

LA THÉORIE ÉCONOMIQUE DES PROGRAMMES DE FIDÉLISATION MULTIPRODUITS

Roger Ware
Université Queen's

In this I paper I review the economic theory of loyalty discount programs. The emphasis is on recent developments, both in economic understanding and its application to recent cases. I begin with a taxonomy of loyalty programs within which the majority of litigated cases can be identified. A key feature of recent theorizing about loyalty programs is the importance of the dominant firm's uncontestable market, a market which in which entrants cannot compete, either because of insufficient capacity, or because in multiproduct cases, the entrant does not have the technology or expertise to produce in some products supplied by the dominant firm. Other issues that are discussed are the analogy between loyalty programs and price discrimination, which is a helpful one, and the less helpful analogy with predatory pricing theory and case law. I also assess the potential for "bright-line" tests for anticompetitive loyalty programs to emerge.

Dans cet exposé, je passe en revue la théorie économique des programmes descompte de fidélisation. L'accent est mis sur les faits nouveaux, tant sur le plan de la compréhension économique que sur le plan de son application aux affaires récentes. Je débute par une taxonomie des programmes de fidélisation auxquels la majeure partie des litiges peuvent être rattachés. Occupe une place de premier plan dans les théories au sujet des programmes de fidélisation l'importance du marché non disputable de la société dominante, marché sur lequel les entrants ne peuvent pas livrer concurrence, parce que le manque de capacité ou la multiplicité des produits les empêche de disposer de la technologie ou de l'expertise nécessaire pour fabriquer certains produits fournis par la société dominante. Sont également analysées l'analogie entre les programmes de fidélisation et la discrimination par les prix, qui est utile, ainsi que l'analogie, moins utile, avec la théorie et la jurisprudence sur les pratiques de prix d'éviction. J'évalue également la possibilité que ressortent des critères clairs en matière de programmes de fidélisation anticoncurrentiels.

INTRODUCTION

Les aspects juridique et économique des programmes de fidélisation sont en constante évolution depuis des décennies, faute d'un cadre théorique bien défini qui permettrait d'analyser les

effets concurrentiels. L'absence de consensus s'est manifestée par des divergences dans les décisions des tribunaux antitrust. Comme l'ont décrit Scott Morton et Abrahamson (2016), les tribunaux américains ont souvent tracé un parallèle entre les rabais de fidélisation et les doctrines portant sur la vente liée, l'exclusivité et les prix d'éviction, et ce, en raison de l'absence d'un cadre théorique solide concernant les remises de fidélisation.

Comme le soutient Giolio Federico (2011), la Commission européenne semble avoir établi un cadre plus solide pour orienter les affaires antitrust liées aux remises de fidélisation, comme en témoigne la publication d'un document d'orientation en 2009. Or, même après la publication de ce document dans l'Union européenne, la position du Tribunal a oscillé entre une interdiction presque totale des rabais de fidélisation offerts par des sociétés dominantes (p. ex.; l'affaire *Tomra*) et une approche plus nuancée fondée sur la règle de bon sens (p. ex.; l'affaire *Intel*)¹. La grande disparité des approches adoptées par les tribunaux européens pour trancher ces causes porte à croire qu'il existe toujours un besoin de clarifier et de renforcer la théorie économique des programmes de fidélisation².

Au Canada, plusieurs affaires importantes ont contribué à étoffer la jurisprudence traitant de ces programmes en vertu de l'article 79 (abus de position dominante) de la *Loi sur la concurrence*. L'affaire *NutraSweet*, la première que le commissaire a déposée en matière d'abus de position dominante, concernait l'utilisation de remises de fidélisation dans le but d'exploiter un pouvoir sur le marché et d'en abuser. NutraSweet offrait à ses clients un rabais substantiel sur l'aspartame s'ils achetaient le sien exclusivement et s'ils acceptaient d'inclure le logo de NutraSweet sur l'emballage de leurs produits pour particuliers (dont la plupart étaient des boissons gazeuses en bouteille ou en cannette). Le rabais total, découlant surtout de l'affichage du logo, était de l'ordre de 40 % du prix courant. Comme c'est le cas avec de nombreux programmes de fidélisation, NutraSweet offrait à ses clients un incitatif majeur afin d'obtenir l'exclusivité de leurs achats, et une analyse révèle que les effets concurrentiels de cet incitatif s'apparentent à ceux de l'exclusivité.

Le Tribunal a conclu que ce procédé de fidélisation engendrait des frais de changement de fournisseur substantiels pour les clients, et que l'ensemble des restrictions imposées aux clients équivalait à une pratique

d'agissements anticoncurrentiels, qui empêchent ou entravent la venue de fournisseurs concurrents.

L'affaire *Tuyauteries Canada* étant abordée dans une section distincte à la fin du présent article, nous ne l'examinerons que brièvement ici. Tuyauteries Canada offrait un lot de remises de fidélisation aux distributeurs qui acceptaient d'offrir exclusivement les produits de drain, de renvoi et d'évent en fonte de Tuyauteries Canada. (Les distributeurs étaient tout à fait libres d'offrir des produits de drain, de renvoi et d'évent en plastique.) Le programme touchait de multiples produits, puisque Tuyauteries Canada fournissait aux distributeurs les tuyaux et les raccords. Selon le Tribunal, même si Tuyauteries Canada occupait une position dominante dans les marchés concernés, l'application du programme de fidélisation ne constituait pas une pratique d'agissements anticoncurrentiels. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale, puis l'affaire a été réglée à l'amiable peu de temps après.

La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Tuyauteries Canada* a été importante pour clarifier le cadre juridique, non seulement pour les programmes de fidélisation, mais aussi, en général, pour les affaires touchant l'abus de position dominante. Premièrement, la Cour a souligné l'importance de tenir compte du facteur déterminant dans l'analyse des effets concurrentiels. C'est-à-dire que les agissements anticoncurrentiels doivent être examinés en regard d'un monde conjectural dont ils sont absents, et non d'une norme absolue hypothétique en matière de concurrence. Deuxièmement, la Cour a estimé que l'alinéa 79(1)b) de la *Loi sur la concurrence* portait sur l'objet d'une pratique d'agissements anticoncurrentiels, et non sur ses effets.

Enfin, en 2003, le Bureau de la concurrence a fait enquête sur le programme de fidélisation d'IKO Industries ltée, le plus important fabricant de bardeaux d'asphalte du Canada. Le Bureau a négocié une modification du programme occasionnant un passage à des remises liées au volume.

Un programme de fidélisation peut être défini comme un programme offrant une remise à un acheteur en fonction de son volume de ventes. La remise peut s'appliquer soit rétroactivement, soit simultanément³. Du reste, le volume peut être exprimé par une part de marché. (Par exemple, au lieu d'exiger que l'acheteur lui achète 8 unités d'un produit sur les 10 qu'il lui faut, le fournisseur peut demander à l'acheteur de s'approvisionner chez lui à 80 % pour ce produit.) La plupart du temps, les remises ne sont offertes qu'après l'atteinte d'un certain seuil d'achats.

Pour offrir ces types de programmes, une société doit habituellement être au fait des achats de l'acheteur, non seulement auprès d'elle, mais aussi auprès d'autres sociétés dans le marché⁴. Et c'est précisément ce point qui retient le plus l'attention dans la lutte antitrust.

Une taxonomie

Voici une série d'exemples conçus pour englober les attributs essentiels des programmes de fidélisation qui sont observés couramment dans la pratique et qui constituent la majorité des affaires ayant trait à la concurrence au Canada, aux États-Unis et en Europe.

