
LES REMISES FIDÉLISANTES

La présente étude a été établie par Alexis Brunelle, rapporteur, Mathieu Le Coq, adjoint au chef du service juridique, Sébastien Lecou, économiste et Etienne Pfister, chef du service économique, sous la direction d'Isabelle de Silva, présidente de l'Autorité de la concurrence.

« En application du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, une reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

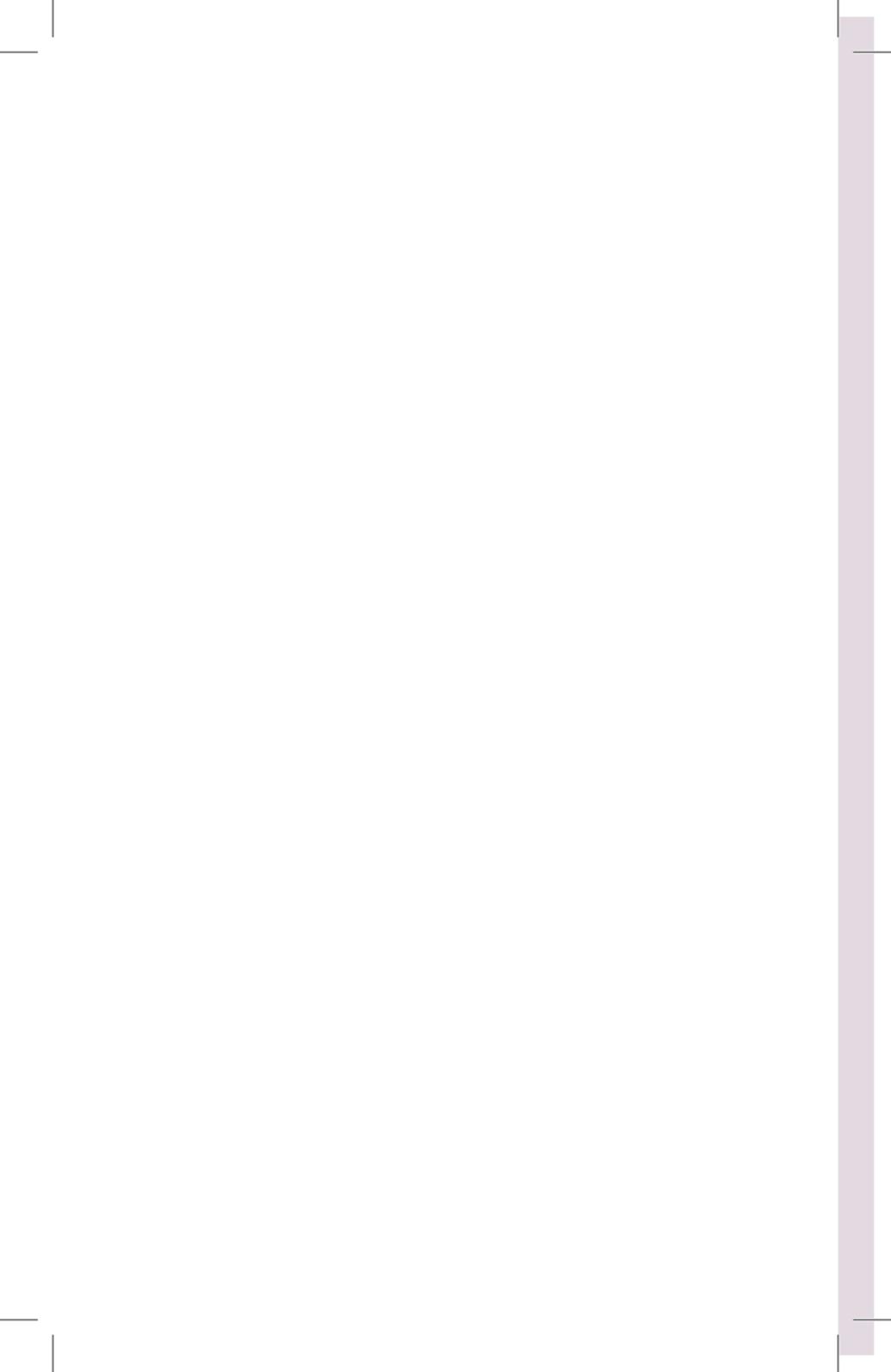
© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2018.
ISBN : 978-2-11-145674-7

SOMMAIRE

SYNTHÈSE.....	7
INTRODUCTION.....	21
1/ LES REMISES FIDÉLISANTES : QUELS MÉCANISMES ANTICONCURRENTIELS?.....	25
Les mécanismes d'éviction tarifaires.....	28
La prédation.....	28
Le couplage tarifaire.....	31
Le mécanisme d'éviction fondé sur l'exclusivité.....	34
Le cas des remises de durée.....	37
Les mécanismes favorisant un assouplissement de la concurrence.....	38
2/ LES REMISES FIDÉLISANTES : QUELLE MÉTHODE D'ANALYSE EN PRATIQUE?.....	41
Les caractéristiques intrinsèques des remises.....	45
L'existence d'une condition d'exclusivité.....	45
Le recours à un mécanisme purement quantitatif.....	48
L'effet fidélisant résultant des autres caractéristiques des remises.....	50
Le cas des remises de durée.....	53
La prise en compte de la proportion du marché affecté et de la nature des clients.....	54
Le cumul des remises.....	57
La prise en compte du contexte de marché.....	57
Le pouvoir de marché du fournisseur.....	57
Le comportement des acheteurs.....	60
La maturité du marché.....	61

3/ LES REMISES FIDÉLISANTES : QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?	63
Description du test du concurrent aussi efficace appliqué aux remises fidélisantes	66
Le calcul du prix effectif	67
La comparaison du prix effectif et des coûts de l'opérateur aussi efficace.....	70
Intérêts et limites du test du concurrent aussi efficace appliqué aux remises fidelisantes	72
L'intérêt du test AEC appliqué aux remises fidelisantes	73
Les limites du test AEC appliqué aux remises fidelisantes	74
Conclusion	80
4/ LES REMISES FIDÉLISANTES : QUELLES JUSTIFICATIONS POSSIBLES ?	83
La justification par les gains d'efficacité	86
La répercussion aux clients des économies de coûts de production	86
La protection des investissements du fournisseur....	86
La recherche d'une tarification optimale	87
La réduction du risque économique supporté par le distributeur et le fournisseur	89
Les conditions de prise en compte des gains d'efficacité	90
Sur le caractère probant des gains d'efficacité allégués	91

Sur le caractère indispensable de la remise fidélisante.....	93
Sur la mise en balance des effets restrictifs de concurrence et des gains d'efficacité	94
Sur l'absence d'élimination d'une concurrence effective.....	95
Les justifications liées aux comportements des concurrents	95
5/ LES REMISES FIDÉLISANTES :	
QUELLE PRATIQUE DÉCISIONNELLE RÉCENTE?	99
Les cas de remises d'exclusivité	101
Les cas de remises de durée	107
Les cas de remises au volume	116
Les autres cas de remises.....	122
CONCLUSION	125



SYNTHÈSE

Les remises de fidélité sont une pratique très courante des entreprises. En dépit de leur apparente banalité, elles constituent néanmoins l'un des domaines les plus ardues du droit de la concurrence. Le sujet a par ailleurs connu une riche actualité au cours de la dernière décennie, liée en particulier à l'élaboration de la communication de la Commission relative à ses orientations sur ses priorités en matière d'abus de position dominante et à la jurisprudence des juridictions européennes. L'Autorité de la concurrence a, quant à elle, été conduite à se prononcer à plusieurs reprises sur des pratiques de remises de fidélité présentant des formes variées. Au fil des affaires, la pratique décisionnelle a permis d'illustrer la grande diversité de ces pratiques de remises et d'en définir le cadre et les modalités d'analyse.

Chapitre I – Les remises fidélisantes : quels mécanismes anticoncurrentiels ?

Les remises fidélisantes sont essentiellement appréhendées sous l'angle de leur capacité à évincer des concurrents ou à les empêcher de se développer. Dans ce cadre, leur analyse repose alors notamment sur la capacité des concurrents aussi efficaces à répondre à ces remises en proposant des niveaux de prix suffisamment attractifs. Seules des remises mises en place par une entreprise dominante ou, plus généralement, par une entreprise disposant d'un pouvoir de marché significatif, sont alors susceptibles d'entraîner une éviction de concurrents aussi efficaces. Passée cette première étape de l'analyse, les mécanismes anticoncurrentiels à l'œuvre dans les systèmes de remises fidélisantes sont de plusieurs natures. Cette pluralité illustre la

diversité des mécanismes de remises. Celles-ci peuvent en effet récompenser les quantités achetées ou la durée d'une relation commerciale, être conditionnées à une exclusivité d'approvisionnement ou récompenser un accroissement des quantités achetées, indépendamment de la part des achats réalisés auprès de l'entreprise proposant les remises.

Le mécanisme d'éviction tarifaire

Des remises fidélisantes peuvent dans certains cas être analysées comme une forme de prix bas, consistant à offrir aux clients dont les quantités achetées dépasseraient un certain seuil un prix bas pour les quantités excédant ce seuil. Ces remises dites « incrémentales » s'analysent alors sous l'angle bien connu des prix prédateurs ou d'éviction.

Cependant, les remises peuvent également porter sur l'ensemble des quantités achetées et pas uniquement sur celles excédant le seuil de remises : dans ce cas, lorsque l'entreprise dominante occupe une position telle que les clients devront nécessairement s'approvisionner auprès d'elle pour une certaine quantité de leurs besoins (part « non contestable » des besoins), ces remises « rétroactives » obligent les concurrents à pratiquer des prix plus bas que ceux de l'entreprise dominante, sous peine de voir les clients s'adresser à l'entreprise dominante pour profiter de ces remises « rétroactives ». Dans certains cas, même en étant aussi efficaces que l'entreprise dominante, ces concurrents ne pourront proposer des prix aussi bas tout en restant profitables : ils devront renoncer à certains clients, voire quitter le marché.

Il est important de voir qu'au travers de ce mécanisme anti-concurrentiel, d'une part, l'entreprise dominante peut évincer des concurrents sans faire de pertes, d'autre part, la remise de l'entreprise dominante peut ne pas correspondre

à des prix bas : les remises fidélisantes peuvent ainsi masquer des hausses des prix bruts pour les clients qui ne franchiraient pas le seuil de remises. Il peut donc s'agir là d'une stratégie d'éviction très efficace.

Le mécanisme d'exclusivité

Des remises peuvent également être octroyées à la condition ou afin que le client s'approvisionne pour la totalité ou une part importante de ses besoins auprès de l'entreprise dominante. Ce faisant, la remise dite « d'exclusivité » peut priver les concurrents de l'entreprise dominante d'un accès à certains clients.

En effet, les concurrents ne sont pas toujours en mesure de proposer des prix suffisamment attractifs pour dissuader les clients de s'approvisionner en exclusivité auprès de l'entreprise dominante. Non seulement les quantités relativement faibles vendues par ces concurrents peuvent les obliger à octroyer des remises très importantes, mais de surcroît, la remise d'exclusivité peut s'accompagner d'autres mécanismes incitatifs ou punitifs que seule l'entreprise dominante peut mettre en place. De plus, lorsque les clients sont des distributeurs et non des consommateurs finaux, ils peuvent hésiter à référencer un concurrent peu connu et à l'efficacité incertaine si cela leur fait perdre des remises octroyées par l'entreprise dominante. Enfin, les distributeurs eux-mêmes ont parfois plus intérêt à profiter des avantages offerts par l'entreprise dominante en échange d'une exclusivité qu'à référencer un concurrent qui, en définitive, ne leur permettra pas nécessairement d'être plus compétitifs que leurs distributeurs concurrents. Ainsi, les remises d'exclusivité ne constituent pas nécessairement une pratique strictement tarifaire.

Le cas des remises de durée

Les remises de durée consistent à récompenser les clients engagés pour une certaine durée auprès de l'entreprise dominante (plutôt que ceux dont les achats excèdent un certain seuil). Ce faisant, de telles remises rendent la conquête de ces clients plus difficile pour les concurrents puisqu'ils doivent, dans certains cas, attendre la fin de l'engagement des clients bénéficiant de ces remises pour pouvoir les conquérir. Dans une certaine mesure, le mécanisme d'éviction peut être de nature tarifaire : l'ampleur de l'effet d'éviction dépend par exemple des indemnités que devront verser les clients engagés s'ils rompent leurs engagements de manière anticipée. Cependant, le mécanisme d'éviction peut également revêtir d'autres aspects. Dans certains cas, par exemple, les clauses d'engagement sont renouvelées tacitement, ce qui peut rallonger artificiellement la durée des engagements. Des dates d'échéance différentes peuvent également accroître le coût de conquête des clients engagés par les concurrents.

Le mécanisme d'assouplissement de la concurrence

Enfin, il peut être souligné que le risque concurrentiel associé à certaines remises fidélisantes n'est pas uniquement que les concurrents soient évincés : celles-ci peuvent également diminuer l'intensité du jeu concurrentiel, soit en permettant à l'entreprise dominante de s'engager à ne pas diminuer les prix des clients non-fidèles (car elle devrait sinon également réduire les prix proposés à ses clients fidèles), soit en dissuadant les concurrents de venir conquérir les clients fidèles (car ils devront pour cela proposer des prix très bas et ils préféreront parfois ne s'adresser qu'à la part des clients qui ne sont pas soumis aux remises fidélisantes).

Chapitre II – Les remises fidélisantes : quelle méthode d'analyse en pratique ?

L'examen des remises fidélisantes s'inscrit dans le cadre général de l'analyse des pratiques d'abus de position dominante. Les remises seront regardées comme abusives si elles sont de nature à produire un effet anticoncurrentiel sur le marché qui n'est pas contrebalancé par une justification économique objective. Dans ce contexte, la licéité des remises fidélisantes est appréciée par l'Autorité de la concurrence de manière objective et globale, au vu de l'ensemble des éléments constitutifs de la pratique et des caractéristiques du secteur dans lequel ces remises sont mises en œuvre.

Les caractéristiques intrinsèques des remises

L'effet anticoncurrentiel des remises fidélisantes dépend avant toute chose de leurs caractéristiques intrinsèques et, en particulier, des conditions mises à leur octroi et de leurs modalités d'application et paramètres de calcul.

L'existence d'une condition d'exclusivité : les remises accordées en contrepartie d'un engagement du client de s'approvisionner exclusivement ou pour une grande part de ses besoins auprès de l'opérateur dominant sont en principe contraires aux règles de concurrence parce qu'elles reposent sur une logique d'approvisionnement exclusif qui limite la liberté de choix des acheteurs et barre l'accès au marché des autres fournisseurs. Cependant, des circonstances particulières, mises en avant par l'entreprise mise en cause, peuvent conduire à mettre en doute l'effet de forclusion attaché à une telle pratique. Dans un tel cas, l'examen de l'ensemble des caractéristiques de la pratique de remises et, le cas échéant, du contexte de marché doit permettre de

confirmer ou, au contraire, d'infirmer le constat d'un effet, réel ou potentiel, d'éviction au cas d'espèce.

Le recours à un mécanisme purement quantitatif : les rabais s'appliquant exclusivement au volume ou au montant incrémental des achats effectués (remises « purement quantitatives ») sont généralement considérés comme ne causant pas un effet de forclusion prohibé dans la mesure où ils ne sont pas susceptibles d'évincer des concurrents aussi efficaces (à l'exclusion des ventes effectuées à un prix net inférieur à une mesure de coût) et où ils sont, de plus, supposés refléter des économies de coûts dont l'opérateur peut légitimement faire bénéficier ses clients. Cette catégorie de remises est cependant moins étendue qu'il n'y paraît de prime abord. Ainsi, un rabais accordé en fonction de l'ensemble des commandes passées au cours d'une période donnée ne constitue pas un rabais exclusivement lié au volume de chaque commande.

L'effet fidélisant résultant des autres caractéristiques des remises : lorsqu'un système de remises ne correspond ni à des rabais d'exclusivité, ni à des remises purement quantitatives, l'existence d'un éventuel effet de forclusion sur le marché s'apprécie au cas par cas, au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Le caractère rétroactif du rabais (qui s'applique non seulement aux nouvelles commandes ayant permis de déclencher l'obtention de la remise mais également aux commandes passées) et le fait que la remise s'applique globalement à la fois sur la part contestable et sur la part non contestable de la demande constituent des caractéristiques importantes pour appréhender l'existence d'un risque d'éviction des concurrents. D'autres paramètres sont également pris en compte, tels que le niveau des seuils de déclenchement de la remise, les taux de remises, leur progressivité ou encore la durée de la pratique.

Le cas des remises de durée : en présence de telles remises, il convient d'examiner si la durée d'engagement exigée du client pour l'obtention de la remise est longue, notamment par rapport à la fréquence à laquelle les fournisseurs sont normalement mis en concurrence et si la perte de la remise en cas de rupture de l'engagement peut dissuader le départ d'un client vers un concurrent. L'existence de pénalités de sortie et de clauses de tacite reconduction est prise en compte dans l'analyse.

La prise en compte de la proportion du marché affecté par la pratique : la part de marché couverte par le système de remise constitue l'un des éléments pertinents pour apprécier, dans le cadre d'une analyse globale au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, l'effet potentiellement anticoncurrentiel de la pratique. Si une remise qui couvre une part importante du marché est davantage susceptible de produire un tel effet, le fait que la pratique ne concerne pas la totalité ou même la majorité des achats ou des acheteurs présents sur le marché ne permet pas d'exclure tout effet anticoncurrentiel. En effet, le fait qu'une partie du marché reste disponible ne peut justifier le verrouillage du reste du marché par l'opérateur dominant.

Le cumul des remises : des systèmes complexes et souvent opaques dans lesquels sont imbriqués plusieurs types de remises reposant sur des mécanismes fidélisants complémentaires sont susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels renforcés.

La prise en compte du contexte de marché

Le contexte de marché dans lequel s'inscrivent les remises fidélisantes est également pris en considération pour évaluer l'ampleur de l'effet d'éviction de la pratique.

Le pouvoir de marché du fournisseur : lorsque, en raison de sa position dominante forte, une entreprise est assurée de conserver pendant une certaine durée une partie de la demande, elle peut alors utiliser cette part non contestable du marché comme levier pour accaparer la part contestable, rendant ainsi l'accès au marché plus difficile. Des engagements de durée souscrits auprès de l'opérateur dominant, la réputation particulière de cet opérateur, supposé plus fiable que ses concurrents, des contraintes de capacité auxquelles sont confrontées les autres entreprises de taille plus réduite, des contraintes réglementaires ou techniques pesant sur le développement des offres concurrentes ou encore l'existence d'un monopole légal pour commercialiser certains types de produits peuvent, en particulier, rendre l'entreprise dominante incontournable sur une partie du marché.

Le comportement des acheteurs : la propension plus ou moins grande des acheteurs à diversifier leurs sources d'approvisionnement a également une incidence sur l'ampleur des effets anticoncurrentiels des remises fidélisantes. Les coûts, la complexité ou les risques associés à une diversification des sources d'approvisionnement peuvent ainsi expliquer l'aversion des acheteurs à changer de fournisseurs.

La maturité du marché : à l'inverse d'un marché en croissance rapide sur lequel une nouvelle clientèle reste à conquérir, des pratiques de remises fidélisantes mises en œuvre sur un marché parvenu à maturité sont plus susceptibles de restreindre la concurrence en cristallisant les parts de marché au profit de l'opérateur dominant.

Chapitre III – Les remises fidélisantes : quelle place pour le test du concurrent aussi efficace ?

Le test du concurrent aussi efficace (« test AEC » ou « *as efficient competitor test* ») peut être adapté à l'examen des remises fidélisantes afin d'appréhender leurs effets. En plus des prix nets pratiqués et des niveaux de coûts de l'entreprise dominante, le test nécessite également d'évaluer la part non-contestable des besoins des clients, ce qui peut s'avérer délicat et parfois approximatif. L'exercice n'est donc pas toujours aisé et ne donnera pas toujours des conclusions tranchées. Le test AEC appliqué aux remises fidélisantes est ainsi plus exigeant et parfois moins conclusif qu'un test de prédation classique. Pourtant, les remises fidélisantes n'entraînent pas nécessairement de sacrifice pour l'entreprise dominante et l'entreprise dominante peut toujours proposer des prix bas même sans remise fidélisante, ce qui rend un test AEC moins utile pour apprécier la licéité des remises fidélisantes.

Par ailleurs, le test AEC appliqué aux remises ne couvre pas l'ensemble des mécanismes anticoncurrentiels associés aux remises et notamment l'ensemble des difficultés auxquelles peuvent être confrontés des concurrents devant lutter contre des remises fidélisantes. Enfin, l'éviction de concurrents moins efficaces que l'entreprise peut, dans certains cas, être préjudiciable à l'efficacité économique et aux clients, notamment lorsque la structure du marché est telle que les concurrents de l'entreprise sont, du moins à court terme, nécessairement moins efficaces qu'elle.

Pour ces différentes raisons, la jurisprudence, tout en reconnaissant le rôle que peut jouer le test AEC dans l'examen des effets des remises fidélisantes, considère qu'il s'agit d'un instrument d'analyse parmi d'autres, qui peut compléter une analyse plus qualitative de l'ensemble des paramètres pertinents pour évaluer les effets de remises fidélisantes mais qui ne s'y substitue pas nécessairement.

Chapitre IV – Les remises fidélisantes : quelles justifications possibles ?

La justification par les gains d'efficacité

Les différents types de gains d'efficacité associés aux remises de fidélité

Des remises fidélisantes peuvent permettre la réalisation de plusieurs gains d'efficacité. Elles peuvent, bien sûr, contribuer à répercuter aux clients des économies de coûts permises par une augmentation des volumes. De telles remises, en particulier celles basées sur la part des besoins des acheteurs confiés au fournisseur, peuvent aussi inciter les fournisseurs à investir dans la relation commerciale avec leurs distributeurs, permettre une meilleure tarification des produits en évitant le phénomène de « double marge » ou une meilleure adaptation aux préférences des clients, ou encore instaurer un meilleur partage du risque entre le fournisseur et ses clients.

Les conditions de prise en compte des gains d'efficacité

De manière générale, les exemples de cas dans lesquels les gains d'efficacité ont été jugés suffisants pour compenser l'effet restrictif de concurrence identifié sont rares. Pour que

de tels gains d'efficacité soient pris en compte, il faut, pour l'entreprise mise en cause, démontrer :

- *la réalité et l'ampleur des gains d'efficacité associés à la pratique examinée*, en produisant des éléments précis et probants ; en particulier, les caractéristiques et formes particulières des remises examinées excluent fréquemment qu'elles puissent objectivement trouver une justification dans la réalisation d'économies de coûts liés à la progression des volumes ;
- *le caractère indispensable de la remise fidélisante pour réaliser les gains d'efficacité allégués* : cette condition implique que les gains d'efficacité ne doivent pas pouvoir être obtenus autrement, en ayant recours à des procédés moins restrictifs de concurrence ;
- *le caractère suffisant des gains d'efficacité pour contrebalancer l'effet anticoncurrentiel de la pratique* : par leur nature et leur ampleur, les gains d'efficacité doivent compenser, voire surpasser, les effets préjudiciables de la pratique sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs ;
- *l'absence d'élimination d'une concurrence effective* : la pratique ne doit pas supprimer la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence.

Les justifications liées aux comportements des concurrents

L'existence d'une position dominante ne prive pas l'entreprise concernée du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés. Cependant, la fenêtre ouverte à l'opérateur dominant est étroite car les comportements en cause ne peuvent être admis lorsqu'ils ont pour objet de renforcer sa position dominante et d'en abuser. Il lui appartient donc de démontrer que la riposte mise en œuvre était objectivement nécessaire et proportionnée au regard du comportement adopté par les concurrents et de l'objectif de préservation de ses intérêts commerciaux. Dans ce contexte,

le simple constat que les concurrents mettent également en œuvre des remises fidélisantes ne suffit pas à justifier la propre pratique de l'entreprise dominante.

Chapitre V – Les remises fidélisantes : quelle pratique décisionnelle récente ?

Sur la période récente, l'Autorité a examiné des cas de remises fidélisantes présentant des formes diverses. En dépit de la grande variété des mécanismes mis en place par les entreprises, la grille d'analyse qui vient d'être exposée a permis d'appréhender différents comportements anti-concurrentiels consistant aussi bien en des pratiques de remises d'exclusivité, des remises liées à des durées d'engagement que des remises au volume. Des rabais prenant des formes moins habituelles ont également pu faire l'objet d'une condamnation.

Ainsi, dans sa *décision 09-D-04 du 27 janvier 2009*, l'Autorité a prononcé une sanction d'un montant de 3 050 000 euros à l'encontre du groupe Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP), opérateur dominant du secteur des messageries de presse, pour avoir mis en œuvre différentes sortes de rabais fidélisants et, en particulier, une « prime de fidélité », explicitement conditionnée à une exclusivité totale d'approvisionnement, ainsi qu'une « bonification exceptionnelle », attribuée à la condition que l'éditeur s'engage à confier la distribution de ses titres à NMPP, sans interruption, pendant plusieurs années.

Dans sa *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015*, l'Autorité a infligé une amende de 350 millions d'euros à Orange pour avoir mis en œuvre diverses pratiques dans le secteur des services de communications électroniques destinés aux entreprises et, en particulier, plusieurs remises abusives :

une remise sur ses offres de services de réseau privé virtuel («VPN»), subordonnée à une condition expresse d'exclusivité; une remise «privilège» accordée en contrepartie d'un allongement de la durée d'engagement de l'abonnement mobile; une remise au volume rétroactive (dite remise «parc»), fortement individualisée et progressive au-delà d'un certain seuil, dont les effets ont pu se combiner avec ceux des autres remises pratiquées par Orange.

Plus récemment, à l'occasion de sa *décision 16-D-11 du 6 juin 2016* imposant une sanction pécuniaire de 9 millions à TDF, confirmée par un *arrêt du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris* *, la pratique de remise de «plaque géographique», mise en œuvre par l'opérateur historique du secteur de la diffusion hertzienne, a été regardée comme abusive. Cette remise était accordée à la condition que le client confie à TDF la plupart des sites de diffusion d'une aire géographique concernée par le déploiement de la télévision numérique terrestre (TNT).

* Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.



INTRODUCTION

Ainsi que l'indique l'OCDE, « *les remises de fidélité constituent l'un des domaines les plus ardu du droit de la concurrence* »¹. Pourtant, les remises constituent un outil tarifaire couramment utilisé par les entreprises. Elles peuvent avoir pour objet de récompenser le client qui en bénéficie d'une diminution des coûts liée aux volumes vendus, à des services rendus par le client ou à la durée de la relation commerciale. Dans de telles circonstances, les remises de fidélité peuvent être regardées comme bénéfiques, tant pour les clients que pour l'efficacité économique. Elles peuvent également être mises en place afin de répondre à des tarifs bas pratiqués par des concurrents.

Les remises dites « fidélisantes », qui sont l'objet de la présente étude, visent, quant à elles, à accroître les quantités vendues auprès des clients sur une période de temps donnée, en incitant ces clients, par des mécanismes variés, à s'approvisionner préférentiellement auprès de la même entreprise. Différentes modalités de remises peuvent alors répondre à cet objectif. Les remises peuvent ainsi être liées aux montants des achats par un client ou à la proportion de ses achats qu'il effectue auprès du fournisseur (on parlera alors de remises « volumiques »). Elles peuvent également dépendre de la durée de la relation commerciale, passée ou à venir, (remises dites « de durée »).

¹ Note de référence du 13 juin 2016 du secrétariat de l'OCDE pour la table ronde sur les remises de fidélité tenue lors de la 123^e réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE, p. 13. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)5/fr/pdf)

Le fait, pour une entreprise, de chercher à fidéliser ses clients en les incitant à consommer auprès d'elle des volumes plus importants participe de l'intensité du jeu concurrentiel et ne fausse pas, par principe, la concurrence par les mérites. Pour autant, selon leur mécanisme de mise en œuvre et selon le pouvoir de marché de l'entreprise qui les propose, ces remises de fidélité peuvent notamment rendre plus difficile la conquête de clients par les concurrents de cette dernière. Elles peuvent ainsi porter atteinte au jeu concurrentiel et nuire aux consommateurs, à court terme, en limitant la liberté de choix des acheteurs et, à plus long terme, en évinçant des concurrents, en limitant leur développement ou encore en les dissuadant d'accroître la compétitivité de leurs offres. De telles remises peuvent alors être considérées comme anticoncurrentielles.

Pour identifier ces remises anticoncurrentielles, la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, sous le contrôle des juridictions, veille à appréhender dans toute leur diversité les différents types de remises fidélisantes, au regard, en particulier, de leurs différents effets et caractéristiques. Au-delà des mécanismes de fidélisation de la clientèle, les remises fidélisantes se différencient aussi par leurs taux, qui peuvent être plus ou moins élevés, par le degré de couverture du marché, selon que les clients bénéficiant de ces remises en représentent une part importante ou limitée, par leur mode d'attribution (selon que les remises sont individualisées ou non, par exemple) ou encore par leur assiette, qui peut être plus ou moins importante. En particulier, une distinction importante sépare les remises dites « incrémentales », qui ne s'appliquent qu'aux achats excédant le seuil de remise défini par le vendeur (ou achats « incrémentaux »), des remises dites « rétroactives », qui s'appliquent, lorsqu'un certain seuil est dépassé, non seulement aux achats « incrémentaux » mais aussi aux achats inférieurs au seuil de

remise. Enfin, l'effet concurrentiel des remises doit non seulement s'apprécier au regard de leurs caractéristiques propres mais aussi prendre en compte la structure du marché sur lequel elles sont utilisées. Différents paramètres, comme la nature et l'importance du pouvoir de marché de l'entreprise mettant en place les remises ou les comportements d'achat des clients, doivent alors être pris en compte.

Depuis la précédente étude du Conseil de la concurrence sur le sujet, publiée dans le cadre de son rapport annuel de 2004, le thème des remises fidélisantes a connu une riche actualité, liée notamment à la publication le 24 février 2009 par la Commission européenne de ses orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne (désormais 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). À la suite de la publication de ces orientations, un débat riche a vu le jour, portant en particulier sur les standards juridiques applicables et sur la place de l'analyse économique dans la démonstration de l'effet anticoncurrentiel de ces pratiques. Ces discussions ont conduit les juridictions à prendre position sur un certain nombre de points de l'analyse, contribuant ainsi à clarifier les règles applicables aux remises fidélisantes (voir en particulier, le récent *arrêt du 6 septembre 2017 de la Cour de justice, Intel, aff. C-413-14 P*).

Depuis 2004, le contrôle de l'Autorité de la concurrence (et, avant elle, du Conseil de la concurrence) s'est porté, à plusieurs reprises, sur des pratiques de rabais de fidélité présentant des formes très diverses. Au fil des affaires soumises à son examen, sa pratique, sous le contrôle des juridictions, a permis d'éclairer le cadre et les modalités d'analyse des remises fidélisantes.

La présente étude est donc l'occasion de rendre compte des débats entourant l'analyse concurrentielle des remises

fidélisantes ainsi que de la pratique décisionnelle récente de l'Autorité de la concurrence en la matière. Elle propose une analyse des différents mécanismes économiques par lesquelles les rabais de fidélité sont susceptibles d'altérer la concurrence sur le marché (chapitre I), de la méthode d'analyse des remises fidélisantes par les autorités de concurrence (chapitre II), de la place du test du concurrent aussi efficace en la matière (chapitre III), des justifications pouvant être apportées à de telles pratiques (chapitre IV) et, enfin, propose une synthèse de la pratique décisionnelle récente de l'Autorité en matière de rabais de fidélité (chapitre V).

1/ LES REMISES FIDÉLISANTES : QUELS MÉCANISMES ANTICONCURRENTIELS ?



1/ QUELS MÉCANISMES ANTICONCURRENTIELS ?

Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt fondateur *Hoffmann-Laroche* (arrêt du 13 février 1979 de la Cour de justice, aff. 85/76), un système de rabais peut être qualifié d'anticoncurrentiel s'il tend, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix, en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée (voir, plus récemment, arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, aff. C-23/14, point 29). Si, au vu de cette jurisprudence, les effets anticoncurrentiels des systèmes de rabais peuvent être de plusieurs natures, l'analyse des effets anticoncurrentiels des rabais fidélisants s'est principalement intéressée, dans la pratique décisionnelle, au risque d'éviction qu'ils pouvaient entraîner. Ce risque d'éviction repose, pour l'essentiel, sur l'impossibilité ou la plus grande difficulté pour les concurrents de conquérir les clients bénéficiant des rabais fidélisants². Ils peuvent ainsi être évincés d'une partie du marché et, potentiellement, de l'ensemble du marché si leurs ventes ne leur permettent pas, du fait d'économies d'échelle ou de réseau trop limitées, d'être suffisamment efficaces pour compenser l'effet spécifique de ces remises.

L'impossibilité ou la plus grande difficulté dans laquelle vont se trouver les concurrents de vendre leurs produits ou services auprès des entreprises bénéficiant des remises, peut

2 Indépendamment des risques d'éviction des concurrents, un système de rabais fidélisant peut, dans certaines circonstances, réduire les possibilités de diversification des achats de certains clients et être abordé sous l'angle de l'abus d'exploitation.

être appréhendée de deux façons distinctes. Un rabais fidélisant peut tout d'abord être analysé comme une forme particulière d'éviction tarifaire, distincte de la prédation, et pour autant susceptible, selon ses modalités d'octroi, de conduire à l'éviction de concurrents. Selon ses conditions d'octroi, il peut, ensuite, être considéré comme une forme particulière d'exclusivité d'approvisionnement, les clients pouvant être incités, du fait de l'existence du rabais, à confier la totalité ou à la quasi-totalité de leurs achats à l'entreprise mettant en œuvre la politique de fidélisation. Ces deux mécanismes revêtent également des spécificités particulières dans le cas des remises de durée. Enfin, aux risques d'éviction s'ajoutent les risques de collusion que peuvent également entraîner des systèmes de rabais fidélisants.

Les mécanismes d'éviction tarifaires

Un système de rabais fidélisants se matérialise, en premier lieu, par une baisse de prix conditionnée au franchissement de certains seuils (de volume, de progression des volumes, de part des achats au regard de l'ensemble des achats d'une catégorie de produits ou services, etc.). Le mécanisme par lequel ces baisses de prix peuvent entraîner un risque d'éviction ne se limite pas, cependant, à celui de la prédation. Il s'apparente plutôt à celui d'un couplage mixte, y compris dans les cas où les remises ne concernent qu'un seul et même produit.

LA PRÉDATION

Une première stratégie possible d'exclusion par l'intermédiaire de rabais pourrait consister, pour une entreprise dominante, à offrir des rabais sur la part de ses ventes pour laquelle elle est effectivement susceptible d'être concurrencée. Le rabais consisterait, par exemple, en une diminution

1/ QUELS MÉCANISMES ANTICONCURRENTIELS ?

des prix d'un certain pourcentage lorsque les quantités achetées excèdent les quantités que l'entreprise, du fait de sa position dominante, est certaine de vendre à un client (quantités ou part des ventes « non-contestables »).

Supposons, dans un premier temps, que ce rabais ne s'applique qu'aux ventes effectuées au-delà de ce seuil (remises dites « incrémentales »). Par exemple, pour un client ayant besoin de quinze unités d'un produit donné, le prix unitaire sera de 10 euros sur les dix premières unités, considérées comme non-contestables, et de 5 euros pour les cinq unités suivantes.

Par rapport à une baisse de prix uniforme (sur l'ensemble des quantités achetées et quel que soit le niveau des achats), une telle baisse de prix conditionnelle présente l'avantage de n'être effectuée que pour la part des besoins du client susceptible d'être contestée par un concurrent. Pour l'entreprise dominante, le « coût » de la diminution de prix (en termes de diminution de sa marge) est donc minoré. Pour autant, si la baisse de prix est telle qu'elle conduit à des prix inférieurs aux coûts de l'entreprise dominante, un concurrent aussi efficace ne pourra riposter à cette baisse de prix et il risquera donc d'être évincé du marché ou dissuadé d'y entrer.

L'analyse de tels rabais demeure donc très similaire à celle effectuée pour des cas de prédation classiques. Dans une telle hypothèse, la comparaison des prix par rapport aux coûts s'effectue cependant uniquement sur le segment du marché qui est contestable par les concurrents et non sur l'ensemble du marché. Des remises incrémentales, qui ne lient pas des ventes non contestables avec des ventes

contestables, peuvent par exemple être appréciées à travers ce prisme³.

Une autre stratégie de remise fidélisante consiste à ce que l'entreprise dominante consente des remises de fidélité qui couvrent également les volumes «non-contestables». Pour reprendre l'exemple présenté ci-avant, l'entreprise va non seulement diminuer son prix pour les quantités «contestables» – pour lesquelles elle est effectivement en concurrence –, mais elle va également diminuer le prix des quantités que le client lui aurait de toute façon achetées.

Cependant, pour l'examen d'une telle remise, qui lie des ventes susceptibles d'être concurrencées et d'autres sur lesquelles l'entreprise dominante est en monopole, la grille d'analyse des prix prédateurs ne suffit pas à identifier l'ensemble des risques concurrentiels.

En effet, en premier lieu, un tel rabais n'implique pas nécessairement de sacrifice de la part de l'entreprise dominante, contrairement aux prix prédateurs classiques. Plutôt que de diminuer ses prix sur le segment non-contestable pour récompenser les clients fidèles sur le segment contestable, l'entreprise pourrait accroître les prix pratiqués sur le segment non-contestable à l'égard des consommateurs «infidèles». Ainsi, pour reprendre l'exemple précédent, un client qui n'achèterait pas les quinze unités à l'entreprise dominante se verrait facturer un prix de 15 euros pour les dix unités du segment non-contestable au lieu d'un prix de 10 euros. Un tel rabais, qui repose sur un prix non remisé punitif, n'implique alors aucun sacrifice dès lors qu'il est

³ Voir par exemple, l'Avis 07-A-17 du 20 décembre 2007 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) sur le dispositif de remises commerciales de La Poste.

1/ QUELS MÉCANISMES ANTICONCURRENTIELS ?

suffisamment bien conçu pour que les clients soient effectivement incités à s'approvisionner en totalité auprès de l'entreprise dominante.

Cette différence entre la prédation et les remises fidélisantes est bien identifiée dans la pratique décisionnelle et la jurisprudence. Les 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 (point 37) notent, par exemple, que *« les rabais conditionnels peuvent produire ces effets [d'éviction] sans entraîner nécessairement de sacrifice pour l'entreprise dominante. [...] À cet égard, l'appréciation des rabais conditionnels s'écarte de celle de la prédation, qui suppose toujours un sacrifice »*.

En second lieu, même sans recourir à cette stratégie de hausse de prix pour les clients ne respectant pas la condition d'octroi du « rabais », le fait de proposer des remises qui couvrent à la fois les quantités pour lesquelles l'entreprise dominante est concurrencée et les quantités pour lesquelles l'entreprise dominante est en monopole va permettre à cette dernière d'évincer des concurrents aussi efficaces sans pour autant réaliser des pertes, que ce soit sur les quantités concurrencées ou sur l'ensemble des quantités vendues. C'est ce mécanisme de couplage tarifaire qui est explicité plus longuement ci-dessous.

