

# DIALOGUE AVOCAT-ÉCONOMISTE

Sous la responsabilité de Gildas de MUIZON, Économiste, Microeconomix



**Louis VOGEL**  
Avocat à la Cour  
Vogel & Vogel



**Laurent BENZONI**  
Économiste  
Tera Consultants

## Les discriminations entre entreprises

La liberté commerciale et contractuelle des opérateurs économiques se traduit souvent par des discriminations entre entreprises, au gré du pouvoir de négociation de chacune d'elles ou d'enjeux économiques spécifiques à chaque transaction. Mais est-il permis de traiter différemment des partenaires économiques placés dans la même situation ? Regards croisés.

RLC 2304

**Revue Lamy de la concurrence :** *Dans certains systèmes juridiques, les discriminations de premier degré consistant à traiter différemment des partenaires économiques placés dans la même situation sont interdites per se, indépendamment d'une position dominante ou d'une entente, ou l'ont été jusqu'à récemment, en France par exemple jusqu'à la loi LME de 2008 (L. n° 2008-776, 4 août 2008) ? Quel regard portent l'économiste et le juriste sur une telle interdiction per se ?*

**Laurent BENZONI :** Du point de vue de l'analyse économique, de telles interdictions *per se* ne sont, en général, pas justifiées. Il faut considérer qu'il est concrètement difficile d'identifier, dans la réalité des affaires, deux transactions absolument identiques. En effet, il ne suffit pas de raisonner seulement en fonction des quantités et qualités du produit échangé, mais de considérer aussi la dimension temporelle de la transaction, dimension parfois essentielle pour comprendre le niveau des prix sur un marché.

D'un point de vue conceptuel, deux transactions réalisées à deux dates différentes peuvent être considérées comme identiques, si et seulement si, toutes les choses sont restées égales par ailleurs. Or, cela est rarement le cas.

Considérons, par exemple, l'évolution des stocks du produit échangé. Si le niveau des stocks varie, cela peut influencer sensiblement le comportement des acheteurs ou des vendeurs, à travers leurs anticipations, indépendamment de la quantité ou de la qualité des produits échangés. Ainsi une transaction en quantité et qualité effectuée à une date  $t$  avec un niveau de stock donné s'effectuera à un certain prix. La même transaction réalisée en  $t + n$  avec un autre niveau de stock s'effectuera à un autre prix, car vendeurs et acheteurs auront intégré le niveau de stock dans leur décision de vendre ou d'acheter.

Ainsi, des prix qui pourraient être différents et jugés discriminatoires dans le cadre d'une analyse *per se* peuvent s'inscrire dans le jeu normal de la concurrence. La loi a donc évolué dans le bon sens.

**Louis VOGEL :** En matière de discrimination entre entreprises, les différents systèmes juridiques se trouvent confrontés à un conflit entre la recherche de l'efficacité, prônée par la théorie économique, et la volonté, plus juridique, d'assurer un traitement identique à tous les opérateurs placés dans la même situation pour des raisons d'équité et de protection de la partie faible.

Si l'on met l'accent sur l'efficacité, la discrimination ne doit être sanctionnée que pour autant qu'elle constitue un abus de position dominante ou est le fruit d'une entente. Si l'on fait prévaloir l'équité, l'on peut être tenté d'interdire la discrimination indépendamment de son effet sur le marché.

Les systèmes juridiques cherchent à trouver un équilibre entre ces deux tendances. Avec le temps, on s'est rendu compte que l'interdiction *per se* induisait beaucoup d'effets pervers et était un facteur de rigidité, d'où son abrogation en France par la loi LME en 2008. L'évolution du droit positif, qui obéit à un souci d'efficacité économique, est sans aucun doute justifiée, même si elle se heurte cependant toujours à une très forte résistance, tant en doctrine qu'en jurisprudence, parce que la discrimination heurte l'égalité, principe cardinal de l'organisation des rapports sociaux dans notre pays.

**RLC :** *S'agissant des discriminations de deuxième degré, les différenciations tarifaires, dans quels cas sont-elles condamnables et à quelles conditions peuvent-elles être justifiées ou rachetées ?*

**L. B. :** Les discriminations de deuxième degré (rabais sur quantités ou autres) sont considérées comme augmentant le bien-être collectif et le surplus du consommateur. À ce titre, elles ne sont soumises à aucune restriction *a priori*.

Le problème essentiel reste néanmoins de vérifier du point de vue économique, que certaines pratiques de discrimination n'induisent pas des atteintes à la concurrence qui, par exemple, provoqueraient l'éviction de concurrents. Ainsi, une pratique tarifaire classique (rabais sur quantités ou primes

de fidélité par exemple) peut, dans certaines circonstances, devenir « *excessive* » et emporter les effets indésirables d'une discrimination, des transactions strictement identiques ne seront pas tarifées au même prix selon les consommateurs, produisant conjointement une atteinte à la concurrence par un effet d'éviction des concurrents.