Exemple 1

Remises globales liées au volume. Un fabricant d'équipement informatique d'origine a besoin de 100 puces mémoire. Le fabricant de puces dominant propose un tarif à l'acheteur : les 80 premières puces coûtent 1 \$ pièce, mais l'achat d'une 81^e puce réduit le prix de *toutes les unités* achetées pour le faire passer à 0,90 \$. Ainsi, un nouveau venu ou un plus petit concurrent ne peut généralement rivaliser pour l'ensemble du marché, car il se heurte à une contrainte de capacité, de sorte que le marché peut être divisé en une partie « disputable » et une partie monopolistique, où la société dominante n'a aucune concurrence.

Affaires importantes

Parmi les affaires importantes concernant les remises globales, mentionnons *Tomra*⁵ et *Michelin II*⁶. Dans l'affaire *Tomra*, la commission de la concurrence a conclu que Tomra, le plus important fabricant de distributrices à rebours, avait entravé la venue de nouveaux concurrents et avait abusé de sa position dominante en offrant diverses remises de fidélisation à ses clients (des épiceries, pour la plupart). L'affaire *Michelin II* portait sur l'offre de remises globales, habituellement à plusieurs niveaux, sur les pneus de remplacement.

Exemple 2

Remises globales liées à la part de marché. Cette fois, le fabricant dominant offre le tarif suivant : 1 \$ par puce si l'acheteur lui achète 80 % ou moins des puces qu'il lui faut, mais 0,90 \$ par puce dans le cas contraire. Voilà un exemple de ce que Fiona Scott Morton appelle « les contrats avec référence aux concurrents », car l'atteinte du seuil du vendeur dépend des actions de la société dominante, mais aussi de celles de la concurrence⁷.

Les exemples 1 et 2 sont étroitement liés. Si la demande de l'acheteur est parfaitement inélastique (elle ne varie pas en fonction des changements de prix), alors les exemples sont identiques, c'est-à-dire qu'en ce qui concerne l'obtention d'un rabais de fidélisation, il n'y a aucune différence entre un seuil exprimé par un volume et un seuil exprimé par une part de marché. Mais si la demande de l'acheteur est assez élastique et que le rabais est lié au volume, le nouveau venu pourrait toujours accroître sa part de marché en abaissant suffisamment son prix.

Affaires importantes

Dans l'affaire *Concord Boat*⁸, Brunswick Corporation utilisait trois types de remises de fidélisation liés à la part de marché pour la vente de moteurs de bateau en Z et en-bord. Les contrats prévoyaient des remises selon le pourcentage de moteurs qu'un constructeur d'embarcations achetait à Brunswick : 3 % de remise pour une part de marché de 80 %, 2 % pour une part de 70 % et 1 % pour une part de 60 %. Bien que le jury se soit d'abord prononcé en faveur des demandeurs, la décision a été cassée par la Cour d'appel pour le huitième circuit. L'un des aspects intéressants de la décision de la Cour d'appel est la constatation que les prix de Concord étaient supérieurs aux coûts de revient, ce qui signifie que la société n'a pas enfreint le critère relatif aux prix d'éviction formulé dans l'arrêt *Brooke Group*⁹.

Exemple 3

Remises de fidélisation regroupées multiproduits. Supposons qu'il existe deux grands types de moteurs de bateau, l'un au diesel et l'autre à essence. Le fabricant A, la société dominante, produit les deux types, mais profite d'un monopole dans le marché du moteur diesel. Quant au marché du moteur à essence, il est concurrentiel : le fabricant B le produit aussi. Or, le fabricant B ne dispose ni de la capacité ni de la technologie nécessaires pour entrer dans le marché du moteur diesel. Le fabricant A offre donc une remise de 5 % sur le prix courant à ses clients qui lui achètent les deux types de moteurs.

Affaires importantes

Deux affaires importantes ont défini les normes juridiques américaines en ce qui concerne les remises de fidélisation multiproduits : *Lepage's*¹⁰ et *Meritor*¹¹. Dans l'affaire *Lepage's*, 3M offrait des rabais regroupés aux magasins de fournitures de bureau qui vendaient plusieurs produits 3M.

Dans l'affaire *Meritor*, le fabricant d'une gamme complète de boîtes de vitesses pour camions offrait des remises aux constructeurs de camions dont la part des achats effectués auprès de la société en place excédait un seuil élevé pour tous les produits de la gamme. Dans les deux cas, les demandeurs ont obtenu gain de cause même s'il se trouvait que les prix demandés par la société en place pour les produits cités dépassaient les coûts de revient.

Exemple 4

Contrats d'achat préférentiel. Un fournisseur propose deux grilles de prix : l'une où l'acheteur peut choisir certains produits et se procurer les autres auprès d'autres fournisseurs; l'autre où l'acheteur s'engage à combler tous ses besoins à partir de la gamme du vendeur, c'est-à-dire à n'acheter que les produits de la société dominante. De toute évidence, il s'agit d'un cas extrême de contrat avec référence à la concurrence, dans lequel il ne doit revenir aucune part aux concurrents¹².

Affaires importantes

Les affaires *NutraSweet* et *Tuyauteries Canada*¹³, toutes deux traitées ailleurs dans le présent article, concernaient des contrats d'achat préférentiel.

Quelques dimensions d'une analyse des effets concurrentiels des programmes de fidélisation

L'importance du marché indisputable de la société dominante

Plusieurs dimensions des effets concurrentiels des programmes de fidélisation sont dignes de mention. Dans le présent article, je mets l'accent sur les programmes multiproduits, où un producteur dominant fournit plusieurs produits (il peut y avoir un lien de substitution ou de complémentarité entre certains de ces produits, ou aucun lien), comme dans mes exemples 3 et 4 ci-dessus. À titre d'illustration, je me sers de l'affaire *Lepage's v. 3M*¹⁴, dans laquelle 3M, fabricant d'une multitude de fournitures de bureau, offrait des remises de fidélisation aux distributeurs qui atteignaient un certain volume de vente dans six catégories de produits. Ce faisant, 3M bloquait la venue sur le marché de Lepage's, le plus important fabricant de ruban transparent sans marque, qui ne fabriquait que du ruban adhésif sans avoir la capacité de fournir les autres produits.

Un concept central dans l'affaire *Lepage's* et d'autres affaires similaires est celui du *marché indisputable* de la société en place¹⁵. Dans ce marché, la société en place fournit déjà à l'acheteur un ensemble de produits que le nouveau venu ne peut fabriquer, faute de capacité, d'un accès à la propriété intellectuelle nécessaire ou de savoir-faire. De la même manière, dans le cas d'un produit unique, il se peut que le nouveau venu subisse une contrainte de capacité, de sorte qu'il peut produire des produits équivalents, voire supérieurs à ceux de la société en place, mais sans pouvoir égaler le volume que fournit cette dernière¹⁶.

Le concept de marché disputable et indisputable a joué un rôle crucial dans bon nombre de causes américaines ayant trait aux remises de fidélisation. L'application du concept n'est cependant pas aussi simple qu'il n'y paraît. Par exemple, les parties disputable et indisputable de la gamme de produits de la société dominante doivent être définies *par rapport à un acheteur particulier*. Dans l'affaire *Lepage's*, on peut présumer que les gros détaillants comme Walmart achetaient une gamme complète de produits 3M, mais ce n'était peut-être pas le cas pour un petit détaillant. Par conséquent, la part disputable du marché varie d'un acheteur à l'autre et doit être évaluée au cas par cas¹⁷.

Autre problème : il se peut que les marchés disputable et indisputable se rapportant à une remise de fidélisation particulière ne correspondent pas bien, voire pas du tout, à la délimitation des marchés des produits concernés. Je me sers une fois de plus de l'affaire *Lepage's* à des fins d'illustration. 3M fournissait des produits dans plusieurs marchés considérés comme indisputables pour *Lepage's* et dans un marché considéré comme disputable pour *Lepage's*. L'utilité de la méthode traditionnelle de définition des marchés est donc limitée, puisque l'utilisation stratégique du pouvoir de marché recoupe plusieurs marchés concurrentiels définis de manière classique.