LE COUPLAGE TARIFAIRE

Le terme de couplage tarifaire désigne le fait de lier le prix de vente de certains produits à l'acquisition d'autres produits. Certaines remises fidélisantes sont ainsi définies de façon à lier l'obtention de la remise applicable au produit concerné à l'achat, par le client en cause, d'autres produits commercialisés par l'entreprise. Cependant, ce mécanisme de couplage est également présent lorsque les remises ne couvrent

qu'un seul produit. Elles lient alors l'obtention d'une remise sur certaines quantités achetées à l'achat de quantités supplémentaires du même produit.

Si certains des produits ou des volumes sur lesquels s'appliquent des remises ne peuvent être proposés par les concurrents de l'entreprise proposant ces remises (ventes «non-contestables»), ce mécanisme de couplage tarifaire peut avoir pour effet de fausser la concurrence. En effet, les clients qui n'achèteront pas les quantités ou les produits supplémentaires perdront le bénéfice des remises de fidélité sur des quantités ou des produits qu'ils achèteront de toute manière à l'entreprise dominante. S'approvisionner auprès d'un concurrent fait subir aux clients un surcoût correspondant à la perte des remises de fidélité dont ils auraient bénéficié avec l'entreprise dominante. Pour convaincre ces clients de s'approvisionner auprès d'eux, les concurrents de l'entreprise dominante ne pourront donc pas se contenter de proposer le même prix net que l'entreprise dominante pour les quantités contestables. En effet, comme cela est exposé dans l'encadré ci-dessous, leurs remises s'appliquent sur un volume et un montant de ventes moins importants que celui réalisé auprès de l'entreprise dominante. Elles doivent, par conséquent, être plus élevées, afin de compenser l'assiette inférieure sur laquelle elles s'appliquent. Au final, le niveau de prix net nécessaire pour convaincre les clients de cesser de s'approvisionner auprès de l'entreprise dominante pour la part contestable de leurs besoins (appelé «prix effectif») est donc inférieur au prix net de remise de l'entreprise dominante. Dans certains cas, l'effort supplémentaire que devront ainsi fournir les concurrents peut représenter un obstacle à leur entrée, à leur maintien ou à leur développement sur le marché.

EXEMPLE DE MÉCANISME DE FIDÉLISATION

Supposons un acheteur ayant besoin de 80 unités d'un produit. Le prix non remisé est de 10 euros. Le vendeur est en position dominante et est certain que son client doit lui confier 50 % de ses achats (soit 40 unités). Il propose une remise de 20 % si le client achète 80 unités, soit un prix unitaire remisé de 8. Dans le cas contraire, la remise est nulle. Si le client achète les 80 unités auprès de l'entreprise dominante, la dépense totale du client est donc $80 \times 10 \times (1 - 20\%) = 640$ euros.

Appelons P_c le prix du concurrent. S'il achète 40 unités auprès du concurrent, le client devra alors payer un prix unitaire de 10 euros auprès de l'entreprise dominante pour les quantités restantes et supporte donc un coût total de $40 \times 10 + 40 \times P_c$.

Le client sera donc prêt à partager ses volumes entre les deux fournisseurs si $40 \times 10 + 40 \times P_c$ est inférieur ou égal à 640 euros, c'est-à-dire si P_c est inférieur ou égale à 6 euros. Ce « prix effectif » est sensiblement inférieur au prix unitaire remisé pratiqué par l'entreprise dominante, qui est de 8 euros. En effet, le concurrent doit consentir une baisse de prix par rapport au prix de l'opérateur dominant de façon à dédommager le consommateur pour les rabais perdus sur la fraction non contestable des volumes.

Par ailleurs, un effet d'exclusion peut être engendré par une telle remise fidélisante quand bien même l'entreprise dominante couvre ses coûts. Ainsi, si le coût unitaire de l'entreprise dominante et de son concurrent est de 7, le concurrent ne trouvera pas profitable d'entrer ou de rester sur le marché – car même à un prix de 7, ses ventes sont nulles – tandis que l'entreprise dominante pratique un prix remisé (soit 8 euros) supérieur à ce coût unitaire.

Au travers d'un tel mécanisme de remises, l'opérateur dominant prend donc appui sur la part des achats qui doit obligatoirement être effectuée auprès de lui (sa « part non-contestable ») pour désavantager ses concurrents sur les achats qu'ils peuvent lui contester (la « part contestable »). Par l'intermédiaire du rabais, l'entreprise dominante a ainsi couplé les ventes effectuées sur la partie non-contestable du marché avec celles effectuées sur la part contestable de ce marché (voir par exemple la remise « parc » dans la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, paragraphes 175 à 178 et 386*).

Le mécanisme d'éviction fondé sur l'exclusivité

Ainsi que le rappelle une pratique décisionnelle établie, des accords d'exclusivité peuvent, selon la durée des exclusivités, le degré de couverture du marché et la structure de la concurrence, emporter des effets d'éviction et fausser ainsi le jeu concurrentiel⁴. Or, des remises fidélisantes conçues pour inciter un client à s'approvisionner pour la totalité ou la quasi-totalité de ses besoins auprès de l'entreprise proposant ces remises peuvent également être assimilées à des exclusivités.

Toutefois, à la différence d'accords d'exclusivité classiques, qui imposent au client un choix binaire (entre s'approvisionner en exclusivité auprès de l'entreprise dominante ou ne pas s'approvisionner auprès d'elle du tout), les remises fidélisantes peuvent permettre à un concurrent, s'il pratique

⁴ Voir l'étude thématique sur les exclusivités figurant dans le rapport annuel de 2007 du Conseil de la concurrence.

1/ QUELS MÉCANISMES ANTICONCURRENTIELS ?

un prix suffisamment attractif, de rivaliser avec l'entreprise dominante. Le client peut ainsi refuser l'exclusivité si les concurrents de l'entreprise dominante sont à même de compenser les remises perdues en diminuant suffisamment leurs propres tarifs. À l'inverse, dans le cas d'un accord d'exclusivité classique, les concurrents ne pourront certainement pas convaincre les clients de diversifier leurs sources d'approvisionnement, même en présence de baisses de prix extrêmement importantes de la part des concurrents, car l'entreprise dominante cessera alors d'approvisionner ces clients ne respectant pas la condition d'exclusivité.

Plusieurs facteurs peuvent cependant fausser le mécanisme correctif que constitue la possibilité pour les concurrents de proposer un prix susceptible de dédommager les clients de leur perte de remises. Premièrement, comme vu précédemment, le système de remises peut précisément être conçu de façon à ce qu'un concurrent aussi efficace ne parvienne pas à demeurer attractif, tout particulièrement lorsque ce système met à profit la position de monopole de l'entreprise dominante pour une partie des besoins du client.

Deuxièmement, le mécanisme de remise peut s'appuyer sur un dispositif contractuel plus contraignant, dans lequel s'ajoutent aux pertes de remises d'autres types de sanctions plus dissuasifs, comme l'obligation de rembourser certaines des remises déjà acquises, la perte d'autres avantages commerciaux ou une plus grande incertitude entourant la relation commerciale avec l'entreprise dominante. Dans ce cadre, il devient difficile d'évaluer l'ampleur des dédommagements que doivent verser les concurrents de l'entreprise dominante lorsque l'exclusivité est rompue. Dans ce cas de figure, la pratique doit être regardée non pas tant comme une pratique de remise que comme une pratique d'exclusivité.

Troisièmement, lorsque les remises sont octroyées à des acheteurs eux-mêmes en concurrence, l'absence de coordination entre les acheteurs et la relative incertitude qui est la leur quant à la capacité du concurrent de l'entreprise dominante de rivaliser avec elle peuvent les inciter à accepter des exclusivités ou des contrats de longue durée, quand bien même les concurrents seraient en capacité, sans s'exposer à des pertes, de diminuer suffisamment leurs prix pour dédommager les clients de la perte de leurs remises. En effet, chaque client craint que le fournisseur ne soit pas à même d'être aussi compétitif que l'entreprise dominante – notamment car sa compétitivité peut dépendre du nombre de clients qu'il aura réussi à conquérir. Faute de coordination avec les autres acheteurs, chaque client peut alors préférer s'approvisionner auprès de l'entreprise dominante⁵.

Enfin, l'entrée d'un fournisseur concurrent peut ne pas engendrer de bénéfices supplémentaires pour les distributeurs dans la mesure où les gains associés à la plus grande compétitivité de ce nouvel entrant sont dissipés par la concurrence en prix entre les distributeurs à l'aval. Dans ce cas, les distributeurs peuvent collectivement avoir intérêt à participer à l'éviction du fournisseur concurrent si l'entreprise dominante partage avec eux les bénéfices résultants de cette éviction. Ce partage entre distributeur et entreprise dominante peut prendre la forme, par exemple, de marges arrières, de prix de revente imposés ou de tout autre transfert qui ne serait pas ensuite dissipé par la concurrence entre distributeurs. Dans un tel contexte, les remises octroyées peuvent être limitées et néanmoins entraîner des

⁵ E.B. Rasmusen, J.M. Ramseyer et J.J.S. Wiley (1991), « Naked exclusion », *American Economic Review*, vol.81.

relations d'exclusivité entre les distributeurs et l'entreprise dominante⁶.

Le cas des remises de durée

La double dimension des rabais fidélisants, qui peuvent s'appréhender à la fois comme une pratique de couplage tarifaire et comme une pratique d'exclusivité, peut également être identifiée dans le cas des remises de durée. De telles remises consistent à octroyer au client un rabais en fonction de la durée de la relation commerciale passée et/ou à venir. Elles peuvent alors avoir pour effet d'élever artificiellement les barrières à l'entrée pour les concurrents en allongeant sans justification la durée au cours de laquelle les clients sont liés à leur fournisseur (voir par exemple la remise « privilège » dans la *décision n° 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques*).

Des remises de ce type peuvent être appréhendées sous l'angle d'une pratique tarifaire, par exemple lorsque les pénalités qui doivent être versées par le client en cas de rupture anticipée sont suffisamment élevées pour rendre impossible ou plus difficile la conquête par la concurrence des clients engagés dans une relation de longue durée avec leur fournisseur. Lorsqu'au moment de la signature des contrats, l'entreprise mettant en œuvre ces remises est incontournable et ne peut être concurrencée pour une part ou pour la totalité de ses besoins (par exemple parce qu'au moment de la signature des contrats, l'entreprise dominante est la seule sur le marché ou parce que ses concurrents se heurtent à

6 J.M. Abito, et J. Wright (2008), « Exclusive dealing with imperfect downstream competition », *International Journal of Industrial Organization*, vol.26.

des contraintes de capacité), c'est un mécanisme de couplage qui est mis en œuvre, consistant pour l'entreprise dominante à lier ses ventes non-contestables (celles effectuées au moment où le contrat est signé) avec des ventes futures qui pourraient quant à elles être contestées.

Cependant, l'aspect tarifaire ne suffit pas toujours à appréhender l'effet de ces remises de durée sur la structure du marché. Par exemple, lorsque les contrats liant les clients pour une certaine durée arrivent à échéance à des dates différentes, il peut être difficile pour un concurrent de conquérir une part de marché qui rende son entrée profitable. Des clauses de renouvellement tacite peuvent également entraîner un prolongement des durées de contrat, lesquelles, en augmentant les coûts de conquête de la clientèle, rendent également l'entrée des concurrents difficile. Les remises de durée peuvent donc incorporer à la fois des aspects tarifaires et non tarifaires.

Les mécanismes favorisant un assouplissement de la concurrence

Les remises fidélisantes peuvent également être utilisées pour diminuer l'intensité de la pression concurrentielle subie par l'opérateur dominant et permettre le maintien de prix élevés sur le marché, plus que pour évincer des concurrents. Plusieurs schémas de remises peuvent soutenir de tels scénarios⁷.

⁷ Note de référence du secrétariat de l'OCDE précitée, à la table ronde de l'OCDE sur les remises de fidélité, p. 12-13. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)5/fr/pdf)

1/ QUELS MÉCANISMES ANTICONCURRENTIELS ?

Tout d'abord, des remises fidélisantes peuvent engager l'entreprise dominante à pratiquer des prix plus élevés pour ses clients non-fidèles que pour ses clients fidèles. Dans ce contexte, toute baisse de prix de la part de l'entreprise dominante à l'égard des clients non-fidèles est particulièrement coûteuse puisqu'elle serait alors contrainte de diminuer également ses prix pour ses clients fidèles. L'emploi de telles remises va alors réduire les efforts tarifaires de ses concurrents pour capter ces clients non-fidèles tout en les dissuadant de chercher à conquérir les clients fidèles de l'entreprise dominante⁸.

Ensuite, les clients bénéficiant de remises fidélisantes auprès d'une entreprise seront moins enclins à s'approvisionner auprès d'un fournisseur concurrent. Pour accroître ses ventes auprès de ces consommateurs, le concurrent doit donc consentir des baisses de prix plus importantes qu'en l'absence de remises fidélisantes. Si les remises sont correctement définies, le concurrent renoncera à diminuer ses prix pour se focaliser sur les clients ne bénéficiant pas de remises fidélisantes ou sur la part de la demande des clients qui n'est plus couverte par des remises⁹. Ainsi, sans nécessairement conduire à l'exclusion de concurrents, les remises fidélisantes auront atténué l'intensité concurrentielle en entraînant une forme de partage de la demande des clients. De surcroît, une telle remise, définie en fonction de la part des achats effectuée auprès de l'entreprise dominante, implique que le client informe son fournisseur des achats

⁸ E. Elhaug et A. L. Wickelgren (2015), « Robust exclusion and market division through loyalty discounts », *International Journal of Industrial Organization*, n° 43, p. 111-121.

⁹ M. Salinger, « All-units discounts by a dominant producer threatened by partial entry », *Antitrust Law Journal*, vol. 81.

effectués auprès de concurrents, ce qui facilite également la détection d'une déviation d'un éventuel accord collusif.

Dans la pratique décisionnelle, les remises fidélisantes n'ont cependant jamais été appréhendées sous cet angle d'une diminution de la pression concurrentielle favorisant le maintien de prix élevés. Pour autant, ces différents éclairages illustrent le fait que les remises fidélisantes peuvent être analysées sous différents angles et que leurs effets négatifs sur la concurrence peuvent ne pas reposer uniquement sur des risques d'éviction.

2/ LES REMISES FIDÉLISANTES : QUELLE MÉTHODE D'ANALYSE EN PRATIQUE?



2/ QUELLE MÉTHODE D'ANALYSE EN PRATIQUE ?

La jurisprudence et la pratique des autorités de concurrence rappellent de manière constante qu'une entreprise en position dominante peut être regardée comme exploitant de manière abusive cette position en appliquant un système de rabais lorsque, au vu de l'ensemble des circonstances – notamment les critères et modalités d'octroi du rabais – il apparaît que ce dernier tend, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à ôter ou limiter la possibilité de choix des acheteurs entre les différentes sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée (par exemple *arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, Post Danmark, aff. C-23/14 P*, point 29).

En effet, la position dominante qu'occupe une entreprise lui impose une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, au jeu de la concurrence par le recours à des procédés ne relevant pas d'une compétition par les seuls mérites (par exemple *arrêt de la Cour de justice du 2 avril 2009, France Télécom/Commission, aff. C-202/07 P*, point 105 et *arrêt du 13 février 1979 de la Cour de justice, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76*).

Pour caractériser l'effet anticoncurrentiel d'un système de remise, les autorités de concurrence sont habilitées à retenir aussi bien les conséquences concrètes de la pratique mise en œuvre, telles qu'elles peuvent être constatées *ex post* sur le fonctionnement du marché, que les effets potentiels attendus d'une telle pratique, au vu de ses caractéristiques et du contexte de marché (par exemple *arrêt de la Cour de justice du 19 avril 2012, Tomra, aff. C-549/10 P*, point 68 et *décision 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la*

Corse et le continent, paragraphe 180, confirmée par l'arrêt du 9 mars 2010 de la cour d'appel de Paris, n° 2009/07930).

En outre, l'exploitation abusive d'une position dominante constitue une notion objective qui vise tous les comportements d'entreprise dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché sur lequel le degré de concurrence est déjà affaibli du fait de cette domination (par exemple *arrêt de la Cour de justice du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, aff. C-52/09, point 27*).

Il n'est donc pas requis que l'opérateur dominant ait eu l'intention ou la conscience de mettre en œuvre des pratiques de remise permettant de restreindre le jeu concurrentiel. En revanche, le fait que le programme de remise ait été conçu par l'entreprise comme un outil de fidélisation pour empêcher artificiellement le départ des clients vers la concurrence peut constituer un élément pertinent pour caractériser la pratique (par exemple *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, paragraphes 126 et 161*).

Dans ce contexte, la licéité des remises fidélisantes est appréciée par l'Autorité de la concurrence de manière objective et globale, au vu de l'ensemble des éléments en sa possession, que ceux-ci concernent les caractéristiques du système de remises porté à son attention ou le contexte de marché dans lequel il prend place. Le poids respectif des différents paramètres varie suivant le type de remise considérée sans pour autant que les conditions de fond de licéité des remises s'en trouvent modifiées. Ces conditions tiennent à l'existence d'un effet anticoncurrentiel sur le marché susceptible de résulter de la pratique, et qui n'est pas compensé par une justification économique objective (voir chapitre IV).

Les caractéristiques intrinsèques des remises

L'effet anticoncurrentiel des remises fidélisantes dépend avant toute chose de leurs caractéristiques intrinsèques et en particulier des conditions mises à leur octroi, de leurs modalités d'application et de leurs paramètres de calcul. À cet égard, l'existence d'une condition d'exclusivité mise à l'obtention de la remise joue un rôle prépondérant pour qualifier la pratique. À l'inverse, les remises de nature purement quantitative reflètent des gains d'efficacité que l'entreprise peut légitimement restituer à ses clients sans évincer la concurrence. Les autres caractéristiques des remises, liées notamment à leur caractère rétroactif ou, au contraire, incrémental, sont également examinées pour apprécier leur effet sur le jeu de la concurrence. Cette analyse globale est notamment appliquée aux remises de durée, qui peuvent avoir pour effet d'allonger artificiellement la durée d'engagement du client. De manière générale, doivent enfin être pris en compte la proportion du marché couverte par la pratique de remise ou encore l'éventuel cumul de plusieurs sortes de remises, qui contribue à en renforcer les effets.

L'EXISTENCE D'UNE CONDITION D'EXCLUSIVITÉ

Les remises accordées en contrepartie d'un engagement du client à s'approvisionner exclusivement ou pour une grande part de ses besoins auprès de l'opérateur dominant sont en principe contraires aux règles de concurrence parce qu'elles reposent sur une logique d'approvisionnement exclusif qui limite la liberté de choix des acheteurs et barre l'accès au marché des autres fournisseurs (*arrêt du 6 octobre 2015 de la Cour de justice, Post Danmark, aff. C-23/14, § 27* et, pour un rappel de cette présomption d'illicéité, *arrêt du 21 décembre*

2017 de la cour d'appel de Paris¹⁰, paragraphe 198, rendu sur recours contre la décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre). Cette illicéité de principe des remises d'exclusivité a été récemment réaffirmée par la Cour de justice (arrêt du 6 septembre 2017, Intel, aff. C-413/14, paragraphe 137). S'agissant de la part des besoins des clients concernée par la remise, la jurisprudence ne fixe aucun seuil prédéterminé à partir duquel le mécanisme du rabais s'apparenterait à une exclusivité. Il est seulement requis que la remise concerne, à tout le moins, une part importante des besoins des acheteurs (arrêt du 13 février 1979 de la Cour de justice, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76, paragraphes 89 et 90).

Selon une jurisprudence constante (arrêt du 13 février 1979 de la Cour de justice, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76, paragraphe 89), l'exclusivité en cause peut aussi bien résulter d'une obligation formelle (voir par exemple la remise d'exclusivité sur les services de réseaux privés virtuels dits « VPN » dans la décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques) que d'un mécanisme de fait lorsque l'opérateur dominant lie, compte tenu des seuils qu'il a fixés, l'obtention de la remise à la condition que le client lui confie la totalité ou une part importante de ses achats (voir par exemple la remise dite « de plaque géographique » dans la décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, confirmée par l'arrêt précité du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris¹⁰, paragraphe 226, qui retient l'existence d'un mécanisme d'exclusivité de fait sans lui appliquer la

¹⁰ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

présomption d'illicéité cependant). Par ailleurs, l'individualisation des seuils de déclenchement des remises, afin qu'ils coïncident avec la totalité ou une part importante des besoins de chaque client, peut produire le même effet que des remises d'exclusivité exprimées en part des besoins. Si les seuils individualisés sont correctement définis par l'opérateur dominant qui les pratique, le transfert d'une partie – même minime – des commandes vers un concurrent peut entraîner la perte de la remise consentie de la part de l'opérateur dominant sans pour autant qu'une condition d'exclusivité soit attachée à la remise (voir par exemple la remise « parc » dans la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques* ou la remise de plaque géographique dans la *décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre*).

L'existence d'une condition d'exclusivité mise à l'obtention de la remise permet donc de qualifier l'existence d'un effet d'éviction. Cependant, des circonstances particulières, propres au système de remise examiné et/ou au contexte dans lequel il s'inscrit, peuvent conduire à renverser cette présomption en démontrant que ces rabais ne sont pas susceptibles de produire un effet de forclusion sur le marché ou qu'ils reposent sur une contrepartie économique objective (voir l'*arrêt du 13 février 1979 de la Cour de justice, Hoffmann-La Roche, aff. 85/76 paragraphe 90* et *arrêt du 6 septembre 2017 de la Cour de justice, Intel, aff. C-413/14*). En particulier, lorsque cette présomption est combattue, preuves à l'appui, par l'entreprise mise en cause, l'examen de l'ensemble des circonstances de l'espèce doit permettre de confirmer ou, au contraire, d'infirmer le constat d'un effet, réel ou potentiel, d'éviction de la concurrence au cas d'espèce. À ce titre, l'importance de la position dominante de cette entreprise,

le taux de couverture du marché par le système de remise, les conditions et modalités d'octroi des rabais, leur durée ou encore leur montant sont autant d'éléments pris en compte, tout comme l'existence d'une éventuelle stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces (*arrêt du 6 septembre 2017 de la Cour de justice, Intel, aff. C-413/14, paragraphe 139*).

LE RECOURS À UN MÉCANISME PUREMENT QUANTITATIF

En revanche, les rabais exclusivement liés au volume ou au montant des achats effectués auprès d'une entreprise dominante et dont le mécanisme de calcul ou d'attribution ne permet pas de faire levier avec une part non-contestable du marché sont généralement considérés comme n'ayant pas un effet de forclusion prohibé dans la mesure où, sauf cas éventuel de prédation, ils sont supposées refléter des économies de coûts dont l'opérateur peut légitimement faire bénéficier ses clients par le biais d'un tarif plus favorable, sans évincer les opérateurs économiquement aussi efficaces que l'entreprise dominante (*décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphe 239, confirmée par l'arrêt précité du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris*¹¹, paragraphe 14). Il en va notamment ainsi des remises dites «incrémentales», qui ne s'appliquent qu'à la part des volumes excédant le seuil d'attribution de la remise.

De telles remises bénéficient d'une présomption simple de licéité qui peut cependant être renversée s'il apparaît, au vu de l'ensemble des circonstances et notamment des critères

¹¹ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

2/ QUELLE MÉTHODE D'ANALYSE EN PRATIQUE?

et modalités d'octroi des rabais, qu'ils produisent un effet de forclusion potentiel sur le marché et qu'ils ne reposent pas sur une justification économique objective (*arrêt du 30 septembre 2003 du tribunal, Manufacture française des pneumatiques Michelin, aff. T-203/01, paragraphes 58 et 59 et également arrêt du tribunal du 25 juin 2010, Imperial chemical industries ltd, aff. T 66-01, paragraphes 298 à 300*).

Toutefois, la présomption de licéité applicable aux rabais de quantité ne s'applique qu'aux systèmes de remises fondés exclusivement sur les volumes ou les montants d'achat effectués et qui sont dépourvus de tout effet rétroactif. La catégorie des rabais quantitatifs présumés licites est donc moins étendue qu'il n'y paraît de prime abord. Ainsi, un rabais au volume accordé non pour chaque commande individuelle et qui peut ainsi correspondre aux économies de coûts réalisées par le fournisseur, mais en fonction de l'ensemble des commandes successives passées au cours d'une période donnée ne constitue pas un « véritable » rabais de quantité exclusivement lié au volume des achats commandés qui, en principe, ne contrevient pas aux dispositions prohibant l'abus de position dominante (*arrêt du 6 octobre 2015 de la Cour de justice, Post Danmark, aff. C-23/14, paragraphe 28*).

De plus, certaines remises, bien qu'incrémentales dans leur définition, peuvent présenter des aspects partiellement rétroactifs dans leur fonctionnement ou conditions de mise en œuvre. Tel est le cas d'un système de remise dans lequel le volume des commandes passées permet d'augmenter le montant de la remise accordée pour les nouvelles commandes. Dès lors, si les clients anticipent qu'ils devront nécessairement, pour les nouvelles commandes, s'approvisionner auprès de l'opérateur dominant pour une part importante de leurs achats, ils peuvent être incités à privilégier ce dernier pour leurs premières commandes, afin

de se garantir, pour les commandes à venir, des niveaux de remises suffisamment importantes (voir par exemple, pour un non-lieu, la remise au volume dans la *décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphe 243*).

L'EFFET FIDÉLISANT RÉSULTANT DES AUTRES CARACTÉRISTIQUES DES REMISES

Lorsqu'un système de remise ne correspond ni à des rabais d'exclusivité, ni à des rabais purement quantitatifs, l'existence d'un éventuel effet de forclusion du marché s'apprécie au cas par cas, au vu de l'ensemble des circonstances de l'espèce (*arrêt du 6 octobre 2015 de la Cour de justice, Post Danmark, aff. C-23/14, paragraphes 28 et 29, arrêt du 15 mars 2007 de la Cour de justice, British Airways, aff. C-95/04 P, paragraphe 68 et arrêt du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris*¹², *paragraphe 215, rendu sur recours contre la décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre*). Ceci peut concerner notamment les rabais corrélés à l'évolution du chiffre d'affaires généré par l'acheteur (*décision 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial*) ou encore les remises au volume s'appliquant à un ensemble de commandes successives (voir la remise « parc » dans la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques* et la remise au volume dans la *décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises*

¹² Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre).

Dans le cadre de l'analyse de l'effet fidélisant d'un système de remises, le caractère rétroactif du rabais (voir la remise « parc » dans la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques*) et le fait que la remise s'applique globalement à la fois sur la part disputable et la part non disputable de la demande (voir la remise « parc » dans la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques* et la *décision 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne dans le secteur de la distribution de la presse*) sont des caractéristiques importantes permettant d'appréhender l'existence d'un risque d'éviction des concurrents. Combinées, ces deux caractéristiques peuvent en effet rendre plus difficile la conquête des volumes contestables par les concurrents de l'entreprise dominante.

Tel est en particulier le cas des systèmes reposant sur des grilles de remise dont le taux évolue avec les quantités achetées. Lorsque le taux de la tranche supérieure atteinte par le client s'applique à la totalité de ses achats et pas seulement aux achats inclus dans cette tranche, le transfert d'une partie, même peu importante, des achats vers d'autres fournisseurs peut entraîner, par l'application d'un taux de remise moins favorable, un renchérissement des commandes qui restent confiées à l'opérateur dominant parce qu'il est en partie incontournable pour les acheteurs. Ceci peut alors générer un effet de « blocage » ou de « capture » de la clientèle.

D'autres caractéristiques des remises, comme le niveau des seuils et des taux de remises ou encore la durée de mise en œuvre des rabais, sont également pertinentes pour qualifier un effet anticoncurrentiel. L'effet incitatif des remises sur les achats des clients dépend ainsi du montant de la réduction dont l'acheteur peut bénéficier s'il franchit le seuil de remise et, en particulier, du taux de remise. Ainsi, des remises peu importantes peuvent ne pas produire d'effet sensible sur la concurrence (voir par exemple la fourniture gratuite de l'adaptation « SFN » dans la *décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphes 249 à 251*). Des remises de courte durée, de faible ampleur ou peu appliquées peuvent également ne pas avoir d'effet sensible sur la concurrence (voir par exemple la *décision 04-D-22 du 21 juin 2004 Primaliste Longue Distance, paragraphes 68 à 72* et également la fourniture gratuite de l'adaptation dite « SFN », proposée par TDF aux éditeurs de chaînes sur le marché des services de diffusion hertzienne terrestre, dans la *décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre*).

La progressivité prévue des taux de remise est également pertinente pour apprécier l'effet des remises. Les taux de remise présentant une progressivité importante conduisent un client qui ne confierait qu'une fraction limitée de ses volumes à un concurrent à être fortement pénalisé (voir relevant l'effet sensible des remises du fait du niveau élevé des taux pratiqués et de la forte élasticité de ces remises par rapport à la progression du chiffre d'affaires, la *décision 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial, paragraphe 56* et également la remise « parc » dont les taux progressent rapidement au-delà de cent lignes mobiles

dans la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, paragraphe 174*).

LE CAS DES REMISES DE DURÉE

S'agissant des remises adossées à un engagement de durée, l'Autorité examine si la durée d'engagement exigée pour l'obtention de la remise est longue – notamment par rapport à la fréquence avec laquelle les fournisseurs sont normalement mis en concurrence – et si la perte de la remise en cas de rupture de l'engagement ou de non-atteinte de l'objectif peut dissuader le départ d'un client vers un concurrent. L'existence de pénalités de sortie et de clauses de tacite reconduction d'engagement constitue également un élément pertinent pour apprécier l'effet de forclusion de la clientèle (voir par exemple la remise « privilège » dans la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques*).

Les autres modalités d'octroi de la remise sont également prises en compte, comme dans le cas des programmes de fidélité sous forme de points d'ancienneté, utilisés notamment dans le secteur de la téléphonie mobile (voir le programme « changer de mobile » dans la *décision 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane* et la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques*). Dans ces affaires, le système de fidélisation était utilisé non seulement pour prolonger la relation existante mais aussi pour permettre un réengagement du client et prolonger la durée future de ce réengagement. Ce programme permettait au client de cumuler automatiquement des

points, chaque mois, en fonction de l'ancienneté de sa ligne, du montant de sa facture mensuelle et du nombre de lignes en parc, et de bénéficiaire ensuite, en échange de ces points, d'un prix préférentiel pour le renouvellement de son mobile, à condition cependant qu'il se réengage pour une durée de douze ou vingt-quatre mois.

LA PRISE EN COMPTE DE LA PROPORTION DU MARCHÉ AFFECTÉ ET DE LA NATURE DES CLIENTS

La part du marché couverte par le système de remise constitue, parmi d'autres paramètres, un élément pertinent pour déterminer, dans le cadre d'une appréciation au cas par cas, au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce, l'effet potentiellement anticoncurrentiel de la pratique (*arrêt du 19 avril 2012 de la Cour de justice, Tomra, aff. C-549/10 paragraphes 40 à 44* ; pour le cas d'une remise d'exclusivité dont l'effet d'éviction est remis en cause par l'entreprise poursuivie, celle-ci apportant des éléments de preuve contraire, *arrêt du 6 septembre 2017 de la Cour de justice, Intel, aff. C-413/14, paragraphe 139* ; voir également, la *décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphe 256*, confirmée par l'*arrêt précité du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris*¹³, *paragraphe 236 à 242*). L'un des effets des remises fidélisantes, qu'elles jouent sur les volumes ou sur la durée de la relation commerciale, est d'empêcher les concurrents d'accéder à certains clients ou à une certaine part de leur demande. Plus la proportion du marché ainsi verrouillée est importante, plus l'ampleur de l'effet anticoncurrentiel éventuellement généré par ces remises peut être significative. Cela est particulièrement vrai en présence

¹³ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

2/ QUELLE MÉTHODE D'ANALYSE EN PRATIQUE?

d'économies d'échelle, le verrouillage d'une partie du marché pouvant alors diminuer la compétitivité des concurrents sur la portion du marché non verrouillée. De même, dans le cas de remises de durée, la part du marché verrouillé est un critère pertinent d'appréciation de l'effet anticoncurrentiel.

Ainsi, une remise de fidélité qui couvre une part importante du marché (voir par exemple la remise de plaque appliquée à la majorité des appels d'offres lancés par les acheteurs, *décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphe 256*, confirmée par l'*arrêt précité du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris*¹⁴, *paragraphes 236 à 242*) ou dont l'application est généralisée (voir par exemple la remise « privilège » appliquée à 90 % des forfaits mobiles, la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, paragraphe 162*) est davantage susceptible d'être anticoncurrentielle.

Cependant, le fait que la remise ne concerne pas la totalité ou même la majorité des achats ou des acheteurs présents sur le marché ne permet pas d'exclure l'effet anticoncurrentiel (voir pour un exemple de verrouillage des deux cinquièmes du marché, l'*arrêt du 19 avril 2012 de la Cour de justice, Tomra, aff. C-549/10 P*; pour un programme de fidélité visant 20 % de la clientèle, la *décision 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, paragraphe 324* et, pour la remise de plaque appliquée à environ 40 % du marché, *arrêt*

¹⁴ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris ¹⁵, paragraphe 240, rendu sur recours contre la décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre). En effet, selon la jurisprudence en matière d'abus de position dominante, les concurrents doivent pouvoir se livrer concurrence par les mérites pour l'ensemble du marché, de sorte que le fait qu'une partie du marché et de la clientèle reste disponible ne peut justifier le verrouillage du reste du marché par l'opérateur dominant, dont le rôle n'est pas de déterminer combien de concurrents viables sont autorisés à la concurrencer pour la portion de la demande qui reste encore susceptible d'être conquise (arrêt du 19 avril 2012 de la Cour de justice, *Tomra*, aff. C-549/10 paragraphes 42). Sur certains marchés, il peut par ailleurs exister des clients particuliers auprès desquels il serait crucial, pour un concurrent, d'être référencé, par exemple parce que ces acheteurs donnent une plus grande légitimité au concurrent, sans que ces clients ne constituent pour autant une part importante de ce marché.

Enfin, lorsque l'objectif des remises fidélisantes n'est pas tant d'évincer ou d'affaiblir un concurrent que de diminuer l'intensité de la pression concurrentielle entre les opérateurs déjà présents sur le marché ou de faciliter les hausses de prix en couplant les parts contestables et non-contestables de la demande, la proportion du marché couverte par les remises peut revêtir une importance moindre. La pratique peut alors affecter la concurrence, même si elle ne couvre qu'une part modérée du marché, car les clients situés sur le segment de marché qui se voient appliquer les remises doivent alors s'acquitter d'un prix plus élevé du fait de l'atténuation de la concurrence que ces remises entraînent.

¹⁵ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

LE CUMUL DES REMISES

Le cumul de plusieurs remises différentes octroyées par l'opérateur dominant sur le même marché est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels renforcés. Tel est le cas d'un dispositif de remises qui conjugue les effets d'une remise au volume rétroactive, d'une remise de durée et de remises liées à des objectifs d'achat (*décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, paragraphes 177 et 178*). De tels systèmes de remises, qui ne sont pas rares en pratique et se caractérisent par leur complexité et leur opacité, peuvent se révéler particulièrement efficaces pour dissuader les départs de clients.

La prise en compte du contexte de marché

Le contexte de marché dans lequel s'inscrivent les remises fidélisantes est également pris en considération pour évaluer l'ampleur de l'effet d'éviction de la pratique. À ce titre, sont en particulier examinés aussi bien le pouvoir de marché de l'opérateur dominant que le comportement des acheteurs. Le fait que le marché soit en croissance rapide ou au contraire à maturité est également un élément pertinent.

LE POUVOIR DE MARCHÉ DU FOURNISSEUR

Plus le pouvoir de marché de l'opérateur mis en cause est fort, plus les remises sont susceptibles d'emporter des effets anticoncurrentiels significatifs. Lorsque, en raison de sa position dominante forte, une entreprise est assurée de conserver pendant une certaine durée une partie de la demande, elle peut alors utiliser cette part non disputable du marché comme levier pour s'assurer la part disputable,

rendant ainsi l'accès au marché plus difficile (voir l'arrêt du 19 avril 2012 de la Cour de justice, *Tomra*, aff. C-549/10 P, paragraphe 79 et paragraphe 39 de la communication de la Commission relative aux orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes). Autrement dit, selon les termes employés par la Cour de justice dans son arrêt précité du 19 avril 2012, « le mécanisme de fidélisation réside dans cette capacité qu'a le fournisseur d'évincer ses concurrents en aspirant à son profit la partie disputable de la demande ».

Tel est le cas lorsque la remise s'applique à une gamme étendue ou à un volume important de produits pour lesquels l'entreprise dominante est, en partie, incontournable. Les concurrents ne peuvent conquérir la part disputable du marché qu'en « indemnisant », par une compensation commerciale, les clients de la perte de rabais sur la part qui reste de toute façon confiée à l'opérateur dominant (*décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, paragraphes 175 et 178*).

Des engagements de durée d'abonnement souscrits auprès de l'opérateur dominant (*décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, paragraphe 163*), la réputation particulière de cet opérateur, supposé plus fiable que ses concurrents, les contraintes de capacité auxquelles sont confrontées les autres entreprises de taille plus réduite (*décision 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries lyonnaises de presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne dans le secteur de la distribution de la presse*) ou encore les contraintes techniques et réglementaires pesant sur le développement des offres

2/ QUELLE MÉTHODE D'ANALYSE EN PRATIQUE ?

concurrentes (*décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphe 245*, confirmée par l'*arrêt précité du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris*¹⁶, paragraphes 162 et 219) peuvent, en particulier, rendre l'entreprise dominante incontournable sur une partie du marché. De même, dans l'affaire *Post Danmark* (*arrêt du 6 octobre 2015 de la Cour de justice, aff. C-23/14*), l'existence d'une part de la demande non disputable résultait de l'existence d'un monopole légal sur les courriers publicitaires de moins de cinquante grammes. De plus, les concurrents ne couvraient pas l'ensemble du territoire et les clients étaient donc obligés de s'adresser à Post Danmark pour leurs envois à destination des zones non couvertes par les concurrents.

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, en raison de sa part de marché sensiblement plus élevée que celle des concurrents, l'opérateur dominant constitue « en général » un partenaire incontournable sur le marché (*arrêt du 15 mars 2007 de la Cour de justice, British Airways, aff. C-95/04, point 75*). *A fortiori*, la possession d'une part de marché très élevée implique, en principe, que l'opérateur dominant est un partenaire incontournable pour une partie au moins de la demande sur le marché (*arrêt du 13 février 1979 de la Cour de justice, Hoffmann-La Roche, précité, point 41* ; voir, résumant ces deux situations, l'*arrêt du 6 octobre 2015 de la Cour de justice, Post Danmark, aff. C-23/14, point 40*). Ainsi, dans son arrêt *Tomra* (*arrêt du 9 septembre 2010 du tribunal, Tomra, aff. T-155/06, point 269*), le tribunal a considéré que l'entreprise était un opérateur incontournable en raison de sa position dominante forte liée en particulier à la détention de parts de marché très élevées, comprises entre 80 et 90 %

¹⁶ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

ou entre 75 et 85% selon les segments de produits considérés. Pour autant, si le constat de la détention de parts de marchés très élevées est un indice de l'existence d'une fraction non contestable, il ne permet pas de la quantifier avec précision.

