

EDITOR'S NOTES FOR SCHOLARS PANEL 2016

SCHOLARS PANEL ON LOYALTY PROGRAMS: INTRODUCTION

Thomas W. Ross, Vice-Chair of Editorial Board,
Canadian Competition Law Review

Beginning with the annual fall meetings of the CBA Competition Law Section in 2015, the *Canadian Competition Law Review* has collaborated with the Section and meeting organizers to produce a different kind of session for the meetings that we have called the “Scholars Panel”. Panelists recruited for these sessions are experts in a particular current and important area of competition policy (in Canada or beyond). They are asked to prepare academic-style papers that provide deeper analyses of aspects of a particular topic – papers that will provide both thought-provoking ideas for the audience at the meetings and a set of high quality articles for the *Review*.

At the 2015 meetings, the topic was “Disruptive Business Models: Is Canadian Competition Law Keeping Up with Technological Change? Can It?” and the panel included Professors Joshua Gans and Mihkel Tombak (both of the University of Toronto) and David Rosner representing a joint effort from Blake, Cassels & Graydon LLP. The papers from Professors Gans and Tombak were then published in the Spring 2016 issue of the *Review*.

The 2016 Scholars Panel, addressing the topic “Loyalty Programs – Risks & Rewards” was composed of Neil Campbell of McMillan LLP, Professor Guofu Tan of the University of Southern California and Professor Roger Ware of Queen’s University. All three have (in two cases with coauthors) provided the interesting papers we are pleased to publish here in the *Canadian Competition Law Review*.

The issue

Loyalty programs involve arrangements under which a seller rewards a buyer, often with rebates, when the buyer acquires a defined quantity or share of its purchases from the seller. These purchases typically need not be made at a single point in time – they may accumulate over some period, for example a year. Familiar examples would include “coffee

cards” that promise a tenth free coffee after the holder has purchased nine, and airline frequent flier programs that provide benefits such as free flights after the member has accumulated a threshold number of “miles” on his or her account. As all three of the papers here report, despite their ubiquity loyalty programs have come under increased scrutiny by competition regulators in a number of jurisdictions over the last several years.¹ They raise competition issues when they are used by firms with market power to block the entry or expansion of rivals through the creation of what are effectively exclusive (or nearly so) dealing or tying.

Loyalty discounts are sometimes seen as a subset of a broader category referred to as “conditional pricing practices” which can also include payments for exclusivity and bundled discounts. Many of the concerns associated with loyalty discounts can also be relevant under other forms of conditional pricing practices.²

Most problematic from a competition policy perspective are “all units discounts” (AUD) arrangements in which a lower price offered by the seller to a buyer reaching some threshold applies to all units purchased to reach that threshold, not just to additional units purchased beyond the threshold. Under such arrangements, there can be a very strong incentive for the buyer to reach that threshold with effective marginal prices at the threshold being negative.³ The thresholds can be stated in terms of quantities of units purchased or in terms of shares of the buyer’s total purchases of the product in question. When the discount or rebate under an AUD is substantial and the threshold demands 100% of the buyer’s business, we can have *de facto* exclusive dealing.

Professor Tan and his coauthor study AUD-type loyalty discount plans on a single product. However, loyalty agreements (even of the AUD sort) can involve multiple products where they can serve as a sort of anti-competitive tying device when the seller has strong market power with respect to some products but not others. Professor Ware explores some of the implications of loyalty plans in this multi-product setting.

An important feature of many economic models that demonstrate the potential for competitive harm with loyalty discounts involves a distinction between contestable and non-contestable segments of a market. This is emphasized in both of the papers by Professors Tan and Ware. If a potential entrant does not have the capacity or range of products to offer a complete alternative to a dominant firm we say that the part of the market the entrant could serve is the contestable part. When the

non-contestable part of the market is large enough, the dominant firm has considerable leverage with which it can make entry extremely difficult – effectively by tying the contestable market to the non-contestable market. As Professor Tan and his coauthor show, the dominant firm may not necessarily use this to completely exclude the rival, but it can certainly limit the rival's market share.