Les autorités de concurrence ont eu de nombreuses occasions de se prononcer sur des cas de ce type dans des secteurs très divers : pneumatiques, audiovisuel, pharmacie, télécommunications, etc. Elles ne jugent donc pas le caractère anticoncurrentiel de la pratique *per se* mais doivent en analyser les effets dans un contexte où l'effet positif est manifeste, le plus souvent une remise de prix au bénéfice de certains consommateurs tandis que les effets négatifs sont plus diffus touchant certains consommateurs et/ou certains concurrents, en étant à la fois statiques et dynamiques. Des pratiques tarifaires mises en œuvre par des entreprises disposant d'un pouvoir de marché peuvent ainsi entraîner d'importants effets anti-concurrentiels, notamment la diminution de la capacité concurrentielle des concurrents, des effets qui ne sont pas le résultat d'une concurrence par les mérites mais résultent de l'exercice abusif de la puissance de marché.

**L. V. :** Différents types de différenciations tarifaires doivent être distingués. Certaines portent sur le volume de consommation et octroient aux acheteurs des rabais si leurs achats dépassent un certain seuil. Ces systèmes peuvent être abusifs notamment s'il en résulte un effet de fidélisation, qui, en incitant un client à ne pas s'approvisionner auprès d'un autre offreur pour la totalité ou la quasi-totalité de ses besoins (CJUE, 19 avr. 2012, aff. C-549/10 P, Tomra), affaiblit les concurrents en les contraignant à sortir du marché ou en les dissuadant d'y entrer. D'autres différenciations tarifaires s'appliquent aux produits consommés, notamment les différenciations on net/off net qui peuvent préjudicier considérablement à la position concurrentielle des plus petits opérateurs. Enfin, certaines différenciations tarifaires consistent en des baisses de prix ciblées sur certains clients ou certains segments du marché.

Dans le domaine des abus de position dominante, la théorie de l'efficacité économique a conduit à adopter une analyse moins formaliste, plus économique, des discriminations. Les différenciations tarifaires ne seront condamnées en tant qu'abus de position dominante qu'après une évaluation préalable de leurs effets, à tout le moins potentiels, sur le marché.

Le recours à la théorie de l'efficacité économique s'est également traduit par une admission, certes limitée, de la théorie des gains d'efficacité susceptibles d'être réalisés du fait du comportement restrictif, à condition qu'ils soient indispensables à leur réalisation, qu'il n'existe pas d'autres voies moins anticoncurrentielles, que les gains l'emportent sur les effets anticoncurrentiels et que le comportement considéré n'élimine pas la concurrence effective sur le marché. Les conditions d'admission très strictes des gains d'efficacité sont toutefois rarement réunies. Dans la décision Intel, la Commission a refusé qu'ils puissent justifier des rabais de fidélité. De même, l'Autorité de la concurrence a considéré dans l'affaire *on-net*, que la discrimination tarifaire entre appels on-net et off net n'était pas indispensable pour les réaliser.

En définitive, il apparaît qu'en droit, la liberté des opérateurs économiques constitue aujourd'hui le principe, la sanction des différenciations tarifaires n'intervenant que dans la mesure où le libre jeu de la concurrence est lui-même en danger.

**RLC :** Une question est d'une particulière actualité aujourd'hui : peut-on différencier entre ventes par internet et ventes en magasins physiques ? Que nous disent l'économie et le droit sur ces différenciations ?

**L. B. :** Si tous les distributeurs sont soumis aux mêmes obligations (tout distributeur sur internet a aussi l'obligation de distribuer en magasin physique), les conditions de concurrence entre réseaux de distribution sont homogènes et il ne peut y avoir *a priori* de dysfonctionnement concurrentiel.

En revanche, si les contraintes ne sont pas les mêmes, notamment lorsque certains distributeurs sont de « *pure player* » du commerce électronique, le risque, parfaitement identifié, peut être de favoriser des comportements de passagers clandestins (*Free riding*), en particulier, s'agissant de produits complexes ou nouveaux, un consommateur peut se rendre dans un magasin pour connaître une première expérience de consommation (parfums par exemple) ou se faire expliquer le fonctionnement du produit et comparer les avantages et inconvénients des produits en concurrence (smartphones par exemple). Une fois son opinion forgée grâce à la présence physique du magasin et l'assistance coûteuse d'un vendeur qui ne sont pas rémunérées par le consommateur, le consommateur peut aller acheter le produit choisi en magasin sur le site Internet d'un distributeur « *pure player* ». Le distributeur virtuel ne supporte donc pas les mêmes coûts de distribution et d'information du consommateur que son concurrent disposant de magasins, il peut alors être plus compétitif en prix et plus rentable. Le résultat est alors une concurrence faussée. Le magasin produit une « *externalité positive* » qui est coûteuse récupérée gratuitement par le « *pure player* ».

Dans des secteurs où ce phénomène serait important et généralisé, il s'ensuit un risque réel de disparition trop important de magasins physiques au détriment à long terme du consommateur. Cette situation s'observe dans le paradoxe de magasins dont la fréquentation par les consommateurs ne baisse pas mais où les ventes baissent de façon radicale entraînant leur fermeture (exemple des biens d'électronique grand public). Dans ces contextes, faute de pouvoir faire payer l'entrée en magasin aux consommateurs potentiels (NB une chaîne de magasin de produits bio en Australie tente une expérience en faisant payé 4\$AUS l'entrée du magasin remboursé sur le 1<sup>er</sup> \$ d'achat), il pourrait être légitime pour un offreur, soucieux de préserver un accès physique des consommateurs à ses produits accompagné d'un conseil sur ses produits, de discriminer les conditions de vente des produits selon les canaux de distribution. Par exemple, il pourrait accorder des exclusivités temporaires aux magasins physiques avant que le produit ne soit disponible sur Internet pour éviter ce phénomène de passager clandestin voire même imposer des prix de vente minimaux de ses produits aux sites Internet lors de la période de lancement.

Mais, toutes ces mesures ne peuvent être que transitoires. Ici aussi une bonne raison de discriminer sur le plan économique peut aussi masquer de mauvaises raisons se protéger contre un nouveau mode de distribution efficient répondant aux attentes des consommateurs. Les autorités de concurrence doivent donc rester vigilantes et examiner au cas par cas ce qui procède de la bonne discrimination de ce qui relève de la mauvaise.

**L. V. :** Il existe actuellement en droit positif une faveur excessive pour le développement des ventes par internet qui relève davantage d'un *a priori* que d'une analyse concurrentielle

approfondie. Il convient d'assurer une égalité de concurrence entre canaux et un équilibre entre la distribution par internet et la distribution physique.

À cet égard, la position de la Commission permettant aux fournisseurs de subordonner la vente par internet à la détention par leurs distributeurs d'un ou plusieurs magasins physiques et à la réalisation de chiffres d'affaires minimaux en magasins physiques constitue une solution visant à éviter ou limiter l'effet pervers de passer clandestin que peut entraîner la

coexistence de distributeurs physiques assurant un service de vente et de distributeurs *pure players* non soumis aux mêmes contraintes. Il est indispensable de maintenir cette condition de détention d'un magasin physique et de considérer qu'elle ne constitue qu'un critère qualitatif de distribution. De même, il paraît normal de rémunérer à leur juste valeur les services rendus par les magasins physiques, non fournis par la vente par internet, sans que cette pratique puisse être identifiée à un prix dual prohibé. ♦

 **Lamy**  
une marque Wolters Kluwer

TRANSFERT DE S...

STITUTION

SSP en date d...  
ARL...  
avenue René-DURCOURONNES  
à l'étranger : pres...  
administrations ou  
l'annexement PME et PMI  
péennes, dans leurs  
tous pays et en parti...  
compter de l'immatr...  
000 euros.  
FRANÇOIS MARQUE et  
IQUE demandant tous  
sieurs René-Durcouron  
NNEES sont nom...  
spéciaux de la société  
M. J. d'EVRY  
La gérance...

**PRO DU DROIT**  
cherche collaborateur  
virtuel. Efficace d'un  
seul clic et disponible  
7/7 & 24h/24.  
**Présentation  
impeccable exigée.**

AVIS DE CONSTITUTION

LAMYLINE, RÉPONSE(S) ASSURÉE(S)

## Découvrez votre nouveau collaborateur virtuel

- Accès en ligne 24h/24
- Tous les fonds juridiques Lamy et Liaisons
- Les fonds officiels dont les fonds et le flux Cours d'appel JuriCa
- Nouvelle interface intuitive
- Recherche simplifiée
- Expansion sémantique
- Lecture écran des publications inédite
- Présentation optimisée des résultats
- Nouvelles fonctionnalités de tri et toujours un système de liens inversés unique...
- Pour en savoir plus [www.lamyline.fr](http://www.lamyline.fr)

 N°Indigo 0 825 08 08 00  
0,15 € TTC / MN

  
Plus net sur le droit