Enfin, les pratiques de remises fidélisantes sont d'autant plus aptes à produire un effet d'éviction que l'asymétrie de part de marché entre l'opérateur dominant et ses concurrents est forte. C'est le cas par exemple, lorsque le marché se caractérise par la présence d'opérateurs de petite taille qui n'ont pas atteint la taille critique (*décision 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, paragraphe 316*).

LE COMPORTEMENT DES ACHETEURS

La propension plus ou moins grande des acheteurs à diversifier leurs sources d'approvisionnement a également une incidence sur l'ampleur des effets anticoncurrentiels des remises fidélisantes. En effet, les effets fidélisants d'une remise qui incite à s'approvisionner pour tout ou partie des besoins auprès d'un fournisseur sont potentiellement d'autant plus forts que les acheteurs sont initialement disposés à répartir leurs achats entre plusieurs fournisseurs. En transformant la concurrence sur chaque unité vendue en une concurrence sur chaque acheteur, les pratiques de remise fidélisantes peuvent alors artificiellement modifier le comportement des acheteurs potentiellement enclins à diversifier leurs fournisseurs et rendre impossible ou difficile une concurrence « à la marge » sur le marché (*décision 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries lyonnaises de presse à l'encontre de pratiques*

2/ QUELLE MÉTHODE D'ANALYSE EN PRATIQUE?

mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne dans le secteur de la distribution de la presse).

Les coûts, la complexité ou les risques associés à une diversification des sources d'approvisionnement peuvent expliquer l'aversion des acheteurs à changer de fournisseur ou de prestataire (*décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, paragraphes 213 à 217, et décision 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries lyonnaises de presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne dans le secteur de la distribution de la presse*). Pour autant, le fait que les clients ont, en règle générale, recours à un seul opérateur ne permet pas d'exclure l'effet anticoncurrentiel dès lors que, dans plusieurs situations qui ne sont pas rares, ils peuvent préférer partager leurs commandes entre plusieurs opérateurs (à propos de la remise « VPN », *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques, paragraphes 209 et 210*).

LA MATURITÉ DU MARCHÉ

Des pratiques de remises fidélisantes mises en œuvre sur un marché parvenu à maturité sont plus susceptibles de restreindre la concurrence en cristallisant les parts de marchés au profit de l'opérateur dominant (*décision 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, paragraphes 317 et 322*). À l'inverse, sur un marché en croissance rapide, les clients « à prendre » sont des consommateurs nouvellement présents sur le marché qui ne sont pas encore

liés par des remises fidélisantes. Par conséquent, même si la plus grande partie de la demande est captée et fidélisée par l'opérateur dominant, un nouvel entrant peut, en principe, plus facilement réussir à pénétrer le marché.

**3/ LES REMISES
FIDÉLISANTES :
QUELLE PLACE
POUR LE TEST DU
CONCURRENT AUSSI
EFFICACE ?**



3/ QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?

Lorsque les remises fidélisantes constituent une pratique exclusivement tarifaire¹⁷, leur examen peut, en plus des éléments déjà mentionnés, s'appuyer sur la réalisation d'un test du concurrent aussi efficace (ou *as efficient competitor test*, ci-après, « le test AEC ») adapté à l'analyse de ces remises et visant à apprécier dans quelle mesure un concurrent aussi efficace que l'entreprise mettant en place les remises parviendrait à conquérir des clients bénéficiaires sans faire de pertes. Telle est notamment l'approche présentée en 2009 par la Commission européenne dans sa communication sur ses priorités en matière d'abus de position dominante. Par la suite, la Cour de justice a, à plusieurs reprises, souligné que ce test n'était pas indispensable à la démonstration du caractère anticoncurrentiel de remises fidélisantes (*arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, Post Danmark, aff. C-23/14, arrêt de la Cour de justice du 19 avril 2012, Tomra, aff. C-549/10 P, points 73 et 74*) tout en énonçant plus récemment que les autorités de concurrence appliquant le droit européen devaient apprécier « l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces » (*arrêt du 6 septembre 2017 de la Cour de justice, Intel, aff. C-413-14 P*), particulièrement lorsque la partie mise en cause soutient, éléments de preuves à l'appui, que ses remises n'avaient pu produire d'effets anticoncurrentiels. Dans ce contexte jurisprudentiel, sont d'abord présentés les différentes composantes du test AEC, puis ses intérêts et ses limites.

¹⁷ Tel n'est pas toujours le cas : voir « Le mécanisme d'aviction fondé sur l'exclusivité » *supra*.

Description du test du concurrent aussi efficace appliqué aux remises fidélisantes

Le test AEC vise à vérifier si les pratiques mises en œuvre par une entreprise dominante conduiraient des concurrents aussi efficaces qu'elle à pratiquer des prix inférieurs à leurs coûts évitables moyens ou à leurs coûts marginaux moyens de long terme (ou coûts « incrémentaux »)¹⁸. Si tel est le cas, des concurrents potentiels risqueraient donc d'être dissuadés d'entrer sur le marché et les concurrents déjà présents incités à réduire ou à cesser leur activité. Au contraire, si les prix pratiqués par l'entreprise dominante couvrent ses coûts évitables ou ses coûts marginaux moyens de long terme, un concurrent aussi efficace a alors la possibilité d'entrer sur le marché ou de s'y maintenir de manière rentable (paragraphe 24 à 27 de la communication précitée de la Commission).

Appliqué à l'examen de remises de fidélité, le test AEC consiste à vérifier si un concurrent aussi efficace que l'opérateur dominant est en mesure, sans encourir de pertes, de proposer un tarif attractif au client en ce qu'il compense ce dernier de la perte de remises qu'il subit en effectuant une partie de ses achats auprès d'un concurrent de l'entreprise dominante. Le résultat du test dépend donc d'une comparaison entre le prix effectif, calculé notamment à partir d'une estimation de la part contestable de la demande, et les niveaux de coûts.

¹⁸ Le coût évitable moyen (CEM) est, pour chaque unité de produits, la moyenne des coûts qui auraient pu être évités si une unité supplémentaire n'avait pas été produite. Le coût marginal moyen de long terme (CMMLT) est la moyenne de tous les coûts (variables et fixes) qu'une entreprise supporte pour fabriquer un produit déterminé. Ce dernier indicateur permet notamment d'appréhender les coûts liés à un produit spécifique dans le cas d'une entreprise multiproduits.

3/ QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?

LE CALCUL DU PRIX EFFECTIF

En présence de remises rétroactives, le tarif que doit proposer le concurrent pour être attractif, c'est-à-dire le « prix effectif », est en général inférieur au prix net de remise pratiqué par l'opérateur dominant.

En effet, comme indiqué précédemment (voir « le couplage tarifaire »), lorsque les concurrents ne peuvent concurrencer l'entreprise mettant en place les remises pour la totalité des volumes des clients et lorsque les remises lient cette part « non-contestable » avec la part des volumes « contestables » par les concurrents, ces derniers doivent alors compenser sur la seule partie « contestable » des achats des clients la perte globale de remise résultant du transfert d'une partie des achats de ce client vers la concurrence. Pour pratiquer un prix attractif, un concurrent devra donc non seulement s'aligner sur le prix net de l'opérateur dominant mais également compenser le client pour la perte de rabais que celui-ci subit sur la part de ses achats qu'il continue de confier à l'entreprise dominante.

Dans cette hypothèse, le test suppose donc de prendre en compte comme prix de référence non pas le prix moyen offert par l'entreprise dominante sur l'ensemble du marché mais un « prix effectif » calculé sur la seule fraction contestable des ventes et correspondant au prix normal, déduction faite de la totalité du rabais perdu auprès de l'entreprise dominante – y compris sur les achats non contestables qui lui restent confiés – par l'effet du changement de fournisseur.

Cette mesure constitue un premier indicateur de l'ampleur de l'effort tarifaire que doit réaliser le concurrent pour riper aux remises fidélisantes de l'entreprise dominante. Ce niveau de prix effectif dépend étroitement du niveau de la part contestable. Ainsi, dans l'exemple ci-dessous, plus la

part contestable est élevée, plus le prix effectif est élevé et moins le concurrent doit donc consentir des efforts importants pour riposter aux remises instaurées par l'entreprise dominante. À l'inverse, si plusieurs seuils de remise sont employés par l'entreprise dominante, une part contestable plus élevée fait que le client qui confierait l'ensemble de ses besoins contestables à un concurrent pourrait perdre des montants de remises plus élevés que si la part contestable était limitée : selon l'importance de ce second effet, l'influence de la part contestable sur le prix effectif peut alors être positive ou négative.

ILLUSTRATION DE L'IMPORTANCE DE LA PART CONTESTABLE

Reprenons l'exemple développé dans l'encadré précédent, en considérant désormais que le volume contestable est de 70 unités (et le volume non contestable de seulement 10 unités) au lieu de 40. Le consommateur sera prêt à confier 70 unités au concurrent à condition que cela ne lui revienne pas plus cher que de confier toutes les unités à l'entreprise dominante, i. e., que si $10 \cdot 10 + 70 \cdot p^e < 640$, soit $p^e = 7,714$ euros. Le prix effectif est désormais proche du prix net pratiqué par l'opérateur dominant (qui est de 8 euros) et le risque d'exclusion est plus faible. En effet, en confiant les volumes disputables à un concurrent, l'acheteur a subi une pénalité plus modérée puisque la hausse de prix qu'il subit ne concerne plus que des volumes limités (10 unités). Le « dédommagement » que doit verser le concurrent au client pour l'indemniser de cette perte de remise est donc limité, et ce d'autant plus que ce dédommagement peut être réparti sur un volume élevé d'unités vendues.

3/ QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?

L'évaluation de la part contestable, définie par la Communication précitée de la Commission comme « *la part de ses besoins qu'un client peut réellement transférer à un concurrent* » (paragraphe 42), est donc une étape importante du test AEC. Pour l'effectuer, la communication de la Commission européenne sur ses orientations en matière de pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (paragraphe 42) relève qu'« *il faudra généralement apprécier, dans le cadre du marché en cause, la part de ses besoins qu'un client peut réellement transférer à un concurrent. S'il est probable que les consommateurs seront désireux et capables de transférer assez rapidement une grande partie de leur demande à un concurrent (potentiel), la fraction pertinente sera sans doute assez substantielle. Si, par contre, il est probable que les clients ne voudront ou ne pourront changer de fournisseur que progressivement pour de petits volumes, la fraction pertinente sera alors relativement réduite. La capacité des concurrents existants d'augmenter leurs ventes aux consommateurs et les fluctuations de ces ventes dans le temps peuvent également fournir une indication de la fraction pertinente. En ce qui concerne les concurrents potentiels, une estimation de l'ampleur réaliste de l'entrée d'un nouveau concurrent peut être effectuée dans la mesure du possible. À titre d'indication d'une part de marché réaliste d'un nouvel entrant, les données historiques de la croissance de nouveaux entrants sur les mêmes marchés ou sur des marchés similaires peuvent être utilisées* ».

L'ampleur de la fraction contestable peut également dépendre de l'horizon temporel retenu. Dans sa décision « Intel », la Commission a ainsi relevé que certaines contraintes empêchant, à court terme, un équipementier de changer de fournisseur peuvent s'atténuer à plus long terme. Dans cette décision, la Commission a néanmoins considéré que la période pertinente était d'un an au maximum dans la

mesure, notamment, où les contrats durent rarement plus d'un an dans le secteur considéré.

Dans tous les cas, la détermination précise de la part contestable demeure un exercice délicat. Dans ses orientations précitées (p. 29), la Commission relève ainsi que « *la fraction pertinente sera estimée sur la base de données présentant des degrés de précision variables* » et qu'il conviendra d'en tenir compte pour tirer des conclusions quant à la capacité d'exclure un concurrent aussi efficace. La Commission suggère également de calculer la part minimale moyenne des besoins des clients que le nouvel entrant devrait capter afin que le prix effectif soit au moins aussi élevé que le coût de la société dominante. Dans certains cas, la comparaison entre cette fraction minimale et des grandeurs raisonnables de la fraction contestable peuvent suffire à indiquer si le système de rabais est susceptible de présenter un effet anticoncurrentiel, sans avoir à définir précisément l'ampleur de la fraction contestable.

LA COMPARAISON DU PRIX EFFECTIF ET DES COÛTS DE L'OPÉRATEUR AUSSI EFFICACE

Dans un test AEC appliqué aux remises fidélisantes, le « prix effectif » calculé suivant la méthode décrite *supra* est ensuite comparé aux coûts de l'entreprise dominante afin de vérifier si un concurrent aussi efficace, mais ne bénéficiant pas de cette part non disputable du marché, pourrait économiquement répliquer les prix effectifs offerts par l'opérateur dominant. Pour effectuer cette comparaison, la Commission reprend la distinction préconisée dans les cas de prédatation entre les coûts marginaux (ou évitables) et les coûts moyens (ou incrémentaux), sans nécessairement en tirer les mêmes implications. En effet, selon les orientations précitées de la Commission (paragraphe 44 dudit document),

3/ QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?

lorsque le prix effectif est inférieur au coût évitable moyen, le système de rabais pourra en règle générale évincer des concurrents aussi efficaces. Lorsque le prix effectif se situe entre le coût évitable moyen et le coût marginal moyen de long terme (ou coût incrémental moyen de long terme dans la version anglaise des orientations), la Commission examinera si d'autres facteurs permettent de conclure que l'entrée ou l'expansion des concurrents risque d'être affectée, sans nécessairement aller jusqu'à exiger que le système de rabais participe d'un plan d'exclusion¹⁹.

Dans ces mêmes orientations (paragraphe 24 dudit document), la Commission reconnaît également que, dans certaines circonstances, un concurrent moins efficace que l'entreprise dominante peut également exercer une contrainte sur l'entreprise dominante. La Commission note alors qu'elle examinera cette contrainte d'une manière dynamique, étant donné qu'en l'absence d'une pratique abusive, ce concurrent pourrait bénéficier d'avantages liés à la demande, tels que les effets de réseau et d'apprentissage, qui tendraient à renforcer son efficacité. De telles réserves peuvent être particulièrement appropriées dans le cas des remises de fidélité, dont l'impact anticoncurrentiel dépend notamment de l'existence et de l'importance d'une fraction non contestable de la demande. Or, si le secteur présente des économies d'échelle significatives, l'existence d'une fraction non contestable suffisamment importante implique

¹⁹ En particulier, la Commission indique qu'elle considérera notamment dans quelle mesure les concurrents disposent également d'une part non disputable de la demande sur laquelle s'appuyer pour faire baisser le prix de la fraction pertinente. En l'absence de telles contre-stratégies, « la Commission considérera que le système de rabais est de nature à évincer des concurrents aussi efficaces » (paragraphe 44).

qu'un concurrent présentant la même fonction de coût que l'opérateur dominant subit néanmoins des coûts unitaires plus élevés (voir également l'arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, aff. C-23/14, paragraphe 59).

Dans sa décision *Intel*, la Commission a utilisé le coût évitable moyen pour identifier l'existence d'éventuels effets anticoncurrentiels, cette mesure de coûts étant suffisante pour démontrer les effets anticoncurrentiels potentiels. Cependant, la Commission a relevé que d'autres notions de coûts, notamment incorporant une part plus importante de coûts fixes, pourraient être pertinentes (paragraphe 1036 de la décision). Elle a en effet souligné que le coût pris en compte doit être celui à partir duquel peut être évaluée la viabilité à long terme du concurrent, qui nécessite la couverture du coût total de production. En présence de coûts fixes élevés comme c'était le cas sur le marché considéré, le prix doit alors être significativement supérieur aux coûts marginaux pour assurer la viabilité de l'entreprise.

Intérêts et limites du test du concurrent aussi efficace appliqué aux remises fidelisantes

Le test AEC appliqué aux remises, outre qu'il permet de vérifier si des concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante risquent d'être évincés ou marginalisés par le système de remises examiné, présente également l'avantage d'offrir une vision synthétique et objective de l'effet des remises sur le marché, et ce y compris lorsque ces systèmes de remise sont relativement complexes en termes de nombre de grilles, de tranches et de seuils. Pour autant, comme le montre la pratique décisionnelle, la prise en compte des résultats de ces tests, compte tenu des incertitudes liées à certaines

3/ QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?

des données qu'ils nécessitent et aux effets concurrentiels spécifiques des remises fidélisantes, doit s'effectuer avec prudence.

L'INTÉRÊT DU TEST AEC APPLIQUÉ AUX REMISES FIDELISANTES

Comme le montre la description des différents types de remise faite précédemment, l'effet potentiel des remises dépend d'un large ensemble de caractéristiques et peut s'avérer d'autant plus complexe à analyser que, pour un système de remise donnée, certaines caractéristiques peuvent renforcer un éventuel effet fidélisant, tandis que d'autres paramètres viennent l'atténuer. À titre d'illustration, une remise rétroactive uniforme, susceptible d'avoir un impact moindre comparé à une remise rétroactive individualisée, peut néanmoins avoir un impact marqué en fonction des seuils et des taux de remise. Une analyse synthétique de l'effet potentiel des remises peut alors consister, comme le fait le test AEC, à apprécier le « dédommagement », autrement dit la baisse de prix, que doit octroyer le concurrent à ses clients pour continuer à être attractif en dépit de la perte de remise subie par ces derniers lorsqu'ils lui confient une partie de leurs achats.

Par ailleurs, en considérant qu'une remise n'a pas d'effet anticoncurrentiel si les marges d'une entreprise aussi efficace que l'entreprise dominante lui permettent de baisser suffisamment son prix pour répondre à cette remise, le test permet d'aider à éviter de sanctionner des pratiques qui, tout en exigeant des efforts commerciaux accrus de la part des concurrents de l'entreprise dominante, et ce au bénéfice de leurs clients, sont insusceptibles de produire des effets anticoncurrentiels.

De plus, ainsi que le remarque la Cour dans l'arrêt Intel précité, « l'analyse de la capacité d'éviction est également pertinente pour l'appréciation du point de savoir si un système de rabais relevant en principe de l'interdiction de l'article 102 TFUE peut être objectivement justifié. En outre, l'effet d'éviction qui résulte d'un système de rabais, désavantageux pour la concurrence, peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent aussi au consommateur (arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, EU : C : 2007 : 166, point 86). Une telle mise en balance des effets, favorables et défavorables pour la concurrence, de la pratique contestée ne peut être opérée dans la décision de la Commission qu'à la suite d'une analyse de la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces, inhérente à la pratique en cause » (paragraphe 140). Le test AEC appliqué aux remises litigieuses peut alors, à l'instar des éléments plus qualitatifs déjà évoqués *supra*, aider à cette mise en balance.

Enfin, en appréciant, de façon relativement conservatrice, la part de ses volumes qui ne peuvent être contestés par un concurrent, une entreprise dominante peut elle-même réaliser le test et apprécier, à partir du schéma de remise qu'elle envisage et de ses niveaux de coûts, le niveau de risque juridique lié à sa pratique des remises fidélisantes. En ce sens, tout en procurant aux entreprises une certaine flexibilité dans les schémas de remise qu'elles souhaitent mettre en œuvre, l'utilisation du test du concurrent aussi efficace peut également participer à la sécurité juridique des entreprises.

LES LIMITES DU TEST AEC APPLIQUÉ AUX REMISES FIDELISANTES

Le test présente plusieurs limites, liées, d'une part, aux données qu'il nécessite et, d'autre part, à son incapacité à

3/ QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?

intégrer l'ensemble des effets anticoncurrentiels potentiels des remises de fidélité.

Les limites liées aux données nécessaires pour la mise en œuvre du test

Les ressources nécessaires pour évaluer la part contestable, les niveaux de coûts ou encore, lorsque les schémas de remise sont particulièrement complexes, les niveaux de prix effectifs, peuvent être importants, sans garantie que le degré de fiabilité et de précision suffisant pour la mise en œuvre du test soit atteint. La mobilisation de ces ressources doit alors être rapportée à l'utilité de ce test pour éviter, soit de sanctionner une pratique dépourvue d'effet anticoncurrentiel et potentiellement porteuse de gains d'efficience, soit de ne pas condamner une pratique anticoncurrentielle²⁰.

Les données de coûts nécessaires pour appliquer le test du concurrent aussi efficace à l'analyse des remises fidélisantes sont identiques à celles requises pour conduire ce test dans le cas d'une pratique de prédation. Pourtant, à plusieurs égards, la nécessité d'un tel test pour apprécier les

²⁰ Voir par exemple, les conclusions de l'avocat général, Mme Juliane Kokott, dans l'affaire *Post Danmark* (arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, aff. C-23/14 P) : « La valeur ajoutée d'analyses économiques complexes n'est pas toujours évidente et peut entraîner une mobilisation excessive de ressources des autorités de la concurrence et des juridictions qui manqueront par ailleurs pour veiller efficacement au respect des règles de concurrence. Comme le montrent de manière exemplaire les observations présentées à la Cour par *Post Danmark*, *Bring Citymail Danmark* et le gouvernement danois, la méthodologie appliquée peut donner lieu à des désaccords importants. Par ailleurs, les données disponibles sur lesquelles se base l'analyse ne sont pas toujours fiables et supposent que l'entreprise occupant une position dominante soit prête à coopérer avec les autorités de la concurrence et les juridictions, ce qui, comme l'a souligné le gouvernement allemand, n'est pas toujours garanti » (paragraphe 66).

cas de remises fidélisantes pourrait être moindre que dans le cas de prix prédateurs. En effet, dans un cas de prédation, la comparaison des prix aux coûts effectuée pour l'analyse des stratégies de prédation est nécessaire car c'est le niveau des prix qui est directement responsable d'un éventuel effet d'éviction. À l'inverse, dans le cas des remises, c'est d'abord l'effet de levier entre une part non-contestable et une part contestable qui est susceptible d'entraîner un effet anticoncurrentiel. Enfin, comme le souligne l'OCDE dans sa note de synthèse de la table ronde sur les remises de fidélité²¹, si ses rabais fidélisants sont proscrits par une autorité de concurrence, l'entreprise dominante conserve la possibilité de pratiquer des prix inférieurs par le biais de simples baisses de prix ou de remises incrémentales plutôt qu'en ayant recours à des remises de fidélité.

Par ailleurs, la réalisation du test du concurrent aussi efficace dans le cas de remise exige également d'évaluer des paramètres spécifiques, comme la part contestable de la demande, qui ne peut toujours être connue avec beaucoup de précision. Elle peut aussi exiger de recueillir des informations sur les quantités demandées par chaque client car l'effet des remises peut différer selon les quantités demandées par chaque client. Le risque est alors qu'en dehors de cas relativement extrêmes dans lesquels un effet anticoncurrentiel (ou son absence) peut être attesté y compris pour des valeurs très conservatrices des différents paramètres pertinents, les résultats du test dépendent étroitement du niveau retenu pour ces différents paramètres. Le risque d'erreur associé à l'évaluation des différents paramètres et les

21 Note de référence du secrétariat de l'OCDE à la table ronde de l'OCDE sur les remises de fidélité, p. 3. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)5/fr/pdf)

3/ QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?

doutes subséquents quant au caractère nocif des remises étudiées pourraient alors avoir pour conséquence d'entraîner un nombre de « faux négatifs » trop élevé, y compris dans des cas où ces remises n'entraînent aucun gain d'efficacité susceptible de les justifier. Dans sa communication précitée, la Commission précise d'ailleurs que la réalisation des comparaisons de prix aux coûts « *suppose [...] que des données suffisamment fiables soient disponibles* » et qu'elle « *tiendra compte de la marge d'erreur qui peut résulter des incertitudes inhérentes à ce type d'analyse* » (paragraphe 41 de la Communication précitée).

Les limites liées à la nature du test

Le test du concurrent aussi efficace vise à vérifier si les remises examinées peuvent entraîner l'éviction du marché d'un concurrent aussi efficace en l'obligeant à pratiquer des prix qui ne lui permettraient pas d'être rentable. À cet égard, l'arrêt *Intel* de la Cour, précité, rappelle que « *tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence* » et que « *par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation (voir, notamment, arrêt du 27 mars 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU : C : 2012 : 172, point 22 et jurisprudence citée)* » (paragraphe 134 de l'arrêt).

Pour autant, la Cour a, à plusieurs reprises, souligné que l'éviction pure et simple de concurrents aussi efficaces ne constituait pas le seul mécanisme par lequel des remises peuvent entraîner un effet anticoncurrentiel. Ainsi, selon une jurisprudence et une pratique décisionnelle constantes, un effet d'éviction ne se produit pas uniquement lorsque l'accès au marché est rendu impossible pour les concurrents, mais également lorsque cet accès est rendu plus difficile

(arrêt de la Cour de justice du 15 mars 2007, *British Airways plc*, aff. C-95/04 P, point 68). Il n'est donc pas requis que les pratiques de remises fidélisantes mises en œuvre par l'opérateur dominant contraignent les concurrents à facturer des « prix négatifs » (c'est-à-dire au-dessous du prix de revient) aux clients bénéficiant de ces rabais (arrêt de la Cour de justice du 19 avril 2012, *Tomra*, aff. C-549/10 P, points 73 et 74 et arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, aff. C-23/14, point 56).

De même, l'application du test du concurrent aussi efficace peut autoriser l'éviction de concurrents moins efficaces que l'entreprise dominante alors même que la présence de tels concurrents sur un marché peut être de nature à améliorer le surplus des consommateurs ou l'efficacité économique ou/et que la présence de concurrents aussi efficaces apparaît illusoire. Comme l'a relevé la Cour de justice dans son arrêt *Post Danmark* du 6 octobre 2015 (C-23/14, points 59 et 60), « dans une situation telle que celle de l'affaire au principal, caractérisée par la détention par l'entreprise en position dominante d'une part de marché très importante et par des avantages structurels conférés notamment par le monopole légal de cette entreprise qui s'appliquait à 70 % des envois sur le marché concerné, l'application du critère du concurrent aussi efficace est dépourvue de pertinence dans la mesure où la structure du marché rend pratiquement impossible l'apparition d'un concurrent aussi efficace. En outre, dans un marché [...] dont l'accès est protégé par d'importantes barrières, la présence d'un concurrent moins efficace pourrait contribuer à intensifier la pression concurrentielle sur ce marché et, de ce fait, à exercer une contrainte sur le comportement de l'entreprise en position dominante ».

Par ailleurs, le test du concurrent aussi efficace ne permet pas de couvrir l'ensemble des scénarios anticoncurrentiels associés aux remises fidélisantes. Ainsi, le test ne permet

3/ QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?

pas de qualifier d'anticoncurrentielles des remises d'exclusivité qui, du fait du manque de coordination des acheteurs, conduiraient à marginaliser des concurrents. De même, le test du concurrent aussi efficace ne permet pas d'incorporer l'ensemble des paramètres pertinents nécessaires pour apprécier l'effet des remises de durée. En effet, la capacité des clients à faire jouer la concurrence une fois engagés dans un contrat de longue durée ne dépend pas uniquement des coûts associés à une rupture anticipée mais aussi de la complexité des schémas d'engagements auxquels ils ont souscrit. À titre d'illustration, dans sa *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques*, l'Autorité avait relevé que les engagements de durée souscrits par les clients limitaient la concurrence non seulement en raison des coûts de sortie anticipés élevés auxquels pouvaient se heurter les clients, mais aussi en raison des clauses de renouvellement tacite par période de douze mois et de la difficulté à calculer les coûts de sortie anticipée en raison du cumul de différentes remises ou à identifier la période pendant laquelle une résiliation anticipée sans coûts de sortie était possible pour une ligne donnée. Enfin, et de façon encore plus générale, le test du concurrent aussi efficace ne permet pas d'analyser des stratégies d'exclusivité qui, tout en reposant en partie sur des schémas de remises, s'appuient également sur d'autres types de sanctions en cas de manquements à l'exclusivité, comme par exemple, des déréférencements ou des conditions de livraison moins favorables.

Conclusion

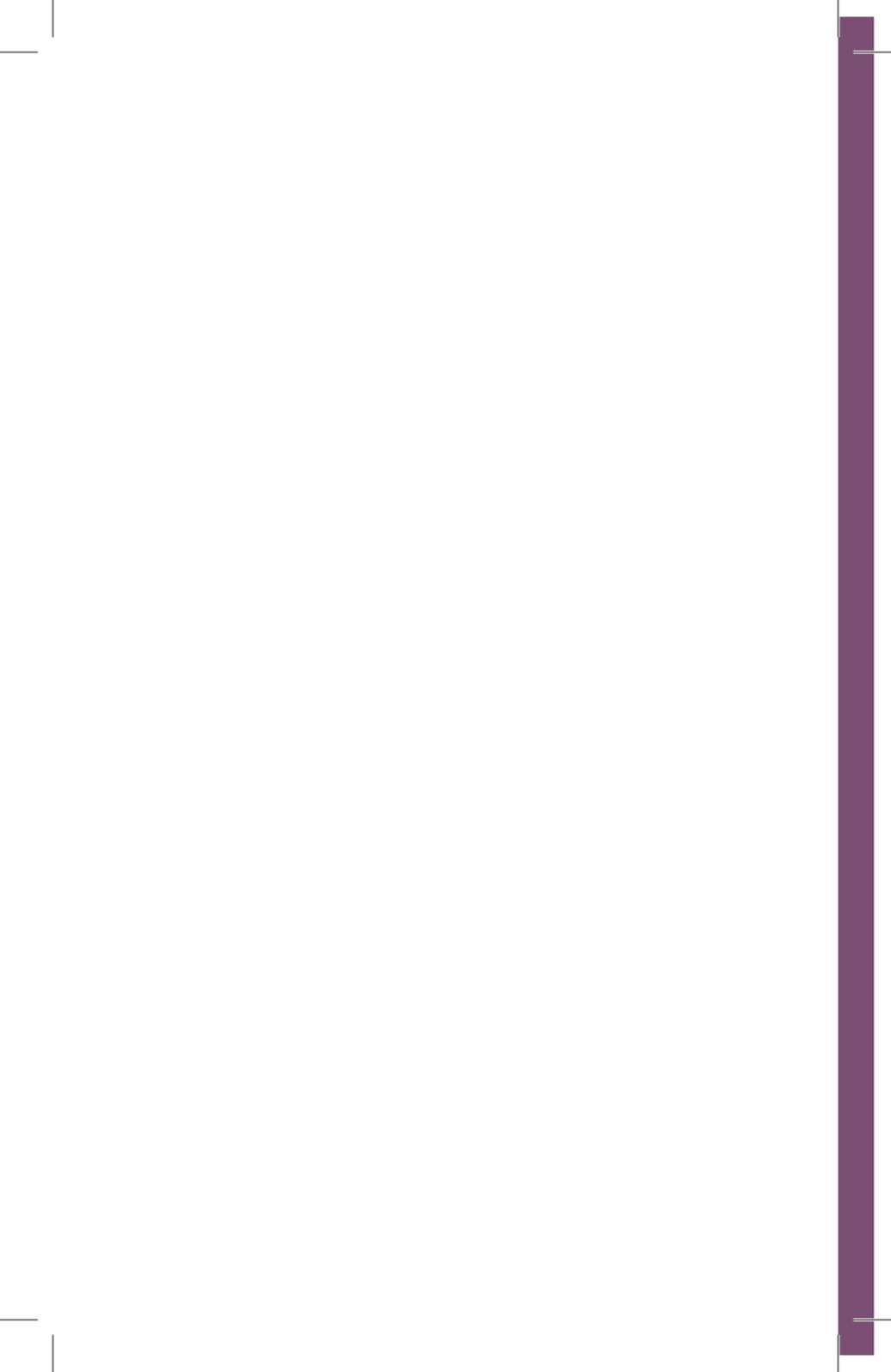
Le test AEC appliqué aux dispositifs de remises peut présenter plusieurs vertus. Il peut offrir une vision synthétique de l'effet des remises sur le marché et aider à évaluer dans quelle mesure des concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante risquent d'être évincés ou marginalisés par ce dispositif de remises. Il présente cependant des limites, s'agissant des données nécessaires pour effectuer ce test, de l'indétermination qui pourrait, dans certains cas, caractériser ses résultats et de son incapacité à couvrir l'ensemble des modalités de mise en œuvre et des effets anticoncurrentiels d'un dispositif de remise. L'examen de ses conclusions doit donc tenir compte de ces limites et des particularités de la stratégie mise en œuvre par l'entreprise dominante ou du secteur dans lequel elle se déploie.

Cette analyse de la portée des tests AEC se retrouve dans la jurisprudence. Ainsi, la Cour a déjà jugé que « *la facturation de "prix négatifs"», c'est-à-dire de prix fixés au-dessous du prix de revient, aux clients ne constitue pas une condition préalable au constat du caractère abusif d'un système de rabais rétroactifs par une entreprise en position dominante (arrêt Tomra Systems e. a./Commission, C-549/10 P, EU : C : 2012 : 221, point 73). [...] il n'est pas possible de déduire de l'article 82 CE ou de la jurisprudence de la Cour une obligation juridique de se fonder systématiquement sur le critère du concurrent aussi efficace pour constater le caractère abusif d'un système de rabais pratiqué par une entreprise en position dominante* » (arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, aff. C-23/14, points 56-57). La Cour précise cependant que « *cette conclusion ne doit néanmoins pas avoir pour effet d'exclure, par principe, le recours au critère du concurrent aussi efficace dans les affaires mettant en cause un système de rabais afin d'en examiner la conformité avec l'article 82 CE. [...] Le critère du concurrent*

3/ QUELLE PLACE POUR LE TEST DU CONCURRENT AUSSI EFFICACE ?

aussi efficace doit ainsi être considéré comme un instrument parmi d'autres en vue d'apprécier l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante dans le cadre d'un système de rabais» (paragraphe 58-61).

Le récent arrêt *Intel* de la Cour de justice du 6 septembre 2017 (*aff. C-413/14*) s'inscrit dans cette ligne jurisprudentielle. Tout en rappelant, de façon générale, que « *tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence* » et que « *par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces* » (paragraphe 134 de l'arrêt), il n'impose pas aux autorités de concurrence de recourir au test AEC pour apprécier l'existence d'un effet d'éviction anticoncurrentiel lorsqu'elles examinent des pratiques de remises fidélisantes. En revanche, lorsque l'entreprise apporte des éléments probants pour démontrer que sa pratique n'est pas de nature à restreindre ou à évincer la concurrence, les autorités de concurrence doivent, d'une part, analyser l'importance de la position dominante, le taux de couverture du marché par la pratique, les conditions et les modalités d'octroi des rabais, leur durée et leur montant et, d'autre part, apprécier l'existence d'une éventuelle stratégie d'éviction des concurrents au moins aussi efficaces mise en œuvre par l'entreprise dominante (point 139). Si le test AEC peut participer d'une telle analyse, celle-ci peut également être menée au regard d'une analyse de l'ensemble des circonstances de l'espèce prenant en compte aussi bien les caractéristiques intrinsèques des remises que le contexte de marché dans lequel elles prennent place.



**4/ LES REMISES
FIDÉLISANTES :
QUELLES
JUSTIFICATIONS
POSSIBLES?**



4/ QUELLES JUSTIFICATIONS POSSIBLES ?

Selon une pratique décisionnelle et une jurisprudence constantes, les entreprises dominantes peuvent apporter une justification objective à leurs pratiques de remises et, en particulier, invoquer l'existence de gains d'efficacité profitant aux acheteurs et de nature à contrebalancer l'effet d'éviction des pratiques, voire à renforcer la concurrence la concurrence entre les vendeurs (en ce sens, *arrêt du 6 septembre 2017 de la Cour de justice, Intel, aff. C-413/14, paragraphe 140*; *communiqué du 24 février 2009 portant 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, paragraphe 28* et *arrêt de la Cour de justice du 15 mars 2007, British Airways plc, aff. C-95/04 P, point 69*). Dans tous les cas, pour bénéficier d'une telle exemption, le comportement en cause doit être indispensable et proportionné à l'objectif que l'entreprise dominante déclare poursuivre en mettant en œuvre cette pratique (même communiqué, même paragraphe, voir également, *arrêt de la Cour de justice du 14 février 1978, United Brands, aff. C-27/76, paragraphe 189*). De plus, il incombe à l'entreprise mise en cause d'apporter la preuve de ces gains d'efficacité et du caractère indispensable et proportionné de la restriction de concurrence qui en est à l'origine.

Seront d'abord étudiés les différents types de gains d'efficacité susceptibles d'être associés à l'utilisation de remises fidélisantes et les conditions de leur prise en compte dans l'analyse concurrentielle. Une présentation analogue est ensuite effectuée pour les autres types de justifications de l'utilisation de remises fidélisantes susceptibles d'emporter des effets anticoncurrentiels.

La justification par les gains d'efficacité

En théorie, plusieurs gains d'efficacité peuvent découler de l'utilisation par les entreprises de remises fidélisantes. Ces gains d'efficacité permettraient par exemple d'expliquer que des entreprises dépourvues de pouvoir de marché, et pour lesquelles ces remises ne peuvent être un mécanisme d'éviction des concurrents, utilisent des remises dont les caractéristiques, telles que des conditions d'exclusivité ou de quasi-exclusivité ou encore le caractère rétroactif des remises, sont identiques à celles de remises fidélisantes déployées par des entreprises dominantes.

LA RÉPERCUSSION AUX CLIENTS DES ÉCONOMIES DE COÛTS DE PRODUCTION

Les remises strictement liées aux volumes achetés peuvent être justifiées par la rétrocession d'économies de coûts du fournisseur liées à une hausse des volumes produits, notamment en présence d'économies d'échelle. Cependant, ces économies de coûts sont moins susceptibles de justifier les autres types de remises de fidélité, comme les remises rétroactives ou celles liées à la part des achats effectués auprès de l'entreprise dominante.

LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS DU FOURNISSEUR

À l'instar des clauses d'exclusivité, des remises de fidélité peuvent protéger les investissements effectués par un fabricant auprès d'un distributeur du parasitisme de la part d'autres fabricants sur ces investissements. Le fabricant peut, en effet, effectuer des investissements auprès de son client, dans la formation de son personnel par exemple, afin de lui permettre d'améliorer les ventes de son produit. Toutefois, le fournisseur

4/ QUELLES JUSTIFICATIONS POSSIBLES ?

hésitera à réaliser ces investissements si ceux-ci peuvent profiter à des fournisseurs concurrents. Cette situation de sous-investissement pourrait alors nuire tant aux consommateurs (qui seront confrontés à des revendeurs peu formés) qu'aux entreprises (qui échoueront à vendre autant de produits que si les vendeurs avaient été correctement formés).

