investigation, final report:
<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5773de34e5274a0da3000113/final-report-energy-market-investigation.pdf>.
- Corts, K. (1998), « Third-Degree Price Discrimination in Oligopoly: All-Out Competition and Strategic Commitment », *RAND Journal of Economics*, vol. 29, n° 2, pp. 306-323.
- Council of Economic Advisers to the President of the United States (2015), « Big Data and Differential Pricing », The White House, février.
- Cowan, S. (2012), « Third-Degree Price Discrimination and Consumer Surplus », *Journal Industrial Economics*, vol. 60, pp. 333-345.
- Crane, D. et J. Wright (2009), « Can Bundled Discounting Increase Consumer Prices Without Excluding Rivals? », *Competition Policy International*, vol. 5, n° 2, pp. 209-220.
- Cuddeford-Jones, M. (2013), « Effective Revenue Management in the Hospitality Industry », Eye for Travel, White Paper.
- Degraba, P. (1990), « Input Market Price Discrimination and the Choice of Technology », *The American Economic Review*, vol. 80, n° 5, pp. 1246-1253.
- Deller, D. (2016), « The CMA's Energy Market Provisional Remedies: Right Direction but Inadequate, and Missing an Important Trick » Competition Policy Blog, University of East Anglia, mars.
<https://competitionpolicy.wordpress.com/2016/03/11/the-cmas-energy-market-provisional-remedies-right-direction-but-inadequate-and-missing-an-important-trick/>.
- Economides, N. et B. Hermalin (2012), « The economics of network neutrality », *RAND Journal of Economics*, vol. 43, n° 4, pp. 602-629.
- Economides, N. et J. Tag (2012), « Network Neutrality on the Internet: A Two-Sided Market Analysis », *Information Economics and Policy*, vol. 24, n° 2, pp. 91-104.
- Elfand, R. « The Robinson-Patman Act », American Bar Association.
http://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/robinson_patman_act.html.

- Elhauge, E. (2009), « Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory », *123 Harvard Law Review*, document de travail n° 629.
- Ennis, S. (2006), « Competition and price dispersion in international long-distance calling », *Journal of Regulatory Economics*, vol. 29, n° 3, pp. 303-317.
- Ezrachi, A et D. Gilo (2009), « Are Excessive Prices Really Self-Correcting? », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 5, n° 2, pp. 249-68, août. <http://ssrn.com/abstract=1237802>.
- Ezrachi, A. et M. Stucke (2016), « The Rise of Behavioural Discrimination », *document de travail*. <http://ssrn.com/abstract=2830206>.
- Farrell, J. (2016), « Contribution Regarding Fidelity Discounts », OECD Roundtable on Fidelity Rebates. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2016\)61/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2016)61/en/pdf).
- FCA, Financial Conduct Authority (2016), « Price Discrimination and Cross-Subsidy in Financial Services », *Occasional paper n° 22*, septembre 2016. <https://www.fca.org.uk/sites/default/files/op16-22.pdf>.
- Fudenberg, D. et J. Tirole (2000), « Customer poaching and brand switching ». *RAND Journal of Economics*, vol. 31, pp. 634-657.
- Fudenberg, D. et J.M. Villas-Boas (2012), « Price Discrimination in the Digital Economy », *Oxford Handbook of the Digital Economy*, pp 254-272.
- Gans, J. (2014), « Weak versus Strong Net Neutrality », *NBER Working Paper* 20160. <http://voxeu.org/article/net-neutrality-goals-and-challenges>.
- Geradin, D. et N. Petit (2005), « Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach », *GCLC Working Paper 07/05*.
- Giberson, M. (2012), « Thirty-four states and the District of Columbia have anti-price gouging laws », Knowledge Problem, <https://knowledgeproblem.com/2012/11/03/list-of-price-gouging-laws/>.
- Grennan (2013), « Price Discrimination and Bargaining: Empirical Evidence from Medical Devices », *American Economic Review*, vol. 103, n° 1, pp. 145-177.
- Haas-Wilson, D. et C. Garmon (2009), « Two Hospital Mergers on Chicago's North Shore: A Retrospective Study », *FTC working paper* n° 294.
- Hall, J., C. Kendrick et C. Nosko (2015), « The Effects of Uber's Surge pricing: A Case Study », document de travail, septembre. http://faculty.chicagobooth.edu/chris.nosko/research/effects_of_uber's_surge_pricing.pdf.
- Hannack, A., D. Lazer, A. Mislove, G. Soeller et C. Wilson (2014), « Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites » *Northeastern University Working Paper*. <http://personalization.ccs.neu.edu/PriceDiscrimination/Press/>.
- Hastings, J. (2008), « Wholesale price discrimination and regulation: Implications for retail gasoline prices », *Working Paper*, Yale University.

- Hays, C. (1999), « Variable-Price Coke Machine Being Tested », *New York Times*, 28 octobre 1999.
<http://www.nytimes.com/1999/10/28/business/variable-price-coke-machine-being-tested.html>.
- Helfrich, M. et F. Herweg (2016), « Fighting Collusion by Permitting Price Discrimination », *CESIFO Working Paper* n° 5786, Category 11, Industrial Organisation.
- Holmes, T. (1989), « The Effects of Third-Degree Price Discrimination in Oligopoly », *American Economic Review*, vol. 79, pp. 244-50.
- Hotelling, H. (1929), « Stability in Competition, » *The Economic Journal*, vol. 39, n° 153, pp. 41-57.
- House of Lords Select Committee on European Union (2016), « Online Platforms and the Digital Single Market », 10th Report of Session 2015-16, avril.
<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/129/129.pdf>.
- Inderst, R. et T. Valletti (2009), « Price discrimination in input markets », *RAND Journal of Economics*, vol. 40, pp. 1-19. <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1756-2171.2008.00053.x/abstract>.
- Jones, A. et B. Sufrin (2014), « EU Competition Law: Text, Cases, and Materials », Oxford University Press.
- Joskow, P. et A. Klevorick (1979), « A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy », *The Yale Law Journal*, vol. 89, n° 2.
- Jullien, Rey and Saavedra (2013), « The Economics of Margin Squeeze », Institut d'Economie Industrielle (IDEI) Report.
- Katz, M. (1987), « The Welfare Effects of Third-Degree Price Discrimination in Intermediate Good Markets », *The American Economic Review*, vol. 77, n° 1, pp. 154-167.
- Kharif, O. (2013), « Supermarkets offer personalized pricing », Bloomberg, 15 novembre 2013.
<http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-11-14/2014-outlook-supermarkets-offer-personalized-pricing>.
- Kwoka, J. (2013), « Does Merger Control Work? A Retrospective on US Enforcement Actions and Merger Outcomes », *Antitrust Law Journal*, vol. 78, n° 3, pp. 619-650.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1954849.
- Lambert, T. (2005), « Evaluating Bundled Discounts » *Minnesota law review*, vol. 89, n° 6, janvier.
- Leeson, P. et R. Sobel (2008), « Costly price discrimination », *Economics Letters*, vol. 99, n° 1, pp. 206-208.
- Liu, Q. et K. Serfes (2007), « Market segmentation and collusive behavior », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 25, n° 2, pp. 355-378.
- Manta, I et D. Olson (2015), « Hello Barbie: First They Will Monitor You, Then They Will Discriminate Against You. Perfectly », *Alabama Law Review*, vol. 67, p. 135.
- Markus, B. (2008), « Bundled Discounts: The Ninth Circuit and the Third Circuit are on Separate LePage's », *Missouri Law Review*, vol. 73, n° 3, été.

- Maskus, K. (2001), « Parallel Imports in Pharmaceuticals. Implications for Competition and Prices in Developing Countries », Rapport final, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.
http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf.
- McAfee, P. (2008), « Price Discrimination », *Issues in Competition Law and Policy*, ch.20, n° 1, p. 465 (ABA Section of Antitrust Law).
- McAfee, R., H. Mialon et S. Mialon (2006), « Does Large Price Discrimination Imply Great Market Power? », *Economics Letters*, vol. 92, n° 3, pp. 360-367.
- Mikians, J., L. Gyarmati, V. Erramilli et N. Laoutaris (2013), « Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First results », Universitat Politècnica de Catalunya.
- Mohammed, R. (2013), « The Problem with Price Gouging Laws », *Harvard Business Review*.
<https://hbr.org/2013/07/the-problem-with-price-gouging-laws>.
- Monopolies and Mergers Commission (1999), « The supply in Great Britain of raw cows' milk », juillet.
- Montes, R., W. Sand-Zantman et T. Valletti (2016), « The value of personal information in markets with endogenous privacy » *IDEI Working Papers*, n° 851, Institut d'Économie Industrielle (IDEI), Toulouse.
- Nalebuff, B. (2005), « Exclusionary bundling », *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, n° 3.
http://faculty.som.yale.edu/barrynalebuff/ExclusionaryBundling_AntitrustBulletin2005.pdf.
- Nalebuff, B. (2009), « Price Discrimination and Welfare: A Comment on Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit by Einer Elhauge », *Competition Policy International*, vol. 5, n° 2.
- Nazzini, R. (2012), « The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102 » Oxford University Press.
- Nevo, A. et C. Wolfram (2002), « Why do manufacturers issue coupons? An empirical analysis of breakfast cereals », *RAND Journal of Economics* vol. 33, n° 2, pp. 319-339.
- O'Connell, J. (2015), « August Surprise: The FTC's Section 5 Statement », *Antitrust*, vol. 30, n° 1, automne.
- O'Donoghue, R. et J. Padilla (2013), « The Law and Economics of Article 102 TFEU », Hart Publishing.
- OCDE (2004), « Predatory Foreclosure » Note de référence du Secrétariat :
<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/34646189.pdf>.
- OCDE (2009), « Margin Squeeze » Note de référence du Secrétariat :
<http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/46048803.pdf>.
- OCDE (2011), « Échange de trafic internet : Évolution du marché pour l'action gouvernementale »
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/CISP\(2011\)2/FINAL&docLanguage=FR](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/ICCP/CISP(2011)2/FINAL&docLanguage=FR).

- OCDE (2016a), « Remise de fidélité » Note de référence du Secrétariat:
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)5&docLanguage=FR](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)5&docLanguage=FR).
- OCDE (2016b), « Big Data » Note de référence du Secrétariat : <http://www.oecd.org/daf/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.
- OFT (2010), « What does Behavioural Economics mean for Competition Policy? » document de travail.
- Peeperkorn, L. (2008), « Price Discrimination and Exploitation », *International Antitrust Law & Policy: Fordham Competition Law*, Éd. Barry E. Hawk, ch. 24.
- Pigou, A. (1920), « The Economics of Welfare », Macmillan.
- Pollina, B. (2014), « False Negatives Under a Discount Attribution Test for Bundled Discounts », vol. 22, *CommLaw Conspectus*, p. 74. Disponible à l'adresse :
<http://scholarship.law.edu/commlaw/vol22/iss1/5>.
- Reggiani, C. et T. Valletti (2016), « Net neutrality and innovation at the core and at the edge », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 45, pp. 16-27
<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718716000023>.
- Richards, D. (2015), « Net Neutrality: A Victory for Digital Innovation », *Recode*, 27 février 2015.
<http://www.recode.net/2015/2/27/11559524/net-neutrality-a-victory-for-digital-innovation>.
- Robinson, J. (1933), « The Economics of Imperfect Competition », Macmillan.
- Schmalensee, R. (1981), « Output and Welfare Effects of Monopolistic Third-Degree Price Discrimination » *American Economic Review*, vol. 71, pp. 242-47.
- Schwartz, M. (1990), « Third-Degree Price Discrimination and Output: Generalizing a Welfare Result », *American Economic Review*, vol. 80, n° 5, pp. 1259-62.
- Shapiro, C. et H. Varian (1999), « Information Rules: A strategic guide to the network economy », Harvard Business School Press.
- Shiller, B. (2014), « First-Degree Price Discrimination Using Big Data », *document de travail*, Brandeis University.
- Shiller, B. et J. Waldfogel (2011), « Music for a Song: An Empirical Look at Uniform Pricing and its Alternatives », *Journal of Industrial Economics*, 0022-1821, vol. LIX, décembre 2011, n° 4.
- Stavins, J. (1996), « Price Discrimination in the Airline Market: The Effect of Market Concentration », *Review of Economics and Statistics*, vol. 83, n° 1, pp. 200-202.
- Stigler, G. (1987), « Theory of Price », Macmillan.
- Tam, P. et B. Worthen (2010), « Funds Invest in Privacy Start-Ups », *Wall Street Journal*, 20 juin 2010.
www.wsj.com/articles/SB10001424052748703438604575315182025721578.

- Tanner, A. (2013), « Data Monitoring Saves Some People Money On Car Insurance, But Some Will Pay More », *Forbes*, 14 août 2013. <http://www.forbes.com/sites/adamtanner/2013/08/14/data-monitoring-saves-some-people-money-on-car-insurance-but-some-will-pay-more/#2e903608264a>.
- Thisse, J-F. et X. Vives (1988), « On the Strategic Choice of Spatial Price Policy », *American Economic Review*, vol. 78, n° 1, pp. 122-137.
- Valentine-DeVries, J., J. Singer-Vine A. Soltani (2012), « Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information » *Wall Street Journal*, 24 décembre 2012.
<http://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>.
- Varian, H. (1985), « Price Discrimination and Social Welfare », *American Economic Review*, vol. 75, pp. 870-75.
- Vásquez Duque, O. (2015), « Excessive Pricing: A View from Chile », University of Oxford Centre for Competition Law and Policy, *Working Paper CCLP (L) 41*,
<https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/cclpl41.pdf>.
- Verboven, F (2002), « Quality-based price discrimination and tax incidence – the market for gasoline and diesel cars in Europe », *RAND Journal of Economics*, vol. 33, pp. 275-97.
- Vickers, J. (2001), « Competition Policy and Innovation », discours, International Competition Policy Conference, Oxford.
- Villas-Boas, J-M. (1999), « Dynamic competition with customer recognition », *RAND Journal of Economics*, vol. 30, pp. 604-631.
- Waldfoegel, J. (2015), « First Degree Price Discrimination Goes to School », *The Journal Of Industrial Economics*, vol. LXIII, n° 4.
- Willig, R. (1998), « Effects of Antidumping Policy », *Brookings Trade Forum*, pp. 57-79.
- Yoshida, Y. (2000), « Third-Degree Price Discrimination in Input Markets: Output and Welfare », *American Economic Review*, vol. 90, n° 1, pp. 240-246.