Les deux cas, soit celui des programmes multiproduits où le petit concurrent ne peut rivaliser que dans quelques marchés et celui d'un marché homogène ou quasi homogène où le petit concurrent se heurte à une contrainte de capacité, sont plus ou moins symétriques du point de vue des effets stratégiques et concurrentiels. Or, une différence potentielle pourrait résulter de la présence d'interactions du côté de la demande dans le cas des programmes multiproduits, par exemple, lorsque l'acheteur doit avoir en stock la gamme complète des produits du vendeur, comme c'était vraisemblablement le cas dans l'affaire *Tuyauteries Canada*. Dans

l'affaire *Lepage's*, les vendeurs préféraient aussi acheter un lot de produits 3M plutôt que d'acheter ces produits séparément auprès de fournisseurs distincts. Certaines interactions du côté de l'offre peuvent aussi s'avérer pertinentes. En effet, la société dominante peut exploiter les économies de gamme entre les différents produits qu'elle fournit à l'acheteur. Ce dernier peut alors profiter d'un avantage d'efficacité s'il achète ces produits auprès d'un seul fournisseur. Ces économies de gamme peuvent découler de la livraison combinée de multiples produits venant d'un seul fournisseur ou du regroupement de la promotion en magasin pour ces produits.

Pourquoi le concept de marché indisputable est-il indispensable à l'analyse de la concurrence des remises de fidélisation? Parce que sans lui, on peut toujours avancer qu'il est possible pour un nouveau venu, à efficacité égale, d'approvisionner l'entier du marché, et qu'aucun programme de remises de fidélisation ne pourrait l'en empêcher¹⁸. Par exemple, dans l'affaire *Tuyauteries Canada*, le Tribunal a accepté que le programme de distributeurs stockistes de Tuyauteries Canada n'empêchait pas contractuellement les clients de s'approvisionner auprès de concurrents et qu'au début de chaque année civile, tous les fournisseurs réels ou potentiels se trouvaient sur un pied d'égalité, puisqu'aucun rabais n'était dû à ce moment.

La vente liée et la discrimination par les prix

Selon plusieurs commentateurs, l'analyse des effets concurrentiels des programmes de fidélisation est fortement analogue à celle de la vente liée. Le marché indisputable et le marché disputable jouent respectivement le rôle du produit principal et du produit lié. Exploitant sa mainmise sur le marché du produit principal, la société dominante parvient à faire passer le prix du produit lié au-dessus des niveaux concurrentiels et, éventuellement, à exclure les concurrents du marché du produit lié.

L'analogie entre les programmes de fidélisation et la vente liée n'est pas parfaite, cependant. Aux termes de l'analyse classique réalisée par Whinston (1990), la société dominante qui décide d'employer la vente liée fixera des prix plus compétitifs dans le marché concurrentiel du produit lié, ce qui peut provoquer la sortie d'une ou de plusieurs sociétés de ce marché. Toutefois, en tant que procédés stratégiques visant à améliorer la position de la société en place, la vente liée et les programmes de fidélisation présentent deux différences frappantes mais liées. D'abord, comme l'ont démontré Chao, Tan et Wong (2016), un programme de fidélisation

peut entraîner un *équilibre d'exclusion partielle*, dans lequel le concurrent survit, mais avec une part de marché réduite. À l'inverse, un contrat de vente liée n'est profitable que si le nouveau venu est complètement exclu.

La seconde différence est en fait un corollaire de la première. Dans un équilibre de vente liée, la société en place provoque l'exclusion de ses rivaux en fixant des prix *plus compétitifs* que ceux qu'elle fixerait sans contrat de vente liée¹⁹. Mais comme *Chao et al.* et Scott Morton et Abrahamson l'ont démontré, les programmes de fidélisation rendent les prix *moins compétitifs* dans la portion concurrentielle du marché, c'est-à-dire qu'ils atténuent la concurrence par les prix. Il est même possible qu'un programme de fidélisation profite à une société concurrente. En effet, le programme crée un « saut » dans la fonction des bénéfices du petit concurrent : celui-ci ne peut accroître sa part de marché sans abaisser ses prix de façon importante. Or, il sera plus avantageux pour lui de hausser ses prix afin d'augmenter les bénéfices qu'il tire de la clientèle relativement restreinte à laquelle il a accès.

L'analogie avec l'éviction par les prix

Puisque les programmes de fidélisation semblent comporter des remises élevées destinées aux acheteurs du marché concurrentiel, il est naturel de tenter de les comparer à l'éviction par les prix. Lorsqu'une société dominante recourt à cette pratique, elle fixe des prix très bas dans l'intention expresse de provoquer l'éviction d'un petit concurrent. Elle sacrifie ainsi certains bénéfices à court terme, mais s'attend, après l'éviction de la société « victime », à pouvoir fixer les prix à des niveaux monopolistiques et à récupérer les pertes²⁰.

Or, il n'est pas peut-être nécessaire de sacrifier des bénéfices si le programme de fidélisation est bien élaboré. En choisissant de façon stratégique le seuil (*h*) et la remise (*d*), la société en place peut faire en sorte que son programme se traduise par une hausse des bénéfices.²¹ Du reste, il se peut qu'un programme ne vise pas l'exclusion d'un concurrent, mais une hausse de la part de marché et une atténuation de la concurrence par les prix dans le marché disputable. Finalement, la société prédatrice n'a pas besoin de prévoir une phase de récupération des bénéfices perdus en raison des prix stratégiquement bas, car un programme de fidélisation bien conçu peut aider une société dominante à maintenir son pouvoir de marché indéfiniment.

L'analyse qui précède semble indiquer que les critères traditionnels

d'analyse prix-coûts en matière d'éviction par les prix, fondés sur un modèle de bénéfices sacrifiés, ne seront guère utiles pour repérer les programmes de fidélisation anticoncurrentiels. Je reviendrai sur ce point un peu plus loin.

Programmes de fidélisation : caractéristiques anticoncurrentielles et bénéfiques pour la concurrence

La plupart des autorités en matière de concurrence s'entendent pour dire que les programmes de fidélisation, vu la complexité de leurs caractéristiques, doivent être évalués d'après un critère fondé sur la règle de bon sens²². Ces programmes ont des incidences sur le bien-être qui sont complexes, mais pas nécessairement indésirables. Il y a une analogie valide à faire entre les programmes de fidélisation et les programmes de la discrimination par les prix : tous deux peuvent faire diminuer le « prix marginal », c'est-à-dire le prix payé pour l'unité marginale, ce qui a de fortes chances de faire augmenter les ventes totales. Si la société dominante exerce un pouvoir de marché avant la mise en œuvre du programme de fidélisation, cela entraînera une expansion de la production améliorant le bien-être. Il y aura aussi amélioration du bien-être si un programme de fidélisation provoque un transfert des ventes d'une société dominante efficiente en faveur d'un nouveau venu moins efficient. Toutefois, les programmes de fidélisation peuvent aussi causer du tort par effet d'exclusion. Enfin, il faut tenir compte de la norme antitrust, peu importe si la pratique en question est évaluée d'après le critère du bien-être des clients ou d'après un critère de bien-être général, le second critère étant le plus fréquent au Canada. Étant donné la complexité et la nature technique des analyses de bien-être pour les programmes de fidélisation, j'en ai résumé les principales propriétés dans les paragraphes suivants.