Pour s'assurer que ses investissements pourront être rentables, le fournisseur les ayant réalisés pourra alors utiliser une remise d'exclusivité pour inciter ses distributeurs partenaires à privilégier la vente de ses produits. De la même manière, des remises visant à assurer une relation contractuelle de long terme peuvent également garantir la rentabilité d'investissements effectués par un fournisseur spécifiquement pour un distributeur donné. En effet, en l'absence d'une relation de long terme, le fournisseur hésiterait à réaliser ces investissements, de peur que son partenaire ne cherche à renégocier les conditions tarifaires en menaçant le fournisseur d'une rupture anticipée de la relation contractuelle.

Ces gains d'efficacité supposent cependant que l'entreprise soit en mesure de démontrer la réalité des investissements spécifiques consentis et que la durée d'engagement ou de mise en œuvre des remises ne soit pas démesurée par rapport à l'ampleur de ces investissements. De même, la dissuasion du parasitisme peut s'effectuer au travers du paiement d'une commission pour chaque vente du revendeur (ou d'une remise incrémentale), si bien qu'il importera alors de vérifier pourquoi une forme particulière de remise a été choisie.

LA RECHERCHE D'UNE TARIFICATION OPTIMALE

Les remises de fidélité peuvent améliorer la tarification des produits de deux manières : en éliminant la double marge, d'une part, en permettant une meilleure différenciation des prix, d'autre part.

En effet, lorsqu'un fournisseur vend ses produits par l'intermédiaire d'un revendeur, chacun de ces opérateurs réalise une marge qui rend le prix final trop élevé : ces deux opérateurs préféreraient collectivement que le prix de vente final soit fixé à un niveau inférieur. Pour arriver à ce résultat, des tarifications spécifiques peuvent être employées, à l'instar, par exemple, d'un tarif de vente binôme²². Adéquatement définies, des remises peuvent parvenir au même résultat, le seuil de la remise imposant au revendeur les quantités achetées auprès du fournisseur et le prix maximisant le profit joint de la structure intégrée tandis que le niveau de la remise assure un partage du profit entre le fabricant et son revendeur²³. De plus, les remises peuvent être préférées à un tarif binôme lorsque le client et/ou le fournisseur hésitent à s'engager dans des paiements fixes du fait de contraintes de liquidité ou par crainte d'une rupture du contrat. Dans les faits, la mise en place de telles incitations peut conduire à ce que les prix pratiqués pour des achats inférieurs au niveau optimal ou la remise obtenue pour des achats supérieurs à ce seuil soient très élevés. De façon plus générale, tout renforcement de la concurrence entre les acheteurs contribue à atténuer le risque de double marge. Des remises qui sont fonction de la part de besoins et non des volumes permettent alors à de petits clients d'obtenir les mêmes conditions d'achat que de grands clients et donc de mieux rivaliser

22 Un tarif binôme est composé d'un prix par unité vendue (part variable) et d'une redevance fixe : une part variable égale au coût marginal, soit une marge nulle pour le fournisseur, élimine la double marge, et la part fixe rétrocède à ce dernier une part du surplus créé par la vente du produit entre fournisseur et distributeur.

23 K. Kolay, G. Shaffer et J.A.Ordovery (2004) « All-Units Discounts in Retail Contracts », *Journal of Economics and Management Strategy*, vol.13.

4/ QUELLES JUSTIFICATIONS POSSIBLES ?

avec eux, diminuant le risque qu'une marge trop élevée soit prélevée au stade de la revente des produits.

Par ailleurs, comme la disposition à payer des acheteurs d'un produit, qu'ils soient des entreprises ou des particuliers, diminue généralement avec le nombre de quantités achetées, un fournisseur pourrait donc souhaiter différencier ses prix en fonction des quantités achetées par ses clients, en offrant des remises pour les quantités supplémentaires achetées. De plus, comme la disposition à payer des clients avec les quantités achetées peut évoluer de façon différente selon les clients ou les marchés sur lesquels ils opèrent, les grilles de remise pourraient alors devoir être différentes selon les clients ou selon les marchés.

Enfin, ces motivations pourraient également expliquer que soient préférés des seuils de remises en part des besoins plutôt qu'en volume ou en chiffre d'affaires. En effet, lorsque le niveau de la demande des consommateurs finaux est incertain, les quantités au-delà desquelles un prix inférieur doit être fixé par le fournisseur, peuvent correspondre à un seuil soit élevé (lorsque la demande finale est forte), soit faible (lorsque la demande finale est faible). Comme l'état de la demande n'est pas connu du fabricant, ce dernier peut privilégier des seuils de remises exprimées en part des besoins de son client.

LA RÉDUCTION DU RISQUE ÉCONOMIQUE SUPPORTÉ PAR LE DISTRIBUTEUR ET LE FOURNISSEUR

Lorsque la demande totale d'un produit est susceptible de varier fortement, de simples remises quantitatives risquent d'entraîner de fortes variations des prix d'achat selon que la demande est forte ou faible. À l'inverse, des seuils de remise exprimés en fonction de la part des besoins plutôt qu'en fonction des volumes achetés permettent de diminuer le

risque supporté par le distributeur et le fournisseur en limitant les variations de prix qu'ils devront subir en fonction de l'état de la demande finale²⁴. De la même façon, lorsque la demande finale est stable mais que la part de chaque distributeur est aléatoire, un engagement de chaque distributeur sur la satisfaction d'une part de leur besoin auprès du fournisseur permet à ce dernier de prévoir son volume de demande et d'ainsi mieux planifier et optimiser son activité alors que des remises exprimées en fonction des seuils de volume seraient jugées trop risquées par un distributeur qui ne peut prévoir à l'avance le niveau de ses ventes.

Les conditions de prise en compte des gains d'efficacité

De manière générale, les exemples de cas dans lesquels les gains d'efficacité ont été jugés suffisants pour compenser l'effet restrictif de concurrence identifié sont rares. De fait, il faut, pour que de tels gains d'efficacité soient pris en compte pour l'examen des effets de remise, démontrer que les caractéristiques particulières des remises litigieuses, par exemple le caractère rétroactif des remises, sont nécessaires à l'obtention des gains d'efficacité allégués. La jurisprudence impose la réunion des conditions cumulatives suivantes (voir par exemple *arrêt du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris*²⁵, *paragraphe 257, rendu sur recours contre la décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre*).

²⁴ A. Crane Daniel (2013), « Bargaining Over Loyalty », *Texas Law Review*, vol.92.

²⁵ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

SUR LE CARACTÈRE PROBANT DES GAINS D'EFFICACITÉ ALLÉGUÉS

Il appartient aux entreprises d'apporter des éléments précis et probants à l'appui de leur argumentaire, permettant d'apprécier la réalité et l'ampleur des gains d'efficacité liés à la pratique (pour des démonstrations insuffisantes, voir, à propos de la « remise de plaque », la *décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphe 260*, confirmée par l'*arrêt du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris*²⁶, paragraphe 257 et, à propos de la « prime de fidélité », la *décision 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries lyonnaises de presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne dans le secteur de la distribution de la presse, paragraphe 190*). Elles doivent, en particulier, être en mesure de justifier les taux de remise pratiqués au vu des gains d'efficacité invoqués (voir par exemple l'*arrêt du 30 septembre 2003 du tribunal, Manufacture française des pneumatiques Michelin, aff. T-203/01, point 109*). Ainsi, la pratique ne peut pas trouver de justification objective lorsque les taux de remise dépassent les économies d'échelle réalisées en cas d'atteinte du seuil de remise (*arrêt du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris, paragraphe 261, rendu sur recours contre la décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre*).

Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont ainsi fréquemment considéré que les réductions de coûts dues à

²⁶ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

une progression des volumes, qui sont souvent mises en avant pour justifier de l'utilisation de remises litigieuses, ne suffisaient pas à justifier la forme des remises mises en œuvre par les entreprises mises en cause. Ainsi, des remises en fonction de la part des besoins peuvent conduire à ce qu'un distributeur achetant des volumes faibles obtienne des remises plus élevées qu'un distributeur achetant des volumes élevés – tel est le cas si le plus petit distributeur confie une part plus importante de ses besoins au fournisseur que le distributeur plus important. De même, des modalités de calcul de la remise fortement individualisées, qui varient entre des clients ayant des besoins comparables, tendent à exclure que la remise puisse refléter de manière objective les économies de coûts éventuellement obtenues par l'opérateur avec l'augmentation du volume d'achats de chaque client (*décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphe 261*). Pareillement, une remise qui dépend de la progression du chiffre d'affaires et non du volume d'achats ne peut être justifiée par des gains d'efficacité liés à une réduction des coûts de production. En effet, un client apportant à l'opérateur dominant un chiffre d'affaires faible mais en progression peut bénéficier d'une remise de développement supérieure à celle octroyée à un client lui apportant un chiffre d'affaires supérieur mais stable (*décision 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial*). Toujours dans le même sens, une remise dont le taux augmente avec la durée d'engagement du client auprès de l'opérateur dominant, sans rapport avec une augmentation des quantités achetées, ne peut être justifiée par des gains d'efficacité résultant d'économies d'échelle (*décision 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries lyonnaises de*

4/ QUELLES JUSTIFICATIONS POSSIBLES ?

presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles messageries de la presse parisienne dans le secteur de la distribution de la presse, paragraphe 186). Enfin, il en va de même des remises rétroactives car si celles-ci sont suffisamment importantes ou si les volumes sur lesquels elles s'appliquent sont suffisamment élevés, elles peuvent entraîner une baisse du chiffre d'affaires du fournisseur lors du franchissement d'un seuil supérieur de remise, dont il est peu probable qu'il corresponde à une diminution des coûts totaux. Des explications supplémentaires sont alors nécessaires pour justifier l'utilisation de telles remises rétroactives, par exemple basées sur des ventes de produits complémentaires ou des effets d'apprentissage²⁷.

SUR LE CARACTÈRE INDISPENSABLE DE LA REMISE FIDÉLISANTE

Pour que les gains d'efficience qu'elles avancent soient pris en compte, les entreprises doivent, en deuxième lieu, prouver qu'ils ne peuvent pas être obtenus sans mettre en œuvre la pratique de remise fidélisante considérée en particulier, en ayant recours à des procédés moins restrictifs de concurrence. Autrement dit, la remise déployée doit être indispensable à la réalisation des gains d'efficacité (*arrêt du 6 octobre 2015 de la Cour de justice, Post Danmark, aff. C-23/14 P, point 49*).

Ainsi, des gains d'efficacité qui résultent en réalité de la mise en œuvre d'un plan de réduction des coûts lancé par l'entreprise et qui auraient pu se traduire par une baisse générale des tarifs ne peuvent justifier la mise en œuvre d'une remise tarifaire subordonnée à des engagements de durée de la

²⁷ D. Spector (2005), « Loyalty Rebates: An Assessment of Competition concerns and a Proposed Rule of Reason », *Competition Policy International*, vol. 1.

part du client entraînant une augmentation des coûts de changement de fournisseurs (*décision 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries lyonnaises de presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de la presse parisienne dans le secteur de la distribution de la presse, paragraphes 185 et 186*). De même, une remise rétroactive ne peut pas être justifiée par des économies d'échelle lorsqu'il apparaît qu'une remise incrémentale aurait permis la réalisation du même résultat (*arrêt du 21 décembre 2017 de la cour d'appel de Paris*²⁸, *paragraphe 262, rendu sur recours contre la décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre*).

SUR LA MISE EN BALANCE DES EFFETS RESTRICTIFS DE CONCURRENCE ET DES GAINS D'EFFICACITÉ

En troisième lieu, pour que ces gains d'efficacité soient pris en compte, il doit être attesté que, par leur nature et leur ampleur, ils compensent voire surpassent les effets préjudiciables de la pratique sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés (*arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, Post Danmark, aff. C-23/14 P, point 49*). En revanche, si l'effet d'éviction du système de remise est sans rapport avec les avantages pour le marché et les consommateurs ou s'il va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces avantages, (*arrêt du 15 mars 2007 de la Cour de justice, British Airways plc, aff. C-95/04 P, paragraphe 86*; voir par exemple pour le programme « changer de mobile », les *arrêts du 23 septembre 2010 et du 4 juillet 2013 de la cour d'appel de Paris rendus sur la décision 09-D-36*

²⁸ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane), ledit système doit être considéré comme abusif. Dans cette dernière affaire, la cour d'appel de Paris a jugé que le programme « changez de mobile » mis en œuvre par Orange Caraïbe ne présentait pas un bilan concurrentiel positif dans la mesure, notamment, où « le client était, de fait, mis deux fois à contribution pour acquérir un terminal, la première fois en accumulant des points de fidélité en récompense de sa consommation passée et la seconde, en ne pouvant utiliser ses points qu'en s'engageant pour sa consommation future » (arrêt du 4 juillet 2013, précité).

SUR L'ABSENCE D'ÉLIMINATION D'UNE CONCURRENCE EFFECTIVE

Enfin, pour pouvoir être justifiée par des gains d'efficacité, la pratique ne doit pas éliminer une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence (arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, aff. C-23/14 P, point 49).

Les justifications liées aux comportements des concurrents

Selon une pratique décisionnelle et une jurisprudence constantes, le simple fait que les autres opérateurs présents sur le marché mettent également en œuvre des remises fidélisantes ne suffit pas à justifier les pratiques de l'entreprise en position dominante dans la mesure où il lui incombe, en tant qu'opérateur dominant, la responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché (*décision 16-D-11*

du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphe 258; décision 09-D-36 du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, paragraphe 325 et arrêt de la Cour de justice du 6 octobre 2015, Post Danmark, aff. C-23/14 P, point 71).

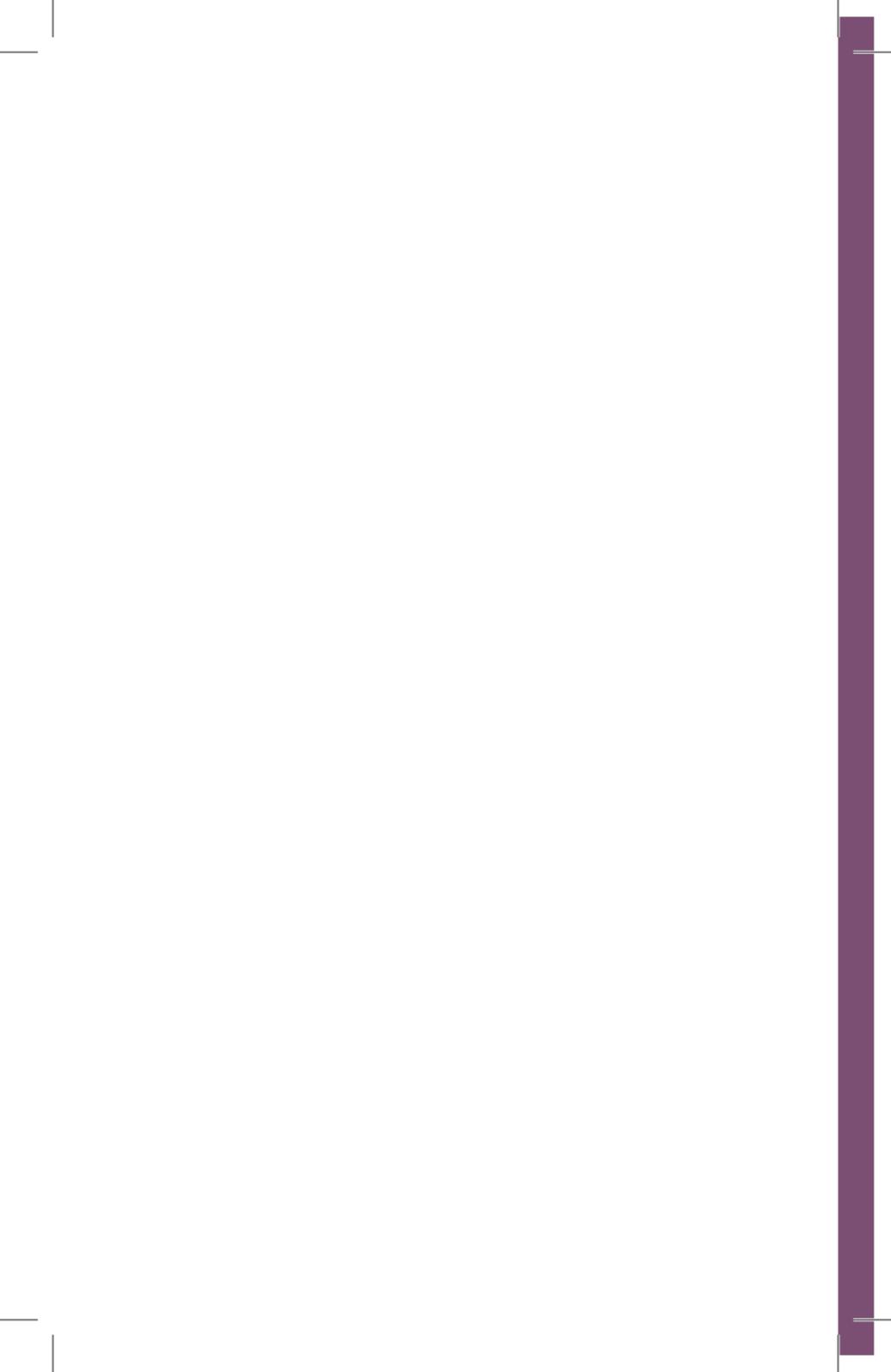
En outre, la circonstance que la pratique de remise réponde à une demande des clients n'exonère pas l'entreprise de sa responsabilité particulière en tant qu'opérateur dominant (*décision 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphe 259 et arrêt du 25 juin 2010 de la Cour de justice, Imperial chemical industries, aff. T-66/01, paragraphe 305*).

Néanmoins, il est admis que l'entreprise dominante puisse agir pour répondre à la pression concurrentielle. En effet, l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés. L'entreprise a donc la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts. Cependant, la fenêtre ouverte à l'opérateur dominant pour justifier ses pratiques de remises fidélisantes est étroite car les comportements en cause ne peuvent être admis lorsqu'ils ont pour objet de renforcer sa position dominante et d'en abuser (*arrêt du 14 février 1978 de la Cour de justice, United Brands, aff. C-27/76, point 189 et arrêt du 30 septembre 2003 du Tribunal, Manufacture française des pneumatiques Michelin, aff. T-203/01, point 55*).

4/ QUELLES JUSTIFICATIONS POSSIBLES ?

Il appartient donc à l'entreprise dominante de démontrer que la riposte mise en œuvre était objectivement nécessaire et proportionnée au regard du comportement adopté par les concurrents et de l'objectif de préservation de ses intérêts commerciaux. En particulier, il convient de s'assurer que l'entreprise concernée n'était pas en mesure de faire face à la pression concurrentielle sans mettre en œuvre la pratique de remises fidélisantes examinée, en ayant recours, le cas échéant, à des moyens moins restrictifs de concurrence.

À ce jour, la portée probante des argumentaires développés par les entreprises pour justifier leur pratique, en particulier par des gains d'efficacité, demeure limitée. Dans les cas examinés par l'Autorité depuis 2004, les systèmes de remises mis en place par les opérateurs étaient le plus souvent conçus comme des instruments de fidélisation des clients plutôt que comme des dispositifs permettant de réaliser des gains d'efficacité supplémentaires dont profitaient les acheteurs, ou comme une réponse à une offensive commerciale des concurrents.



**5/ LES REMISES
FIDÉLISANTES :
QUELLE PRATIQUE
DÉCISIONNELLE
RÉCENTE?**



Depuis l'étude thématique de 2004 consacrée aux remises, l'Autorité a été conduite, à plusieurs reprises, à examiner des cas de remises fidélisantes présentant des formes très diverses. En dépit de la grande variété des mécanismes mis en place par les entreprises, la grille d'analyse qui vient d'être exposée a permis à l'Autorité d'appréhender différents comportements anticoncurrentiels consistant aussi bien en des pratiques de remises d'exclusivité, que de remises liées à des durées d'engagement ou que de remises au volume. Des rabais prenant des formes moins habituelles ont également pu faire l'objet d'une condamnation.

LES CAS DE REMISES D'EXCLUSIVITÉ

La « prime de fidélité » mise en place par les NMPP

Dans sa décision 09-D-04 du 27 janvier 2009, le Conseil de la concurrence a analysé plusieurs mécanismes de remises mis en œuvre par les Nouvelles messageries de la presse parisienne (« NMPP »), opérateur en position dominante sur le marché français de la distribution de la presse au numéro.

L'un de ces mécanismes était une « prime de fidélité », mise en place par la SEAM Transports Presse (TP), une société du groupe NMPP, entre 1999 et 2003. Cette « prime » était accordée à la condition expresse que l'éditeur concerné confie la totalité de ses produits à TP. Le montant de cette remise était de 0,5 % du montant total des ventes pour les titres ayant plus d'un an de présence au sein de TP et de 1 % du montant total des ventes pour les titres ayant plus de deux ans de présence.

Cette prime était donc explicitement conditionnée à un engagement d'exclusivité totale de la part des éditeurs et avait par conséquent un effet fidélisant caractérisé.

Les mises en cause affirmaient toutefois que la demande dans ce secteur était entièrement contestable et que par conséquent, il suffisait aux Messageries Lyonnaises de presse (MLP), principal concurrent des NMPP, d'offrir également une prime de fidélité de 0,5% ou 1% pour répliquer efficacement à la politique tarifaire de l'entreprise dominante. Cependant, le Conseil a relevé plusieurs éléments au dossier permettant de considérer, avec un degré suffisant de certitude, qu'une part significative de la demande n'était pas contestable par les MLP à court terme.

En premier lieu, les déclarations de clients laissaient penser que les NMPP étaient considérées comme plus fiables pour les titres à forte diffusion, pour les titres sensibles aux erreurs de mise en place et pour les opérations promotionnelles. En deuxième lieu, la diffusion par une messagerie du ou des titres de référence d'une famille de presse était de nature à accroître l'attractivité globale de cette messagerie auprès des éditeurs de cette famille. En troisième lieu, les disparités de parts de marchés entre les NMPP (80,8%) et les MLP (19,2%) étaient fortes. En quatrième lieu, les MLP étaient soumises à des contraintes de capacités et supportaient des coûts fixes importants. En cinquième lieu, les NMPP étaient liées au groupe Hachette, l'un des éditeurs les plus importants du marché. En sixième lieu, le marché de l'édition présentait un fort degré de concentration, 5% des éditeurs réalisant 83% du chiffre d'affaires des NMPP.

Enfin, le Conseil a noté que, comme pour la bonification exceptionnelle étudiée ci-après, les taux de remise en apparence faibles (0,5% ou 1%) étaient en réalité trompeurs puisqu'ils étaient calculés sur le prix total de ventes des produits de presse. L'effort consenti au titre de cette prime était donc bien plus important.

Ainsi, compte tenu du fait que cette prime de fidélité était explicitement conditionnée à une exclusivité totale, que son impact sur la tarification était significatif et que les MLP ne pouvaient concurrencer les NMPP à court terme pour la totalité de la demande des grands éditeurs, le Conseil a considéré qu'elle était de nature à restreindre le jeu de la concurrence entre les messageries de presse.

La remise pratiquée par Orange sur ses offres « VPN »

Dans la *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques*, l'Autorité a sanctionné une remise d'exclusivité pratiquée par Orange en tant qu'opérateur dominant sur le marché des réseaux privés virtuels (« VPN »). Les services de réseau privé virtuel (VPN) proposés par les opérateurs de télécommunication répondent aux besoins d'interconnexion privatisée et sécurisée des entreprises implantées sur plusieurs sites géographiques.

Orange a mis en place un ensemble de remises sur ses offres VPN en donnant pour consigne à ses forces de vente de n'en faire bénéficier les clients qu'à la condition qu'ils ne confient aucun raccordement de leurs sites aux opérateurs tiers, se réservant ainsi l'exclusivité du parc de l'entreprise.

Plus précisément, l'opérateur historique a, dans le cadre du document intitulé « *référentiel de prix et méthode de calcul des réductions de prix en avant-vente* », dans plusieurs versions successives, appliqué une consigne à destination de ses équipes commerciales visant à appliquer, sans aucune réduction possible, le prix catalogue dès lors qu'une entreprise cliente commanderait à un opérateur tiers une partie des accès concernant les sites de son réseau VPN, quand bien même le client remplirait les critères de durée et de volume d'achat fixés dans ce document pour obtenir la remise.

Au vu de la condition d'exclusivité à laquelle était explicitement subordonné le bénéfice des remises, l'Autorité a considéré que le système mis en place par Orange, opérateur dominant sur le marché, avait pu avoir pour effet de restreindre la concurrence tant au vu de sa capacité à lier les clients que de sa capacité à évincer les concurrents.

Au stade de la détermination du montant de la sanction, si l'Autorité a relevé la gravité d'une pratique qui tend à évincer la concurrence des opérateurs alternatifs face à l'opérateur historique, elle a, en revanche, pris en compte, au titre du dommage causé à l'économie par la pratique, le fait qu'une partie des clients ne sont pas disposés à partager leur réseau entre plusieurs opérateurs et n'ont donc pas été dissuadés de faire jouer la concurrence par l'effet de la remise.

La remise de « plaque géographique » mise en œuvre par TDF

Dans sa *décision 16-D-11 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre*, l'Autorité a notamment examiné la pratique de « remise de plaque géographique » mise en œuvre par Télédiffusion de France (TDF), opérateur dominant du secteur de la diffusion hertzienne terrestre, à l'occasion du déploiement de la télévision numérique terrestre (TNT) qui a progressivement remplacé l'ancienne technologie de diffusion télévisuelle en mode analogique.

Les éditeurs de chaînes de télévision, regroupés en « multiplex », ont lancé, entre 2005 et 2009, de multiples appels d'offres portant sur des services de diffusion en mode numérique de leurs programmes. Dans ces réponses aux appels d'offres, TDF a fréquemment appliqué un rabais à la condition que le multiplex lui confie un nombre élevé de

5/ QUELLE PRATIQUE DÉCISIONNELLE RÉCENTE ?

sites de diffusion situés à l'intérieur d'une zone délimitée par l'opérateur historique, appelée « plaque géographique ».

Plus la part de sites confiés à TDF dans la plaque géographique était importante, plus le pourcentage de remise (compris entre 3 et 23 %) était élevé, la remise comportant, suivant les cas, entre un et trois taux. De manière générale, la remise n'était accordée que si au moins 70 % des sites en jeu étaient confiés à TDF. Les éléments recueillis par l'inspection faisaient apparaître que, sur la période concernée, les seuils d'obtention des remises de plaque géographique représentaient, en moyenne, suivant les taux applicables, entre 76 % et 98 % des sites d'une plaque géographique.

De plus, il s'agissait d'une remise individualisée et non uniforme dans la mesure où l'opérateur historique fixait à la fois les contours de la plaque géographique et les seuils des remises et pouvait les faire varier selon les plaques concernées mais aussi, pour une même plaque, en fonction des clients.

L'Autorité a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une remise quantitative dans la mesure où le nombre absolu de sites n'était pas le critère déterminant, seule la part de sites de la plaque attribuée à TDF étant pertinente pour fixer le niveau de la remise.

En outre, la remise présentait un caractère rétroactif dans la mesure où le taux de remise le plus élevé atteint par le client s'appliquait à l'ensemble des sites et pas seulement aux sites inclus dans la tranche supérieure de remise. Le fait pour un multiplex de confier une partie, même limitée, de ses sites à un opérateur concurrent pouvait lui faire perdre un taux de remise plus avantageux pour la totalité des sites qui restaient confiés à TDF. Un tel mécanisme était donc de nature à dissuader les clients de partager les sites d'une même plaque géographique entre plusieurs diffuseurs.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, l'Autorité a conclu que la remise de plaque géographique était, en réalité, accordée à la condition que le client s'approvisionne auprès de TDF pour la totalité ou une partie importante de ses besoins.

Elle a en outre relevé que, par son ampleur, ce dispositif de remise, appliqué, entre 2005 et 2009, à un grand nombre de sites de diffusion pour une partie substantielle de la demande exprimée lors du déploiement de la TNT avait été de nature à produire un effet restrictif de concurrence sur le marché.

Les éléments avancés par TDF pour justifier objectivement sa pratique ont également été écartés.

Le fait que les opérateurs concurrents proposaient également des remises lors des appels d'offres des multiplex et que ces derniers auraient été demandeurs de remises de la part des diffuseurs, n'a pas été regardé comme étant de nature à justifier le comportement de TDF compte tenu de sa responsabilité particulière, en tant qu'opérateur dominant, de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché.

TDF invoquait enfin, pour justifier la remise litigieuse, des gains d'efficacité liés à la diminution des coûts d'exploitation et de maintenance des sites que rendrait possible la gestion mutualisée des sites d'une même plaque géographique. Cependant, cette justification, formulée en termes très généraux, n'était appuyée sur aucun élément chiffré suffisamment précis et probant, certains justificatifs étant d'ailleurs postérieurs à la période des pratiques.

L'Autorité a noté, de surcroît, que le fait que les modalités de calcul de la remise de plaque géographique soient fortement individualisées et que le nombre de sites par plaque ne soit pas le critère pertinent pour fixer le taux de remise tendait à exclure que son montant puisse refléter de manière

objective les économies de coûts éventuellement obtenues par TDF par une gestion mutualisée.

Dans son *arrêt du 21 décembre 2017*²⁹, la cour d'appel de Paris a confirmé la sanction prononcée par l'Autorité en jugeant que la remise en cause reposait sur une logique d'approvisionnement exclusif pour la totalité ou une grande partie des besoins des clients sur la plaque géographique concernée et, en tant que telle, avait eu potentiellement un effet d'exclusion de la concurrence lors des appels d'offres (paragraphe 231 et 235). Examinant ensuite les autres caractéristiques du système de remise, tels que les taux de rabais ou encore la durée et l'ampleur de la pratique, la cour d'appel a considéré que la pratique de remise de plaque avait été de nature, sans justification économique objective, à limiter l'intensité de la concurrence sur le marché (paragraphe 242).

LES CAS DE REMISES DE DURÉE

La « bonification exceptionnelle » mise en place par les NMPP

Dans sa *décision 09-D-04 du 27 janvier 2009*, le Conseil de la concurrence a également examiné une « bonification exceptionnelle » proposée par les NMPP aux éditeurs de presse. Cette remise était prévue à l'origine pour courir du 1^{er} juin 2000 au 31 décembre 2002. Elle était attribuée aux éditeurs qui s'engageaient à confier la distribution de leurs titres au groupe NMPP sans interruption pendant une année complète. Cette remise était accordée titre par titre et son montant augmentait d'année en année, conformément au mécanisme suivant :

²⁹ Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

- une réduction de 0,20% du prix total de vente pour la période du 1^{er} juin 2000 au 31 décembre 2000 ;
- une réduction de 0,30% du prix total de vente pour la période du 1^{er} janvier 2001 au 31 décembre 2001 ;
- une réduction de 1,10% du prix total de vente pour la période 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2002.

Toutefois, les taux de remise les plus élevés ne pouvaient être atteints que si le titre concerné était confié en exclusivité au groupe NMPP dès l'année 2000 et jusqu'à la fin de l'année 2002. Ainsi, si un éditeur choisissait d'accepter le principe d'exclusivité uniquement à partir de l'année 2001, le taux maximal de réduction à la fin de la période n'aurait été que de 0,30%. Cette « bonification exceptionnelle » prévue initialement pour s'arrêter au 31 décembre 2002, a ensuite été prolongée jusqu'au 31 décembre 2003.

Dans son analyse de cette remise spécifique, le Conseil de la concurrence a tout d'abord rappelé que l'effet de fidélisation des clients d'un système de remises ou de rabais peut porter tant sur les quantités que sur la durée. Ainsi, si une remise conduit à allonger de façon artificielle la durée pendant laquelle les clients sont captifs, elle peut être considérée comme limitant l'exercice de la concurrence.

En l'espèce, la perte de la bonification en cas de départ en cours d'année renforçait les incitations des éditeurs à ne pas quitter le groupe NMPP en cours d'année. En outre, la progressivité des taux de réduction incitait en réalité fortement les clients à maintenir leurs titres pendant trois ans.

S'agissant de l'analyse de la possibilité pour le concurrent principal du groupe NMPP, les Messageries Lyonnaises de presse (MLP), de répliquer commercialement pour compenser l'effet fidélisant de la bonification exceptionnelle mise en place par l'opérateur dominant, le Conseil a constaté

5/ QUELLE PRATIQUE DÉCISIONNELLE RÉCENTE ?

que la complexité des barèmes et la diversité des titres de presse rendaient difficile l'évaluation de l'effort tarifaire nécessaire devant être fourni par les MLP. Malgré cela, le Conseil a retenu un certain nombre d'éléments permettant de démontrer l'existence d'un effet d'éviction significatif.

Tout d'abord, les montants de remise étaient particulièrement importants. En effet, les taux évoqués plus haut (0,2%, 0,3% ou 1,1%) étaient exprimés en pourcentage du montant total des ventes du titre de presse considéré, comme c'était l'habitude dans le secteur. Ramenée au prix réel de la prestation assurée par les NMPP ou les MLP, une remise de 1,1% revenait en réalité à une réduction de 11,5%.

Ensuite, le Conseil a tenu compte de la très grande disparité de parts de marché entre le groupe NMPP (80,8% des ventes) et les MLP (19,2%).

Par ailleurs, le fait que, pendant la période concernée, certains éditeurs aient transféré des titres bénéficiant de la bonification exceptionnelle vers les MLP ne permettait pas de démontrer que ce mécanisme de remise n'avait pas d'effet fidélisant.

Le groupe NMPP a présenté un certain nombre de justifications à cette bonification exceptionnelle, en indiquant notamment que celle-ci s'intégrait dans le cadre d'un plan global de réduction des coûts et qu'il était nécessaire, pendant cette période, d'assurer une certaine stabilité du chiffre d'affaires.

Mais aucun des éléments fournis par les NMPP ne permettait de démontrer l'existence de gains d'efficacité directement liés à la structure de la bonification exceptionnelle. À cet égard, l'entreprise avait la possibilité de s'engager dans une baisse générale de ses tarifs, qui aurait été de nature à lui procurer un avantage concurrentiel et lui aurait

permis de conserver des clients. Mais, aucun avantage ou économie d'échelle avancé par les mises en cause ne pouvait être relié à un engagement de durée plus important des clients. Les justifications avancées par le groupe NMPP ont donc été rejetées.

Le programme « changez de mobile » mis en œuvre par Orange

À l'occasion de la *décision 09-D-36 du 9 décembre 2009*, l'Autorité a sanctionné le programme « changez de mobile » mis en œuvre par Orange Caraïbe entre 2002 et 2005. Ce dispositif permettait aux clients de cumuler des points de fidélité à chaque facture en fonction du montant de celle-ci. Le client ne pouvait utiliser ses points de fidélité que pour bénéficier d'une réduction sur le prix d'achat d'un nouveau téléphone portable et sous la condition qu'il réengage sa ligne mobile pour vingt-quatre mois auprès d'Orange Caraïbe.

Le client disposant de points de fidélité, qui souhaitait aller au terme de son engagement et changer d'opérateur de téléphonie mobile, ne le pouvait qu'en perdant la contre-valeur de ses points, autrement dit en perdant le bénéfice de la remise sur l'achat d'un téléphone portable. Un tel mécanisme de fidélisation était par conséquent de nature à cristalliser les parts de marché d'Orange Caraïbe, en dissuadant le consommateur de faire jouer la concurrence au seul moment où cela lui était possible, c'est-à-dire au terme de sa période d'engagement.

L'Autorité a, par ailleurs, relevé que les effets sur la concurrence de cette pratique avaient été renforcés par le fait qu'à partir de 2003, le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane avait atteint un stade de maturité.

5/ QUELLE PRATIQUE DÉCISIONNELLE RÉCENTE ?

En outre, en réduisant le nombre de clients potentiels, les pratiques de fidélisation avaient créé artificiellement une barrière à l'entrée pour tout nouvel entrant souhaitant pénétrer le marché de la téléphonie mobile de la zone Antilles-Guyane.

Le fait que le programme « changez de mobile » ne concernait qu'une partie de la clientèle d'Orange Caraïbe n'a pas été regardé par l'Autorité comme permettant d'exclure l'effet anticoncurrentiel de la pratique alors, en particulier, que la clientèle qui bénéficiait du programme était composée des plus gros consommateurs de services mobiles générant les revenus par abonné les plus importants pour Orange Caraïbe et que la part de la clientèle susceptible de bénéficier du programme, en valeur de chiffre d'affaires, était nettement plus importante que la part calculée en volume de lignes et était en outre en constante progression.

Enfin, le fait que certaines pratiques de fidélisation aient été également mises en œuvre par d'autres opérateurs, notamment en métropole, n'a pas été de nature à remettre en cause le caractère anticoncurrentiel du programme « changez de mobile » dans la zone Antilles-Guyane compte tenu de la responsabilité particulière de toute entreprise en position dominante de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée sur le marché.

La juridiction de contrôle, saisie d'un recours dirigé contre la *décision 09-D-36 du 9 décembre 2009*, a en outre exclu l'existence de contreparties objectives et d'avantages pour le consommateur susceptibles de justifier le programme « changer de mobile » dans les Antilles et en Guyane dans la mesure où le client ne pouvait changer d'opérateur qu'en perdant tous ses points de fidélité accumulés au fur et à mesure de sa consommation (*arrêt de la cour d'appel de Paris*

du 23 septembre 2010³⁰). Aussi, les gains que les consommateurs ont pu retirer de ce programme n'ont pas été regardés comme étant de nature à contrebalancer les effets anti-concurrentiels identifiés. Dans son second *arrêt du 4 juillet 2013*, la cour d'appel de Paris a considéré qu'Orange n'avait pas justifié économiquement le programme « changez de mobile » puisque le client était, de fait, mis deux fois à contribution pour acquérir un téléphone portable, la première fois en accumulant des points de fidélité en récompense de sa consommation passée et la seconde, en ne pouvant utiliser ces points qu'en s'engageant pour sa consommation future.

Dans sa *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015*, l'Autorité a, de nouveau, sanctionné le programme « changez de mobile », cette fois-ci mis en œuvre par Orange en métropole sur le marché des services mobiles destinés aux entreprises et aux professionnels. Ce programme s'est traduit, entre 2002 et 2010, par la possibilité pour la clientèle non résidentielle d'utiliser les points acquis uniquement dans le cadre d'un réengagement d'abonnement de douze ou vingt-quatre mois.

Orange a, en particulier, intensifié la mise en œuvre de ce programme au moment de l'entrée en vigueur de la seconde version du processus de portabilité des numéros mobiles qui a rendu plus faciles et rapides les démarches permettant aux clients de changer d'opérateur tout en conservant leur numéro de téléphone. Cette intensification avait pour objectif identifié de limiter les effets de cette nouvelle portabilité

³⁰ Ulérieurement cassé par un arrêt du 31 janvier 2012 de la Cour de cassation au motif que c'était à tort que la cour d'appel avait écarté l'application des dispositions du droit de l'Union relatives à l'abus de position dominante.

5/ QUELLE PRATIQUE DÉCISIONNELLE RÉCENTE ?

des numéros mobiles sur l'évolution du taux de résiliation des abonnements de sa clientèle.

