

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

LES CAS DE REMISES AU VOLUME

La remise de l'affaire Subutex®

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

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

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

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

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

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

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

La remise « parc » mise en œuvre par Orange

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LES AUTRES CAS DE REMISES

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

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