Caractéristiques des programmes de fidélisation bénéfiques pour la concurrence

Il convient de souligner un point évident, qui peut avoir été occulté par la recherche récente sur les programmes de fidélisation : ces programmes sont partout, on les voit au café ou à la pâtisserie du coin, chez les compagnies aériennes, les fabricants de puces informatiques, etc. La grande majorité des programmes ne posent pas de problème sur le plan de la concurrence, au contraire. En effet, on peut raisonnablement en déduire que, ces pratiques étant monnaie courante sur les marchés concurrentiels, elles sont un facteur d'efficacité. Selon une règle sûre d'analyse

antitrust, une pratique aussi courante n'a presque aucune chance d'être anticoncurrentielle dans tous les cas, et pas même dans la majorité des cas. Cette observation bien connue de Ronald Coase est édifiante :

[TRADUCTION]

Cette préoccupation du problème du monopole a une conséquence importante : quand un économiste trouve quelque chose – telle ou telle pratique commerciale – qu'il ne comprend pas, il tente de l'expliquer en invoquant un monopole. Or, nos connaissances dans ce domaine étant très limitées, les pratiques difficilement compréhensibles sont souvent légion, d'où le réflexe fréquent de se rabattre sur l'explication du monopole²³.

Il y a deux grandes catégories de programmes de fidélisation pouvant favoriser la concurrence.

Les programmes de fidélisation améliorent l'efficacité dans bien des cas.

- a. Premièrement, les programmes de fidélisation peuvent servir à compenser les pertes d'efficacité engendrées par la double marginalisation. Celle-ci survient quand un fournisseur en amont exerce déjà un pouvoir de marché en demandant un prix supérieur au coût marginal, et qu'en aval, le distributeur ou le fabricant crée d'autres inefficiences et distorsions en majorant de nouveau les prix du fabricant. Dans le rééquilibrage des prix qui en résulte, les quantités fournies sont trop faibles et les prix, trop élevés, même en comparaison avec des quantités (et des prix) de référence réglées de façon à maximiser les profits du monopole partagé. Une remise de fidélisation, puisqu'elle favorise l'augmentation de la demande, peut corriger ce genre de distorsions.
- b. Deuxièmement, les programmes de fidélisation peuvent contribuer à l'harmonisation des incitatifs entre fabricants et distributeurs. Une distribution efficace peut exiger que les détaillants et les distributeurs s'engagent dans des activités de vente et de marketing leur offrant des incitatifs difficilement conciliables avec ceux du fabricant. Les retards et l'agiotage sont des problèmes qui créent des distorsions d'efficacité bien connues, que les programmes de fidélisation peuvent aider à corriger en favorisant une distribution efficace.
- c. Les marques de qualité supérieure se servent de programmes de

fidélisation pour mieux informer leurs clients, ce qui mène à un point d'équilibre où les clients sont davantage satisfaits de la marque haut de gamme, et le bien-être peut s'en trouver accru.

Dissuader les nouveaux venus peu rentables peut améliorer le bien-être.

Si le nouveau venu est moins efficient ou génère un coût plus élevé que la société en place, les programmes de fidélisation valent mieux pour favoriser le bien-être économique, et ce, même quand le nouveau venu ou le concurrent de petite taille est dissuadé d'entrer dans le marché (ou que sa part de marché est plus faible qu'elle ne l'aurait été en l'absence du programme de fidélisation).

Cette question est complexe à évaluer pour un cas donné. Comme Salop (2016) et d'autres l'ont fait observer, même l'arrivée d'un nouveau venu moins efficient peut améliorer le sort des clients, puisque celui-ci avive la concurrence. Pour connaître l'effet sur le bien-être global, il faudrait sans doute modéliser soigneusement le cas en question avec le programme de fidélisation et sans un tel programme (comme base contrefactuelle). Dans l'ensemble, le programme de fidélisation établi par une société dominante peut aussi bien améliorer que diminuer le bien-être en dissuadant un concurrent moins efficient d'entrer sur le marché.

Caractéristiques anticoncurrentielles des programmes de fidélisation

Les discussions initiales sur les programmes de fidélisation baignaient souvent dans le contexte des marchés oligopolistiques, comme ceux des compagnies aériennes et de leurs programmes pour grands voyageurs²⁴. Dans les contextes où il n'y a pas de société dominante, on est souvent amené à conclure que les programmes de fidélisation ont de fortes chances de faire augmenter les frais de changement de fournisseur entre producteurs rivaux, ce qui peut accroître le pouvoir de marché des producteurs²⁵.

Comme Guofo Tan²⁶ et d'autres l'ont fait remarquer, les programmes de fidélisation établis par une société dominante ressemblent aux contrats de vente liée conclus par une société dominante. Celle-ci joue sur le pouvoir de son marché captif pour profiter d'un avantage additionnel dans le segment de marché concurrentiel (le petit concurrent a une capacité limitée [exemples 1 et 2] ou ne peut produire qu'un seul produit

[exemple 3]). L'hypothèse de la vente liée nous donne des indices sur les probables effets anticoncurrentiels. Premièrement, la vente liée d'un produit donné n'est généralement avantageuse et anticoncurrentielle que si la société dominante n'arrive pas à exploiter l'ensemble de son pouvoir de marché pour le produit principal uniquement par l'établissement de prix exclusifs pour ce marché²⁷. Deuxièmement, les effets de la vente liée sur le bien-être sont peu clairs : celle-ci n'est pas toujours anticoncurrentielle.

Comme je l'ai dit plus haut, les effets économiques des programmes de fidélisation ressemblent beaucoup à ceux de la vente liée. Le segment de marché indisputable (exemple 1) ou le produit pour lequel la société jouit d'un monopole (exemple 3) peuvent être assimilés au produit principal, tandis que le segment de marché disputable (exemple 1) et le produit concurrentiel (exemple 3) peuvent être assimilés au produit lié. Nous savons depuis Whinston (1990) que la vente liée peut avoir un effet d'exclusion, potentiellement anticoncurrentiel²⁸.

Critères de démarcation nette pour les programmes de fidélisation anticoncurrentiels

L'analogie établie entre les programmes de fidélisation et l'éviction par les prix laisse à penser que l'on pourrait adapter un critère traditionnel fondé sur les coûts pour déterminer si un programme de fidélisation est anticoncurrentiel ou non, une question qui a occupé l'avant-scène de plusieurs litiges hautement médiatisés aux États-Unis²⁹.

Pour classer les dossiers selon l'application d'un critère d'analyse prix-coûts, je m'en tiendrai à son utilisation dans le cas de la vente de produits multiples. Dans les affaires *Lepage's* et *Cascade Health*, les tribunaux ont appliqué une forme de critère de ventilation des remises (j'y reviendrai plus bas). Dans l'affaire *Tuyauteries Canada*, le Tribunal de la concurrence n'a pas explicitement appliqué un critère d'analyse prix-coûts : il a mentionné la marge prix-coûts dans sa décision, mais n'a pas donné de précisions sur le rôle des marchés disputables et indisputables dans l'application du critère³⁰.

La première étape, pour évaluer l'utilité des critères d'analyse prix-coûts dans ce contexte, consiste à examiner comment ce type de critères a pris de l'importance dans les cas d'allégations d'éviction par les prix. Ces critères sont devenus si normalisés, si intrinsèques dans la jurisprudence à ce sujet qu'il est possible d'en oublier les fondements économiques. Dans le contexte de l'éviction par les prix, les critères d'analyse prix-coûts tirent

leur origine d'un important mémoire par Areeda et Turner (1975)³¹ et des divers traités venus le peaufiner, notamment celui de Baumol (1996)³². Le raisonnement soutenant une analyse prix-coûts veut que si les prix d'une société dominante ne sont pas inférieurs à ses coûts variables moyens, un concurrent aussi (ou plus) efficace ne sera alors pas dissuadé d'entrer sur le marché (pour que son entrée soit socialement bénéfique, les coûts totaux moyens du nouveau venu doivent être inférieurs aux coûts variables moyens de la société en place³³).

Divers auteurs ont fait remarquer que le nouveau venu n'a pas nécessairement à être aussi ou plus efficace que la société en place pour que son entrée sur le marché améliore le bien-être économique³⁴. En effet, son arrivée crée de la concurrence, et la concurrence profite aux consommateurs. Cela dit, la question a davantage de poids dans les territoires où le bien-être des consommateurs est l'objectif premier des mesures antitrust que dans ceux où cet objectif est plutôt le bien-être total, comme c'est le cas au Canada³⁵. Mais, particulièrement au Canada, le critère « est-ce qu'une pratique donnée risque de dissuader des concurrents aussi efficaces d'entrer sur le marché? » reste tout de même important.