Ce programme, qui ne permettait pas à un client d'Orange, sauf à perdre la contre-valeur des points de fidélité acquis dans le cadre du programme, d'utiliser ces points autrement que dans le cadre d'un réengagement de ligne mobile, a été regardé par l'Autorité comme une pratique de fidélisation qui ne relevait pas de l'exercice d'une concurrence fondée sur les mérites.

Elle a été susceptible de cristalliser les parts de marché d'Orange, opérateur dominant, en dissuadant le consommateur de faire jouer la concurrence au seul moment où cela lui était possible, c'est-à-dire au terme de sa période d'engagement et, en réduisant le nombre de clients potentiels, de créer artificiellement une barrière à l'entrée pour tout nouvel entrant souhaitant pénétrer le marché considéré et, à tout le moins, à conduire à une régression de l'intensité concurrentielle sur ce marché.

La remise « privilège » pratiquée par Orange

Dans sa *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015 relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des services de télécommunications destinés aux entreprises en métropole*, l'Autorité a condamné Orange, opérateur dominant, pour avoir mis en œuvre depuis 2003 un système de remises de fidélisation particulièrement élaboré incluant la remise « privilège ».

Cette remise permettait aux clients qui le demandaient de bénéficier d'une remise de 10 ou 15 % sur le prix mensuel du forfait mobile en contrepartie d'un allongement de la durée d'engagement de l'abonnement, portée à vingt-quatre ou trente-six mois. À l'issue de cette période initiale d'engagement et en l'absence de résiliation par lettre recommandée avec accusé de réception par le client un mois au moins

avant la date de fin d'engagement, l'engagement était tacitement reconduit pour douze mois renouvelables.

En cas de résiliation de l'abonnement avant la date de fin d'engagement, le client devait payer une somme correspondant au montant total des abonnements mensuels qu'il aurait dû verser jusqu'au terme de la période d'engagement prévue. L'instruction a permis de constater que, s'agissant d'une remise « privilège trente-six mois » appliquée à un abonnement à 30 euros par mois souscrit le 1^{er} janvier 2015, le coût de la résiliation anticipée était la plupart du temps supérieur au gain cumulé des remises mensuelles dont a bénéficié le client jusqu'à la date de résiliation.

Les clients professionnels et les entreprises disposaient donc d'une fenêtre de temps réduite pour résilier sans frais leur contrat avant d'être réengagés automatiquement pour douze mois par l'effet de la clause de reconduction tacite. Cette faculté de sortie gratuite du client était d'autant plus difficile à utiliser que la date de fin d'engagement n'était pas rappelée par Orange et que, dans les faits, les clients professionnels et les entreprises, qui sont titulaires de flottes composées de nombreuses lignes, méconnaissaient fréquemment les dates exactes d'échéance de chacun de leurs abonnements.

L'Autorité a en outre relevé que ce foisonnement des engagements des clients d'Orange ayant des dates de fin d'engagement différentes impliquait qu'un client pouvait difficilement trouver une date de changement d'opérateur lui permettant d'éviter le paiement de pénalités.

Compte tenu des taux d'engagement des lignes concernées par la remise « privilège » (au moins 75 % mais fréquemment 90 % pour certains types de forfait mobile), de l'importance des sommes à payer en cas de résiliation anticipée

5/ QUELLE PRATIQUE DÉCISIONNELLE RÉCENTE ?

(notamment au regard du gain cumulé de la remise perçue par le client) et de la distribution globalement homogène des contrats tout au long de l'année, l'instruction a permis d'établir qu'une majorité (au moins 60%) des lignes non résidentielles détenues par Orange ne pouvaient pas être contestées du fait de la remise « privilège ».

Il a également été constaté que la remise « privilège », au même titre que le programme « changez de mobile », avait été conçue par Orange, au vu de documents internes de l'entreprise, comme un outil de fidélisation visant à empêcher le départ des clients, le taux de résiliation étant d'ailleurs quatre fois plus élevé sur les lignes libres d'engagements que sur les lignes soumises à un engagement de durée.

Au vu de l'ensemble de ces constatations, l'Autorité a considéré, ce qui n'était pas contesté par Orange, qu'en enfermant le client dans des durées longues et reconductibles automatiquement et en renchérissant artificiellement les coûts de changement d'opérateur, notamment les coûts de sortie, cette remise « privilège », élément d'un système plus global de fidélisation composé de plusieurs rabais présentant des effets complémentaires, avait été susceptible de verrouiller le marché et de protéger artificiellement la position d'Orange sur le marché en instaurant les bases d'une concurrence non fondée sur les mérites.

Outre le prononcé d'une sanction pécuniaire, l'Autorité a enjoint à Orange, dans cette affaire, de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser cette pratique et permettre le rétablissement effectif de la situation concurrentielle sur les marchés concernés. Elle a ordonné à Orange de modifier les modalités de calcul des frais de résiliation liés à la souscription de la remise « privilège » afin que ces frais correspondent à des contreparties objectives, par exemple la subvention du renouvellement du terminal, d'assurer une

information claire de ses clients sur les dates de fin d'engagement de leurs lignes et de permettre aux clients de connaître aisément le montant des frais de résiliation de l'ensemble de leurs lignes.

LES CAS DE REMISES AU VOLUME

La remise de l'affaire Subutex®

À l'occasion de sa *décision 13-D-21 du 18 décembre 2013*, l'Autorité de la concurrence a sanctionné Schering-Plough, entreprise dominante sur le marché français de la buprénorphine haut dosage en ville, pour avoir accordé des rabais quantitatifs visant à empêcher l'approvisionnement des pharmacies auprès des fournisseurs concurrents.

Dans le cadre d'une stratégie globale visant à faire face à l'arrivée de génériques de son médicament Subutex, Schering Plough a mis en place un système de remises calculées en fonction des volumes d'achat de Subutex® par les pharmacies :

- une réduction de 5,5 % pour l'achat de 70 boîtes ;
- une réduction de 8 % pour l'achat de 200 boîtes ;
- une réduction de 10,5 % pour l'achat de 350 boîtes.

La structuration de ce système de remise avait pour conséquence directe de saturer les linéaires des pharmaciens au moment même de la sortie sur le marché des génériques du Subutex®. En effet, 350 boîtes, le volume nécessaire pour obtenir la réduction la plus importante, correspondait en moyenne à trois mois de stocks, alors que la durée de stockage était normalement de cinq à huit jours. Cette remise avait donc pour impact de supprimer toute possibilité d'entrée des concurrents pendant une longue durée, exactement au moment de l'arrivée sur le marché des médicaments génériques du Subutex®.

S'agissant de l'existence de contreparties objectives, l'instruction a démontré que les services rendus par les pharmaciens en échange de cette remise, en l'occurrence la participation à une enquête de terrain, étaient largement fictifs et non corrélés au montant réel des avantages financiers accordés. Par conséquent, ces remises ne constituaient pas une contrepartie économiquement justifiée à des avantages ou économies pour le fournisseur.

En tout état de cause, il ressortait des éléments du dossier que ces remises avaient été mises en place dans le cadre d'une stratégie consciente de saturation des linéaires des pharmaciens, pour faire obstacle à la concurrence des génériques.

Ainsi, les remises proposées par Schering Plough, qui incitaient les pharmaciens à se fournir auprès de l'entreprise dominante pour une période beaucoup plus longue que la durée habituelle de stockage, qui n'étaient justifiées par aucune contrepartie tangible et qui s'inscrivaient dans une stratégie explicite d'exclusion, avaient une nature anticoncurrentielle.

La remise « parc » mise en œuvre par Orange

Dans sa *décision 15-D-20 du 17 décembre 2015*, l'Autorité a sanctionné la remise « parc » appliquée par Orange à l'ensemble de ses offres (fixe, mobile, Internet) et sur tous les segments de la clientèle des professionnels et des entreprises. Ce rabais s'appliquait automatiquement sur le prix du forfait mensuel dès lors que le client était éligible et son montant variait en fonction du nombre de lignes souscrites par le client et parfois suivant le volume des communications.

Les tranches et taux de la remise étaient fixés par une grille standard jusqu'à cent lignes. En revanche, au-delà de cent lignes, la remise « parc » pouvait être fortement individualisée

dans le cadre d'offres sur mesure, les taux de remise constatés sur les communications comme sur les abonnements pouvant varier entre 20 % et 70 %.

En ce qui concerne les offres sur mesure, le dossier de l'instruction comportait de nombreux exemples dans lesquels des remises étaient versées aux clients en contrepartie d'un nombre minimal de lignes engagées ou étaient accordées sous réserve de l'atteinte d'un volume minimum de communication ou encore étaient conditionnées à la réalisation d'un chiffre d'affaires minimum.

Il a, en outre, été relevé que la remise « parc » s'appliquait de manière globale et non par tranche. Ainsi, lorsque, du fait de l'augmentation du nombre de lignes, le client avait atteint une tranche supérieure de remise, le taux de remise plus avantageux de cette tranche s'appliquait à l'ensemble des lignes et non pas à la seule partie des achats située dans cette tranche (« remises rétroactives »). De surcroît, les taux de remise augmentaient substantiellement avec le volume de lignes ou de communications. Couplée à l'application du seul taux le plus élevé atteint par le client à l'ensemble des lignes ou au volume total de communication, cette progressivité du taux pouvait générer des effets de seuils importants.

L'Autorité a, en conséquence, constaté, au vu des pièces du dossier, que la remise « parc », dans ses différentes formes, avait pu conduire les clients d'Orange à s'approvisionner auprès de ce seul opérateur dans la mesure où la fragmentation du parc entre plusieurs opérateurs pouvait entraîner, par le jeu moins favorable de cette remise, un renchérissement des lignes qui restaient confiées à Orange.

Elle a également souligné la complémentarité et le caractère cumulatif de la remise « privilège » et de la remise « parc » qui

étaient les outils d'une même politique commerciale de fidélisation de la clientèle. L'une (la remise « parc ») s'appliquait globalement et avait pour but d'attirer le maximum, voire la totalité, des lignes du client non résidentiel vers Orange, tandis que l'autre (la remise « privilège ») était appliquée ligne par ligne et avait pour but de sécuriser le parc d'Orange en engageant le client dans la durée.

Au vu de ces éléments, l'Autorité a considéré que la remise « parc », élément d'un système plus global de fidélisation composé de plusieurs rabais présentant des effets complémentaires, avait été susceptible de verrouiller le marché et de protéger artificiellement la position d'Orange sur le marché en restaurant les bases d'une concurrence non fondée sur les mérites.

La remise au volume pratiquée par TDF lors du déploiement de la TNT

Dans sa *décision 16-D-11 du 6 juin 2016*, l'Autorité a examiné une pratique mise en œuvre entre 2005 et 2009 par TDF dans le secteur de la diffusion par voie hertzienne de la télévision numérique terrestre (TNT), consistant à octroyer une remise en fonction du montant de chiffre d'affaires annuel généré par chaque client au titre de l'ensemble des contrats en cours (appelé « montant annuel qualifiant »).

La grille fixant les taux de remise était standardisée dans la mesure où elle était proposée à tous les multiplex clients et que chacun d'entre eux pouvait obtenir le même taux de remise dès lors qu'il atteint le montant annuel qualifiant correspondant.

L'application des taux de remise s'opérait tranche par tranche. Ainsi, le taux de remise le plus élevé atteint par le multiplex s'appliquait uniquement à la partie du chiffre d'affaires situé

dans cette tranche supérieure et non à l'intégralité du chiffre d'affaires généré par le client. Il n'y avait donc pas d'effet rétroactif permettant d'appliquer aux premiers contrats le taux le plus favorable atteint ultérieurement.

Cependant, la sélection des diffuseurs de la TNT par les chaînes de télévision regroupées en multiplex s'opérant par des appels d'offres pour une durée qui était en général de cinq ans, le « montant annuel qualifiant » présentait un caractère cumulatif et augmentait à mesure que le client passait de nouveaux contrats avec TDF.

La remise, qui variait en fonction de ce « montant annuel qualifiant » engendré par le cumul des contrats en cours, prenait donc en compte le comportement passé du client qui était gardé en mémoire sur toute la période pendant laquelle s'exécutaient les contrats.

L'Autorité a en conséquence regardé ce mécanisme comme étant hybride, en ce sens que le taux de remise annuelle ne correspondait pas seulement aux économies de coûts réalisées par les contrats gagnés dans l'année mais était également influencé par les commandes passées au cours de la période précédente.

Ainsi, les clients qui n'avaient pas fait augmenter suffisamment vite leur « montant annuel qualifiant » en début de période, diminuaient leurs chances d'atteindre des taux de remise élevés en fin de période. Un tel mécanisme pouvait avoir un effet fidélisant si le client anticipait, en début de période, qu'il serait contraint de s'approvisionner auprès de TDF pour une part importante de ses achats en fin de période. Il était alors incité à atteindre plus vite des « montants qualifiants » élevés en effectuant, dans un premier temps, l'essentiel de ses achats auprès de l'opérateur dominant sur la partie contestable du marché pour pouvoir

bénéficiaire, par la suite, de remises plus fortes sur la partie non contestable du marché correspondant aux commandes qu'il devrait nécessairement confiées à TDF.

Mais, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'Autorité a estimé que cette spécificité du système de remise au volume mis en place par TDF était insuffisante pour caractériser, à elle seule, un effet d'éviction, dans la mesure où un tel fonctionnement du marché ne pouvait être anticipé.

Les caractéristiques du marché avaient, en effet, changé entre le déploiement du réseau principal de la TNT, à partir de 2005, et celui du réseau secondaire, à partir de 2008. En ce qui concerne le déploiement du réseau secondaire, qui couvre les territoires ruraux, les opérateurs de diffusion avaient choisi la concurrence par les infrastructures, consistant à implanter leurs propres pylônes de diffusion, et non la solution de l'hébergement de leurs émetteurs sur les pylônes de TDF, imposée par l'ARCEP à l'opérateur historique, comme cela avait été largement le cas lors du déploiement du réseau primaire correspondant aux zones urbaines.

Compte tenu des importantes barrières à l'entrée, notamment en termes de délais d'accès au foncier et de construction, TDF a été très peu concurrencée lors des appels d'offres concernant le déploiement du réseau secondaire alors qu'elle était mise en concurrence sur une très grande majorité des appels d'offres lors du déploiement du réseau primaire.

Le principal concurrent de TDF avait d'ailleurs indiqué avoir librement choisi de privilégier une concurrence par les infrastructures en limitant sa présence aux seuls appels d'offres pour lesquels il était en mesure d'installer ses propres pylônes, ce modèle économique lui permettant de mutualiser plusieurs clients et plusieurs services (TV, radio, téléphonie mobile) sur un même site pour mieux couvrir ses coûts fixes.

Au vu de ces circonstances particulières, l'Autorité a considéré qu'il n'était pas possible d'affirmer que les clients pouvaient anticiper ce changement du mode de concurrence et ajuster leurs achats, avant 2008, dans le but de bénéficier ensuite d'une plus forte remise sur une partie du marché dont ils prévoyaient qu'elle ne serait pas contestée. Dans ce contexte, elle a conclu qu'il n'est pas établi que la remise au volume mise en œuvre par TDF lors du déploiement de la TNT avait été susceptible d'évincer la concurrence sur le marché.

LES AUTRES CAS DE REMISES

Dans sa *décision 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial*, le Conseil de la concurrence a analysé deux types distincts de remises. D'une part, une « remise commerciale » dont le taux (de 0,5% à 4%) était déterminé à partir du chiffre d'affaires total de l'année N-1, mais appliqué au chiffre d'affaires de l'année en cours. D'autre part, une « remise de développement » liée à l'accroissement de ce chiffre d'affaires. La remise était calculée par tranche de chiffre d'affaires en année N par rapport à l'année N-1, et appliquée dès le premier euro additionnel. Les taux de remise s'échelonnaient de 15% à 30% et la remise totale ne pouvait dépasser 8% du chiffre d'affaires net postal de l'année N.

Dans son analyse de ces systèmes de remises, le Conseil a noté que le chiffre d'affaires utilisé comme assiette pour le calcul des réductions de prix était un chiffre d'affaires global couvrant la totalité des produits postaux achetés par le client. Étaient ainsi confondus les achats de prestations du « secteur réservé », c'est-à-dire non ouvert à la concurrence (lettres de moins de 350 grammes ou d'un tarif inférieur à cinq fois le tarif de base et publipostage adressé inférieur à 100 grammes), et également ceux des prestations en

5/ QUELLE PRATIQUE DÉCISIONNELLE RÉCENTE ?

régime de concurrence (colis, publipostage supérieur à 100 grammes, publicité non adressées, catalogues, etc.).

Or ces différentes prestations suivent des réseaux de distribution distincts et transitent par des plateformes ou des centres de traitement différents. En outre, s'agissant plus particulièrement de la « remise de développement », son mode de calcul permettait à un client apportant un volume relativement faible d'activité, mais en augmentation, d'obtenir une remise, alors qu'un client générant un chiffre d'affaires important mais constant ne bénéficierait d'aucune réduction de prix. Par conséquent, les remises en cause n'étaient justifiées par aucune économie d'échelle et dénuées de toute justification économique. Elles visaient donc uniquement à renforcer les incitations des clients importants à concentrer leurs achats de produits en concurrence auprès de La Poste.

De plus, la décision a démontré que, à l'époque des faits, La Poste était non seulement en monopole pour les produits du secteur réservé, mais disposait également d'une très forte position notamment pour le courrier de gestion et le publipostage de plus de 100 grammes (95 % de parts de marché) et les colis d'entreprises vers les particuliers (65 % de parts de marché). En outre, les principaux concurrents sur ces segments étaient pour l'essentiel des acteurs purement locaux ou des structures intégrées des sociétés de vente par correspondance (La Redoute et les 3 Suisses notamment). Dans ce contexte, les remises en cause, dont le calcul était effectué sur la base d'un chiffre d'affaires global, avaient nécessairement un effet fidélisant significatif.



CONCLUSION

Selon leurs caractéristiques et le contexte de marché dans lequel elles sont mises en œuvre, les remises peuvent soit être bénéfiques pour les clients en intensifiant la concurrence, soit les priver d'une partie des gains qu'ils peuvent attendre d'une concurrence libre et non faussée, en entraînant l'éviction de concurrents, en empêchant leur entrée sur le marché ou encore en atténuant la concurrence entre des opérateurs déjà présents.

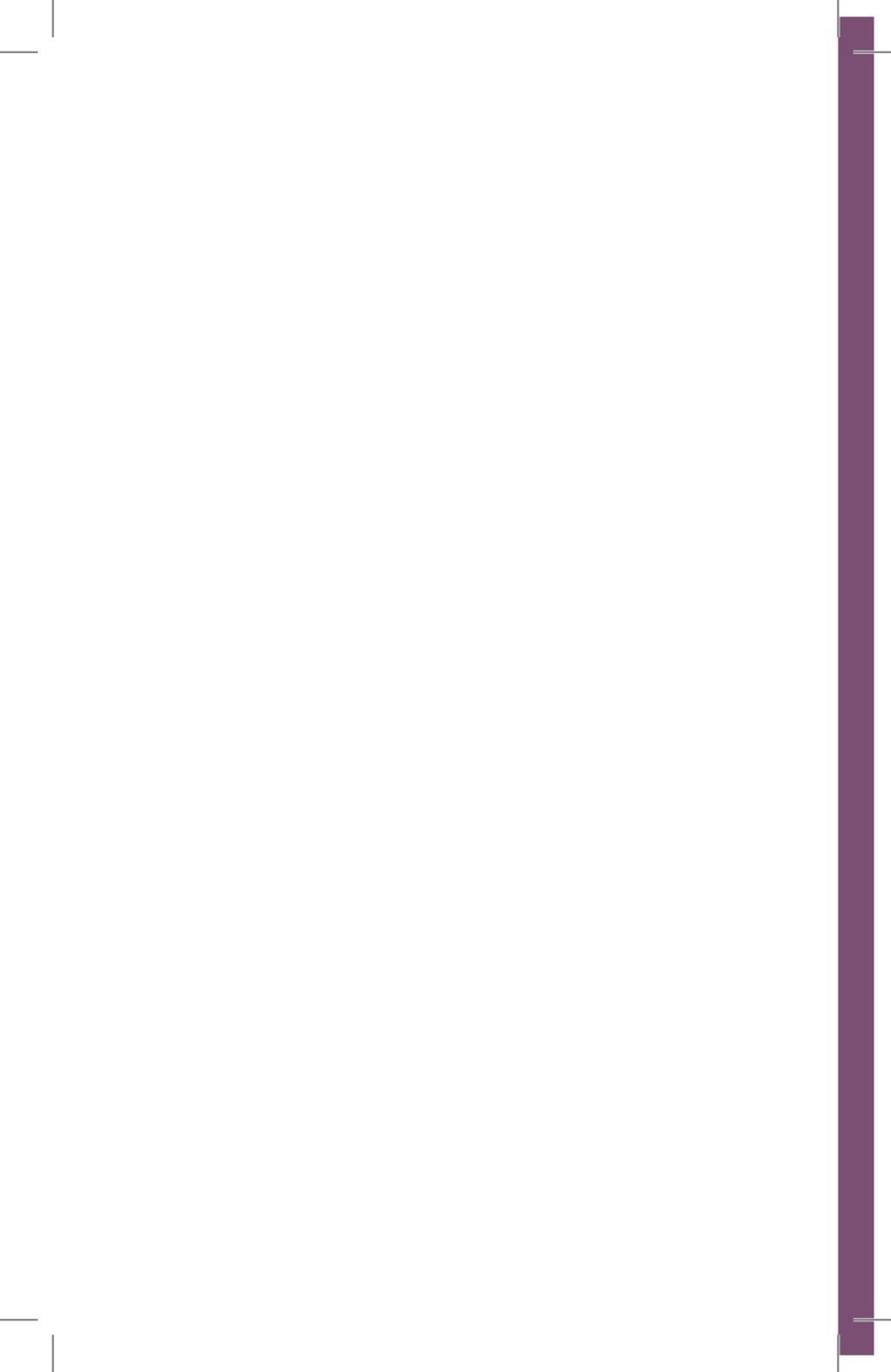
Les remises peuvent notamment emporter un effet anticoncurrentiel lorsqu'elles reposent, directement ou indirectement, sur un mécanisme de couplage ou de levier entre des achats non-contestables et des achats contestables. Ainsi, des remises dites incrémentales et exclusivement liées aux quantités achetées sont généralement peu susceptibles d'engendrer un effet d'éviction, en dehors de l'hypothèse d'une prédation, car elles n'emportent pas, en principe, d'effet de levier ou de couplage sur lequel pourrait s'appuyer l'entreprise dominante pour contraindre ses clients à délaisser les produits ou services concurrents. Cet effet de levier existe, en revanche, lorsque les remises sont rétroactives et que, du fait de sa position dominante forte ou des circonstances de l'espèce, l'entreprise proposant ces remises ne peut être concurrencée pour une certaine part des besoins des clients.

Par ailleurs, les remises dites d'exclusivité, parce qu'elles visent à inciter les clients à s'approvisionner pour la totalité ou pour une part importante de leurs besoins auprès de l'opérateur dominant, appellent une attention toute particulière en raison de leur capacité d'éviction de la concurrence, même si l'entreprise concernée conserve la

possibilité de démontrer qu'elles sont dépourvues de tout effet anticoncurrentiel.

Dans ce contexte, afin d'apprécier la licéité des remises dans les cas qui lui sont soumis, l'Autorité de la concurrence s'appuie sur une démarche globale consistant à prendre en compte un ensemble de facteurs, liés aux caractéristiques de la remise et au contexte de marché, tels que la proportion du marché effectivement couverte par ces remises, l'assiette à laquelle elles s'appliquent ou les seuils de déclenchement de la remise et les taux correspondants. Si les hypothèses et les données utilisées sont fiables et adaptées au regard du contexte du marché et des caractéristiques des remises employées, le test du concurrent aussi efficace peut également être un élément d'analyse utile, parmi d'autres, pour apprécier l'ampleur de l'effet d'éviction pouvant résulter des remises fidélisantes, sans que sa mise en œuvre soit obligatoire pour autant. Enfin, dans le cadre d'une approche globale des effets susceptibles de résulter de la pratique, l'Autorité prend également en compte les gains d'efficacité économique éventuellement associés à des remises fidélisantes dans les conditions prévues par la jurisprudence.

LOYALTY REBATES

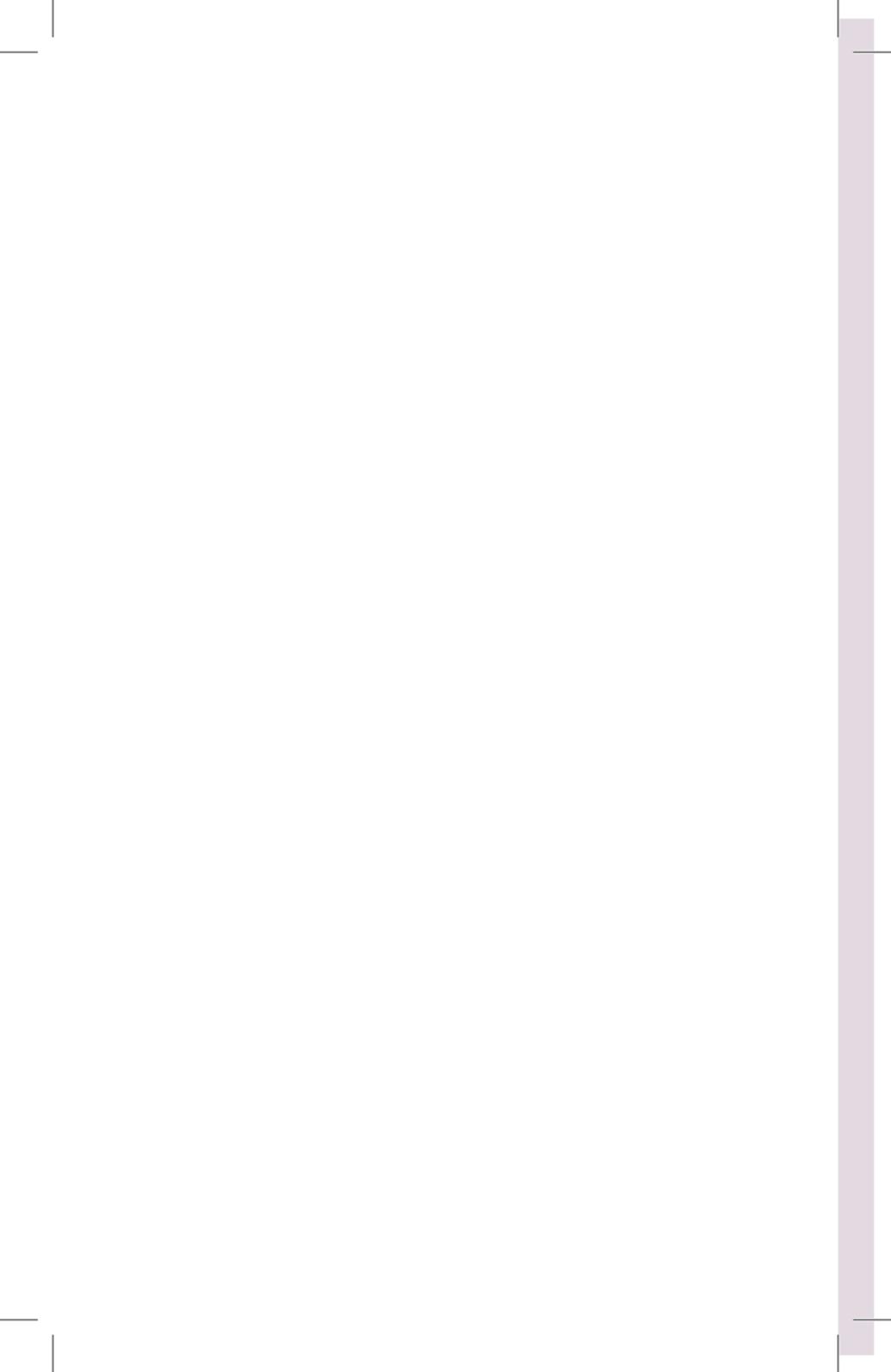


SUMMARY

OVERVIEW	133
INTRODUCTION	145
1/ WHAT ARE THE ANTICOMPETITIVE MECHANISMS ASSOCIATED WITH LOYALTY REBATES?	149
Price-Based Exclusion Mechanisms	152
Predatory pricing	152
Bundle pricing	155
Exclusivity-Based Exclusion Mechanism	157
Duration rebates	159
Competition weakening	160
2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?	163
Intrinsic Characteristics of Rebates	166
Existence of an exclusivity condition	167
Use of a purely volume-based mechanism	170
Loyalty effect resulting from other rebate characteristics	171
Duration rebates	174
Consideration of the proportion of the market affected and the type of customers	175
Rebate cumulation	177
Consideration of the market context	178
Supplier's market power	178
Buyer behaviour	181
Market maturity	182

3/ LOYALTY REBATES: WHAT ROLE FOR THE AS-EFFICIENT COMPETITOR TEST?	183
Description of the as-efficient competitor test applied to loyalty rebates	186
Calculation of the effective price	187
Comparison of the effective price with the costs of the as-efficient operator	190
Advantages and Limitations of applying the as-efficient competitor test to loyalty rebates ..	192
Advantages of applying the AEC test to loyalty rebates.....	192
Limitations of applying the AEC test to loyalty rebates.....	194
Conclusion	198
4/ WHAT JUSTIFICATIONS CAN BE USED FOR LOYALTY REBATES?	201
Justification on the grounds of efficiency gains	204
Production cost savings for customers	204
The protection of supplier investments	204
Optimal pricing	205
Reduced financial risk for the distributor and the supplier.....	207
Conditions for taking efficiency gains into account	208
On the convincing nature of the alleged efficiency gains	208
On the essential role of the loyalty rebate	211
On balancing the restrictive effects of competition and efficiency gains	212

On non-elimination of effective competition	212
Justifications associated with competitor behaviour	213
5/ WHAT RECENT DECISIONS HAVE BEEN MADE CONCERNING LOYALTY REBATES?	215
Exclusivity rebates	217
Duration rebates	223
Volume rebates	230
Other rebates	236
CONCLUSION	239



OVERVIEW

Loyalty (or fidelity) rebates are a very common practice in companies. Yet, although they may appear trivial, they are one of the most complex aspects of competition law. This issue has been extensively reviewed over the past decade, especially through the publication of the Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty (now 102 of the TFEU) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings and the legal precedent of the European courts. Furthermore, on a number of occasions, the *Autorité de la Concurrence* has dealt with several competition cases involving loyalty rebate practices. Through these cases, past rulings illustrate the large diversity of these rebate practices and have helped define the relevant framework and analysis methods.

Chapter I – What are the anticompetitive mechanisms associated with loyalty rebates?

Loyalty rebates are generally considered in terms of their capacity to foreclose competitors or to prevent their growth. In this context, the analysis focuses, among other factors, on the capacity of “as-efficient competitors” to respond to these rebates by proposing sufficiently attractive prices. Only rebates introduced by a dominant company or, more generally, a company with significant market power, will be capable of excluding as-efficient competitors. Beyond this framework of analysis, the anticompetitive mechanisms in loyalty rebate schemes can take many forms, illustrating the diversity of rebate mechanisms. These mechanisms may

reward the quantities purchased or the duration of a business relationship, be subject to the condition of an exclusive supply agreement, or reward an increase in the quantities purchased, independently of the proportion of purchases made from the company proposing the rebates.

Exclusionary pricing

In some instances, loyalty rebates may be analysed as a form of low prices, giving customers who purchase quantities above a certain threshold low prices for any quantities beyond this threshold. These “incremental” rebates are analysed through the well-known predatory or exclusionary pricing perspective.

However, these rebates can also be applied to all quantities purchased, not just those beyond the rebate threshold. In this case, when the dominant company has such a position that customers must purchase a certain proportion of their needs from it (“non-contestable” share of needs), these “retroactive” rebates require competitors to offer lower prices than the dominant company. Otherwise, these competitors risk losing customers to the dominant company because of these “retroactive” rebates. In some instances, despite being as efficient as the dominant company, these competitors are unable to propose prices sufficiently low while remaining profitable, meaning that they must lose certain customers or even leave the market.

In such a setting, loyalty rebates have two interesting specificities. First, the dominant company can use this anti-competitive mechanism to foreclose competitors without making losses. Second, the dominant company’s loyalty rebates may not correspond to low prices: they can hide an increase in gross prices for customers that do not exceed

the rebate threshold. Loyalty rebates can therefore be a very effective exclusion strategy.

Exclusivity

Rebates can also be granted on the condition, or in order, that customers make all or a significant proportion of their purchases from the dominant company. The “exclusivity” rebate may therefore block the dominant company’s competitors from accessing certain customers.

Competitors may not always be able to propose sufficiently attractive prices to dissuade customers from exclusively purchasing from the dominant company. Not only can the relatively small quantities sold by these competitors require them to give very large rebates, but, the exclusivity rebate may also be accompanied by other incentive or punitive mechanisms that only the dominant company can implement. Furthermore, when the customers are distributors rather than end consumers, they may be reluctant to list a little-known competitor with uncertain efficiency if that results in losing the rebates awarded by the dominant company. Finally, the distributors themselves sometimes benefit more from the advantages provided by the dominant company in exchange of exclusivity than from listing a competitor that, in the long term, will not necessarily make them more competitive than their competing distributors. Exclusivity rebates are therefore not necessarily strictly a pricing practice.

Duration rebates

Duration rebates reward customers committed to the dominant company for a certain period (rather than those whose purchases exceed a certain threshold). These kinds of rebates make it more difficult for competitors to win over new customers, as in some cases, they must wait until the

customers receiving these rebates are no longer committed before seeking to win them over. To a certain extent, the exclusion mechanism may be a pricing practice as the severity of the exclusion effect depends on the early termination fee that contractually-bound customers must pay. However, the exclusion mechanism can also draw on other aspects. For example, in some instances, commitment clauses are tacitly renewed, which can artificially extend the duration of commitment. Different contract term dates can also increase the cost of winning over customers that are contractually bound by competitors.

Competition weakening

Finally, competitor exclusion is not the only competitive risk associated with certain loyalty rebates. These rebates can also reduce the intensity of competition by either allowing the dominant company to commit not to reduce prices for disloyal customers (as they would also have to reduce prices for loyal customers), or discouraging competitors from winning over loyal customers (as they would have to propose very low prices and will sometimes prefer to only target those customers that are not subjected to loyalty rebates).

Chapter II – How are loyalty rebates analysed in practice?

Assessment of loyalty rebates lies within the general framework of analysis of abuses of dominant positions. Rebates shall be considered abusive if they tend to restrict competition or are capable of having that effect without being counterbalanced by an objective economic justification. In this context, the legality of loyalty rebates is assessed by the *Autorité de la Concurrence* in an objective and comprehensive manner, taking into account all aspects of the conduct and

the characteristics of the sector in which these rebates have been implemented.

Intrinsic characteristics of rebates

The anticompetitive effect of loyalty rebates depends first on their intrinsic characteristics, particularly, conditions for eligibility, application methods and calculation parameters.

Existence of an exclusivity condition: Rebates awarded in return for an exclusive or near-exclusive supply agreement with the dominant operator are, in principle, in breach of competition rules as they are based on an exclusive supply rationale, which limits freedom of choice for buyers and blocks access to the market for other suppliers. However, special circumstances, presented by the company under investigation, may succeed in questioning the foreclosing effect associated with this kind of practice. In this instance, assessment of all characteristics of the rebate practice and, where applicable, the market context, must confirm or disprove observation of a real or potential exclusion effect for the case in question.

Use of a purely quantitative mechanism: Rebates applied exclusively to the incremental amount of purchases (“purely volume-based” rebates) are generally considered not to cause a prohibited foreclosing effect because they are not likely to foreclose as-efficient competitors (except for sales at a net price lower than a cost measure) and they are also supposed to reflect cost savings which the operator can legitimately pass onto its customers. However, this category of rebate is less common than one might think. A rebate granted for all orders made during a given period is not a rebate exclusively associated with the volume of each order.

Loyalty effect resulting from other rebate characteristics: When a rebate scheme is neither an exclusivity rebate nor a purely

volume-based rebate, the existence of a potential market-foreclosing effect is assessed on a case-by-case basis, considering all circumstances surrounding the case. The retroactive nature of a rebate (applied to past orders as well as to the new orders which activated rebate eligibility) and a rebate applied to both the contestable and non-contestable shares of demand are important characteristics for assessing the existence of a risk of competitor exclusion. Other parameters are also considered, including rebate eligibility thresholds, rebate rates, the progressiveness of rebates and the duration of the practice.

Duration rebates: For these kinds of rebates, the analysis needs to investigate whether the contractual term entered into by the customer to obtain the rebate is long, especially with regard to the frequency with which suppliers would normally compete, and whether the loss of the rebate in the event of early termination would deter the customer from switching to a competitor. The existence of termination fees and of tacit renewal clauses is also considered in the analysis.

Consideration of the proportion of the market affected by the practice: The market share covered by the rebate scheme is one of the relevant aspects for assessment within the framework of general analysis considering all circumstances surrounding the case and the potentially anticompetitive effect of the practice. Although a rebate covering a significant market share is more likely to produce this kind of effect, the fact that the practice does not affect all or even the majority of purchases or buyers on the market does not eliminate all possibility of an anticompetitive effect. The fact that part of the market remains available cannot justify foreclosure of the rest of the market by the dominant operator.

Rebate cumulation: Complex and often non-transparent systems with several types of rebates based on complementary loyalty mechanisms are likely to produce stronger anticompetitive effects.

Consideration of the market context

The context of the market in which the loyalty rebates exist is also taken into account when assessing the extent of the practice's exclusion effect.

Supplier's market power: When a company is guaranteed to obtain part of the demand for a period of time due to its strong dominant position, it can use this non-contestable market share to monopolise the contestable share, making access to the market difficult for competitors. The dominant operator can become unavoidable on part of the market for example due to long commitment periods, to its special reputation, to the capacity constraints faced by smaller companies, to regulatory or technical constraints for developing competitive offers, or to the existence of a legal monopoly for the sale of certain types of products.

Buyer behaviour: The likelihood of buyers diversifying their procurement sources also has an impact on the severity of anticompetitive effects for loyalty rebates. The costs, complexity or risks associated with procurement source diversification can explain why buyers are reluctant to change suppliers.

Market maturity: While on a growth market new customers can still be won over, loyalty rebates used in a mature market are more likely to restrict competition by blocking market shares in favour of the dominant operator.

Chapter III – What is the role of the “as-efficient competitor” test in loyalty rebates?

The “as-efficient competitor” test (or AEC) can be adapted to assess loyalty rebates in order to identify their effects. In addition to the net prices and cost levels of the dominant company, the test also needs to assess the non-contestable share of customer needs, which can prove complex and sometimes approximate. The exercise is therefore not always easy and will not always give clear conclusions. The AEC test applied to loyalty rebates is consequently more demanding and sometimes less conclusive than a traditional predatory pricing test. Besides, loyalty rebates do not necessarily require sacrifice from the dominant company, which can always propose low prices without loyalty rebates, making an AEC test less relevant for assessing the legality of loyalty rebates.

