



Infraction par objet : le point de vue de l'économiste

Patrick Rey

Séminaire Philippe Nasse
Paris, 30 septembre 2015

Infraction par objet versus illégalité *per se*

Séminaire Philippe Nasse
Paris, 30 septembre 2015

Infraction par objet vs illégalité *per se*

- Accords verticaux : restrictions caractérisées
 - Article 4 du règlement d'exemption : en retirent le bénéfice
 - § 47 des lignes directrices
 - o Présomption : relèvent de l'article 101(1) *et* ne remplissent pas les conditions de l'article 101(3)
 - o Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer que ces conditions sont remplies
 - Illustrations
 - o Imposition des prix de vente (*RPM*)
 - o Importations parallèles

Imposition des prix de vente

● Pratique des prix de vente imposés

- Le prix de revente d'un bien ou d'un service est fixé par le fournisseur plutôt que par le distributeur
- Généralement considéré comme contraire au droit de la concurrence (sauf quand c'est obligatoire : loi *Lang*)

● Lignes directrices sur les accords verticaux

- § 223 : rappel de la présomption
- § 224 : effets anti-concurrentiels (7)
- § 225 : gains d'efficacité (3)

Imposition des prix de vente

● Exemple

- Lancement d'un nouveau produit (cycle de vie ~ 5 ans)
- Programme de promotion de 3 mois
 - o Services de démonstration (coûts partagés)
 - Aménagement du point de vente
 - Embauche de démonstrateurs professionnels
 - Mise à disposition de produits à l'essai
 - o Prix de vente imposé

Imposition des prix de vente

● Exemple (suite)

- Effets anti-concurrentiels (§224 lignes directrices)
 - o Faciliter la collusion en amont : unilatéral, durée limitée
 - o Faciliter la collusion en aval : initiative amont, durée limitée
 - o Atténuer la concurrence en amont : durée limitée
 - o Maintien d'un prix de vente élevé : prix de gros ? [durée limitée]
 - o Evite le risque d'opportunisme amont : durée limitée
 - o Empêcher l'entrée de nouveaux distributeurs : durée limitée
- Gains d'efficacité (§225 lignes directrices)
 - o Lancement d'un nouveau produit
 - o Parasitisme dans les efforts de promotion

Importations parallèles

● Arrêt *Consten et Grundig* (1966)

- Objet du traité : marché unique
- Ne pas maintenir des frontières par voie contractuelle
- Même si permet l'entrée dans un autre pays membre

● Glaxo Spain

- Médicaments moins chers en Espagne
- *Dual pricing* : Prix de gros plus élevés pour le ré-export
- Décision de la Commission (2001) : incompatible avec 101

Importations parallèles

- Glaxo Spain (suite)

- Contexte

- Médicaments remboursés, prix régulés (directement ou non)
- Le « client » est l' « Etat » (système de santé national)

- Chaque Etat arbitre entre deux considérations

- Court terme : considérations budgétaires
- Long terme : R&D (capacités financières, incitations à investir)

- Interdire les importations parallèles

- Les états « long-termistes » adoptent des prix plus élevés
- Ce qui bénéficie également aux autres états (« bien public »)

Importations parallèles

- Glaxo Spain : arrêt du TPI (2006)
 - Restriction par objet : nécessite une analyse du contexte
 - Même si l'objet est de limiter les importations parallèles ... du fait des réglementations nationales
 - Objectif : impact sur le consommateur final
 - Restriction par effet : confirmé par l'analyse
 - Il faut toutefois examiner les arguments d'efficacité de GSK
- annule la décision de la Commission

Importations parallèles

- Glaxo Spain : arrêt de la Cour (2009)
 - Restriction par objet
 - Objectif
 - rejette la référence du TPI au consommateur final
 - maintenir la « structure du marché / concurrence en tant que telle »
 - Limiter les importations parallèles est une restriction par objet
 - Il faut néanmoins examiner les arguments d'efficacité de GSK
- Glaxo Spain : suite ?