Neil Campbell and his coauthor explain that the Competition Bureau can examine loyalty plans under two different sections of the *Competition Act* depending on the facts of a particular case: as exclusive dealing under Section 77 or as an abuse of dominance under Section 79. While the different sections require different approaches with somewhat different standards, they also have much in common – principally in the value of showing economic effects on competition.

The competition economics literature has suggested two general approaches to evaluating the potential for harm from loyalty plans, by analogizing them to other practices. Both are described in the papers here. Loyalty plans can, particularly if of the AUD variety, be treated as predatory pricing given that marginal prices at (and for a quantity beyond) the threshold can very low and even negative as explained above. As a result, those marginal prices would fail any of the standard price-cost tests – though an issue to be addressed relates to the quantity over which price is to be calculated for the purposes of the test. That is, should we consider the marginal price right at the threshold, incremental prices from the threshold level to the quantity actually purchased or an average price over all units?

While this approach has been advocated by some experts and applied in some cases, it has its weaknesses stemming from the fact that the general problem of predation is not what we see in loyalty cases. In a typical predation case, the seller is setting prices very low temporarily for the purpose of eliminating, marginalizing or disciplining a rival. The seller loses money during this period. After accomplishing this goal, prices are increased and the temporary losses recouped. Loyalty plans do not have this time path of prices – in principle they can be permanent as average prices (across all units) will typically remain above average costs. Importantly, an equally efficient rival could mimic the incumbent seller and also be profitable. Under classical predatory pricing, everyone loses money during the predation period.⁴

The second approach is to treat loyalty plans — when they raise

competitive concerns — as means to build exclusivity (with single products) or mechanisms for tying (with multiple products) and to use the kinds of economic and legal approaches familiar from such cases.⁵ These are the approaches outlined by Mr. Campbell and Ms. Chan in their paper.

Not to be lost in all this is the idea that loyalty programs can have many beneficial effects and will most often be at least competitively neutral. They may serve as a point of value-added differentiation between competing sellers, as with frequent flier programs.⁶ By subsidizing repeat purchases, they can help build brand attachment in environments that demand that. Some programs, like the coffee card example, can serve as price discrimination mechanisms: for example, local customers, who know the market and alternative sellers well, can effectively pay less for their coffee (using the cards) than non-locals who are unaware of competitive alternatives and are therefore willing to pay more to avoid costly search. Loyalty programs of the AUD variety can even be used by monopoly firms as “forcing contracts”, encouraging buyers to purchase more than they would (in order to get to the threshold) under simple monopoly pricing – and reducing deadweight loss in the process.

To the extent that loyalty programs do create exclusivity or serve as tying devices we also have the various kinds of efficiencies we have come to recognize as potentially flowing from those types of arrangements. For example, buyers and sellers will be more willing to undertake valuable relationship-specific investments under the protection of an exclusive arrangement. Tying arrangements can take advantage of economies of scope in distribution (e.g. common delivery) and can reduce the problems of incompatibility if the tied and tying goods need to be used together in some way.

Finally, as the papers from our panelists point out, concerns about loyalty discounts are generally absent when there are multiple equally efficient rivals available to serve buyers.⁷ Some would push this point further to argue that if a particular loyalty discount plan could not exclude an equally efficient rival – even if none exists currently – it should not be condemned. This is a more difficult argument, however, for at least two reasons.

First, we recognize that even somewhat less efficient rivals can have a strong pro-competitive effect in a market – their higher costs of production being balanced by the extra output and reduced deadweight losses

they generate. Second, it is hard to imagine a case in which an entrant would instantly be an equally efficient rival. It will take time and some learning by doing before the new rival can achieve competitive levels of costs. And it may take time for buyers to learn about the availability and quality of the rival's products or services. These costs – effectively sunk costs of entry — can be overcome over time but they are costs that the incumbent is not incurring, so it has an advantage. As a result, even firms that can eventually become equally efficient rivals will not be so at the beginning. It would therefore make sense, if we are committed to an “equally efficient rival” test, to apply it by assessing a rival's ability to be equally efficient after some period of time. To allow a practice that could only be successfully challenged by a rival that is equally efficient from day one is, short of the arrival of a disruptive innovation, likely to prevent some pro-competitive entry.