Furthermore, the AEC test applied to rebates does not cover all anticompetitive mechanisms associated with rebates, particularly all the difficulties faced by competitors having to fight against loyalty rebates. Finally, the exclusion of competitors less efficient than the company may, in some instances, damage economic efficiency and customers, especially when the market is structured in such a way that company competitors, at least in the short term, are inevitably less efficient than the dominant company.

For these different reasons, while recognising the role that the AEC test can play in assessing the effects of loyalty rebates, legal precedent considers it to be one tool among many, which can supplement, without necessarily replacing,

more qualitative analysis of all relevant parameters for assessing the effects of loyalty rebates.

Chapter IV – What justifications can be used for loyalty rebates?

Justification by efficiency gains

The different types of efficiency gains associated with loyalty rebates

Loyalty rebates can help achieve efficiency gains in a number of ways. They can of course pass down to customers cost savings due to volume increase. Especially when based on the share of buyer needs met by the supplier, these kinds of rebates can encourage suppliers to invest in business relationships with their distributors, improve product pricing by avoiding the “double marginalisation” phenomenon, better adapt to customer preferences, and better share the risk between the supplier and its customers.

Conditions for taking efficiency gains into account

Generally, examples of cases where efficiency gains have been considered sufficient to offset the restrictive effect on competition are rare. For these efficiency gains to be taken into account, the company under investigation must demonstrate:

- *the reality and extent of efficiency gains associated with the practice investigated*, by producing precise and conclusive information; in particular, the specific characteristics and forms of rebates investigated often mean that they cannot objectively be justified by cost savings associated with increased volumes;
- *the essential role of the loyalty rebate in achieving the alleged efficiency gains*: this condition requires that efficiency gains

cannot be obtained through any means less restrictive of competition;

– *that these efficiency gains counterbalance the anticompetitive effect of the practice*: the type and size of efficiency gains must offset or exceed the damaging effects of the practice on competition and the consumer interest;

– *non-elimination of effective competition*: the practice must not remove all or most existing sources of competition.

Justifications associated with competitor behaviour

The existence of a dominant position does not prevent the company in question from protecting its own business interests if they are threatened. However, the dominant company cannot use such loyalty rebates if their purpose is to strengthen and abuse its dominant position. The operator must therefore demonstrate that the retaliation implemented was objectively necessary and proportional with regard to the behaviour adopted by competitors and the aim of protecting its business interests. In this context, simply observing that competitors also use loyalty rebates is not enough to justify the dominant company's own practice.

Chapter V – What recent decisions have been made concerning loyalty rebates?

In recent years, the *Autorité* has investigated various forms of loyalty rebates. Despite the large variety of mechanisms used by companies, the analysis matrix presented above helped identify different types of anticompetitive behaviour, including exclusivity rebates, rebates associated with the duration of commitment and volume rebates. Rulings have also been made against less common forms of rebates.

For example, in its *Decision 09-D-04 of 27 January 2009*, the *Autorité* issued a €3,050,000 fine to Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP), the dominant operator in the press distribution sector, for having implemented various sorts of loyalty rebates, particularly a “loyalty bonus”, subject to the explicit condition of total supply exclusivity and a “one-off bonus” on the condition that the editor entrusts NMPP with the distribution of its magazines for several, uninterrupted years.

In its *Decision 15-D-20 of 17 December 2015*, the *Autorité* issued a €350 million fine to Orange for implementing various practices in the B2B electronic communication services sector, specifically a number of abusive rebates including: a rebate on virtual private network (VPN) services, subject to an explicit exclusivity clause; a “privilege” rebate for extending the term of a mobile contract; a retroactive volume rebate (known as the “fleet” rebate), which was highly tailored and progressive beyond a certain threshold, whose effects could be combined with those of the other rebates practiced by Orange.

More recently, *Decision 16-D-11 of 06 June 2016* imposed a fine of €9 million against TDF, which was confirmed by Ruling of the *Court of Appeal of Paris** of 21 December 2017. The “geographical zoning” rebate implemented by the incumbent terrestrial broadcasting operator was considered abusive. This rebate was granted on the condition that the customer entrusts TDF with most broadcast sites within a geographical area affected by the roll-out of Digital Terrestrial Television (DTT).

* The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).



INTRODUCTION

The OECD describes loyalty rebates as “one of the most difficult areas of antitrust.”¹ Yet rebates are a pricing tool frequently used by companies. Some aim to reward customers for reduced costs due to the volumes sold, to the services provided by the customer or to the duration of the sales relationship. Under these circumstances, loyalty rebates can be considered beneficial to both customers and economic efficiency. Rebates can also be implemented to respond to competitors’ low prices.

The “loyalty” rebates covered in the study aim to increase the quantities sold to customers over a specific period, by using various mechanisms to encourage customers to buy from the same company. Various rebate schemes can be used to reach this objective. Rebates can be linked to the amounts purchased by a customer or to the proportion of its purchases from the supplier (known as “volume” rebates). They can also depend on the duration of the past or future sales relationship (known as “duration” rebates).

The fact that a company is seeking to boost customer loyalty by giving customers incentives to consume larger volumes contributes to the intensity of competition and, in principle, does not distort merit-based competition. Nevertheless, depending on their implementation mechanism and on the market power of the company proposing them, these loyalty rebates can make it more difficult for the company’s

1 Background note of 13 June 2016 by the OECD Secretariat for the round table on loyalty rebates, taking place at the 123rd meeting of the OECD Competition Committee, p. 12 [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)5/en/pdf)

competitors to win over customers. They can therefore impede competition and damage consumers in the short term by limiting the freedom of choice of buyers and in the longer term by excluding competitors, limiting their development or dissuading them from increasing the competitiveness of their offering. These kinds of rebates can therefore be considered anticompetitive.

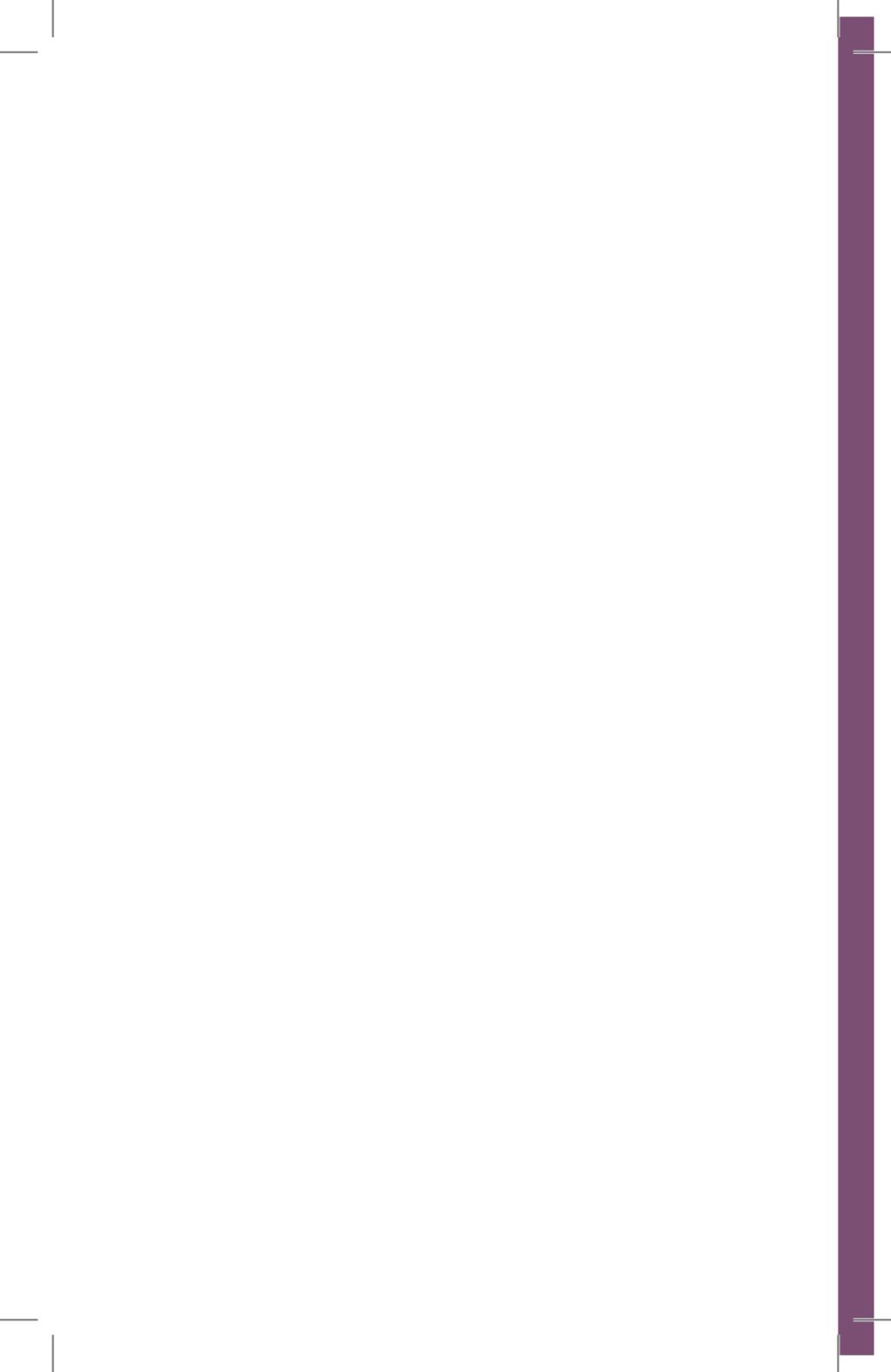
To identify these anticompetitive rebates, in its rulings, the *Autorité de la Concurrence*, under Court's control, seeks to understand the various types of loyalty rebates in their various forms, particularly considering their different effects and characteristics. In addition to the customer loyalty mechanisms used, loyalty rebates differ in their higher or lower rates, their extent of market coverage (depending on whether the customers receiving the rebates represent a significant or limited market share), their allocation method (for example, whether the rebates are individual or not) and their larger or smaller scope. In particular, there is a significant difference between "incremental" rebates which only apply to purchases exceeding the rebate threshold defined by the seller (or "incremental" purchases), and "retroactive" rebates, which apply not only to "incremental" purchases beyond a certain threshold, but also to purchases below the rebate threshold. Finally, beyond the characteristics of rebates, the competitive effect of rebates must also take into account the structure of the market in which they are used. Various parameters such as the type and extent of the market power held by the company implementing the rebates or the customers' purchasing behaviour must then be taken into account.

Since the most recent study by the *Conseil de la Concurrence* on the subject, published in its 2004 Annual Report, the issue of loyalty rebates has undergone extensive review,

especially with the publication by the European Commission on 24 February 2009 of its Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty (now 102 of the TFEU) to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. The publication of this guidance document gave rise to significant discussion of the applicable legal standards and the role of economic analysis in demonstrating the anticompetitive effect of these practices. These discussions resulted in the courts ruling on a certain number of points of analysis, thereby clarifying the rules applicable to loyalty rebates (see, in particular, the recent European Court of Justice Judgment of 06 September 2017, Intel, Case C-413-14 P).

Since 2004, the *Autorité de la Concurrence* (and previously the Conseil de la Concurrence) has investigated a large variety of loyalty rebates. In the course of the cases investigated, its rulings, under Court's control, have helped establish the framework and analysis methods for loyalty rebates.

This study is therefore an opportunity to present discussions surrounding the analysis of the effects of loyalty rebates on competition and the recent decisions made by the *Autorité de la Concurrence* in this area. It presents the various economic mechanisms by which loyalty rebates may affect competition on the market (Chapter I), the method for analysing loyalty rebates by competition authorities (Chapter II), the role of the as-efficient competitor test in this field (Chapter III), potential justifications of these practices (Chapter IV), and finally, a summary of recent decisions made by the *Autorité* on loyalty rebates (Chapter V).



**1/ WHAT ARE THE
ANTICOMPETITIVE
MECHANISMS
ASSOCIATED
WITH LOYALTY
REBATES?**



1/ WHAT ARE THE ANTICOMPETITIVE MECHANISMS?

In accordance with constant legal precedent since the founding “Hoffmann-La Roche” ruling (*European Court of Justice judgment of 13 February 1979, Case 85/76*), a rebate scheme may be deemed anticompetitive if, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, it tends to remove or restrict the buyer’s freedom to choose its sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition (see the more recent *European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14, point 29*). In light of this legal precedent, although there can be many kinds of anticompetitive effects from rebate schemes, the *Autorité’s* decisions have primarily focused on the potential risk of exclusion. This risk of exclusion is essentially based on the impossibility or difficulty for competitors to win over customers that receive loyalty rebates². They can therefore be foreclosed from part or, potentially, all of the market if, due to scale or network economies, their sales become insufficient to allow them to be efficient enough to offset the specific effect of these rebates.

The impossibility or difficulty for competitors to sell their products or services to companies receiving rebates can be considered in two different ways. Firstly, a loyalty rebate can be analysed as a specific form of pricing exclusion, different from predatory pricing, but which, depending on its eligibility criteria, may still result in the exclusion of competitors. Secondly, depending on the conditions for eligibility, the rebate

2 Independently of the risks of competitor exclusion, a loyalty rebate system may, under certain circumstances, reduce the possibilities for diversifying the purchases of certain clients, and be considered as an operational abuse.

scheme may also be considered as a specific form of supply exclusivity, whereby the existence of the rebate encourages customers to make all or almost all of their purchases from the company with the loyalty policy. These two mechanisms also have additional specificities in the case of duration rebates. Finally, in addition to exclusion risks, loyalty rebate schemes can also entail risks of collusion.

Price-Based Exclusion Mechanisms

A loyalty rebate scheme primarily consists of a price decrease subject to exceeding certain thresholds (volume, volume increase, proportion of purchases compared to all purchases in a category of products or services, etc.). The mechanism by which these price decreases can entail a risk of exclusion goes beyond that of predatory prices; it is more similar to mixed bundles, even in instances where rebates affect a single product.

PREDATORY PRICING

A first potential exclusion strategy via rebates may consist of a dominant company offering rebates on the proportion of its sales where it may face effective competition. Rebates could consist of reducing prices by a certain percentage when the volumes purchased exceed the quantities that this company, due to its dominant position, is sure to sell to a customer (“non-contestable” quantities or share of sales).

Let us imagine that this rebate only applies to sales made beyond this threshold (“incremental” rebates). For example, for a customer needing 15 units of a given product, the unit price will be €10 for the first 10 units, considered to be non-contestable, and €5 for the 5 following units.

1/ WHAT ARE THE ANTICOMPETITIVE MECHANISMS?

Compared to a uniform price decrease (across all the volumes purchased, regardless of volumes), for the dominant company, this kind of conditional price decrease has the advantage of applying only to the proportion of customer needs that could be contested by a competitor: the “cost” of the price decrease (in terms of reduced margin) is therefore reduced. However, if the price decrease is such that it results in prices below the costs of the dominant company, an as-efficient competitor could not respond to this price decrease and therefore risks being foreclosed or deterred from entering the market.

Analysis of these rebates is therefore very similar to that of predatory pricing. In this type of situation, the prices and costs are only compared on the market segment contestable by competitors and not across the entire market. For example, incremental rebates that do not link non-contestable sales to contestable sales could be analysed in this way³.

Another loyalty rebate strategy consists in the dominant company consenting to loyalty rebates that also cover “non-contestable” volumes. To use the example presented above, when the threshold of the rebate is crossed, the company not only reduces its prices for “contestable” quantities, where it is effectively in competition, but also reduces prices for quantities that the customer would have bought in any case.

However, when investigating this type of rebate that links potentially competitive sales with sales where the dominant

³ For example, see *Opinion 07-A-17 of 20 December 2007* pertaining to a request for an opinion from the French Telecommunications and Posts Regulator (ARCEP) on the La Poste commercial rebates system.

company holds the monopoly, the predatory pricing analysis framework is insufficient for identifying all competitive risks.

Firstly, this type of rebate does not necessarily require any sacrifice on the part of the dominant company, unlike traditional predatory pricing. Rather than lowering its prices on the non-contestable segment to reward loyal customers on the contestable segment, the company could increase the prices on the non-contestable segment for “disloyal” customers. To use the previous example, a customer that would not buy the 15 units from the dominant company would be invoiced €15 for the 10 units from the non-contestable segment instead of €10. This kind of rebate based on a punitive non-discounted price requires no sacrifice when it is sufficiently well designed to give customers an effective incentive for exclusive supply from the dominant company.

This difference between predatory pricing and loyalty rebates is well identified in prior decisions and legal precedent. For example, the Commission’s guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty on abusive exclusionary conduct by dominant companies (point 37) notes that “*conditional rebates can produce [exclusion] effects without necessarily entailing a sacrifice for the dominant undertaking. [...] In this regard, the assessment of conditional rebates differs from that of a predation, which always entails a sacrifice*”.

Secondly, even without using this price increase strategy for customers that fail to comply with the “rebate” eligibility criteria, proposing rebates that cover both quantities where the dominant company faces competition and quantities where the dominant company has a monopoly will enable the dominant company to foreclose as-efficient competitors without making any losses on competitive volumes or all volumes

1/ WHAT ARE THE ANTICOMPETITIVE MECHANISMS?

sold. This bundle pricing mechanism is outlined in greater detail below.

BUNDLE PRICING

The term bundle pricing refers to linking the sales price of certain products to the purchase of other products. Bundling rebates are established to link eligibility for a product rebate to the same customer's purchase of other products sold by the company. However, this bundling mechanism is also present when rebates cover just one product. They link eligibility for a rebate on certain volumes purchased to the purchase of additional quantities of the same product.

When certain products or volumes eligible for rebates cannot be proposed by the company's competitors ("non-contestable" sales), this bundle pricing mechanism can have the effect of distorting competition. Customers that do not purchase the additional quantities or products will lose the advantage of loyalty rebates on quantities or products that they will purchase from the dominant company regardless. Customers that purchase from a competitor pay a supplement corresponding to the loss of loyalty rebates they would have received from the dominant company. In order to convince the customers to purchase from them, the dominant company's competitors cannot just propose the same net price as the dominant company for the contestable quantities. As explained in the box below, their rebates apply to a smaller sales volume and amount than the dominant company. They must therefore be larger to compensate for the smaller base to which they apply. Finally, the net price level required to convince customers to stop purchasing from the dominant company for the contestable proportion of their needs (known as "effective price") is therefore lower than the dominant company's net rebate price. In some cases, the additional effort that competitors must make can

EXAMPLE OF LOYALTY MECHANISM

Imagine that a buyer needs 80 units of a product. The non-discounted price is €10. The seller is in a dominant position and is certain of obtaining 50% of the customer's purchases (representing 40 units). It offers a 20% rebate if the customer purchases 80 units, the equivalent of a unit price of €8. Otherwise, there is no rebate. If the customer purchases the 80 units from the dominant company, the customer's total expenditure is therefore $80 \times 10 (1-20\%) = €640$.

Let's call the competitor's price P_e . If the customer purchases 40 units from the competitor, the customer will need to pay a unit price of €10 from the dominant company for the remaining quantities, representing a total cost of $40 \times 10 + 40 \times P_e$.

The customer will therefore be willing to split its volumes between the two suppliers if $40 \times 10 + 40 \times P_e$ is less than or equal to €640, i.e., if P_e is less than or equal to €6. This "effective price" is considerably lower than the discounted unit price practiced by the dominant company, which is €8. The competitor must consent to a lower price than the dominant operator's price in order to compensate for the rebates lost by the customer on the non-contestable fraction of volumes.

Furthermore, an exclusion effect can be generated through this kind of loyalty rebate even when the dominant company covers its costs. If the unit cost to the dominant company and its competitor is 7, the competitor will find it unprofitable to enter onto or remain on the market, because even at a price of 7, its sales are zero, whereas the dominant company is practicing a discounted price (i.e. €8) higher than this unit cost.

1/ WHAT ARE THE ANTICOMPETITIVE MECHANISMS?

prevent them from entering, remaining or developing on the market.

Through this kind of rebate mechanism, the dominant operator uses the proportion of purchases that must be made from its own company (its “non-contestable” share) to penalise competitors on purchases that they can contest (the “contestable” share). Via the rebate, the dominant company has bundled the sales made on the non-contestable market share with those on the contestable market share (for example, see the “fleet” rebate in *Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector, Paragraphs 175 to 178 and 386*).

Exclusivity-Based Exclusion Mechanism

As prior decisions show, exclusivity agreements can entail exclusion effects and distort competition, depending on the duration of exclusivity, the market coverage and competition structure⁴. Loyalty rebates designed to encourage a customer to make all or almost all of its purchases from the company providing these rebates can also be considered as exclusivities.

Nevertheless, unlike traditional exclusivity agreements (giving customers a simple choice between exclusive supply from the dominant company or no supply from that company), loyalty rebates can allow competitors to compete with the dominant company if they have sufficiently attractive prices. The customer can refuse exclusivity if the dominant

⁴ See the thematic study on exclusivities in the 2007 *Conseil de la Concurrence* annual report.

company's competitors are capable of providing compensation for the rebates lost by sufficiently reducing their own prices. Conversely, under traditional exclusivity agreements, competitors will most likely be unable to convince customers to diversify their supply sources, even with extremely high price reductions from competitors, as the dominant company will stop supplying these customers that fail to comply with the exclusivity condition.

However, many factors can distort the corrective mechanism, i.e., the possibility of competitors proposing prices that compensate customers for their loss of rebate. Firstly, as seen previously, the rebate scheme can be designed such that an as-efficient competitor cannot remain attractive, especially when this scheme draws on the dominant company's monopoly position for some customer needs.

Secondly, the rebate mechanism can be based on a more binding contractual system where other types of more dissuasive sanctions apply in addition to the loss of rebates, such as the obligation to reimburse certain previously-acquired rebates, the loss of other business advantages or greater uncertainty regarding the business relationship with the dominant company. In this context, it is difficult to assess the extent of compensation that the dominant company's competitors need to provide when the exclusivity is broken. In this instance, the practice must be considered not so much as a rebate practice than as an exclusivity practice.

Thirdly, when these rebates are given to buyers that themselves are in competition, the lack of coordination between buyers and their relative uncertainty concerning the capacity of the dominant company's competitor to compete with it may encourage them to accept exclusivities or long-term contracts, even when the competitors would be capable of sufficiently reducing their prices without facing any losses

1/ WHAT ARE THE ANTICOMPETITIVE MECHANISMS?

in order to compensate customers for the loss of their rebates. Indeed, each customer fears that the supply will not be as competitive as that of the dominant company, particularly as its competitiveness may depend on the number of customers it succeeds in winning over. Due to a lack of coordination with other buyers, each customer may therefore choose to make their purchases from the dominant company⁵.

Finally, the entry of a competing supplier may not generate additional benefits for distributors because the gains associated with the greater competitiveness of this new entrant are counteracted by the price competition between distributors themselves. In this case, the distributors may have a collective interest in excluding the competing supplier if the dominant company shares the benefits of this exclusion with them. Shared benefits between distributors and the dominant company could include backward margins, imposed re-sale prices or any other transfer which would not be dissipated through competition between distributors. In this context, rebates may be limited but could still generate exclusive relationships between distributors and the dominant company⁶.

DURATION REBATES

The dual nature of loyalty rebates, which can be considered as a bundle pricing practice and also as an exclusivity practice, can also be identified for duration rebates. These kinds

5 E.B.Rasmusen, J.M. Ramseyer and J.J.S. Wiley (1991), "Naked exclusion", *American Economic Review*, Vol.81.

6 J.M. Abito and J. Wright (2008), "Exclusive dealing with imperfect downstream competition", *International Journal of Industrial Organization*, Vol.26.

of rebates give the customer a discount depending on the duration of the past or future business relationship. They can therefore artificially raise the barriers for competitors entering the market by extending the term during which customers are bound to their supplier, without justification, (e.g. see “privilege” rebate in *Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector*).

This type of rebate can be considered as a pricing practice, for example when the penalties paid by the customer in the event of early termination are high enough to make it impossible or more difficult for competitors to win over customers committed to a long-term business relationship with their supplier. Upon signing the contracts, if the company providing these rebates is unavoidable on the market and faces no competition for part or all of the customer’s needs (e.g. because when signing the contracts, the dominant company is the only one in the market or because its competitors are facing capacity constraints), a bundle mechanism is used, whereby the dominant company links its non-contestable sales (made upon contract signature) to future sales that may have been contested (absent the duration rebate).

However, the pricing component is not always enough to consider the effect of these duration rebates on the market structure. For example, when customers have different contract term dates, it can be difficult for a competitor to win over a market share that will make entry on the market profitable. Tacit renewal clauses can also extend contractual periods, which increase the costs of winning over customers, making it difficult for new competitors to enter the market. Duration rebates can therefore include pricing and non-pricing components.

COMPETITION WEAKENING

Loyalty rebates can also be used to reduce the intensity of the competitive pressure on the dominant operator and maintain high prices on the market, rather than to foreclose competitors. Various rebate types can support such scenarios⁷.

Firstly, loyalty rebates can lead the dominant company to give higher prices to non-loyal customers than to loyal customers. In this context, any price decrease from the dominant company for non-loyal customers is especially expensive as it would be required to reduce prices for loyal customers. The use of such rebates will reduce pricing efforts from competitors to attract non-loyal customers, while also dissuading them from winning over customers loyal to the dominant company⁸.

Secondly, customers receiving loyalty rebates from a company will be less likely to purchase from a competing supplier. In order to increase sales to these consumers, competitors must therefore consent to larger price decreases than in the absence of loyalty rebates. If the rebates have been specified correctly, competitors will forego reducing their prices to focus on customers that do not receive loyalty rebates or on the proportion of customer demand not covered by

⁷ Abovementioned OECD Secretariat Background note for the round table on loyalty rebates, pp. 11-12. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)5/en/pdf)

⁸ E. Elhauge and A.L. Wickelgren (2015), "Robust exclusion and market division through loyalty discounts", *International Journal of Industrial Organization*, No. 43, pp. 111-121.

rebates⁹. Therefore, without necessarily excluding competitors, loyalty rebates will have reduced the competitive intensity by creating a means of sharing customer demand. Furthermore, this type of rebate, specified according to the proportion of purchases made from the dominant company, requires customers to inform their supplier of purchases made from competitors, which helps detect breaches of any collusive agreements.

However, in the *Autorité's* decisions, loyalty rebates have never been considered as a means of reducing competitive pressure by maintaining high prices. Nevertheless, the information above illustrates the fact that loyalty rebates can be analysed from different perspectives and their negative effects on competition may be based on more than just exclusion risks.

⁹ M. Salinger, "All-units discounts by a dominant producer threatened by partial entry", *Antitrust Law Journal*, Vol. 81.

2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?



2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?

Legal precedent and decisions of competition authorities consistently demonstrate that a company in a dominant position can be considered to abuse this position by applying a rebate scheme when, considering all circumstances, particularly the criteria and rules governing the grant of the rebate, it would appear that, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the rebate tends to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition (e.g. *European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14 P, Point 29*).

Indeed, an undertaking that holds a dominant position has a special responsibility not to allow its behaviour to impair genuine undistorted competition by using methods that do not fall within the framework of merit-based competition (e.g. *European Court of Justice Judgment of 02 April 2009, France Télécom/Commission, Case C-202/07 P, Point 105* and *European Court of Justice Judgment of 13 February 1979, Hoffmann – La Roche, Case 85/76*).

In order to characterise the anticompetitive effect of a rebate scheme, competition authorities are authorised to consider not only the real consequences of rebate used on how the market operates, as observed *ex post*, but also the expected potential effects of this practice, given its characteristics and the market context (e.g. *European Court of Justice Judgment of 19 April 2012, Tomra, Case C-549/10 P, Point 68* and *Decision 09-D-10 of 27 February 2009 pertaining to practices used in the shipping sector between Corsica and the continent, Paragraph 180*, confirmed by the *Ruling of the Court of Appeal of Paris of 09 March 2010, No. 2009/07930*).

Furthermore, abuse of a dominant position is an objective concept covering all aspects of the conduct of a dominant company which may influence the structure of a market where the degree of competition is already weakened precisely because of this domination (e.g. *European Court of Justice Judgment of 17 February 2011, TeliaSonera Sverige, Case C-52/09, Point 27*).

The dominant operator does not therefore need to have intended to or been aware of using rebate practices that restrict competition. However, the fact that the rebate scheme was designed by the company as a loyalty tool to artificially prevent customers from leaving for competitors may be a relevant aspect for characterising the practice (e.g. *Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector, Paragraphs 126 and 161*).

In this context, the legality of loyalty rebates is assessed by the *Autorité de la Concurrence* in a comprehensive and objective manner, taking into account all information it possesses, with regards to both the characteristics of the rebate scheme investigated and the market context in which it is used. The respective weight of the various parameters varies depending on the type of rebate considered, without changing the basic conditions for the legality of rebates. These conditions hinge on a potential anticompetitive effect on the market resulting from the practice, which is not compensated for with an objective economic justification (see Chapter IV).

Intrinsic Characteristics of Rebates

The anticompetitive effect of loyalty rebates depends above all on their intrinsic characteristics, in particular, conditions for eligibility, application methods and calculation

2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?

parameters. To this end, the existence of an exclusivity condition for obtaining the rebate plays a key role in qualifying the practice. Conversely, purely volume-based rebates reflect efficiency gains that the company can legitimately pass onto its customers without foreclosing competition. Other rebate characteristics, particularly those associated with their retroactive or alternatively incremental nature, are also investigated to assess their effect on competition. This comprehensive analysis is also applied to duration rebates, which can have the effect of artificially extending a customer's contract period. Finally, in general the proportion of the market covered by the rebate practice and any cumulation of various types of rebates, which could strengthen the effects need to be taken into account.

EXISTENCE OF AN EXCLUSIVITY CONDITION

Rebates awarded in return for an exclusive or near-exclusive supply agreement with the dominant operator are, in principle, in breach of competition rules as they are based on an exclusive supply rationale, which limits freedom of choice for buyers and blocks access to the market for other suppliers (*European Court of Justice Judgment of 06 October 6 2015, Post Danmark, Case C-23/14, Paragraph 27* and, as a reminder of this presumed illegality, *Ruling of the Court of Appeal of Paris*¹⁰ of 21 December 2017, Paragraph 198, given in appeal of Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector). The fact that exclusivity rebates are, in principle, illegal, was recently confirmed by the Court of Justice (*European Court of Justice Judgment of 06 September 2017, Intel, Case C-413/14, Paragraph 137*). Legal precedent has set no pre-determined

¹⁰ The was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

threshold from which the rebate mechanism would be considered an exclusivity with regard to the proportion of customer needs affected by the rebate. The only requirement is that the rebate affects at least a significant proportion of the buyers' needs (*European Court of Justice Judgment of 13 February 1979, Hoffmann – La Roche, Case 85/76, Paragraphs 89 and 90*).

Legal precedent has consistently demonstrated (*European Court of Justice Judgment of 13 February 1979, Hoffmann-La Roche, Case 85/76, Paragraph 89*) that the exclusivity investigated can either be the result of a formal obligation (for example, see the exclusivity rebate on Virtual Private Network “VPN” services in *Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector*) or a mechanism whereby the dominant operator, in accordance with the thresholds it has set, links eligibility for the rebate to the condition that the customer makes all or a significant proportion of its purchases from said operator (for example, see the “geographical zoning” rebate in *Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector*, confirmed by the abovementioned *Ruling of the Court of Appeal of Paris*¹¹ of December 21 2017, Paragraph 226, which still takes into account the existence of an exclusivity rebate, but without applying the presumption of illegality). Furthermore, individual rebates volume thresholds aiming to coincide with all or a significant proportion of each customer’s needs can produce the same effect as exclusivity rebates expressed as a proportion of needs. If the individual thresholds have been correctly defined by the dominant operator practicing

¹¹ The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?

them, transferring even a minuscule share of orders to a competitor can result in the loss of the rebate granted by the dominant operator, without an exclusivity condition being attached to the rebate (for example, see the “fleet” rebate in *Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector* or the geographical zoning rebate in *Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector*).

The existence of an exclusivity condition to obtain the rebate can be used to qualify the existence of an exclusion effect. However, special circumstances specific to the rebate scheme investigated and/or the context within which it operates, can reverse this presumption by demonstrating that these rebates will not produce a foreclosure effect on the market or that they are based on an objective economic counterpart (see the *European Court of Justice Judgment of 13 February 1979, Hoffmann-La Roche, Case 85/76, Paragraph 90* and *European Court of Justice Judgment of 06 September 2017, Intel, Case C-413/14*). In particular, when this presumption is challenged via evidence from the company under question, investigation of all circumstances surrounding the case must be able to confirm or deny observation of a real or potential competition exclusion effect in the case in question. To this end, the extent of the undertaking’s dominant position, the share of the market covered by the rebate scheme, conditions and arrangements for granting the rebates in question, their duration and their amount are taken into account, in addition to the existence of a strategy aiming to foreclose competitors that are at least as efficient (*European Court of Justice Judgment of 06 September 2017, Intel, Case C-413/14, Paragraph 139*).

USE OF A PURELY VOLUME-BASED MECHANISM

However, rebates exclusively linked to the volume or amounts of purchases made from a dominant company, which are calculated or allocated in such a way that a non-contestable market share is not used as a lever, are generally considered not to have a prohibited foreclosure effect to the extent that, except in the event of predatory pricing, they are considered to represent the cost savings that the operator can legitimately pass onto its customers through more favourable prices, without foreclosing operators that are as economically efficient as the dominant company (*Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector, Paragraph 239*, confirmed by the *abovementioned Ruling of the Court of Appeal of Paris*¹² *of 21 December 2017, Paragraph 14*). In particular, this is true for “incremental” rebates that only apply to the proportion of volumes exceeding the rebate eligibility threshold.

Such rebates have a simple presumption of legality, which may, however, be overturned if all circumstances, in particular rebate eligibility criteria and arrangements, demonstrate that they produce a potential foreclosure effect on the market and that they are not based on an objective economic justification (*Court of First Instance Judgment of 30 September 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin, Case T-203/01, Paragraphs 58 and 59*, and also *Court of First Instance Judgment of 25 June 2010, Imperial Chemical Industries Ltd., Case T-66/01, Paragraphs 298-300*).

Nevertheless, the presumption of legality applicable to volume rebates only applies to rebates exclusively based on the

¹² The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?

volumes or amounts purchased, devoid of any retroactive effect. The category of volume rebates presumed legal is therefore less extensive than it may first appear. Therefore, a volume rebate not granted for each individual order, which may correspond to cost economies achieved by the supplier, but depending on all successive orders placed within a given period is not a “real” volume rebate exclusively associated with the volume of purchases ordered, which, in principle, does not breach the provisions prohibiting abuse of dominant position (*European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14, Paragraph 28*).

Furthermore, some rebates, although incremental in their definition, may present partially retroactive aspects in how they work or their conditions for application. This is true of a rebate scheme in which the volume of past orders can increase the total rebate granted for new orders. Therefore, if customers anticipate that they will need to purchase from the dominant operator for a significant proportion of their new purchases, they may be encouraged to choose the dominant company for their initial orders in order to ensure that they have sufficiently high rebate levels for future new orders (for example, see, for a dismissal, the volume rebate in *Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector, Paragraph 243*).

LOYALTY EFFECT RESULTING FROM OTHER REBATE CHARACTERISTICS

When a rebate scheme has neither exclusivity rebates nor purely volume-based rebates, the existence of a potential market foreclosure effect is assessed on a case-by-case basis, considering all circumstances surrounding the case (*European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post*

Danmark, Case C-23/14, Paragraphs 28 and 29, European Court of Justice Judgment of March 15 2007, British Airways, Case C-95/04 P, Paragraph 68, and Ruling of the Court of Appeal of Paris of 21 December 2017¹³, Paragraph 215, given in appeal of Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector). In particular, this can involve rebates correlated to evolution of the turnover generated by the buyer (Decision 04-D-65 of 30 November 2004 pertaining to practices used by La Poste under its business contract) or volume rebates applying to a set of successive orders (see the “fleet” rebate in Decision 15-D-20 of December 17 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector and volume rebates in Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector).

In the context of analysis of the loyalty effect of a rebate scheme, the retroactive nature of the rebate (see the “fleet” rebate in Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector) and the fact that the rebate applies to both the contestable and non-contestable part of the demand (see the “fleet” rebate in Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector and Decision 09-D-04 of 27 January 2009 pertaining to complaints from *Les Messageries lyonnaises de presse* concerning practices used by the *Nouvelles messageries de la presse parisienne* group in the press distribution sector) are important characteristics for assessing the existence of a risk of competitor exclusion. When combined, these two characteristics can

¹³ The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?

indeed make it more difficult for the competitors of the dominant company to win over contestable volumes.

This is especially true for schemes based on rebate tables with rates that change depending on the volumes purchased. When the rate of the highest bracket reached by the customer applies to all of its purchases and not just purchases included in this bracket, application of a less favourable rebate rate can mean that transferring even a small part of purchases to other suppliers results in higher costs for orders that are still made from the dominant operator, because said operator is partially unavoidable for buyers. This can generate a customer foreclosure or “capture” effect.

Other rebate characteristics, such as the threshold levels and rebate rates or duration of rebate implementation, are also relevant for qualifying an anticompetitive effect. Thus, the incentive effect of rebates on customer purchases depends on the total reduction buyers can receive if they exceed the rebate threshold, and, especially, on the rebate rate. Small rebates may not have a significant effect on competition (for example, see the provision of free “SFN” adaptation in *Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector, Paragraphs 249 to 251*). Short-term, small or little applied rebates may also not have a significant effect on competition (for example, see *Decision 04-D-22 of 21 June 2004, Primaliste Longue Distance, Paragraphs 68 to 72*, and also the free provision of “SFN” adaptation proposed by TDF to network operators on the terrestrial Hertzian broadcasting services market in *Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector*).

The sliding scale of rebate rates is also relevant for assessing the effect of rebates. Rebate rates with a significant sliding

scale may highly penalise customers that have only purchased a limited fraction of their volumes from a competitor (pertaining to the significant effect of rebates due to the high rates practiced and the high elasticity of these rebates with regard to increase in sales, see *Decision 04-D-65 of 30 November 2004 pertaining to the practices used by La Poste under its business contract, Paragraph 56* and also the “fleet” rebate with rapidly increasing rates above 100 mobile lines in *Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector, Paragraph 174*).

DURATION REBATES

For the rebates associated with a period of commitment, the *Autorité* investigates whether the period of commitment required to obtain the rebate is long, especially with regard to the frequency with which suppliers normally compete, and whether the loss of the rebate in the event of termination or failure to meet the objective would dissuade the customer from switching to a competitor. The existence of exit penalties and tacit contract renewal clauses are also a relevant aspect for assessing the effect of customer foreclosure (e.g. see the “privilege” rebate in *Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector*).

The other rebate eligibility criteria are also taken into account, as for loyalty programmes based on points awarded for seniority, which are especially used in the mobile telephone sector (see the “change mobile” programme in *Decision 09-D-36 of 09 December 2009 pertaining to practices used by Orange Caraïbe and France Télécom on various electronic communication services markets in Martinique, Guadeloupe and French Guiana*, and *Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector*). In these cases, the loyalty scheme was used not only to extend

2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?

the existing relationship, but also to incite customers to renew their contract and to extend the future contract term. This programme allowed customers to automatically cumulate points each month depending on how long their line had been in existence, on the total monthly bill and on the number of lines taken out as a package, in order to exchange these points for preferential prices to renew their mobile contract, providing that they recommit to a 12 or 24-month contract term.

CONSIDERATION OF THE PROPORTION OF THE MARKET AFFECTED AND THE TYPE OF CUSTOMERS

Among other parameters, the market share covered by the rebate system is a relevant aspect for determining the potentially anticompetitive effect of the practice on a case-by-case basis, taking into consideration all circumstances surrounding the case (*European Court of Justice Judgment of 19 April 2012, Tomra, Case C-549/10 Paragraphs 40 to 44*; for the case of an exclusivity rebate whose exclusion effect is called into question by the company under investigation, which provided evidence to the contrary, *European Court of Justice Judgment of 06 September 2017, Intel, Case C-413/14, Paragraph 139*; see also *Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector, Paragraph 256, confirmed by the abovementioned Ruling of the Court of Appeal of Paris¹⁴, Paragraph 236 to 242*). One of the effects of loyalty rebates on the volumes or duration of the business relationship is preventing competitors from accessing certain customers or a certain share of their demand. The larger the proportion of the market sealed off,

¹⁴ The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

the more significant the potential anticompetitive effect generated by these rebates. This is especially true when economies of scale are involved, when foreclosure of part of the market can reduce the competitiveness of competitors on the portion of the market that has not been foreclosed. Similarly, for duration rebates, the market share foreclosed is a relevant criteria in assessing the anticompetitive effect.

A loyalty rebate covering a significant market share (for example, see the geographical zoning rebate applied to most calls for proposals issued by buyers, *Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector, Paragraph 256, confirmed by the abovementioned Ruling of the Court of Appeal of Paris of December 21 2017*¹⁵, Paragraphs 236 to 242) or with widespread application (e.g. see the “privilege” rebate applied to 90% of mobile phone contracts, *Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector, Paragraph 162*) is thus more likely to be anticompetitive.

However, the fact that the rebate does not affect all or even the majority of purchases or buyers on the market cannot exclude an anticompetitive effect (see, for an example of foreclosure of two fifths of the market, *European Court of Justice Judgment of 19 April 2012, Tomra, Case C-549/10 P*; for a loyalty programme targeting 20% of customers, *Decision 09-D-36 of 09 December 2009 pertaining to practices used by Orange Caraïbe and France Télécom on the various electronic communications services markets in Martinique, Guadeloupe and French Guiana, Paragraph 324*, and, for the geographical

¹⁵ The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?

zoning rebate applied to approximately 40% of the market, *Ruling of the Court of Appeal¹⁵ of Paris of 21 December 2017, Paragraph 240, in appeal of Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector*). Indeed, according to legal precedent for the abuse of dominant position, competitors should be able to compete on the merits for the entire market, so that the fact that part of the market and customer base remains available cannot justify foreclosure of the rest of the market by the dominant company, whose role is not to dictate how many viable competitors will be allowed to compete for the remaining contestable portion of demand (*European Court of Justice Judgment of 19 April 2012, Tomra, Case C-549/10 Paragraph 42*). On some markets, there may also be specific customers with which it is crucial for a competitor to be listed, perhaps because these buyers give greater legitimacy to the competitor, despite these customers not representing a significant market share.

Finally, when the objective of these loyalty rebates is neither to foreclose nor weaken a competitor, but rather to reduce the intensity of competition between operators already on the market or to facilitate price increases by linking contestable and non-contestable shares of demand, the proportion of the market covered by the rebates may be smaller. In this instance, the practice can affect competition even if it only covers a moderate market share because the customers in this market segment receiving these rebates must pay higher prices because of the weakened competition caused by these rebates.

REBATE CUMULATION

Cumulating several different rebates granted by the dominant operator on the same market is likely to produce stronger anticompetitive effects. This is true for a rebate

scheme that adds the effects of a retroactive volume rebate to a duration rebate and rebates associated with purchase objectives (*Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector, Paragraphs 177 and 178*). These kinds of rebate schemes are not rare in practice and are characterised by their complexity and lack of transparency. They can be especially effective in dissuading customers from leaving.

Consideration of the market context

The context of the market in which the loyalty rebates exist is also taken into account when assessing the extent of the practice's exclusion effect. To this end, the dominant operator's market power and buyer behaviour are both investigated. Whether the market is undergoing rapid growth or has reached maturity is also a relevant factor.

SUPPLIER'S MARKET POWER

The greater the market power of the operator investigated, the more likely the rebates may have significant anticompetitive effects. When a company is guaranteed to maintain part of the demand for a certain period due to its strong dominant position, it can use this non-contestable market share as a lever to ensure it receives the contestable share, making access to the market more difficult (see the *European Court of Justice Judgment of 19 April 2012, Tomra, Case C-549/10 P, Paragraph 79 and Paragraph 39 of the Commission's guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty on abusive exclusionary conduct by dominant companies*). In other words, to use the terms used by the Court of Justice in its abovementioned *Judgment of 19 April 2012*, "the loyalty mechanism was inherent in the supplier's ability to

2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?

drive out its competitors by means of the suction to itself of the contestable part of demand”.

This is true when the rebate applies to a broad range or significant volume of products where the dominant company is partially unavoidable. Competitors can only win over the contestable market share by “compensating” customers for the loss of rebate on the remaining share which will, in any case, be purchased from the dominant operator (*Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector, Paragraphs 175 and 178*).

Subscriptions with duration commitments taken out with the dominant operator (*Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector, Paragraph 163*), the specific reputation of this operator, assumed to be more reliable than its competitors, the capacity constraints facing other smaller companies (*Decision 09-D-04 of 27 January 2009 pertaining to complaints from Les Messageries Lyonnaises de presse concerning practices used by the Nouvelles messageries de la presse parisienne group in the press distribution sector*) or technical and regulatory constraints inherent in developing competitive offers (*Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices used in the terrestrial television broadcasting sector, Paragraph 245*, confirmed by the abovementioned Ruling of the Court of Appeal of Paris of 21 December 2017¹⁶, Paragraphs 162 and 219) can, in particular, make the dominant company unavoidable on part of the market. Similarly, in the “Post Danmark” case (*European Court of Justice Judgment of 06 October 2015*,

¹⁶ The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

Case C-23/14), the existence of a non-contestable share of demand was the result of the existence of a legal monopoly on advertising mail under 50 grams. Furthermore, competitors did not cover the entire territory and customers were therefore required to use Post Danmark for shipments to areas not covered by competitors.

In addition, legal precedent has consistently demonstrated that by reason of its significantly larger market share, the dominant company “generally” constitutes an unavoidable business partner on the market (*European Court of Justice Judgment of 15 March 2007, British Airways, Case C-95/04, Point 75*). *A fortiori*, possession of a very large market share implies, in principle, that the dominant operator is an unavoidable business partner on the market for at least part of the demand (*European Court of Justice Judgment of 13 February 1979, Hoffmann-La Roche, abovementioned, Point 41*; see summary of these two situations in *European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14, Point 40*). In its “Tomra” judgment (*Court of First Instance Judgment of 09 September 2010, Tomra, Case T-155/06, Point 269*), the Court considered the company to be an unavoidable operator due to its highly dominant position, especially linked to its very large market shares of between 80% and 90%, or between 75% and 85%, depending on the product segments considered. Nevertheless, while observing the holding of very large market shares is a sign of the existence of a non-contestable fraction, it cannot be used to quantify it precisely.

Finally, the stronger the asymmetry between the market shares of the dominant operator and its competitors, the more likely loyalty rebate practices will produce an exclusion effect. This is true when the market is characterised by the presence of small operators that have not reached the

2/ HOW ARE LOYALTY REBATES ANALYSED IN PRACTICE?

critical size (*Decision 09-D-36 of 09 December 2009 pertaining to practices used by Orange Caraïbe and France Télécom on the various electronic communications markets in Martinique, Guadeloupe and French Guiana, Paragraph 316*).

BUYER BEHAVIOUR

The likelihood of buyers wanting to diversify their procurement sources also has an impact on the extent of anticompetitive effects for loyalty rebates. Indeed, the loyalty effects of a rebate that encourages buyers to meet all or part of its supply needs from one supplier are potentially stronger when buyers are initially prone to spreading their purchases across several suppliers. By transforming competition for each unit sold into competition for each buyer, loyalty rebate practices can therefore artificially modify the behaviour of buyers potentially inclined to diversify their suppliers and make “fringe” competition impossible or difficult on the market (*Decision 09-D-04 of 27 January 2009 pertaining to complaints from Les Messageries Lyonnaises de presse concerning practices used by the Nouvelles messageries de la presse parisienne group in the press distribution sector*).

The costs, complexity or risks associated with diversifying supply sources may explain the reluctance of buyers to change supplier or provider (*Decision 15-D-20 of 17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector, Paragraphs 213 to 217, and Decision 09-D-04 of 27 January 2009 pertaining to complaints from Les Messageries Lyonnaises de presse concerning practices used by the Nouvelles messageries de la presse parisienne group in the press distribution sector*). Nevertheless, the fact that customers generally use a single operator is not sufficient for excluding the anticompetitive effect when in several, non-rare situations, they prefer sharing their orders between several operators (concerning the “VPN” rebate, *Decision 15-D-20 of*

17 December 2015 pertaining to practices used in the electronic communications sector, Paragraphs 209 and 210).

MARKET MATURITY

Loyalty rebate practices used on a mature market are more likely to restrict competition by blocking market share with the dominant operator (*Decision 09-D-36 of 09 December 2009 pertaining to practices implemented by Orange Caraïbe and France Télécom in the various electronic communications services markets in Martinique, Guadeloupe and French Guiana, Paragraphs 317 and 322*). On the other hand, on a quick-growth market, the customers to be won over are new consumers in the market that are not yet bound by loyalty rebates. Consequently, even if the vast majority of demand is taken and consolidated by the dominant operator, new entrants can, in principle, more easily succeed in penetrating the market.

**3/ LOYALTY REBATES:
WHAT ROLE FOR
THE AS-EFFICIENT
COMPETITOR TEST?**



3/ WHAT ROLE FOR THE AS-EFFICIENT COMPETITOR TEST?

When loyalty rebates constitute an exclusively price-based practice¹⁷, in addition to the approaches already mentioned, they can be examined using an “As-Efficient Competitor test” (AEC test) adapted to analyse these rebates and assess the extent to which a competitor which is equally efficient to the company issuing the rebates would be able to win over beneficiary customers without generating losses. This is the approach presented in 2009 by the European Commission in its communication on priorities concerning abuses of dominant position. The Court of Justice has also on several occasions underlined that this test is not essential for demonstrating the anticompetitive nature of rebates (*European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14, European Court of Justice judgment of 19 April 2012, Tomra, Case C-549/10 P, Points 73 and 74*) while recently stating that competition authorities responsible for implementing European law are required to assess “*the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient*” (*European Court of Justice Judgment of 06 September 2017, Intel, Case C-413-14 P*), especially when the accused party asserts and provides proof that its rebates could not have produced anticompetitive effects. In light of this case law, a description of the various components of the AEC test will first be given, followed by its advantages and limitations.

17 This is not always the case: see “Exclusivity-Based Exclusion Mechanism”.

Description of the as-efficient competitor test applied to loyalty rebates

The purpose of the AEC test is to verify whether the practices implemented by a dominant company would force equally efficient competitors to apply prices below their average avoidable costs or their long-run marginal costs (or incremental costs)¹⁸. If this is the case, the potential competitors would risk being deterred from entering the market and existing competitors would have to scale back or cease their activities. However, if the dominant company's prices cover its avoidable costs or long-run marginal costs, an equally efficient competitor also has the ability to enter the market or stay in it while remaining profitable (Paragraphs 24 to 27 of the Commission's aforementioned communication).

When applied to the assessment of loyalty rebates, the AEC test verifies whether a competitor as efficient as the dominant operator is able, without incurring losses, to propose an attractive price to the customers by compensating them for the loss of rebates when they buy some of their purchases from a competitor of the dominant company. The outcome of the test therefore depends on a comparison between the effective price, whose calculation is based on an estimate of the contestable share of demand, and the cost levels.

18 The average avoidable cost (AAC) is, for each unit of products, the average costs which could have been avoided if an additional unit had not been produced. The long-run marginal cost (LRMC) is the average of all costs (variable and fixed costs) that a company incurs to manufacture a given product. This indicator is used to assess the costs associated with a specific product in the case of a multi-product company.

CALCULATION OF THE EFFECTIVE PRICE

With retroactive rebates, the price that the competitor needs to offer to be attractive, i.e. the “effective price”, is generally less than the net rebate price of the dominant operator.

As stated above (see “Bundle pricing”), when competitors cannot compete with the company applying rebates for all customer volumes and when the rebates link the “non-contestable” portion with the share of volumes that are “contestable” by competitors, these competitors need to offset the total rebate loss from the transfer of some of the customer’s purchases to the competitor on only the “contestable” portion of the customers’ purchases. To offer an attractive price, a competitor will not only have to align its net price with the dominant firm’s price; it will also have to compensate the customers for the loss of their rebate on the purchases that they continue to make with the dominant operator.

In this scenario, rather than taking into account the average market price offered by the dominant company, the test implies taking into account an “effective price” calculated using only the contestable share of sales and corresponding to the normal price, minus all the rebates lost from the dominant company due to the change in supplier, including those rebates received on the non-contestable purchases which the dominant company retains.

This “effective price” is an initial indicator of the extent of the pricing effort the competitor needs to make to compete with the dominant company’s loyalty rebates. This effective price depends closely on the level of the contestable share. For instance, in the example below, the higher the contestable share, the higher the effective price and the less the competitor needs to make considerable efforts to compete with the

discounts offered by the dominant company. However, if the dominant company uses several rebate thresholds, a higher contestable portion means that the customer purchasing all its contestable needs from the competitor could lose higher rebates than if the contestable share was limited. Depending on the extent of this second effect, the contestable share can either have a positive or negative impact on the effective price.

Assessment of the contestable share, defined by the European Commission's abovementioned Communication as "*how much of a customer's purchase requirements can realistically be switched to a competitor*" (Paragraph 42), is therefore an important step in the AEC test. To do this, the European Commission Communication on guidance on abusive

EXAMPLE OF THE IMPORTANCE OF THE CONTESTABLE SHARE

Using the example from the previous box, consider that the contestable volume is 70 units instead of 40 (and the non-contestable volume is only 10 units). The consumer would be willing to purchase 70 units from the competitor if it costs less than purchasing all the units from the dominant company, i.e. only if $10 \times 10 + 70 \times p^e < 640$, i.e., $p^e = 7,714$ euros. The effective price is now close to the dominant operator's net price (which is €8) and the risk of exclusion is lower. By purchasing the contestable volumes from a competitor, the buyer is less penalised since the price increase only concerns small volumes (10 units). The "compensation" that the competitor needs to offer the customer for the loss of the rebate is therefore limited, especially since the compensation can be spread over a large volume of units sold.

3/ WHAT ROLE FOR THE AS-EFFICIENT COMPETITOR TEST?

exclusionary conduct by dominant undertakings (Paragraph 42) notes that *“it will generally be relevant to assess in the specific market context how much of a customer’s purchase requirements can realistically be switched to a competitor. If it is likely that customers would be willing and able to switch large amounts of demand to a (potential) competitor relatively quickly, the relevant range is likely to be relatively large. If, on the other hand, it is likely that customers would only be willing or able to switch small amounts incrementally, then the relevant range will be relatively small. For existing competitors their capacity to expand sales to customers and the fluctuations in those sales over time may also provide an indication of the relevant range. For potential competitors, an assessment of the scale at which a new entrant would realistically be able to enter may be undertaken, where possible. It may be possible to take the historical growth pattern of new entrants in the same or in similar markets as an indication of a realistic market share of a new entrant.”*

The size of the contestable share can also depend on the time scale adopted. In its “Intel” decision, the Commission underlined that certain constraints preventing an equipment manager from switching suppliers in the short term can diminish in the long term. However, in the decision, the Commission considered that the relevant period was one year at the most, especially since contracts are rarely signed for more than one year in the sector in question.

In any case, it is still difficult to determine the exact contestable share. In its abovementioned guidelines (Paragraph 29), the Commission notes that *“the relevant range will be estimated on the basis of data which may have varying degrees of precision”* and that this should be taken into account in drawing any conclusions regarding the ability to foreclose equally efficient competitors. The Commission also

suggests calculating how big a share of customers' requirements on average the entrant should capture as a minimum so that the effective price is at least as high as the cost of the dominant company. In some cases, the comparison between this minimum share and reasonable contestable shares can provide enough indication of whether the rebate scheme can have an anticompetitive impact, without having to precisely define the size of the contestable share.

COMPARISON OF THE EFFECTIVE PRICE WITH THE COSTS OF THE AS-EFFICIENT OPERATOR

In an AEC test applied to loyalty rebates, the “effective price” calculated using the method described above is then compared to the costs of the dominant company in order to determine if an as-efficient competitor unable to sell on the non-contestable share of the market could match the dominant operator's prices without losing money. To make this comparison, the Commission uses the distinction recommended in the cases of predation between marginal (or avoidable) costs and average (or incremental costs), without necessarily drawing the same implications. Indeed, according to the Commission's abovementioned guidelines (Paragraph 44 of said document), when the effective price is below the average avoidable cost, as a general rule the rebate scheme is generally capable of foreclosing equally efficient competitors. When the effective price is between the average avoidable cost and the long-run average incremental cost, the Commission will investigate whether other factors point to the conclusion that the entry or expansion by equally efficient competitors is likely to be affected,

3/ WHAT ROLE FOR THE AS-EFFICIENT COMPETITOR TEST?

without necessarily going as far as to prove that the rebate scheme is part of an exclusionary strategy¹⁹.

In the same guidelines (Paragraph 24 of the aforementioned document), the Commission recognises that in certain circumstances, a less efficient competitor may also exert a constraint on the dominant firm. The Commission states that in this case, it will take a dynamic view of the constraint, given that in the absence of an abusive practice, such a competitor may benefit from demand-related advantages, such as network and learning effects which will tend to enhance its efficiency. Such cautiousness can be particularly appropriate in the case of loyalty rebates whose anticompetitive impact depends on the existence of a non-contestable share of demand. For instance, if the sector has significant economies of scale, the existence of a sufficiently large non-contestable share means that a competitor with the same cost function as the dominant operator nevertheless has higher unit costs (see *European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14, Paragraph 59*).

In its “Intel” decision, the European Commission used the average avoidable cost to identify whether any anticompetitive effect existed as this measurement of costs was enough to identify potential anticompetitive effects. However, the Commission noted that other notions of costs, particularly those incorporating a more significant portion of fixed costs, could be relevant (Paragraph 1036 of

¹⁹ In particular, the Commission states that it will consider to what extent competitors also have a non-contestable portion of demand that they can use as a leverage to decrease their prices on the contestable share of the market. ‘Where competitors do not have such counterstrategies at their disposal, the Commission will consider that the rebate scheme is capable of foreclosing equally efficient competitors’ (Paragraph 44).

the Decision). It indeed underlined that the cost taken into account must allow to assess the long-term viability of the competitor, which needs to cover the full production cost. When the fixed costs are high, as was the case in the market in question, the price needs to be significantly higher than the marginal costs to ensure the viability of the company.

Advantages and Limitations of applying the as-efficient competitor test to loyalty rebates

The AEC test applied to rebates can be used to determine whether competitors as efficient as the dominant company are likely to be foreclosed or marginalised by the rebate scheme in question. It also has the advantage of providing an objective overview of the effect of rebates on the market, even when these rebate schemes are relatively complex in terms of the number of grids, brackets and thresholds. However, as seen in past decisions, given the uncertainties with some of the data needed and the specific effects of loyalty rebates on competition, the results of these tests should be considered with caution.

ADVANTAGES OF APPLYING THE AEC TEST TO LOYALTY REBATES

As shown in the above description of different types of rebates, the potential effect of rebates depends on a broad number of characteristics and can be all the more difficult to analyse for a given rebate scheme that some of these characteristics can reinforce potential loyalty while some other parameters can reduce it. For example, a uniform retroactive rebate, which is likely to have less impact than an individualised retroactive rebate, can still have a strong impact

3/ WHAT ROLE FOR THE AS-EFFICIENT COMPETITOR TEST?

depending on the rebate thresholds and rates. A synthetic analysis of the potential effect of rebates such as the AEC test can therefore assess the “compensation”, i.e., the discount which the competitor needs to offer to its customers in order to continue to draw business despite the rebate the customers lose when they make some of their purchases with the competitor.

Furthermore, considering that a rebate does not have an anticompetitive effect if the margins of a company as efficient as the dominant company allow it to lower its price enough to compete with the rebate, the test can help avoid sanctioning practices which, while demanding greater sales efforts from the competitors of the dominant company (to the benefit of their customers), are not likely to produce anti-competitive effects.

In the abovementioned “Intel” judgment, the Court also held that “The analysis of the capacity to foreclose is also relevant in assessing whether a system of rebates which, in principle, falls within the scope of the prohibition laid down in Article 102 TFEU, may be objectively justified. In addition, the exclusionary effect arising from such a system, which is disadvantageous for competition, may be counterbalanced, or outweighed, by advantages in terms of efficiency which also benefit the consumer (*Judgment of 15 March 2007, British Airways v Commission, C-95/04 P, EU:C:2007:166, Paragraph 86*). That balancing of the favourable and unfavourable effects of the practice in question on competition can be carried out in the Commission’s decision only after an analysis of the intrinsic capacity of that practice to foreclose competitors which are at least as efficient as the dominant undertaking” (Paragraph 140). When applied to litigious rebates, the AEC test can therefore, like the more qualitative information mentioned above, be used to weigh these opposite effects.

Finally, by making a relatively conservative assessment of the share of volumes which a competitor cannot challenge, a dominant company can perform the test itself and assess the legal risk associated with its loyalty rebate scheme. Using the as-efficient competitor test can therefore contribute to the legal protection of businesses while providing them with a degree of flexibility when it comes to the rebate schemes they want to put in place.

LIMITATIONS OF APPLYING THE AEC TEST TO LOYALTY REBATES

The test has several drawbacks stemming from the data which it requires and from its inability to take into account all the potential anticompetitive effects of loyalty rebates.

Limitations related to the data required for the test

Substantial resources may be required to assess the contestable share, the costs of the dominant company and the effective prices (especially when rebate schemes are particularly complex), without any assurance that they will be reliable or precise enough to use the test. The use of these resources must therefore correlate with the usefulness of the test in order to avoid either condemning a practice which does not have anticompetitive effects and can potentially improve performance, or not condemning an anticompetitive practice²⁰.

²⁰ For example, see the conclusions of Advocate General Juliane Kokott in the “Post Danmark” case (*European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14 P*): “the added value of expensive economic analyses is not always apparent and can lead to the disproportionate use of the resources of the competition authorities and the courts, which are then unavailable for the purposes of effectively enforcing the competition rules in other areas.”

3/ WHAT ROLE FOR THE AS-EFFICIENT COMPETITOR TEST?

The cost data required to apply the as-efficient competitor test to analyse loyalty rebates is identical to that required to carry out the test in the case of predatory practices. However, in several ways, this type of test may be less needed to assess loyalty rebates than to assess predatory pricing. In the case of predatory pricing, the prices need to be compared with costs in order to assess predatory strategies since the prices are directly responsible for a potential foreclosure effect. However, in the case of rebates, the anticompetitive effect also derives from the leverage effect made between a non-contestable and a contestable share of sales. Finally, as underlined by the OECD in its background note for the roundtable on fidelity rebates²¹, if a competition authority prohibits the loyalty rebates of a dominant firm, this company will still have the ability to lower prices through simple price cuts or incremental rebates rather than through loyalty rebates.

In addition, when the as-efficient competitor test is performed for rebates, it also requires the assessment of specific parameters, such as the contestable share of demand, which is not always known with much precision. Data may also need to be collected on the quantities required by each customer as the effect of rebates can differ depending on the demand from each customer. The risk is therefore that except for relatively extreme cases where an anticompetitive

The methodology applied can (as the submissions made before the Court by Post Danmark, Bring Citymail and the Danish Government amply demonstrate) prompt considerable differences of opinion. What is more, the data available for use as a basis for such analyses are not always reliable and presuppose that the dominant undertaking is genuinely ready to cooperate with the competition authorities and the courts, which, as the German Government has pointed out, is not always necessarily the case. (Paragraph 66).

²¹ Background note issued by the OECD Secretariat for the roundtable on fidelity rebates, p. 3. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)5/en/pdf)

effect (or the lack thereof) can be confirmed, including for extremely conservative values of the various relevant parameters, the results of the test depend heavily on the values used for these parameters. The risk of error associated with the assessment of the various parameters and the subsequent doubts related to the detrimental nature of the rebates studied could result in a number of false negatives that is too high, including cases where the rebates are not justified by improved efficiency. In the abovementioned communication, the Commission also explains that comparing costs and prices “*will require that sufficiently reliable data be available*” and that it “*will take into account the margin of error that may be caused by the uncertainties inherent in this kind of analysis*” (Paragraph 41 of the abovementioned Communication).

Limitations related to the nature of the test

The aim of the as-efficient competitor test is to check whether the rebates under evaluation can result in shutting out an equally efficient competitor from the market by forcing it to apply prices that would prevent it from being profitable. In this respect, in the abovementioned “Intel” judgment, the Court stated that “*not every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition. Competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market or the marginalisation of competitors that are less efficient and so less attractive to consumers from the point of view of, among other things, price, choice, quality or innovation (see, inter alia, Judgment of 27 March 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, Paragraph 22 and the case-law cited)*” (Paragraph 134 of the decision).

However, in several instances, the Court has also underlined that the simple exclusion of as-efficient competitors does not constitute the only means by which rebates can have

3/ WHAT ROLE FOR THE AS-EFFICIENT COMPETITOR TEST?

anticompetitive effects. Therefore, based on consistent case law and prior decisions, an exclusionary effect is not only caused when it is made impossible for competitors to enter the market, but also when entry is made more difficult (*European Court of Justice Judgment of 15 March 2007, British Airways plc, Case C-95/04 P, Point 68*). The loyalty rebate practices used by the dominant undertaking therefore do not necessarily have to force competitors to invoice negative prices (i.e., prices below cost) to customers benefitting from these rebates (*European Court of Justice Judgment of 19 April 2012, Tomra, Case C-549/10 P, Points 73 and 74 and European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14, Point 56*).

Applying the as-efficient competitor test can also authorise the exclusion of competitors who are less efficient than the dominant company even though the presence of such competitors in the market could improve consumer surplus or economic efficiency and/or if the presence of as-efficient competitors appears illusory. As underlined by the *Court of Justice in its Post Danmark judgment of 06 October 2015 (C-23/14, Points 59 and 60)*, "in a situation such as that in the main proceedings, characterised by the holding by the dominant undertaking of a very large market share and by structural advantages conferred, inter alia, by that undertaking's statutory monopoly, which applied to 70% of mail on the relevant market, applying the as-efficient-competitor test is of no relevance inasmuch as the structure of the market makes the emergence of an as-efficient competitor practically impossible. Furthermore, in a market [where] access to which is protected by high barriers, the presence of a less efficient competitor might contribute to intensifying the competitive pressure on that market and, therefore, to exerting a constraint on the conduct of the dominant undertaking."

In addition, the as-efficient competitor test does not cover all the anti-competitive scenarios associated with loyalty rebates. For instance, the test cannot be used to identify anticompetitive exclusivity rebates that marginalise competitors due to the lack of coordination between buyers. Furthermore, the as-efficient competitor test cannot incorporate all the relevant factors required to assess the effect of duration discounts. The ability of customers to purchase from competitors once they are bound by a long-term contract depends on the costs associated with early termination of a contract and the complexity of the contract schemes which they have entered. For example, in *Decision 15-D-20 of 17 December 2015*, pertaining to practices used in the electronic communications sector, the *Autorité* had noted that customer contracts impeded competition due to the high early exit costs which customers faced, to twelve-month tacit renewal clauses and to the difficulty in calculating early exit costs due to accumulated rebates and in identifying when early termination without exit costs was possible for a given phone line. Finally, and even more generally, the as-efficient competitor test cannot be used to assess exclusivity strategies, which, while partially relying on rebate schemes, are also based on other types of sanctions in the event of exclusivity violations, such as product delisting or less favourable delivery conditions.

Conclusion

The AEC test applied to rebate schemes can have several advantages. It can provide a synthetic view of the effect of rebates on the market and help assess the extent to which competitors as efficient as the dominant company risk being foreclosed or marginalised by the rebate scheme. However it also has its limitations with respect to the data required to perform the test, the imprecision which could characterise

3/ WHAT ROLE FOR THE AS-EFFICIENT COMPETITOR TEST?

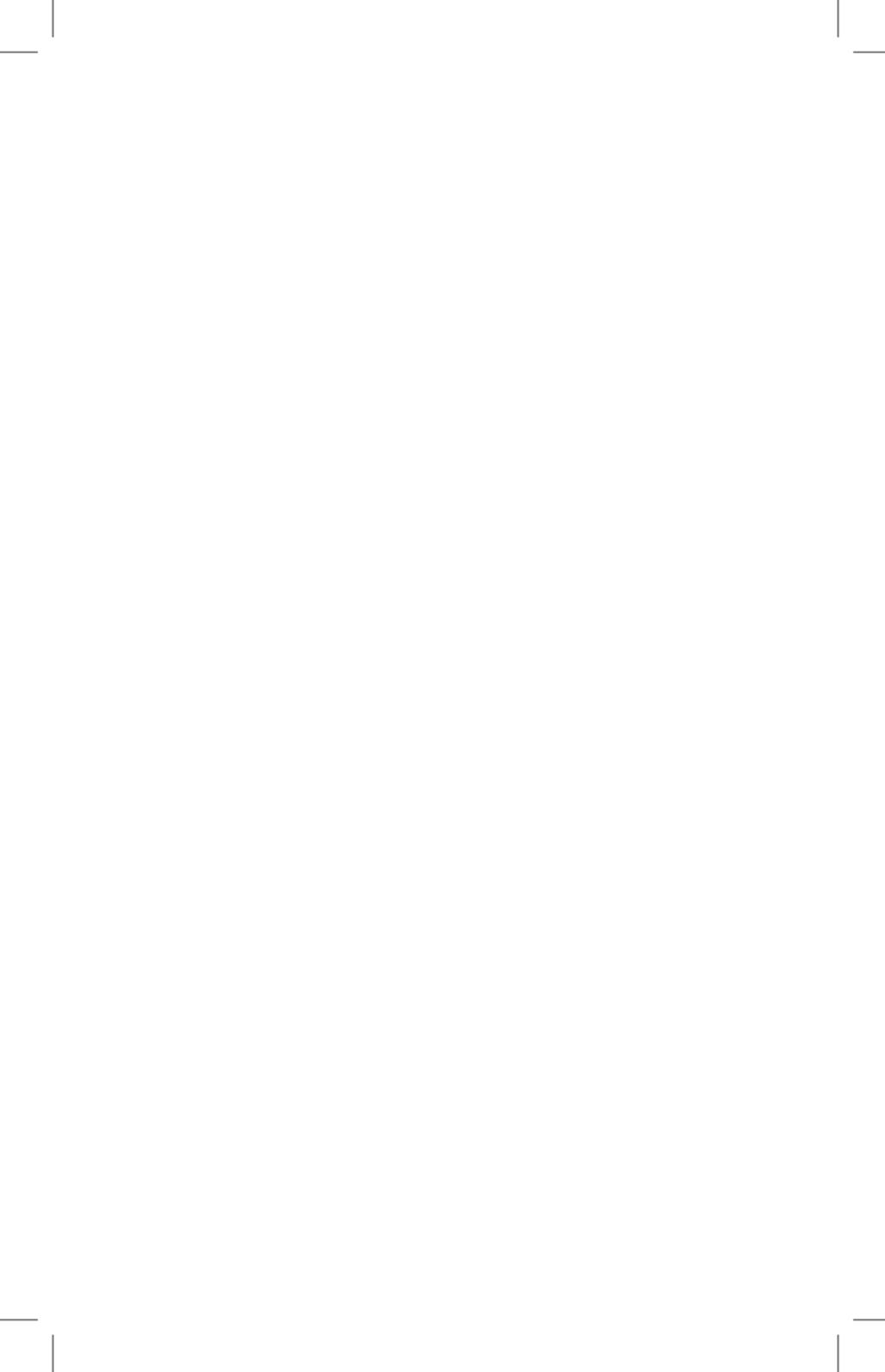
its results in some cases, and its inability to cover all the methods for implementing a rebate scheme and all its anti-competitive effects. When assessing the findings of the test, these limitations and the particular aspects of the strategy used by the dominant company or the sector in which it is implemented need therefore to be taken into account.

This analysis of the scope of AEC tests can be found in case law. The Court of Justice has already ruled that “the invoicing of ‘negative prices’ (in other words, prices below cost prices), to customers is not a prerequisite of a finding that a retroactive rebate scheme operated by a dominant undertaking is abusive (*Judgment in Tomra Systems and Others v Commission, C-549/10 P, EU:C:2012:221, Paragraph 73*). [...] it is not possible to infer from Article 82 EC or the case-law of the Court that there is a legal obligation requiring a finding to the effect that a rebate scheme operated by a dominant undertaking is abusive to be based always on the as-efficient-competitor test.” (*European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14, Paragraphs 56-57*). However, the Court specifies that “that conclusion ought not to have the effect of excluding, on principle, recourse to the as-efficient-competitor test in cases involving a rebate scheme for the purposes of examining its compatibility with Article 82 EC. [...] The as-efficient-competitor test must thus be regarded as one tool amongst others for the purposes of assessing whether there is an abuse of a dominant position in the context of a rebate scheme. (Paragraphs 58 and 61).

The Court’s recent “Intel” *Judgment of 06 September 2017 (Case C-413/14)* follows this line of jurisprudence. While recalling that in general, “not every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition” and that “competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the

market or the marginalisation of competitors" (Paragraph 134 of the judgment), competition authorities are not required to use the AEC test to assess whether an anticompetitive exclusion effect exists when examining loyalty rebate practices. However, if the company provides evidence to prove that its practices do not limit or exclude the competition, the competition authorities are required to analyse first, the extent of the undertaking's dominant position, the share of the market covered by the practice, the conditions and arrangements for obtaining the rebates, their duration and their amount, and second the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market (Paragraph 139). While the AEC test can contribute to this analysis, it can also be conducted through an assessment of all the circumstances of the case, taking into account the intrinsic characteristics of the rebates as well as the market context in which they are implemented.

**4/ WHAT
JUSTIFICATIONS
CAN BE USED
FOR LOYALTY
REBATES?**



4/ WHAT JUSTIFICATIONS CAN BE USED?

Following consistent prior decisions and case law, dominant firms may provide an objective justification of their rebate practices, particularly by claiming that they produce substantial efficiencies which benefit consumers and outweigh their exclusionary effects, or even improve competition between vendors (in this sense, *European Court of Justice Judgment of 06 September 2017, Intel, Case C-413/14, Paragraph 140; Communication of 24 February 2009 on guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, Paragraph 28 and European Court of Justice Judgment of 15 March 2007, British Airways plc, Case C-95/04 P, Paragraph 69*). In any case, to benefit from such an exemption, the behaviour in question must be indispensable and proportionate to the goal allegedly pursued by the dominant undertaking (*same communication, same paragraph, see also, European Court of Justice Judgment of 14 February 1978, United Brands, Case 27/76, Paragraph 189*). Furthermore, the company in question is required to provide proof of the efficiency gains and of the indispensable and proportionate nature of the restriction in competition associated with these gains.

A presentation will first be given of the various types of efficiencies which may be associated with the use of loyalty rebates followed by a description of the conditions that need to be fulfilled for efficiencies to be taken into account in the analysis. An analogous presentation will then be given for the other reasons justifying the use of loyalty rebates which may produce anticompetitive effects.

Justification on the grounds of efficiency gains

In theory, several efficiencies can be produced when companies use loyalty rebates. These efficiencies would, for instance, explain why rebates whose characteristics, such as exclusivity or near-exclusivity conditions or their retroactive nature, could be a mechanism through which dominant companies could seek to exclude competitors are also used by companies lacking any market power and thus any capability of excluding their competitors.

PRODUCTION COST SAVINGS FOR CUSTOMERS

Rebates strictly related to the volumes purchased can be justified by the retrocession to customers of supplier cost savings due to increase volumes, particularly in production activities with economies of scale. However, such cost savings are less likely to justify other types of loyalty rebates, such as retroactive rebates or those related to the share of purchases made from the dominant company.

THE PROTECTION OF SUPPLIER INVESTMENTS

Like exclusivity clauses, loyalty rebates can protect the investments made by a manufacturer with a distributor against other manufacturers trying to free-ride on these investments. Indeed, the manufacturer can invest in its customers, for instance in training its staff, in order to improve the sales of its own product. However, the supplier will think twice about making these investments if they potentially benefit competing suppliers. This sub-investment situation could therefore be as detrimental to consumers (who will deal with poorly trained vendors) as it could be to the

4/ WHAT JUSTIFICATIONS CAN BE USED?

companies (which will fail to sell as many products as if the vendors had been properly trained).

To ensure that its investments are profitable, the investing supplier could therefore use an exclusivity rebate to encourage its partner distributors to push the sales of its products over others. In the same way, rebates aimed at securing a long-term contractual relationship can also ensure that investments specifically made by a supplier for a given distributor become profitable. Without a long-term relationship, the supplier would indeed hesitate to make these investments out of fear that its partner would try to renegotiate price conditions by threatening the supplier with the early termination of the contractual relationship.

However, these efficiency gains imply that the company is able to prove the reality of the specific investments made, and that the contractual term or rebate period is not disproportionate to the level of its investments. Similarly, free-riding by competitors can be deterred by paying the distributor a commission (or offering an incremental rebate for each sale), so that verifying why a particular form of rebate was chosen will be an important step in the demonstration.

OPTIMAL PRICING

Loyalty rebates can improve product pricing in two ways: by eliminating double marginalisation and by enabling better price differentiation.

When a supplier sells its products through a vendor, each operator applies a margin that makes the end price too high. Both operators would collectively prefer that the end price be lower. To make this happen, specific pricing schemes can

be used, such as two-part tariffs²². When suitably specified, rebates can achieve the same result: the rebate threshold imposes the quantities which the retailer must purchase from the supplier and the price which maximises the joint-profit of the vertical chain whereas the rebate level ensures that the profit is shared between the manufacturer and its retailer²³. Furthermore, rebates can be preferred over a two-part tariff when the customer and/or supplier is reluctant to commit to fixed payments due to liquidity constraints or fears of a breach of contract. In practice, the implementation of such rebate schemes can result in high prices being applied for purchases under an optimum level or in high rebates when purchases exceed this level. More generally, any increase in competition between buyers reduces the risk of a double marginalisation. Rebates based on the share of needs rather than on volumes thus allow small customers to obtain the same purchase conditions as major customers and thus enable small distributors to better compete with large ones, thereby reducing the risk of excessively high margins being applied when products are resold.