Dans le cas de la vente de produits multiples, on reconnaît désormais qu'il faut tenir compte du marché indisputable dans les critères d'analyse prix-coûts appliqués si l'on veut qu'ils aient une quelconque valeur interprétative. Supposons par exemple que Deep Cove Express³⁶, un fabricant monopoliste de moteurs à essence pour bateaux, fabrique et fournit également des moteurs diesel sur un marché où elle a plusieurs concurrents. Deep Cove offre aux constructeurs d'embarcations une remise de 10 % s'ils achètent les deux types de moteurs chez elle. Si la société supporte des coûts variables moyens d'environ 50 000 \$ par moteur diesel et qu'elle vend ces moteurs au prix de 60 000 \$ sans la remise, leur prix réduit sera de 54 000 \$. Selon un critère conventionnel d'analyse prix-coûts, on conclurait que ce prix de vente est supérieur aux coûts variables, et donc qu'il n'y a pas de pratique déloyale en vue. Supposons maintenant que Deep Cove vend le même volume de moteurs à essence que de moteurs diesel, et ce, au même prix. Si l'on calcule la remise en la ventilant, soit en comparant le coût marginal pour l'acheteur qui acquiert des moteurs diesel auprès de Deep Cove (en plus de moteurs à essence) avec les coûts variables de Deep Cove pour fabriquer lesdits moteurs diesel, la comparaison est en fait de 48 000 \$ contre 50 000 \$, ce qui signifie que la société vend à un prix inférieur au coût de production, une révélation

qui provoquerait à tout le moins la tenue d'une enquête pour comportement anticoncurrentiel.

L'exemple ci-dessus illustre bien la notion de « groupement comme mesure d'exclusion » (exclusionary bundling) telle que le décrit Barry Nalebuff³⁷. Cette notion peut être directement appliquée à mon exemple 3, présenté à la section d'introduction, où un client qui achète une paire de produits auprès de la société en place peut profiter d'une remise de 5 %. Comme le définit Nalebuff :

[TRADUCTION] Il est question de groupement comme mesure d'exclusion lorsqu'une société qui possède un pouvoir de marché sur un produit A et affronte une concurrence pour son produit B offre un forfait combinant les produits A et B pour lequel le coût marginal relatif au produit A seul est inférieur aux coûts variables moyens à long terme pour le produit B³⁸.

Le concept central du critère établi par Nalebuff, c'est le « coût marginal » : il s'agit du montant additionnel que le client aurait à payer pour acheter à la fois le produit A et le produit B auprès du monopoliste comparativement au coût d'achat du produit A seul. Tant que le coût marginal est supérieur aux coûts moyens que supporte la société en place pour le produit B, un concurrent aussi ou plus efficient ne sera pas dissuadé de percer le marché B. Ou, dans les mots de Nalebuff : [TRADUCTION] « L'idée derrière ce critère est que le groupement comme mesure d'exclusion écarte les rivaux tout aussi efficients³⁹ ». Comme cet auteur l'indique, si le nouveau venu a des contraintes de capacité, la société en place pourrait satisfaire le critère du groupement comme mesure d'exclusion, mais tout de même dissuader un nouveau venu tout aussi efficient de percer pour lui faire concurrence parce que celui-ci n'est pas en mesure de produire à une échelle suffisante⁴⁰. Le critère du groupement comme mesure d'exclusion est donc au mieux imparfait.

Un calcul relatif aux prix différent mais apparenté a été proposé par Fiona Scott Morton et Zachary Abrahamson dans un traité récent⁴¹. Les auteurs y définissent une donnée statistique qu'ils appellent la charge réelle du nouveau venu, ou l'*Effective Entrant Burden* (EEB), laquelle mesure la pénalité que doit subir un acheteur pour acquérir des biens auprès du nouveau venu en quantité suffisante pour dépasser le seuil de la société en place (un paramètre du programme de remises globales). Bien que l'EEB soit une donnée principalement conçue pour s'appliquer aux programmes de remises globales pour un produit seul, elle peut aussi être calculée dans un cas de remises de fidélisation multiproduits⁴².

L'EEB se calcule comme suit :

$$EEB = hd/s$$

... où h = le seuil que l'acheteur doit atteindre pour avoir droit à la remise sur tous les effets achetés jusque là ($0 < h < 1$); s = la part disputable du marché accessible au nouveau venu (possiblement en raison des contraintes de capacité de celui-ci, ou parce qu'il lui manque l'expertise ou les droits de propriété intellectuelle pour fabriquer certains produits de la société en place); et d = la remise reçue par l'acheteur lorsqu'il a atteint le seuil d'achats h auprès de la société en place ($0 < d < 1$).

Dans l'exemple de Deep Cove Express, le seuil est de 100 %, la remise globale (après avoir atteint ce seuil) est de 10 %, et la part disputable est de 50 %. La valeur de l'EEB pour cet exemple est donc de 0,2, à savoir que le nouveau venu doit afficher des prix au moins 20 % inférieurs à ceux de la société en place s'il veut gagner une part du marché des moteurs diesel. Afin de formuler l'EEB en tant que critère d'analyse prix coûts, il faut établir comme condition pour qu'un nouveau venu tout aussi efficace soit dissuadé d'entrer sur le marché que les coûts variables de la société en place pour la fabrication des moteurs diesel ne dépassent pas $(1 - EEB) \times$ le prix qu'affiche la société en place.

Toujours dans notre exemple, l'application du critère du groupement comme mesure d'exclusion est essentiellement équivalente à l'application de l'EEB, les deux menant à une conclusion identique. Les conclusions différeraient dans un cas où soit le seuil h , soit la part disputable s ne coïnciderait pas avec les limites d'un produit. Supposons par exemple que le nouveau venu ne possède que la capacité de produire la moitié de la demande du marché des moteurs diesel. Le critère du groupement comme mesure d'exclusion demeurerait inchangé, mais puisque s est maintenant 25 %, la valeur de l'EEB passerait à 0,4. Ainsi, s'il veut réaliser la moindre vente, le nouveau venu aurait à réduire son prix pour qu'il corresponde à 60 % du prix affiché par la société en place.

Dans ce dernier exemple, l'EEB s'avère problématique lorsqu'on l'utilise comme filtre pour les pratiques de prix d'éviction contre un concurrent d'efficacité égale. En effet, cette donnée nous indique bien que le nouveau venu doit afficher des prix de 40 % inférieurs à ceux de la société en place afin d'inciter les acheteurs à opter pour ses produits, mais rien n'indique si le prix de l'EEB est supérieur ou inférieur aux coûts variables de la société en place (la valeur de l'EEB peut être supérieure à 1,

ce qui signifie que le nouveau venu doit payer les acheteurs pour qu'ils acquièrent son produit). Par conséquent, un prix d'EEB inférieur aux coûts variables à long terme de la société en place n'est ni nécessaire, ni suffisant pour exclure un nouveau venu de même efficience.

À ce sujet, Scott Morton et Abrahamson présentent d'intéressants calculs de l'EEB dérivés de grands litiges sur la question des remises de fidélisation⁴³. Leurs données suggèrent, mais de façon incertaine, que lorsque la valeur de l'EEB est « élevée », il y a davantage de chances qu'il y ait jugement contre la société dominante en place, et ce, qu'il y ait ou non une base normative pour conclure que le programme de fidélisation est responsable d'un amenuisement substantiel de la concurrence. Mentionnons les exemples célèbres du litige Intel aux États-Unis comme en Europe, où l'EEB avait une valeur de 70 %, et de *Concord Boat*, affaire dans laquelle l'EEB n'était que de 2 % et le défendeur s'est tiré indemne⁴⁴.