We turn now to our Scholars' papers. The *Canadian Competition Law Review* looks forward to receiving feedback on this Scholars Panel in particular and on the value of the Scholars Panel project in general. Ideas for future Panel topics are always welcome at: cancomprev@cba.org.

Endnotes

¹ Most famously recently in Canada in the Canada Pipe case, as discussed in the paper by Professor Ware: *Commissioner of Competition v Canada Pipe*, 2005 Comp Trib 3.

² See, for example, Steven C. Salop, “The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices and the Flawed Incremental Price-Cost Test” (2016) *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 1620, online: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1620>>.

³ A simple example. Suppose a particular seller's plan called for a per-unit price of \$50 which would be reduced to \$45 if the buyer purchased 100 units or more. This is an AUD so the lower price will apply to all units purchased, not just the 100th and beyond. Purchasing 99 units would cost the buyer \$4,950 (99 units @ \$50) while buying 100 would cost \$4,500 (100 units @ \$45) implying that the 100th unit cost carried a large negative price: - \$450. In fact, in this example, it would be less expensive to buy 100 units than to buy 91 units.

⁴ Salop, *supra* note 2, is also critical of predatory pricing approaches.

⁵ Essentially this is the “raising rivals' costs” approach championed by Salop, *supra* note 2.

⁶ Though this differentiation can also raise barriers to entry and increase switching costs with implications for competition. This has been an issue with frequent flier programs.

⁷ Though to the extent that such plans could serve as practices that facilitate tacit coordination in oligopoly, there may still be issues to consider.

GROUPE D'EXPERTS SUR LES PROGRAMMES DE FIDÉLISATION : INTRODUCTION, PAR THOMAS W. ROSS

Depuis la conférence d'automne annuelle de la section du droit de la concurrence de l'ABC en 2015, la *Revue canadienne du droit de la concurrence* a collaboré avec la section et les organisateurs de la conférence pour produire un genre différent de séance que nous avons appelé le « groupe d'experts ». Les experts recrutés pour ces séances sont spécialisés dans un secteur actuel et important de la politique sur la concurrence (au Canada ou à l'étranger). On leur demande de préparer des exposés de style magistral qui procurent des analyses approfondies d'aspects d'un sujet donné – des exposés qui fournissent des idées stimulantes pour l'auditoire à la conférence ainsi qu'un ensemble d'articles de qualité supérieure pour la *Revue*.

À la conférence de 2015, le sujet était « Disruptive Business Models: Is Canadian Competition Law Keeping Up with Technological Change? Can It? », et le groupe était composé des professeurs Joshua Gans et Mihkel Tombak (tous deux de l'Université de Toronto) et de David Rosner, représentant un effort conjoint de Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L., s.r.l. Les exposés des professeurs Gans et Tombak ont été publiés dans l'édition Printemps 2016 de la *Revue*.

Le Groupe d'experts 2016, se penchant sur le sujet « Loyalty Programs – Risks & Rewards », était composé de Neil Campbell de McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l., du professeur Guofu Tan de l'Université de la Californie du Sud et du professeur Roger Ware de l'Université Queen's. Les trois ont (dans deux cas avec des coauteurs) procuré les intéressants exposés que nous sommes heureux de publier ici dans la *Revue canadienne du droit de la concurrence*.

La question

Les programmes de fidélisation comportent des modalités suivant lesquelles le vendeur récompense l'acheteur, souvent au moyen de rabais, lorsque l'acheteur fait une quantité ou une part déterminée (ou davantage) de ses achats auprès du vendeur. Ces achats ne doivent pas nécessairement être effectués à un seul moment – ils peuvent s'accumuler sur une certaine période, par exemple un an. Mentionnons comme exemple

courant les « cartes-café », qui promettent que le dixième café est gratuit, ainsi que les programmes grand voyageur des sociétés aériennes qui offrent des avantages comme des vols gratuits une fois que le membre a accumulé un certain nombre de « milles » à son compte. Comme les trois exposés l'indiquent, malgré leur omniprésence, les programmes de fidélisation sont de plus en plus examinés par les organismes de réglementation de la concurrence dans plusieurs ressorts depuis quelques années¹. Ils soulèvent des questions de concurrence lorsqu'ils sont utilisés par des sociétés ayant suffisamment de pouvoir de marché pour empêcher l'entrée ou l'expansion des rivaux au moyen de la création de relations ou de liens réellement exclusifs (ou presque).

Les escomptes de fidélité sont parfois considérés comme un sous-groupe d'une catégorie plus large appelée « les pratiques de prix conditionnels », qui peut aussi comprendre les paiements d'exclusivité et les escomptes groupés. Bon nombre des préoccupations liées aux escomptes de fidélité peuvent aussi être pertinentes sous d'autres formes de pratiques de prix conditionnels².

Du point de vue de la politique sur la concurrence, ce sont les « escomptes sur toutes les unités » (ETU) qui sont les plus problématiques. Il s'agit de modalités par lesquelles un prix plus bas offert par le vendeur à l'acheteur qui atteint un certain seuil s'applique à toutes les unités achetées pour l'atteinte de ce seuil, et non pas seulement aux unités supplémentaires achetées au-delà du seuil. De telles modalités peuvent donner à l'acheteur un très fort incitatif pour atteindre ce seuil, les prix marginaux effectifs au seuil étant négatifs³. Les seuils peuvent être établis sous forme de quantités d'unités achetées ou de parts des achats totaux de l'acheteur du produit en question. Lorsque l'escompte ou la remise en vertu d'un ETU est important et que le seuil exige la totalité des commandes de l'acheteur, il peut y avoir dans les faits exclusivité.

Le professeur Tan et son coauteur étudient les programmes d'escomptes de fidélisation de type ETU sur un produit unique. Toutefois, les ententes de fidélisation (même de type ETU) peuvent porter sur plusieurs produits, auquel cas elles peuvent servir de genre de mécanisme de ventes liées anticoncurrentiel lorsque le vendeur jouit d'un fort pouvoir de marché à l'égard de certains produits, mais non pas à l'égard d'autres produits. Le professeur Ware analyse certaines des incidences des programmes de fidélisation dans ce contexte multiproduits.

Une importante caractéristique de nombreux modèles économiques

qui démontrent le potentiel de préjudice concurrentiel en raison des escomptes de fidélité porte sur une distinction entre les secteurs disputables et non disputables d'un marché. C'est ce que soulignent les exposés des professeurs Tan et Ware. Si un entrant potentiel n'a pas la capacité ou la gamme de produits nécessaire pour offrir une solution de rechange complète à une société dominante, nous affirmons que la part du marché que l'entrant pourrait desservir est la partie disputable. Lorsque la partie non disputable du marché est suffisamment importante, la société dominante jouit d'un effet multiplicateur considérable dont elle peut se servir pour rendre l'entrée extrêmement difficile – concrètement en liant le marché disputable au marché non disputable. Comme le démontrent le professeur Tan et son coauteur, la société dominante n'utilise pas nécessairement cette méthode pour écartier complètement le rival, mais elle peut certainement limiter la part de marché du rival.

Neil Campbell et sa coauteure expliquent que le Bureau de la concurrence peut examiner les programmes de fidélisation suivant deux dispositions différentes de la *Loi sur la concurrence* selon les faits d'une affaire donnée. Sous l'angle de l'exclusivité en vertu de l'article 77 ou de l'abus de position dominante en vertu de l'article 79. Les différentes dispositions requièrent des méthodes différentes appliquant des normes quelque peu différentes, mais elles ont aussi beaucoup de choses en commun – principalement dans la valeur de démontrer les effets économiques sur la concurrence.