Furthermore, the price that buyers, whether they are businesses or individuals, are prepared to pay generally diminishes with the quantities that they purchase. Thus, a supplier could wish to differentiate its prices based on the quantities which its customers purchase, for instance by offering

22 A two-part tariff is composed of a per-unit charge (variable portion) and a lump-sum fee: a variable portion equal to the marginal cost, or zero margin for the supplier, eliminates the double margin and the lump-sum portion retrocedes the supplier a portion of the surplus created by the sale of the product between the supplier and distributor.

23 K. Kolay, G. Shaffer and J.A. Ordober (2004) "All-Units Discounts in Retail Contracts", *Journal of Economics and Management Strategy*, Vol.13.

4/ WHAT JUSTIFICATIONS CAN BE USED?

rebates for the additional quantities purchased. In addition, since the reservation prices of customers and the quantities purchased can evolve differently from one customer or market to another, rebate grids may need to be individualized, depending on the customers or markets.

Finally, these motivations could also explain why share of needs rebate thresholds are preferred over volume or turnover. When the level of end user demand is uncertain, the quantities beyond which the supplier needs to set a lower price can correspond to either a high threshold (when end user demand is strong), or a low threshold (when end user demand is weak). Since the state of demand is unknown to the manufacturer, it may prefer to use rebate thresholds expressed in shares of a customer's needs.

REDUCED FINANCIAL RISK FOR THE DISTRIBUTOR AND THE SUPPLIER

When the total demand for a product is likely to vary significantly, simple quantitative rebates risk producing major price variations depending on whether the demand is high or low. However, rebate thresholds based on share of needs rather than on volumes purchased reduce the risk for the distributor and the supplier by limiting the price variations they are subjected to depending on the state of final demand²⁴. In the same way, when the final demand is stable but the share of each distributor fluctuates, if each distributor commits to having a certain share of its needs met by a supplier, the supplier can better predict its volume of demand and better plan and optimise its activity. In contrast, rebates based on

²⁴ A. Crane Daniel (2013), "Bargaining Over Loyalty", *Texas Law Review*, Vol.92

volume thresholds could generate too much risk for a distributor who cannot predict its sales volume in advance.

Conditions for taking efficiency gains into account

Generally, examples of cases where efficiency gains have been considered sufficient to offset the restrictive effect on competition are rare. To ensure that these efficiencies are taken into account to examine the effects of a rebate, the company must demonstrate that the specific characteristics of rebates under investigation, for example, the retroactive nature of rebates are required in order to obtain the alleged efficiency gains. Case law requires that the following conditions be met (e.g. *Judgment of 21 December 2017 of the Court of Appeal of Paris*²⁵, Paragraph 257, rendered on appeal of Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices implemented in the terrestrial television broadcasting sector).

ON THE CONVINCING NATURE OF THE ALLEGED EFFICIENCY GAINS

Companies must provide specific and convincing evidence to support their arguments to enable assessment of the reality and extent of the efficiencies associated with the practices (for insufficient demonstrations, V., regarding the “geographical zoning rebate”, *Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices implemented in the terrestrial television broadcasting sector*, Paragraph 260, confirmed by the *Judgment of 21 December 2017 of the Court of Appeal of Paris*²⁵, Paragraph 257 and, regarding the “loyalty bonus”,

²⁵ The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

4/ WHAT JUSTIFICATIONS CAN BE USED?

Decision 09-D-04 of 27 January 2009 regarding the case submitted by Messageries Lyonnaises de Presse against practices implemented by the Nouvelles messageries de la presse parisienne group in the press distribution sector, Paragraph 190). In particular, they must be able to justify the rebate rates applied in view of the alleged gains (for example, see *Judgment of 30 September 2003 of the Court of First Instance, Manufacture française des pneumatiques Michelin, Case T-203/01, Point 109*). Therefore the practice cannot be objectively justified when the rebate rates surpass the economies of scale gained if the rebate threshold is reached (*Judgment of 21 December 2017 of the Court of Appeal of Paris*²⁶, Paragraph 261, rendered on appeal of *Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices implemented in the terrestrial television broadcasting sector*).

The *Conseil* and the *Autorité de la concurrence* have frequently held that cost reductions due to increased volumes, which are often used as a reason to justify the use of litigious rebates, were not sufficient to justify the type of rebates used by the companies in question. For instance, rebates based on the share of needs may lead to a distributor which purchases small volumes to obtain higher rebates than a distributor which purchases large volumes. This is the case if the smaller distributor uses the supplier for a larger share of its needs than the larger distributor. In addition, highly individualised methods for calculating the rebate, which vary between customers with similar needs, tend to exclude that the rebate can objectively reflect the cost savings which may be obtained by the operator when the purchase volumes of each customer increase (*Decision*

²⁶ The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices implemented in the terrestrial television broadcasting sector, Paragraph 261). Similarly, a rebate which depends on the increase in revenue rather than absolute purchase volumes cannot be justified by efficiencies related to reduced production costs. Indeed, a customer that brings the dominant operator low yet growing sales can benefit from a higher development rebate than that given to a customer bringing higher yet stable sales (*Decision 04-D-65 of 30 November 2004 regarding practices implemented by La Poste within the framework of its sales contract*). Along the same lines, a rebate where the rate increases with the length of the customer's commitment with the dominant operator, unrelated to an increase in the quantities purchased, cannot be justified by efficiency gains resulting from economies of scale (*Decision 09-D-04 of 27 January 2009 regarding the case submitted by Messageries lyonnaises de presse against practices implemented by Nouvelles Messageries de la presse parisienne Group in the press distribution sector, Paragraph 186*). The same applies for retroactive rebates. If they are sufficiently large or if the volumes for which they apply are sufficiently high, they can lower the supplier's revenue when a higher rebate threshold is exceeded yet, it is unlikely that this higher volume corresponds to a decrease in total costs. Additional explanations are therefore required in order to justify the use of these retroactive rebates, based, for instance, on sales of complementary products or the effects of learning²⁷.

²⁷ D. Spector (2005), "Loyalty Rebates: An Assessment of Competition concerns and a Proposed Rule of Reason", *Competition Policy International*, Vol.1.

ON THE ESSENTIAL ROLE OF THE LOYALTY REBATE

In order to take into account the efficiency gains put forward by companies, they must also prove that these gains cannot be achieved without implementing the loyalty rebate in question, by adopting methods that less restrict competition. In other words, the rebate used must be necessary for achieving efficiency gains (*European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14 P, Paragraph 49*).

Therefore, the efficiency gains resulting from the implementation of a cost reduction plan launched by the company which could have led to a general price reduction cannot justify the implementation of a price rebate contingent on customers entering long-term contracts entailing an increase in costs for switching suppliers (*Decision 09-D-04 of 27 January 2009 regarding referrals from Messageries lyonnaises de presse against practices implemented by the Nouvelles messageries de la presse parisienne Group in the press distribution sector, Paragraphs 185 and 186*). Similarly, a retroactive rebate cannot be justified by economies of scale when it is clear that an incremental rebate could have achieved the same result (*Judgment of 21 December 2017 of the Court of Appeal of Paris*²⁸, *Paragraph 262, rendered on appeal of Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices implemented in the terrestrial television broadcasting sector*).

²⁸ The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

ON BALANCING THE RESTRICTIVE EFFECTS OF COMPETITION AND EFFICIENCY GAINS

Thirdly, for these efficiency gains to be taken into account, the company must show that by their nature and extent, they offset or surpass the negative effects on competition and consumer interests in the affected markets (*European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14 P, Paragraph 49*). However, if the exclusionary effect of the rebate scheme bears no relation to advantages for the market and consumers, or if it goes beyond what is necessary in order to attain those advantages, the scheme must be regarded as an abuse (*European Court of Justice Judgment of 15 March 2007, British Airways plc, Case C-95/04 p, Paragraph 86*; for example, for the “change mobile” programme, see the *Court of Appeal of Paris rulings of 23 September 2010 and 04 July 2013 issued concerning Decision 09-D-36 of 09 December 2009 regarding practices implemented by Orange Caraïbe and France Télécom on various electronic communication service markets in the Départements of Martinique, Guadeloupe and French Guiana*). In the latter case, the Court of Appeal of Paris ruled that the “change mobile” programme used by Orange Caraïbe did not have a positive outcome in that “the customer had to contribute twice to purchase a telephone, first by accumulating loyalty points for past consumption and second, by being able to use their points only if they extended their contract” (abovementioned *Decision of 04 July 2013*).

ON NON-ELIMINATION OF EFFECTIVE COMPETITION

Finally, in order for the practice to be justified by efficiency gains, it must not eliminate effective competition by removing all or most sources of actual or potential competition

(European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14 P, Paragraph 49).

Justifications associated with competitor behaviour

Based on consistent prior decisions and case law, the simple fact that other operators in the market also use loyalty rebates is not enough to justify the practices of the dominant company in that as the dominant operator, its behaviour must not negatively affect effective and fair competition on the market (*Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices implemented in the terrestrial television broadcasting sector, Paragraph 258, Decision 09-D-36 of 09 December 2009 regarding practices implemented by Orange Caraïbe and France Télécom on various electronic communication service markets in the Départements of Martinique, Guadeloupe and French Guiana, Paragraph 325 and European Court of Justice Judgment of 06 October 2015, Post Danmark, Case C-23/14 P, Paragraph 71*).

Furthermore, the fact that the rebate practice is in response to customer request, does not exonerate the company of its specific responsibility as the dominant firm (*Decision 16-D-11 of 06 June 2016 pertaining to practices implemented in the terrestrial television broadcasting sector, Paragraph 259 and European Court of Justice Judgment of 25 June 2010, Imperial chemical industries, Case T-66/01, Paragraph 305*).

However, the dominant firm may act in response to pressure from the competition. The existence of a dominant position does not prevent the dominant company in question from exercising its right to protect its own business interests if they are threatened. The company therefore has the right, to a reasonable extent, to take actions which it deems appropriate to protect its interests. Yet, the possibilities for the

dominant firm to justify loyalty rebates practices are limited, since these practices will be considered as illicit if their purpose is to strengthen the dominant position of the firm and to abuse it. (*European Court of Justice Judgment of 14 February 1978, United Brands, Case C-27/76, Paragraph 189 and Ruling of 30 September 2003 of the Court of First Instance, Manufacture française des pneumatiques Michelin, Case T-203/01, Paragraph 55*).

The dominant operator must therefore demonstrate that the response implemented was objectively necessary and proportionate to the behaviour adopted by competitors and to the objective of protecting its business interests. In particular, it must be ensured that the company in question would not have been able to counteract the competitive pressure without using the loyalty rebate practice under examination, by implementing methods less restrictive to competition.

The convincing nature of the arguments put forward by companies to justify their practices, particularly via claims of efficiency gains, remains limited. In the cases examined by the *Autorité* since 2004, rebate schemes implemented by operators were usually designed to develop customer loyalty rather than achieve additional efficiency gains from which buyers would benefit, or to counteract a business offensive initiated by competitors.

**5/ WHAT RECENT
DECISIONS HAVE BEEN
MADE CONCERNING
LOYALTY REBATES?**



5/ WHAT RECENT DECISIONS HAVE BEEN MADE?

Since the 2004 thematic study on rebates, the *Autorité* has examined loyalty rebate practices in a variety of forms on a number of occasions. Despite the wide variety of mechanisms used by companies, the above-mentioned analysis matrix helped the *Autorité* to identify various kinds of anti-competitive behaviour, including exclusivity rebates, rebates associated with contract durations and volume rebates. Rulings have also been made against rebates in more unusual forms.

EXCLUSIVITY REBATES

The “Loyalty rebate” implemented by NMPP

In its *Decision 09-D-04 of January 2009*, the *Conseil de la Concurrence* analysed several rebate schemes implemented by Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP), the dominant operator on the French magazine distribution market.

One of these schemes was a “loyalty bonus” implemented by SEAM Transports Presse (TP), a company of the NMPP group, from 1999 to 2003. The “bonus” was granted on the condition that the publisher in question use TP for all its products. This discount was 0.5% of the total value of sales for titles present for over a year within TP and 1% of the total value of sales for titles present for over two years.

The bonus was therefore conditional upon publishers committing to full exclusivity and therefore had a clear loyalty effect.

However, the concerned companies held that the demand in the sector was fully contestable and that consequently, Messageries lyonnaises de presse (MLP), NMPP’s main competitor, simply needed to offer a loyalty bonus of 0.5% or 1% to efficiently replicate the pricing policy of the dominant

company. However, the *Conseil* identified several elements in the case which allowed it to find, with a sufficient degree of certainty, that a significant share of demand could not be contested by MLP in the short term.

Firstly, customer statements gave reason to believe that NMPP was considered more reliable for magazines with high circulation numbers, for publications sensitive to misplacement errors and for promotional operations. Secondly, distribution of the key publications in a press genre increased the overall attractiveness of the distribution service with publishers in the same genre. Thirdly, there were considerable disparities in market shares between NMPP (80.8%) and MLP (19.2%). Fourthly, MLP was subject to capacity restrictions and had high fixed costs. Fifthly, NMPP was associated with the Hachette group, one of the largest publishers on the market. Sixthly, the publishing market was highly concentrated with 5% of publishers making up 83% of NMPP's revenue.

Finally, the *Conseil* noted that, like the one-off bonus studied below, the seemingly low discounts (0.5% or 1%) were misleading since they were applied to the total retail price of press products. The rebate granted through this bonus was therefore much greater.

Thus, given the fact that the loyalty bonus was explicitly conditional on full exclusivity, that its impact on pricing was significant and that MLP could not compete with NMPP in the short term for all the demand from major publishers, the *Conseil* considered that it restricted competition between press distributors.

Orange rebate on “VPN” offers

In *Decision 15-D-20 of 17 December 2015* pertaining to practices used in the electronic communications sector, the

5/ WHAT RECENT DECISIONS HAVE BEEN MADE?

Autorité condemned an exclusivity rebate used by Orange, the dominant operator on the virtual private network (VPN) market. Virtual private network (VPN) services provided by telecommunication operators meet the private and secure connection needs of businesses located on several geographic sites.

Orange implemented a set of rebates on VPN offers while telling their sales representatives to only give the rebates to customers if they did not use any third-party operators to connect their sites, thereby ensuring that it would be the exclusive provider for the company's entire network.

More specifically, in several successive versions of the document titled "*référentiel de prix et méthode de calcul des réductions de prix en avant-vente*" (Price guidelines and method for calculating pre-sales price reductions), the incumbent operator gave its sales teams instructions to apply the listed price, without the possibility of a discount, if a business customer used a third-party operator for part of the access for sites in its VPN network, even if the customer met the criteria set out in the document in terms of the length of the contract term and purchase volumes in order to obtain the rebate.

Due to the fact that the ability to benefit from the rebates explicitly depended on the exclusivity condition, the *Autorité* considered that the system put in place by Orange, the dominant operator on the market, could have restricted competition due to its ability to consolidate customers and its ability to foreclose competitors from the market.

When determining the amount of the fine, although the *Autorité* underlined the seriousness of a practice which tends to foreclose competition against the incumbent operator from alternative operators, for the negative effect the

practice had on the economy, it did take into account the fact that some customers do not wish to share their networks between several operators and were therefore not dissuaded from shopping the competition due to the rebate.

The “geographical zoning” rebate implemented by TDF

In its *Decision 16-D-11* pertaining to practices implemented in the terrestrial television broadcasting sector, the *Autorité* examined the “geographical zoning rebate” practice implemented by Télédiffusion de France (TDF), the dominant operator in the terrestrial broadcasting sector when Digital Terrestrial Television (DTT) was launched to gradually replace the old analogue television broadcasting technology.

Television channel operators grouped into “multiplexes” launched various calls for tenders between 2005 and 2009 for services to digitally broadcast their programmes. In the subsequent bids, TDF frequently applied a rebate on the condition that the multiplex used it for a large number of broadcasting sites within a zone mapped out by the incumbent operator called a “geographical zone”.

The greater the share of sites entrusted to TDF in the geographical zone, the higher the rebate (between 3 and 23%), with the rebate comprising one to three rates depending on the case. In general, the rebate was only offered if at least 70% of the available sites were entrusted to TDF. The evidence gathered for the investigation revealed that over the period in question, the thresholds for obtaining the geographical zoning rebates represented on average, depending on the applicable rates, 76% to 98% of the sites in a geographical zone.

Furthermore, it was an individualised rebate since the incumbent operator drew up the lines of the geographical zone and defined the rebate levels, and could change them from one

5/ WHAT RECENT DECISIONS HAVE BEEN MADE?

sector to another, or for the same sector, depending on the customer.

The *Autorité* considered that it was not a volume rebate because the absolute number of sites was not the determining criterion. Only the share of sites in the sector attributed to TDF was relevant in determining the rebate rate.

Furthermore, the rebate was retroactive in nature since the highest discount rate which the customer obtained applied to all the sites and not just the sites in the upper discount bracket. If a multiplex gave even a small portion of its sites to a competing operator, it faced losing a better discount rate for all the sites remaining with TDF. This type of scheme therefore discouraged customers from sharing sites in the same geographical zone between several broadcasters.

Given all this evidence, the *Autorité* concluded that the geographical zoning rebate was actually granted provided that the customer use TDF for all or a large portion of its needs.

It also determined that due to the extent of the rebate scheme, which was applied between 2005 and 2009 to a large number of broadcasting sites for a considerable share of the demand expressed when DTT was launched, it produced an effect that restricted competition in the market.

The reasons TDF gave to objectively justify its practice were also rejected.

The fact that competing operators also offered discounts in their multiplex bids and that the multiplexes had asked for rebates from the broadcasters was not regarded as grounds to justify the behaviour of TDF given its specific responsibility as the dominant operator to refrain from impeding effective and fair competition on the market.

Finally, to justify the rebate under question, TDF argued that sharing management across sites in the same geographical zone would produce efficiency gains by cutting site operation and maintenance costs. However, this justification, formulated in very broad terms, was not supported by any sufficiently precise or convincing numbers, as some substantiating documentation was actually dated after the period in question.

The *Autorité* also noted that the methods for calculating the geographical zoning rebate were highly individualised and that the number of sites per zone was not the primary criterion for setting the discount rate. Such features tended to prevent the amount from objectively reflecting the cost savings which TDF may have made through multi-site management.

In its *judgment of 21 December 2017*, the Court of Appeal of Paris²⁹ held up the fine issued by the *Autorité*, ruling that the rebate in question was based on a rationale of exclusive procurement for all or a large portion of the needs of customers in the geographical zone concerned and as such, potentially had the effect of excluding the competition in calls for tenders (Paragraphs 231 and 235). The Court then examined the other characteristics of the rebate scheme, such as the discount rates or the duration and extent of the practice and held that the geographical zoning rebate was objectively financially unjustified and limited competition on the market (Paragraph 242).

²⁹ The judgment was appealed before the French Supreme Court (*Cour de cassation*).

DURATION REBATES

The “one-off bonus” implemented by NMPP

In its *Decision 09-D-04 of January 2009*, the *Conseil de la concurrence* also examined a “one-off bonus” which NMPP offered to publishers. The rebate was originally supposed to run from 1st June 2000 to 31 December 2002. It was given to publishers who committed to use the NMPP group to distribute their publications continuously for a whole year. The rebate was given for each publication and it would increase year after year according to the following scheme:

- A 0.20% discount on the total sales price for the period from 1st June 2000 to 31 December 2000;
- A 0.30% discount on the total sales price for the period from 1st January 2001 to 31 December 2001;
- A 1.10% discount on the total sales price for the period from 1st January 2002 to 31 December 2002.

However, the highest rebate rates could only be obtained if the NMPP Group was given exclusivity for the publication in question from 2000 until the end of 2002. Consequently, if a publisher chose to accept the exclusivity principle only from 2001, the maximum discount rate at the end of the period would have been just 0.30%. This “one-off bonus”, which was initially supposed to end on 31 December 2002, was then extended until 31 December 2003.

In its analysis of this specific rebate, the *Conseil de la concurrence* first stated that the customer loyalty effect of a rebate or discount scheme can involve both quantities and time. Therefore, if a rebate artificially prolongs the period during which the customers are bound, it can be considered to restrict competition.

In the case in point, by losing the bonus if they terminated the arrangement mid-year, publishers were further incited

not to leave the NMPP Group in the middle of the year. Furthermore, the progressively increasing discount rates actually strongly incited customers to maintain their publications for three years.

In analysing the ability of the NMPP Group's main competitor, les Messageries lyonnaises de presse (MLP) to commercially compete to offset the loyalty effect of the one-off bonus implemented by the dominant operator, the *Conseil* found that the complexity of the price scales and the diversity of publications made it difficult to assess the price effort which MLP would need to make. Despite this, the *Conseil* recognised a number of things which proved the existence of a significant foreclosure effect.

Firstly, the discount rates were particularly high. The rates stated above (0.2%, 0.3% or 1.1%) were expressed as a percentage of the total sales value for the publication in question, a standard practice in the sector. When applied to the real price of the service provided by NMPP or MLP, a 1.1% discount was in reality an 11.5% discount.

The *Conseil* then took into account the significant disparity in market shares between the NMPP Group (80.8% of sales) and MLP (19.2%).

Furthermore, the fact that during the period in question, some publishers had switched publications that received the one-off bonus to MLP failed to prove that the rebate scheme did not have a loyalty effect.

The NMPP Group presented a number of justifications for the one-off bonus, arguing that it was part of a general cost reduction strategy and that it was necessary during the period in order to maintain stable revenue.

However none of the evidence presented by NMPP provided proof of efficiency gains directly linked to the organisation of the one-off bonus. In this respect, the company could have implemented an overall price reduction, which would have given it a competitive edge and enabled it to retain its customers. However, no advantages or economies of scale put forward by the accused company could be associated with greater customer loyalty. The justifications put forward by the NMPP Group were therefore rejected.

The “change mobile” programme implemented by Orange

In its *Decision 09-D-36 of 09 December 2009*, the *Autorité* condemned the “change mobile” programme implemented by Orange Caraïbe between 2002 and 2005. The scheme enabled customers to accumulate loyalty points on each bill based on the billing amount. Customers could only use their loyalty points to receive a price reduction on the purchase of a new mobile telephone if they extended their mobile contract with Orange Caraïbe for 24 months.

Customers with loyalty points who wanted to switch mobile telephone operators at the end of their contract would end up losing the value of their points, in other words, they would lose out on the rebate for the purchase of a mobile telephone. This type of loyalty scheme consequently solidified Orange Caraïbe’s market shares by dissuading consumers from shopping the competition when they were able to at the end of their contract.

The *Autorité* noted that the effects of the practice on competition were heightened due to the fact that the mobile telephone market in the French Antilles and French Guiana zone had reached maturity in 2003.

Furthermore, by reducing the number of potential customers, the loyalty practices had artificially created a barrier for any new entrants hoping to penetrate the mobile telephone market in the French Antilles and French Guiana.

The fact that the “change mobile” programme concerned only a portion of Orange Caraïbe’s customers was not viewed by the *Autorité* as excluding the anticompetitive effect of the practice given that the customers who benefited from the programme were important consumers of mobile services, generating the highest revenue per customer for Orange Caraïbe and that the customer share likely to benefit from the programme, when expressed in terms of revenue, was much higher than the customer share calculated in terms of telephone line volumes, and was also in constant progression.

Finally, the fact that a number of loyalty practices were also implemented by other operators, especially in mainland France, did not call into question the anticompetitive nature of the “change mobile” programme in the French Antilles and French Guiana region given the specific responsibility of all dominant firms to refrain from impeding effective and fair competition on the market.

When *Decision 09-D-36 of 09 December 2009* was brought before the Court of Appeal, the judges also excluded the existence of objective compensation and advantages for the consumer which could have justified the “change mobile” programme in the French Antilles and French Guiana because the customers would lose all the loyalty points they had accumulated over the course of their consumption if they switched operators (*Decision of the Court of Appeal of*

5/ WHAT RECENT DECISIONS HAVE BEEN MADE?

*Paris of 23 September 2010*³⁰). Therefore, the benefits which the consumers could have drawn from the programme were not seen to offset the anticompetitive effects identified. In its second *Decision of 4 July 2013*, the Court of Appeal of Paris ruled that Orange had not provided economic justification of the “change mobile” programme since “*the customer was effectively forced to contribute twice to purchase a mobile telephone, first by accumulating loyalty points for past consumption and secondly, by only being able to use their points by committing to future consumption*”.

In its *Decision 15-D-20 of 17 December 2015*, the *Autorité* once again condemned the “change mobile” programme, this time implemented by Orange in mainland France on the non-residential mobile services market. Between 2002 and 2010, this programme allowed non-residential customers to use points acquired only if they renewed their contract for 12 or 24 months.

In particular, Orange scaled up the implementation of the programme when the second version of the mobile telephone number portability process came into effect, making it easier and quicker for customers to switch operators and keep the same telephone number. The identified purpose of the intensified actions was to mitigate the effects of the new mobile telephone number portability on contract termination rates with its customers.

The *Autorité* found that the programme, which only allowed Orange customers to use the loyalty points they accumulated under the programme if they extended their mobile

³⁰ Later overturned by the French Supreme Court (*Cour de cassation*) *Decision of 31 January 2012* on grounds that the Court of Appeal had wrongly overlooked the application of EU provisions on abuse of the dominant position.

contract, or otherwise lose the value of them, was a loyalty practice which did not constitute competition on the merits.

It was likely to consolidate the market shares of Orange, the dominant operator, by dissuading consumers from shopping the competition when they were able to at the end of their contract. It also risked artificially creating an entry barrier for new entrants wanting to penetrate the market in question by reducing the number of potential customers and, at the very least, reducing competition on the market.

The “privilege” rebate implemented by Orange

In its *Decision 15-D-20 of 17 December 2015*, regarding practices implemented in the business telecommunication services sector in Metropolitan France, the *Autorité* condemned Orange, the dominant operator, for implementing a particularly complex loyalty scheme which included the “privilege” rebate.

According to this rebate scheme, customers who extended the length of their contract to 24 or 36 months benefited from a 10 or 15% discount on the monthly price of their mobile contract. Furthermore, at the end of this initial contract period, and if the customer did not terminate the contract by registered letter with acknowledgement of receipt at least one month before its end date, the contract was tacitly extended for 12 months renewable.

If the customer terminated the contract before its end date, they had to pay a fee equal to the total value of the monthly payments they would have paid up to the end of the contractual term. The investigation found that for a “36-month privilege” rebate applied to a €30 monthly contract beginning on 1st January 2015, the cost of early termination was usually higher than the accumulated benefit of the monthly discount which the customer received up to the termination date.

5/ WHAT RECENT DECISIONS HAVE BEEN MADE?

Professional and business customers therefore had a small window of opportunity to terminate their contract for free before it was automatically renewed for 12 months under the tacit renewal clause. This ability to terminate the contract for free was all the more difficult in that Orange did not remind customers of the contractual end date and professional and business customers with many telephones and telephone lines were in fact frequently unaware of the exact end dates for each of their contracts.

The *Autorité* also found that this range of contracts with different contract end dates for Orange customers meant that it was difficult for a customer to find a date allowing it to switch operators and avoid paying penalties.

Given the number of telephone lines affected by the “privilege” rebate (at least 75% but often 90% for certain types of mobile contracts), the large sums to be paid in the event of early termination (particularly compared to the accumulated benefit of the discount obtained by the customer) and the generally even distribution of contracts throughout the year, the investigation determined that a majority (at least 60%) of non-residential lines which Orange owned could not be contested due to the “privilege” rebate.

It also determined that the “privilege” rebate, like the “change mobile” programme, according to the company’s internal documents, had been designed by Orange as a loyalty tool aimed at preventing customers from leaving, as the termination rate was four times higher on lines free of commitments than lines under a long-term contract.

Given these findings, the *Autorité* judged that by locking the customer into long-term tacitly renewable contracts and artificially driving up the cost of switching operators, and especially exit costs, which Orange did not deny, the “privilege”

rebate, which was part of a larger loyalty scheme made up of several rebates with similar effects, was likely to have closed off the market and artificially protected Orange's position on the market by establishing the foundations of competition not on the merits.

In this case, besides issuing a fine, the *Autorité* ordered Orange to take necessary measures to end the practice and enable the effective re-establishment of competition on the markets in question. It ordered Orange to change its methods for calculating termination fees associated with the "privilege" rebate so that they would correlate with objective compensation. For instance, subsidising the replacement of the telephone, ensuring that its customers were clearly informed of the contract end dates for their lines, and enabling customers to easily obtain information about the termination fees for all their lines.

VOLUME REBATES

The rebate in the Subutex® case

In its *Decision 13-D-21 of 18 December 2013*, the *Autorité de la concurrence* fined Schering-Plough, the dominant company on the French urban high-dose buprenorphine market, for giving volume rebates aimed at preventing pharmacies from procuring the drug from competing suppliers.

As part of a general strategy to confront the arrival of generic versions of its drug Subutex®, Schering Plough implemented a scheme where rebates were calculated based on the volume of Subutex® purchased by pharmacies:

- A 5.5% discount for the purchase of 70 boxes;
- An 8% discount for the purchase of 200 boxes;
- A 10.5% discount for the purchase of 350 boxes.

5/ WHAT RECENT DECISIONS HAVE BEEN MADE?

The way this rebate scheme was structured had the direct consequence of saturating pharmacy shelves at exactly the time when generic versions of Subutex were released on the market. Indeed, 350 boxes, the volume required to obtain the highest discount, corresponded on average to 3 months' worth of stock, while the normal storage period was usually five to eight days. The rebate therefore prevented competitors from penetrating the market for a long period, at exactly the time when generic versions of Subutex entered the market.

As the case concerned the existence of objective compensation, the investigation found that the services provided by pharmacists in exchange for the rebate, in this case their participation in a survey, were largely fictive and did not correlate with the real value of the financial advantages granted. Consequently, these rebates did not constitute a compensation economically justified by benefits or savings for the supplier.

In any case, evidence from the case revealed that these rebates had been implemented as part of a conscious strategy to saturate pharmacy shelves to block competition from generic brands.

Thus, the rebates offered by Schering Plough, which encouraged pharmacists to procure the drug from the dominant company for a period much longer than the usual storage period, which was not justified by any tangible compensation, and which constituted a clear exclusion strategy, was anticompetitive.

The “fleet” rebate implemented by Orange

In its *Decision 15-D-20 of 17 December 2015*, the *Autorité* sanctioned the “fleet” rebate implemented by Orange for all its packages (landline, mobile, Internet) and all segments of its

professional and business customers. The rebate was automatically applied to the price of the monthly plan as soon as the customer qualified and the price varied based on the number of telephone lines the customer had and sometimes on the call volume.

For up to 100 lines, discount brackets and rates were determined by a standard grid. However, over and above 100 lines, the “fleet” rebate could be highly individualised as tailored offers, with discount rates for calls and packages ranging between 20% and 70%.

For tailored offers, the investigation files contained numerous examples where rebates were given to customers in return for a minimum number of telephone lines, or provided they reached a minimum call volume, or on condition a minimum level of sales was achieved.

It was also determined that the “fleet” rebate was applied generally and not by bracket. Therefore, when the customer had reached a higher discount bracket by increasing the number of lines, the most advantageous discount rate in the bracket applied to all the lines and not just the purchases within the bracket (“retroactive rebates”). Furthermore, the discount rates increased considerably with the volume of telephone lines or calls. Coupled with the application of the highest rate achieved by the customer to all the lines or total call volume, these progressive rates could generate significant threshold effects.

Consequently, the *Autorité* ruled that given the evidence of the case, the “fleet” rebate, in its various forms, could have led Orange customers to procure service from this operator alone since breaking up the fleet between several operators could drive up the cost of lines provided by Orange due to a less favourable rebate.

The *Autorité* also underlined the complementarity and accumulative nature of the “privilege” rebate and “fleet” rebate, which were both schemes used under the same customer loyalty sales policy. One (the “fleet” rebate) was applied generally and had the purpose of attracting as many as possible, if not all of the customer’s non-residential lines to Orange, while the other (the “privilege” rebate) was applied for each line and had the purpose of securing the Orange fleet by locking the customer into a long-term contract.

In view of this information, the *Autorité* ruled that the “fleet” rebate, which was part of a larger loyalty scheme made up of several rebates with complementary effects, was likely to close off the market and artificially protect Orange’s position on the market by establishing the foundations of competition not on the merits.

The volume rebate implemented by TDF when DTT was rolled out

In its *Decision 16-D-11 of 06 June 2016*, the *Autorité* examined a practice which TDF implemented between 2005 and 2009 in the digital terrestrial television (DTT) broadcasting sector, where it gave a rebate based on annual sales generated by each customer for all the on-going contracts (called the “annual qualifying amount”).

The grid setting the rebate rates was standardised, in that it was offered to all multiplex customers and each one could obtain the same rebate rate if it reached the corresponding annual qualifying amount.

The rebates were applied bracket by bracket. This way, the highest rebate rate reached by the multiplex was applied only to the portion of sales within this upper segment and not to all the sales generated by the customer. There was

therefore no retroactive effect as the most favourable rate achieved at a later time was not applied retroactively to the first contracts.

However, as DTT broadcasters were selected by television channels grouped into multiplexes via calls for tenders, generally for a term of five years, the “annual qualifying amount” was cumulative and increased as the customer entered new contracts with TDF.

The rebate, which varied depending on the “annual qualifying amount” generated by the accumulation of ongoing contracts, therefore took into account the past behaviour of the customer, which was kept on file over the entire contractual period.

Consequently, the *Autorité* viewed this scheme as “hybrid”, in the sense that the annual rebate rate did not only correspond to the cost savings made from the contracts won in the current year, but it was also influenced by the orders placed over the previous period.

Thus, the customers who had not increased their “annual qualifying amount” quickly enough at the beginning of the period, decreased their chances of obtaining high rebate rates at the end of the period. Such a mechanism could have a loyalty effect if the customer anticipated at the beginning of the period, that it would be forced to procure a significant portion of its purchases from TDF at the end of the period. It was therefore incited to reach high “qualifying amounts” quicker by first making all its purchases from the dominant firm on the contestable portion of the market in order to later receive higher rebates on the non-contestable portion of the market corresponding to orders that it would have to place with TDF.

5/ WHAT RECENT DECISIONS HAVE BEEN MADE?

However, in the specific circumstances of the case, the *Autorité* determined that this particularity of the volume rebate scheme implemented by TDF was not sufficient alone to characterise a foreclosure effect in that there was no way of anticipating how the market would function.

The characteristics of the market had changed between the launch of the main DTT network in 2005 and the launch of the secondary network in 2008. For the launch of the secondary network, which covers rural regions, the broadcasting operators had chosen infrastructure-based competition, consisting in installing their own broadcasting towers, rather than the solution of having their transmitters hosted on TDF towers, imposed by the French Telecommunications and Posts Regulator on the incumbent operator, as was largely the case when the primary network was launched in urban areas.

Given the significant entry barriers, particularly in terms of the time needed to access land and the time needed for construction, TDF came up against little competition in the call for tenders for the roll-out of the secondary network although it faced competition for the vast majority of the calls for tenders when the primary network was rolled out.

Furthermore, TDF's main competitor had indicated that it had freely chosen to favour competition based on infrastructure by only submitting bids where it was able to install its own towers. This economic model enabled it to pool several customers and services (TV, radio, mobile telephone service) on the same site in order to better cover its fixed costs.

Given this particular context, the *Autorité* found that it was not possible to affirm that customers could anticipate this change in the mode of competition and adjust their purchases before 2008 in order to then receive a higher rebate

on a portion of the market that they predicted would not be contested. In this context, it concluded that it was not established that the volume rebate used by TDF when DTT was rolled out was likely to foreclose competition on the market.

OTHER REBATES

In its *Decision 04-D-65 of 30 November 2004* regarding practices implemented by La Poste within the framework of its business contract, the *Conseil de la concurrence* analysed two distinct types of rebates. First, a “business rebate” (0.5 to 4%) was determined based on the total sales for year N-1, but applied to the sales for the year in progress. Secondly, a “growth rebate” was based on sales growth. The rebate was calculated by comparing the sales segment in year N with year N-1 and applied from the first additional Euro. The rebate rate was staggered from 15% to 30% and the total rebate could not exceed 8% of the net postal sales of year N.

In its analysis of these rebate schemes, the *Conseil* noted that the sales figures used as a basis for calculating the discounts were overall sales covering all the postal products purchased by the customer. The purchase of “reserved sector” services, i.e. not open to competition (letters under 350 grams or at a price less than five times the base price and addressed mass mailing under 100 grams) were combined with purchase of services subject to competition (parcels, mass mailing over 100 grams, unaddressed advertising flyers, catalogues, etc.).

Yet, these various services use specific distribution networks and transit through different distribution and processing centres. Furthermore, specifically for the “growth rebate”, its calculation method enabled a customer with a relatively low, yet increasing business volume, to obtain a rebate while a customer generating high yet constant sales

5/ WHAT RECENT DECISIONS HAVE BEEN MADE?

did not receive a discount. Consequently, the rebates in question were not justified by any economies of scale and were devoid of any economic justifications. Their sole purpose was therefore to strengthen incentives for major customers to concentrate their purchases of products subject to competition with La Poste.

Furthermore, the decision showed that at the time, La Poste not only held a monopoly for products in the reserved sector, but it also held a very strong position for business mail and mass mailing over 100 grams (95% of market share) and business parcels sent to individuals (65% of market share). In addition, the main competitors in these segments were mainly strictly local players or part of mail order companies (such as La Redoute and les 3 Suisses). In this context, the rebates in question, which were calculated based on overall sales, inevitably had a significant loyalty effect.



CONCLUSION

Depending on their characteristics and on the context of the market in which they are implemented, rebates can either benefit customers by increasing competition or deprive them of part of the gains they can expect from free and fair competition, by foreclosing competitors, preventing them from penetrating the market or by decreasing competition between existing operators.

In particular, rebates can have an anticompetitive effect when they are directly or indirectly based on a bundling or leverage mechanism between non-contestable and contestable purchases. For instance, incremental rebates associated exclusively with purchase volumes are generally unlikely to generate a foreclosure effect, except in the case of predation, because in principle, they do not have a leverage or bundling effect which the dominant company could use to force its customers to abandon the products or services of competitors. However, this leverage effect exists when rebates are retroactive and when the company offering the rebates is not subject to competition for a portion of customer needs, due to its strong dominant position or to more specific circumstances.

Furthermore, “exclusivity” rebates, referred to as such because they encourage customers to purchase all or a significant portion of their needs from the dominant operator, require particular attention due to their ability to foreclose competition, although the company in question may be able to demonstrate that the rebates do not have any anticompetitive effects.

In this context, in order to assess the legality of the rebates in the cases brought before it, the *Autorité de la concurrence*

uses a comprehensive approach that takes into account several factors related to the characteristics of the rebate and to the market context, such as the proportion of the market actually covered by these rebates, the basis to which they are applied or the levels of the rebate thresholds and the corresponding rebate rates. If the assumptions and data used are reliable and adapted to the market context and to the characteristics of the rebates, the as-efficient competitor test can also be a useful analysis tool, among others, to assess the extent of the foreclosure effect which can result from the loyalty rebates, but its use is not compulsory. Finally, as part of a comprehensive approach of the effects likely to be caused by the practice, the *Autorité* also takes into account any economic efficiency gains associated with loyalty rebates under the conditions established by case law.