Pour conclure cette section, les critères d'analyse prix-coûts, y compris la nouvelle donnée statistique de la charge réelle du nouveau venu (EEB), sont d'une utilité extrêmement limitée pour déterminer si un programme de remises de fidélisation donné est anticoncurrentiel. Ce qu'il faut, c'est une analyse exhaustive des effets concurrentiels du programme en question, en tenant compte du rôle des marchés disputables et indisputables. Il ne semble pas encore exister de filtres simples qui permettraient dans certains cas d'éviter une enquête en bonne et due forme.

L'affaire *Tuyauteries Canada* (2005) à la lumière de la théorie moderne des remises de fidélisation

L'entreprise *Tuyauteries Canada* fabriquait des tuyaux de drain, de renvoi et d'évent en fonte et des produits connexes (ensemble, les « produits ») qu'elle vendait au Québec par l'intermédiaire de sa division Bibby-Ste-Croix. Bibby, qui vendait ces produits à divers distributeurs au Canada, lesquels les vendaient à leur tour à des entrepreneurs en construction, offrait un Programme de distributeurs stockistes (le « Programme ») au titre duquel elle accordait des rabais trimestriels et annuels aux distributeurs s'ils offraient uniquement les produits fournis par Bibby. En outre, le prix affiché était réduit jusqu'à concurrence de 40 % pour les distributeurs exclusifs.

Le dossier *Tuyauteries Canada* concorde avec la notion que j'ai établie d'un programme de fidélisation dont le seuil est de 100 %, c'est-à-dire un programme où les distributeurs doivent s'approvisionner exclusivement

auprès de Tuyauteries Canada pour avoir droit aux rabais et remises. Du point de vue de la théorie économique, il va de soi que lorsqu'une remise de fidélisation atteint le seuil de 100 %, elle est impossible à distinguer d'une pratique exclusive, voire préférentielle⁴⁵, et que la notion d'exclusivité s'applique tout autant que celle des programmes de fidélisation.

Dans *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, le Tribunal de la concurrence a rejeté une requête de la commissaire, cette dernière affirmant que le Programme de distributeurs stockistes contrevenait aux articles 79 et 77 de la *Loi sur la concurrence*. Le Tribunal a conclu que Tuyauteries Canada était en position dominante dans les marchés en question, mais que le Programme ne constituait pas une pratique anticoncurrentielle, décision qui a été infirmée plus tard par la Cour d'appel fédérale. L'affaire *Tuyauteries Canada* a soulevé de nombreuses questions juridiques importantes concernant l'application de la *Loi sur la concurrence* dans les cas d'abus de position dominante. Mon but est de commenter l'analyse économique du dossier, telle qu'elle a été articulée par le Tribunal et par la Cour d'appel fédérale, à la lumière des dernières avancées touchant les programmes de remises de fidélisation.

Le constat le plus significatif des travaux modernes concernant les remises de fidélisation, c'est l'importance des segments de marché indisputables qui permettent aux sociétés dominantes, que ce soit pour un produit seul ou des produits multiples, de concevoir des régimes de fidélisation offrant à l'acheteur un puissant incitatif à acheter leurs produits sur les segments de marché disputables. La recherche moderne nous permet de tirer une autre leçon analogue : les méthodes standard d'identification du marché d'un produit peuvent induire en erreur dans le cas d'un programme de fidélisation multiproduits. En effet, même si plusieurs produits individuels sont correctement identifiés, c'est l'action *d'acheter ensemble* ces différents produits, action encouragée par une remise de fidélisation, qui peut avoir un effet anticoncurrentiel. Nous en avons un excellent exemple dans l'affaire *Lepage's*, où l'incitatif de fidélisation qu'offrait 3M touchait de multiples produits, et non le seul produit de ruban adhésif fabriqué par Lepage's.

Si on applique ces observations à *Tuyauteries Canada*, on remarque plusieurs choses. D'abord, trois marchés de produits ont été relevés par le Tribunal : celui des tuyaux en fonte, celui des raccords de tuyaux et celui des joints⁴⁶. Tuyauteries Canada et son unique concurrente nationale,

Vandem Industries, étaient toutes deux des producteurs actifs de tuyaux et de raccords de tuyaux, mais pas de joints. On ne sait pas clairement si Tuyauteries Canada jouissait d'un avantage multiproduits du type dont j'ai parlé précédemment, mais il est vrai que Tuyauteries Canada offrait une plus vaste gamme de produits que sa rivale. Il est également vrai que Vandem possédait une petite part du marché : tout au plus 10 % de la production nationale à son mieux au cours de la période visée par l'allégation d'abus de position dominante. Si quelqu'un avait pu formuler clairement une théorie de marché indisputable fondée sur les contraintes de capacité de Vandem, il est possible que le Tribunal l'ait trouvée convaincante, mais il aurait aussi fallu qu'il soit d'avis que les obstacles à l'entrée sur le marché étaient importants. En fait, le Tribunal a été impressionné par la percée réelle du marché au niveau de la distribution – autrement dit, la concurrence entre les acheteurs –, ce qui a eu beaucoup de poids dans sa conclusion selon laquelle il n'y avait pas eu de diminution sensible de la concurrence⁴⁷.

Selon l'analyse économique présentée par les deux parties dans l'affaire *Tuyauteries Canada*, le Programme de distributeurs stockistes était vu plus comme un ensemble d'incitatifs à faire affaire exclusivement avec l'entreprise que comme un programme de remises de fidélisation. Comme je l'ai fait remarquer, c'était approprié étant donné que le seuil pour la remise était de 100 %, soit l'approvisionnement exclusif auprès de Tuyauteries Canada⁴⁸. Hormis les arguments du marché disputable de petite taille et de capacité limitée qu'elle a explicitement dégagés et qui auraient pu servir au concurrent national de Tuyauteries Canada, la recherche moderne sur les remises de fidélisation, laquelle porte surtout sur les seuils de fidélisation endogènes et inférieurs à 100 %, ne semble pas avoir grand-chose à ajouter à l'analyse économique qui a été présentée à l'époque.

Bibliographie

AREEDA, Phillip et Donald F. TURNE. « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act », *Harvard Law Review*, vol. 88, no 4, 1975, p. 697.

BAUMOL, William J. « Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test », *Journal of Law and Economics*, vol. 39, no 1, 1996, p. 49.

BAUMOL, William J., John C. PANZAR, et Robert D. WILLIG. *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1982.

CAMINAL, Ramón, et Adina CLAICI. « Are Loyalty Rewarding Pricing Schemes Anti-Competitive? », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 25, 2007, p. 657.

CANADA. BUREAU DE LA CONCURRENCE. Rapport annuel du commissaire de la concurrence pour l'exercice se terminant le 31 mars 2003, Industrie Canada, Gatineau, 2003. En ligne : <<http://publications.gc.ca/collections/Collection/RG51-2003F.pdf>>.

CARLSSON, Fredrik, et Åsa LÖFGREN, « Airline choice, switching costs and frequent flyer programmes », *Applied Economics*, vol. 38, no 13, 2006, p. 1469.

CHAO, Yong, Guofu TAN, et Adam Chi Leung WONG. « Nonlinear Pricing with Asymmetric Competition ». Mémoire présenté le 11 avril 2015 au California Institute of Technology à l'occasion de la conférence soulignant le 75e anniversaire de John O. Ledyard. Non publié.

ELHAUGE, Einer. « The Failed Resurrection of the Single Monopoly Profit Theory », *Competition Policy International*, vol. 6, no 1, 2010, p. 155.

ELHAUGE, Einer. « Why Above-Cost Price Cuts to Drive out Entrants Are Not Predatory - And the Implications for Defining Costs and Market Power », *Yale Law Journal* vol. 112, no 4, 2003, p. 681.