Les textes d'économie sur la concurrence indiquent deux approches générales d'évaluation du préjudice potentiel causé par les programmes de fidélisation en les comparant par analogie à d'autres pratiques. Les deux sont décrites dans les exposés. Les programmes de fidélisation peuvent, particulièrement ceux du genre ETU, être considérés comme prévoyant des prix d'éviction étant donné que les prix marginaux au seuil (et pour les unités supplémentaires) peuvent être très bas et même négatifs, comme il a été expliqué précédemment. Par conséquent, ces prix marginaux échoueraient tout critère standard prix-coût, quoiqu'une question à régler ait trait à la quantité sur laquelle le prix doit être calculé pour l'application du critère. C'est-à-dire, devrions-nous considérer le prix marginal dès le seuil, des prix graduels du seuil à la quantité achetée ou un prix moyen sur toutes les unités?

Cette approche a été favorisée par certains experts et appliquée dans certaines affaires, mais elle souffre de faiblesses découlant du fait que le

problème général de l'éviction n'est pas le même que ce que nous constatons dans les affaires de programmes de fidélisation. Dans une affaire typique de prix d'éviction, le vendeur établit ses prix temporairement à un niveau très bas en vue d'éliminer, de marginaliser ou de discipliner un rival. Le vendeur perd de l'argent pendant cette période. Après avoir réalisé cet objectif, il augmente ses prix et récupère ses pertes temporaires. Les programmes de fidélisation n'ont pas ce caractère temporel des prix – en principe, les prix peuvent être permanents car les prix moyens (sur toutes les unités) demeurent généralement supérieurs aux coûts moyens⁴. Fait important, un rival tout aussi efficace pourrait imiter le vendeur traditionnel et réaliser aussi des profits. Selon le scénario classique de prix d'éviction, tous perdent de l'argent pendant la période d'éviction.

La deuxième approche consiste à traiter tous les programmes de fidélisation – lorsqu'ils soulèvent des préoccupations en matière de concurrence – comme visant à établir une exclusivité (avec des produits uniques) ou des mécanismes de ventes liées (avec plusieurs produits) et à utiliser les genres d'approches économiques et juridiques appliqués traditionnellement dans de tels cas⁵. Il s'agit des approches présentées par M. Campbell et M^{me} Chan dans leur exposé.

Il ne faut pas perdre de vue dans tout cela l'idée que les programmes de fidélisation peuvent revêtir de nombreux effets bénéfiques et sont généralement au moins neutres sur le plan de la concurrence. Ils peuvent servir de point de distinction à valeur ajoutée entre des vendeurs concurrents, comme c'est le cas des programmes grand voyageur⁶. En subventionnant les achats répétitifs, ils peuvent établir un attachement à la marque dans des milieux qui l'exigent. Certains programmes, comme dans l'exemple de la carte-café, peuvent servir de mécanismes de discrimination par les prix : par exemple, les clients locaux, qui connaissent bien le marché et les autres vendeurs, peuvent concrètement payer moins pour leur café (en utilisant les cartes) que les clients non locaux qui ignorent l'identité des concurrents et sont donc prêts à payer davantage pour éviter des recherches coûteuses. Les programmes de fidélisation de type ETU peuvent même être utilisés par les sociétés jouissant d'un monopole pour « forcer les contrats », en encourageant les acheteurs à acheter davantage que prévu (afin d'atteindre le seuil) suivant un simple prix de monopole – et en réduisant la perte sèche par la même occasion.

Dans la mesure où les programmes de fidélisation créent de l'exclusivité

ou servent de mécanismes de ventes liées, nous constatons les divers genres d'inefficacité que nous en sommes venus à reconnaître comme découlant potentiellement de ces types de modalités. Par exemple, les acheteurs et les vendeurs seront plus prêts à effectuer des investissements précieux centrés sur la relation sous les auspices d'une entente exclusive. Les ententes prévoyant des liens peuvent bénéficier d'économies d'échelle dans la distribution (p. ex. livraison commune) et peuvent réduire les problèmes d'incompatibilité si les produits liés et liants doivent être utilisés ensemble de quelque façon.

Enfin, comme le soulignent les exposés de nos experts, les préoccupations relatives aux escomptes de fidélité n'existent généralement pas lorsqu'il y a plusieurs rivaux tout aussi efficaces disponibles pour desservir les acheteurs⁷. Certains iraient plus loin en ce sens pour affirmer que si un programme d'escompte de fidélisation particulier n'a pas un rival tout aussi efficace – même s'il n'y a aucun rival actuellement – il ne devrait pas être condamné. Il s'agit cependant d'un argument plus difficile à faire valoir, pour au moins deux raisons.

Premièrement, nous reconnaissons que même les rivaux un peu moins efficaces peuvent avoir un solide effet proconcurrentiel sur le marché – leurs coûts de production plus élevés étant pondérés par la production supplémentaire et la réduction des pertes sèches qu'ils génèrent. Deuxièmement, il est difficile d'imaginer un cas où un entrant deviendrait instantanément un rival tout aussi efficace. Il faut du temps et de l'apprentissage par l'expérience pour que le nouveau rival puisse atteindre des niveaux concurrentiels de coûts. Et il peut falloir du temps aux acheteurs pour apprendre à connaître la disponibilité et la qualité des produits ou services du rival. Ces coûts – en réalité des coûts irrécupérables d'entrée – peuvent être absorbés au fil du temps, mais il s'agit de coûts que la société en place n'engage pas, de sorte que cette dernière jouit d'un avantage. Par conséquent, même des sociétés qui pourraient devenir des rivaux tout aussi efficaces n'en seront pas au début. Si nous nous en tenons au critère du « rival tout aussi efficace », il serait donc logique de l'appliquer en évaluant la capacité du rival d'être tout aussi efficace après un certain temps. Permettre une pratique qui ne pourrait être mise à l'épreuve avec succès que par un rival qui est tout aussi efficace dès le début est de nature à empêcher les entrées proconcurrentielles, sauf dans le cas d'innovations perturbatrices.

Nous abordons maintenant les exposés de nos experts. *La Revue*

canadienne du droit de la concurrence espère recevoir des commentaires sur ce groupe d'experts en particulier et sur la valeur du projet du groupe d'experts en général. Les idées de sujets futurs pour le groupe sont toujours bien accueillies à : cancomplev@cba.org.

notes

¹ L'affaire la plus récente au Canada étant l'affaire *Tuyauteries Canada*, comme le mentionne l'exposé du professeur Ware : *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada*, 2005 Trib. Conc 3.

² Voir, par exemple, Steven C. Salop (2016), « The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices and the Flawed Incremental Price-Cost Test », disponible à <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1620>>.

³ En voici un exemple simple. Supposons que le plan d'un vendeur donné prévoit un prix unitaire de 50 \$ qui est réduit à 45 \$ si l'acheteur acquiert au moins 100 unités. Il s'agit d'un ETU conçu de manière à ce que le prix inférieur s'applique à toutes les unités achetées, et non pas seulement à la 100^e unité et aux unités supplémentaires. L'achat de 99 unités coûterait à l'acheteur 4 950 \$ (99 unités x 50 \$) tandis que l'achat de 100 unités coûterait 4 500 \$ (100 unités x 45 \$), ce qui signifie que le coût de la 100^e unité est très négatif : -450 \$. En réalité, dans cet exemple, il en coûterait moins d'acheter 100 unités que d'en acheter 91.

⁴ Salop, précité note 3, critique également les méthodes d'évaluation des prix d'éviction.

⁵ Essentiellement, il s'agit de l'approche de type « élever les coûts des rivaux » défendue par Salop, précité note 3.

⁶ Quoique cette distinction puisse aussi élever des barrières à l'entrée et augmenter les coûts de remplacement, ce qui a des incidences pour la concurrence. Cela s'est révélé être un problème avec les programmes grand voyageur.

⁷ Quoique dans la mesure où de tels programmes peuvent servir de pratiques facilitant la coordination tacite dans le cadre d'un oligopole, il pourrait rester des questions à examiner.