Infraction par objet : approche économique

Séminaire Philippe Nasse
Paris, 30 septembre 2015

Plan

- Analyse coût – bénéfice
 - Probabilités d'effets anti- ou pro-concurrentiels
 - Coûts de mise en œuvre
- Illustrations
 - Accords verticaux
 - Article 102 : rabais de fidélité et clauses d'exclusivité

Analyse coût – bénéfice

- Probabilités d'effets anti- ou pro-concurrentiels
 - Ententes horizontales
 - o Biens et services substituables
 - o Collusion pour éviter la concurrence
 - Accords verticaux
 - o Biens et services complémentaires
 - o Coordination pour réduire la marge totale, améliorer les services
 - o Mais aussi impact sur la concurrence entre structures rivales

Analyse coût – bénéfice

- Coûts de mise en œuvre
 - Légalité ou illégalité *per se*
 - Minimise les coûts ; erreur de type « I » ou « II »
 - Risque de contournement dans le second cas
 - Présomption réfutable
 - Charge de la preuve pour un seul côté
 - Exemple : restriction par objet + 101(3)
 - Bilan au cas par cas
 - Charge de la preuve pour chaque côté
 - Exemple : restriction par effet + 101(3)

Analyse coût – bénéfice

● Arbitrage

- Fort degré de nocivité
 - Peu de risque de « faux positifs »
 - Intérêt à minimiser les coûts
- Bémol : évaluation du dommage
 - A l'économie
 - Aux concurrents, fournisseurs et clients

Accords verticaux

- **Coordination verticale sur les prix**

- Double marge (Telser 1950)

- o Lorsqu'il fixe le prix de détail, le distributeur

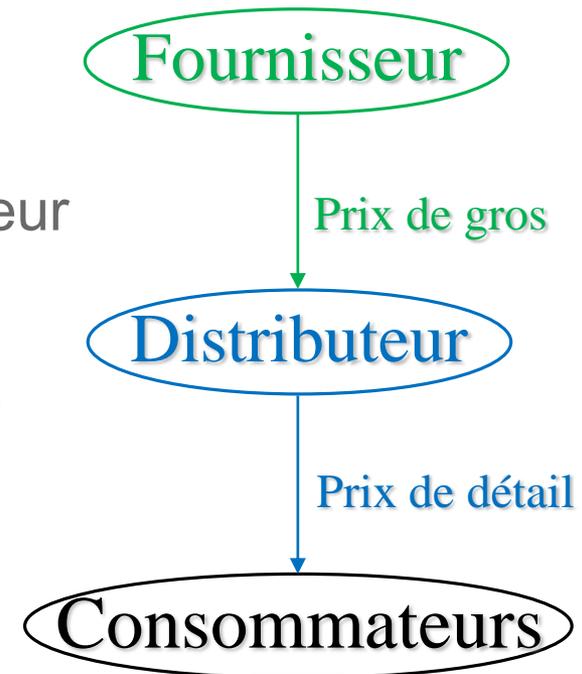
- Arbitre entre marge et volume

- Ignore l'effet du volume sur le fournisseur

- o Résultat : un prix final trop élevé

- Pour les consommateurs

- Pour les entreprises



Accords verticaux

● Coordination verticale sur les prix

● Double marge : solutions

o Prix de vente imposé

- Prix de détail négocié
- Prix de gros ajusté pour partager profits

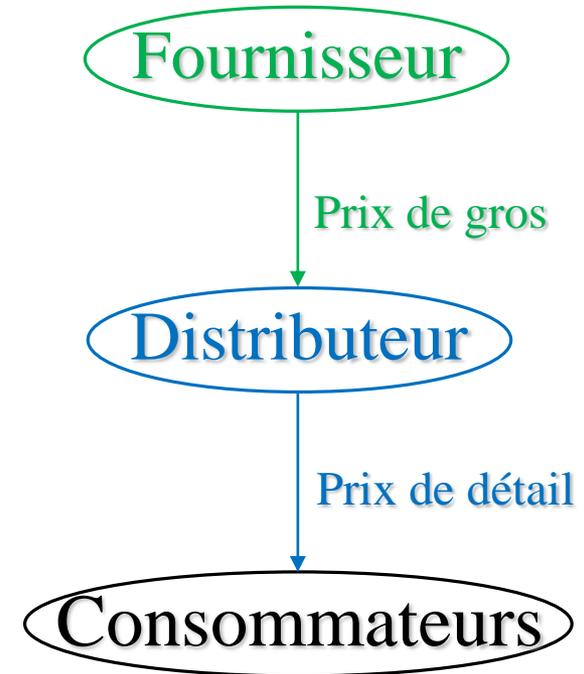
o Tarif binôme

- Vendre à prix coûtant
- Franchise pour partager les profits

o Concurrence intra-marque (élimine la marge aval)

... mais crée un risque de comportement opportuniste

(Hart & Tirole 1990, Rey & Vergé 2004, ...)