FREDERICO, Giulio. « The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts in Europe: Towards a More Economic Approach », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, no 3, 2011, p. 277.

GILBERT, Richard J. « Exclusive dealing, preferential dealing, and dynamic efficiency », *Review of Industrial Organization*, vol. 16, no 2, 2000, p. 167.

GREENLEE, Patrick, David REITMAN, et David S. SIBLEY. « An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, 2008, p. 1132.

NALEBUFF, Barry. « Exclusionary Bundling », *The Antitrust Bulletin*, vol. 50, no 3, 2005, p. 321.

ORDOVER, Janusz A., et Greg SHAFFER. « Exclusionary discounts », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 31, no 5, 2013, p. 569.

SALOP, Steven C. « Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard », *Antitrust Law Journal*, vol. 73, 2006, p. 311.

SALOP, Steven C. « The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm,

Conditional Pricing Practices and the Flawed Incremental Price-Cost Test », *Antitrust Law Journal*, vol. 81, 2017. À paraître.

SCOTT MORTON, Fiona M., et Zachary ABRAHAMSON. *A Unifying Analytical Framework for Loyalty Rebates*, 2016, p. 4-5. Document de travail, Université Yale.

SPECTOR, David. « Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Rule of Reason », *Competition Policy International*, vol. 1, no 2, 2005, p. 89.

TAN, Guofu, et Yong CHAO. « All Units Discounts: Leverage and Partial Foreclosure in Single-Product Markets », *Revue canadienne du droit de la concurrence*, 2017.

TAN, Guofu, et Yong CHAO. *All-units discounts as a partial foreclosure device*, USC Dornsife, 2014. Document de travail no 14-01.

TIROLE, Jean. *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge (MA), MIT Press, 1988.

WHINSTON, Michael D. « Tying, foreclosure, and exclusion », *American Economic Review*, vol. 80, no 4, 1990, p. 837.

notes

¹ CE, *Décision du 29 mars 2006 de la Commission relative à une procédure d'application de l'article 82 [CE] et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/E.-1/38-112/Prokent-Tomra)* [2006] JO, C 734/07 [*Progent-Tomra*]; *Tomra Systems et autres c. Commission*, T-155/06 [2010] CE II-4361; *Tomra Systems et autres c. Commission*, C549/10 P, [2012] CE I-0000; CE, *Décision de la Commission du 13 mai 2009 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE (Affaire COMP/C-3/37.990 – Intel)* [2009] JO, C 227/07.

² Quelques articles importants écrits par des économistes au sujet de la théorie économique des programmes de fidélisation : David Spector, « Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Rule of Reason » (2005) 1 :2 *Comp. Pol'y. Intl.* 89; Patrick Greenlee, David Reitman et David S. Sibley, « An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts » (2008) 26 *Intl. J. Ind. Organ.* 1132; Barry Nalebuff, « Exclusionary Bundling » (2005) 50:3 *The Antitrust Bull.* 321; Janusz A. Ordover et Greg Shaffer, « Exclusionary discounts » (2013) 31:5 *Intl. J. Ind. Organ.* 569; et l'article récent de Yong Chao et Guofu Tan, « All Units Discounts: Leverage and Partial Foreclosure in Single-Product Markets » (2017) 30:1 *Can. Comp. L. Rev.* 93.

³ Je m'intéresse surtout ici aux remises de fidélisation simultanées de type global. Pour ce qui est des remises rétroactives, comme un dixième café gratuit ou des points pour grands voyageurs aériens, il serait plus approprié de se servir d'un cadre tenant compte des frais de changement de fournisseur dans un oligopole, que je n'aborde pas dans le présent article. Pour une analyse

récente, voir Fredrik Carlsson et Åsa Lofgren, « Airline choice, switching costs and frequent flyer programmes » (2006) 38:13 Appl. Econ. 1469.

⁴ Fiona M. Scott Morton et Zachary Abrahamson, « A Unifying Analytical Framework for Loyalty Rebates » (2016) document de travail de l'Université Yale, p. 4 et 5.

⁵ *Prokent-Tomra*, *supra* note 1.

⁶ *Michelin c. Communautés européennes*, T-203/01, [2003] ECR II-04071.

⁷ Fiona M. Scott Morton, « Contracts that Reference Rivals » (2013) 27 :3 Antitrust Magazine, p. 72.

⁸ *Concord Boat Corporation v Brunswick Corporation*, 207 F (3d) 1039 (8th Cir 2000).

⁹ *Brooke Group v Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 US 209 (1993). Dans l'arrêt *Brooke Group*, la Cour suprême des États-Unis a établi un critère à deux volets concernant les prix d'éviction : i) Le présumé prix d'éviction est-il inférieur au coût variable? ii) Le concurrent peut-il raisonnablement s'attendre à récupérer les pertes subies durant la période d'éviction?

¹⁰ *Lepage's Inc v 3M*, 324 F (3d) 141 (3d Cir 2003) [*Lepage's*].

¹¹ *ZF Meritor LLC v Eaton Corporation*, 696 F 3d 254 (3d Cir 2012).

¹² La différence entre les exemples 3 et 4 est subtile mais importante. Dans l'exemple 3, la société dominante offre la remise (sur tous ses produits) à tout client qui achète plusieurs produits, que ce client s'approvisionne exclusivement auprès de la société en place ou non. Dans l'exemple 4, le client doit acheter tous les produits de la société dominante exclusivement s'il veut profiter des prix réduits.

¹³ *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada*, 2005 Trib. conc. 3.

¹⁴ *Lepage's*, *supra* note 10.

¹⁵ Le concept de *partie disputable* du marché d'une société en place, tel qu'il est employé dans la documentation spécialisée sur les remises de fidélisation, est distinct du concept de disputabilité (*contestability*) employé dans la documentation générale sur l'organisation industrielle (voir par exemple William J. Baumol, John C. Panzar et Robert D. Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1982.

¹⁶ Il a souvent été question de l'effet d'une contrainte de capacité sur AMD dans les descriptions de l'affaire *Intel*.

¹⁷ Il est pertinent d'évaluer le marché disputable au niveau de l'acheteur lorsqu'on étudie l'accès à des acheteurs particuliers, comme c'était le cas dans l'affaire *Lepage's*. Si l'on estime qu'un programme de fidélisation pourrait bloquer l'accès au marché (ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Lepage's*), il faut alors considérer la disputabilité de l'ensemble du marché. L'importance de cette distinction met en relief la nécessité d'analyser les programmes de fidélisation au cas par cas.

¹⁸ Il peut toujours y avoir des barrières contractuelles à la venue dans le marché, bien entendu, comme des contrats à long terme avec le fournisseur en place.

¹⁹ Ce point est démontré de façon particulièrement claire dans Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, MA: MIT Press, 1988).

²⁰ Cette description concorde avec celle présentée dans les *Lignes directrices concernant l'abus de position dominante* de Bureau de la concurrence; voir Canada, Bureau de la concurrence, « Lignes directrices – Les dispositions sur l'abus de position dominante », Industrie Canada, Ottawa, 2012, section 3.2.2. En ligne : <[http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-abuse-of-dominance-provisions-f.pdf/\\$FILE/cb-abuse-of-dominance-provisions-f.pdf](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-abuse-of-dominance-provisions-f.pdf/$FILE/cb-abuse-of-dominance-provisions-f.pdf)>.

²¹ Ces paramètres sont définis davantage dans une section subséquente.

²² Font peut-être exception les périodes où la Commission de la concurrence de l'U.E. a considéré les programmes de fidélisation des sociétés dominantes comme étant presque toujours anticoncurrentiels en soi, notamment la période ayant précédé la publication par la Commission du document intitulé *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*, [2009] JO C 45/02.

²³ Ronald H. Coase, « Industrial Organization: A Proposal for Research » dans Victor Fuchs, éd., *Policy Issues and Research Issues in Industrial Organization* (New York : National Bureau of Economic Research, 1972), p. 69.