Accords verticaux

- **Coordination verticale sur les prix**
 - Information et partage des risques (Rey & Tirole 1986)
 - o Variations dans les conditions locales
 - offre (coûts de distribution) et demande
 - distributeurs mieux informés, mais ont de l'aversion pour le risque
 - o Concurrence intra-marque : assure contre le risque, mais n'utilise pas l'information des distributeurs sur la demande
 - o Tarif binôme et territoires exclusifs : utilise toute l'information des distributeurs, mais les assure imparfaitement

Accords verticaux

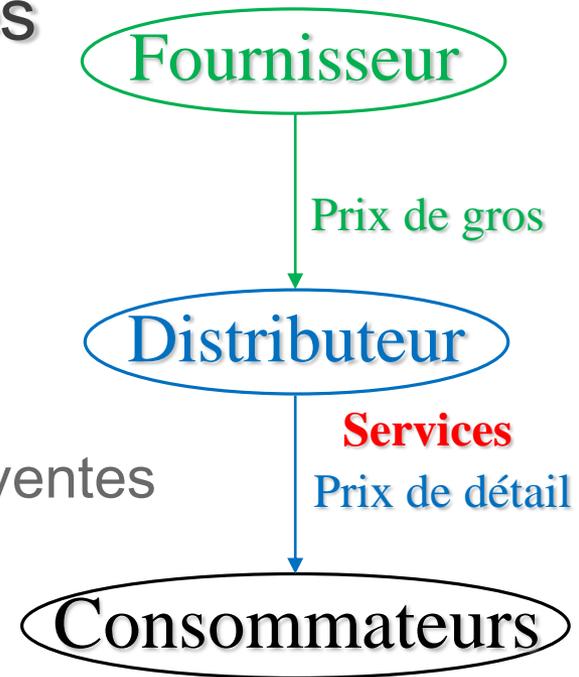
- **Coordination verticale sur les prix**
 - Information et partage des risques : analyse
 - o En l'absence d'incertitude : territoires exclusifs, concurrence intra-marque et prix de vente imposés sont équivalents
 - o En présence d'une telle incertitude
 - « prix de vente imposés » dominé par les deux autres approches
 - territoires exclusifs préférés en cas de faible aversion / risque
 - mais biais privé en faveur de cette solution

Accords verticaux

● Coordination verticale sur les services

- Lorsqu'il choisit son niveau de service
 - Le distributeur prend en compte le coût
 - Prend en compte l'impact positif sur ses ventes
 - Ignore l'impact sur les ventes en amont

→ prix trop élevés (double marge) et services insuffisants



Accords verticaux

- Coordination verticale sur les services
 - La concurrence intra-marque peut exacerber le problème
 - Services de conseil avant l'achat : parasitisme (cas « Chapelle »)
 - Autres services : consommateurs marginaux / infra-marginaux
 - Solutions ? Tarifs binômes et
 - Prix de vente imposés
 - Territoires exclusifs

Accords verticaux

- Impact sur concurrence inter-marques
 - Faciliter la collusion
prix de vente imposés (Jullien & Rey)
 - Atténuation stratégique de la concurrence
territoires exclusifs (Rey & Stiglitz)
 - Relations croisées (Evian et Badoit / Auchan et Carrefour)
prix de vente imposés (Rey & Vergé)
 - Stratégies d'éviction (ventes liées, accords d'exclusivité ; 102)

Accords verticaux : conclusions

- **Coordination verticale (sur les prix, les services)**
 - Améliorer la coordination est bon pour les entreprises
 - Peut-être souhaitable pour les consommateurs
 - A court terme
 - Prix : double marge
 - Services : parasitisme, ou forte concurrence inter-marque
 - A long terme : investissements, innovation, entrée
 - Quand les effets sont plus ambigus, pas de distinction claire entre restrictions sur les prix et autres types de restriction

Accords verticaux : conclusions

- Concurrence inter-marques
 - Différents types d'effet anti-concurrentiels
 - Différents effets pour différentes pratiques
... et dans différents contextes
 - o Prix imposés : risque de collusion, relations croisées
 - o Territoires exclusifs : concurrence oligopolistique
 - o Clauses d'exclusivité, ventes liées : stratégies d'éviction

Accords verticaux : conclusions

● Leçons

- Degré et *contexte*, plutôt que nature de la pratique
 - Évolution depuis les premiers règlements d'exemption
 - Arrêts CJE *Groupement CB*, *CAP Chèques* et *Farine*
- Bilan pas nécessairement moins favorable pour prix imposés
- Distinguer plutôt
 - Campagnes de promotions ponctuelles, unilatérales versus emploi permanent et systématisé
 - Relations croisées versus réseaux de franchise

Pour aller plus loin ...

- Rapport OCDE sur les accords de franchise (1994)

- Livre vert sur les restrictions verticales (1997)

- *La politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales*, http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_fr.pdf
- Caballero-Sanz & Rey, “The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints”, *European Commission Economic Papers*, n° 119.

- *Synthèses*

- *Pros and cons of vertical restraints* (autorité suédoise, 2008)
- Rey & Vergé, “The economics of vertical restraints”, *Handbook of Antitrust Economics*, Paolo Buccirossi ed., MIT Press, Avril 2008

Article 102

- Tendance : position dominante plus pratique = abus
 - Tomra, Intel, ...
 - § 77 : “De tels rabais d’exclusivité, appliqués par une entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l’objectif d’une concurrence non faussée dans le marché commun”
 - §§ 80-81 : “la qualification d’abusif d’un rabais d’exclusivité ne dépend pas d’une analyse des circonstances de l’espèce visant à établir un effet potentiel d’éviction [...] ce type de rabais constitue un abus de position dominante s’il n’existe pas de justification objective à son octroi. La Cour n’a pas exigé la démonstration d’une capacité de restreindre la concurrence selon les circonstances de l’espèce.”

Article 102

- **Capacité versus rationalité**
 - Tomra, Intel, ...
 - Lignes directrices :
 - Illustration : rabais de fidélité
- **Concurrent versus concurrence et consommateurs**
 - Concurrence plus vive ou faussée ?
 - Illustration : clauses d'exclusivité

Rabais de fidélité

● Exemple

- Fournisseur dominant
 - Prix catalogue : 100 €
 - Rabais de 15% (soit un prix net de 85 €) si exclusivité
- Concurrent : prêt à vendre à prix coûtant (50 €)
- Entreprise aval
 - demande pour 1.000 unités
 - pour 100 d'entre elles, le concurrent est intéressant

Rabais de fidélité

- Capacité : étudions le choix de l'entreprise aval

- S'il reste chez le fournisseur dominant, le coût d'achat est

$$1.000 \text{ unités à } 85 \text{ € / unité} = 85.000 \text{ €}$$

- S'il se tourne vers le concurrent pour 100 unités, le coût d'achat est

$$900 \text{ unités à } 100 \text{ € / unité} + 100 \text{ unités à } 50 \text{ € / unité} = 95.000 \text{ €}$$

- Augmentation de 10 000 € : le concurrent ne peut entrer que si les clients qui le préfèrent sont prêts à payer 100 € de plus / unité

Rabais de fidélité

● Incitation ?

- Supposons que
 - Les clients sont prêts à payer 100 € / unité
 - Ceux préférant le concurrent prêts à payer 50 € de plus / unité
- Le rabais de fidélité exclut le concurrent
 - Augmenterait le coût d'achat l'entreprise aval de 10.000 €
 - Accroîtrait son revenu de seulement 5.000 €
- Mais le fournisseur dominant ferait mieux d'exploiter sa "base"
 - Engendrerait un revenu de $900 \times 100 \text{ € / unité} = 90.000 \text{ €}$
 - Ce qui excède le revenu obtenu par l'exclusion : 85.000 €
- Evincer le concurrent n'apparaît donc pas comme l'*objet* de la pratique

Clauses d'exclusivité

- Impact sur la concurrence et les consommateurs
 - Offre
 - Deux entreprises D(ominant) et C(oncurrent)
 - Même coût unitaire : 20 €
 - Demande
 - Chaque client prêt à acheter 100 unités à au moins 30 € pièce
 - Pour 60 unités, prêt à payer 40 € de plus pour A
 - Pour 40 unités, prêt à payer 40 € de plus pour B

Clauses d'exclusivité

- En l'absence de toute exclusivité

- Concurrence en prix « simples »

- Les deux entreprises vendent au prix « fort » de 70 €

- En effet, aucune n'a intérêt à baisser son prix pour augmenter sa part de marché

$$100 \text{ unités} \times (30 - 20) \text{ € / unité} = 1.000 \text{ €}$$

$$40 \text{ unités} \times (70 - 20) \text{ € / unité} = 2.000 \text{ €}$$

- Les clients n'obtiennent aucun surplus

- Les entreprises obtiennent des profits de 2.000 et 3.000 €

Clauses d'exclusivité

● Concurrence pour l'exclusivité

- L'entreprise dominante gagne cette concurrence en s'alignant sur la meilleure offre du concurrent

- o En vendant à prix coûtant, le concurrent offre un surplus de

$$60 \times (30 - 20) \text{ € / unité} + 40 \times (70 - 20) \text{ € / unité} = 2.600 \text{ €}$$

- o L'entreprise dominante offre un prix $P = 28 \text{ €}$, soit tel que

$$2.600 \text{ €} = 60 \times 70 \text{ €} + 40 \times 30 - 100 \times P$$

- Le concurrent obtient un profit **nul**, tandis que l'entreprise dominante obtient un profit de 800 €

... et les consommateurs obtiennent un surplus de **2.600 €**