²⁴ Voir, par exemple, Roman Caminal et Adina Claiici, « Are Loyalty Rewarding Pricing Schemes Anti-Competitive? » (2007) 25 Intl J. Ind. Organ. 657.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Yong Chao, Guofu Tan, et Adam Chi Leung Wong, *Nonlinear Pricing with Asymmetric Competition*. Mémoire présenté le 11 avril 2015 au California Institute of Technology à l'occasion de la conférence soulignant le 75e anniversaire de John O. Ledyard. Non publié.

²⁷ À moins que la vente liée ne puisse modifier la structure du marché pour le produit lié, ce qui fait l'objet de l'analyse présentée dans Michael D. Whinston, « Tying, foreclosure, and exclusion » (1990) 80:4 Am. Econ. Rev. 837.

²⁸ Whinston, *supra*, note 26.

²⁹ *Lepage's*, *supra* note 10; *Cascade Health*, 515 F (3d) 883 (9th Cir 2007); et *Ortho Diagnostic Systems v. Abbott Laboratories*, 920 F Supp 455 (SDNY 1996) sont des affaires dans lesquelles les critères d'analyse prix-coûts ont été des éléments prépondérants de l'analyse.

³⁰ *Tuyauteries Canada*, *supra* note 13.

³¹ Phillip Areeda et Donald F. Turne, « Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act » 1975) 88:4 Harv. L. Rev. 697.

³² William J. Baumol, « Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test » (1996) 39:1 J.L. & Econ. 49.

³³ Plus précisément, il faudrait utiliser les coûts évitables de la société déjà en place, mais les coûts variables moyens sont souvent employés à titre de substitut.

³⁴ Voir par exemple Steven C. Salop, « Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard », 2006) 73 Antitrust L.J.

311; et Einer Elhauge, « The Failed Resurrection of the Single Monopoly Profit Theory », (2010) 6:1 *Comp. Pol'y. Intl.* 155.

³⁵ Une baisse de prix causée par une nouvelle entrée sur le marché génère un transfert important du surplus des producteurs au surplus des consommateurs ainsi qu'une petite réduction de la perte de poids mort. Seule cette dernière compte pour la norme du surplus total, mais les deux valeurs comptent pour la norme du surplus des consommateurs, ce qui implique un gain bien plus considérable s'il y a entrée sur le marché, ou parallèlement, un coût bien plus considérable s'il y a empêchement de cette entrée.

³⁶ Société fictive.

³⁷ Barry Nalebuff, *supra* note 2.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, p. 329. Le critère de l'exclusion des concurrents de même efficience n'est pas un critère de bien-être total. Par exemple, dans ce cas de figure, la remise sur le groupement pourrait augmenter le bien-être, même si elle vient exclure les autres fabricants de moteurs diesel. Si l'équilibre sans le groupement suppose un prix de 60 000 \$ pour les moteurs à essence et un prix concurrentiel de 50 000 \$ pour les moteurs diesel, alors le programme de fidélisation servirait mieux le consommateur. Je remercie un arbitre de l'avoir fait remarquer.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 337.

⁴¹ Fiona M. Scott Morton et Zachary Abrahamson, *supra* note 4, à la page 47.

⁴² Les auteurs ont calculé l'EEB dans divers dossiers où il y avait remise multiproduits, comme *Eisai*, *Meritor* et *LePage's*.

⁴³ Scott Morton et Abrahamson, *supra* note 4, à la p. 55.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Lorsqu'un programme offre une remise exclusive, mais permet des achats non exclusifs à un prix plus élevé, la pratique est qualifiée de préférentielle. Voir par exemple Richard J. Gilbert, « Exclusive dealing, preferential dealing, and dynamic efficiency » (2000) 16:2 *Rev. Indus. Org.* 167.

⁴⁶ De plus, le Tribunal a relevé six marchés géographiques.

⁴⁷ Plus précisément, le Tribunal a conclu que, bien que Tuyauteries Canada ait été en position dominante sur les marchés visés, les divers éléments du Programme de distributeurs stockistes ne constituaient pas une pratique anticoncurrentielle. Cette décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale.

⁴⁸ Fait intéressant, dans son consentement négocié avec la commissaire de la concurrence, Tuyauteries Canada a pu conserver beaucoup d'éléments de son programme de remises, mais n'avait plus le droit d'accorder ses rabais conditionnellement à un approvisionnement exclusif. Voir *Tuyauteries Canada*, *supra* note 13.

CALL FOR PAPERS

The *Canadian Competition Law Review* (formerly the *Canadian Competition Record*) is published twice a year by the Canadian Bar Association National Competition Law Section. The Can Comp L Rev welcomes submissions of original articles, case comments, book reviews, and essays on significant current issues of competition law and economics in French or English. Submissions are subjected to an editorial review process and are peer-reviewed by selected scholars and practitioners before acceptance for publication. Submissions are only accepted electronically at the following address: cancomprev@cba.org. Please contact us by email at the same address for more information on our publishing procedures and policies.

DEMANDE DE COMMUNICATIONS

La *Revue canadienne du droit de la concurrence* (anciennement le *Canadian Competition Record*) est publiée deux fois par an par la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien. La *Revue* accepte les articles, commentaires d'arrêts, comptes rendus critiques de livres, et essais originaux en français et en anglais sur des développements significatifs et actuels en matière de droit et économie de la concurrence. Les textes soumis seront examinés par le comité de rédaction et par un comité de lecture composé d'universitaires et d'avocats en pratique privée avant d'être sélectionnés pour publication. Les textes sont uniquement acceptés en format électronique à l'adresse suivante : cancomprev@cba.org. Veuillez communiquer avec nous à la même adresse pour en savoir davantage sur nos politiques de publication.

EDITORIAL BOARD / COMITÉ DE RÉDACTION

Chair / Président :

W. Michael G. Osborne, *Affleck Greene McMurtry LLP*

Vice-Chair / Vice-président :

Thomas W. Ross, *Sauder School of Business, University of British Columbia*

Members / Membres :

Renée Duplantis, *The Brattle Group*

Brian N. Radnoff, *Lerners LLP*

A. Neil Campbell, *McMillan LLP*

Mark C. Katz, *Davies LLP*

CBA Liaison / Liaison ABC :

Augusta Acquah

Production Assistant / Adjointe à la production :

Lynn Dubé

ABOUT THE CANADIAN COMPETITION LAW REVIEW

Material published in the Can Comp L Rev does not express the views or the position of the Canadian Bar Association and the National Competition Law Section, or of the organization to which the authors belong. The Can Comp L Rev is distributed regularly to members of the Canadian Bar Association National Competition Law Section. To obtain further information on subscriptions, please contact cancomplore@cba.org or visit us on the web: <http://www.cba.org/Publications-Resources/CBA-Journals/Canadian-Competition-Law-Review>.

À PROPOS DE LA REVUE CANADIENNE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Les textes publiés dans la *Revue* ne représentent pas l'opinion ou la position de l'Association du Barreau canadien, de la section nationale du droit de la concurrence, ou de l'organisation dont fait partie l'auteur. La *Revue* est distribuée régulièrement aux membres de la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien. Pour plus de détails sur nos abonnements, veuillez nous contacter à l'adresse suivante : cancomplore@cba.org ou visitez notre site web <http://www.cba.org/Publications-Resources/CBA-Journals/Canadian-Competition-Law-Review?lang=fr-CA>.

©Copyright 2017 Canadian Bar Association. All rights reserved. Requests to reproduce portions of an issue should be addressed to cancomprev@cba.org.

©Droit d'auteur 2017 l'Association du Barreau canadien. Tous droits réservés. Les demandes pour reproduire des extraits d'un volume doivent être transmises à l'adresse suivante : cancomprev@cba.org.

ISSN 1929-6851 (Online) / ISSN 1929-6843 (Print)



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION

L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN