

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**TABLE RONDE SUR LE RÔLE ET LA MESURE DE LA QUALITÉ DANS L'ANALYSE DE LA
CONCURRENCE**

-- Note du Secrétariat --

La présente note du Secrétariat est soumise POUR EXAMEN dans le cadre du point VI de l'ordre du jour de la réunion qui se tiendra les 19 et 20 juin 2013.

Pour toute question concernant ce document, merci de contacter M. Jeremy West (courriel : jeremy.west@oecd.org).

JT03342010

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction.....	3
2.	Questions de définition	4
2.1	Définir la qualité	4
2.2	Le choix : un élément de la qualité ou tout autre chose ?	6
2.3	Utiliser la qualité pour définir des marchés	7
3.	Dans quelle mesure la concurrence influe-t-elle sur la qualité ?.....	8
3.1	Connaissances théoriques	9
3.1.1	Comment la concurrence influence la gamme des produits ou des services proposés	9
3.1.2	Qualité et variété : trop ou trop peu ?.....	13
3.1.3	Résultats imprévisibles lorsque les prix comme la qualité sont variables	15
3.2	Effets réels	17
3.2.1	Expérience dans le secteur des médias	17
3.2.2	Expérience dans le secteur du transport aérien	18
3.2.3	Expérience de l'interdiction de publicité par des associations professionnelles.....	19
3.2.4	Expérience sur le marché du contrôle des émissions des véhicules.....	20
3.2.5	Expérience dans le secteur des supermarchés.....	21
3.2.6	Expérience dans le secteur des services hospitaliers.....	22
3.2.7	Les expériences par secteur présentées dans cette section corroborent les études théoriques sur la concurrence et la qualité.	27
4.	La qualité dans un exemple d'application du droit de la concurrence.....	27
4.1	Les concentrations	27
4.2	Les ententes.....	28
4.2.1	Les ententes qui visent à réduire la qualité	28
4.2.2	L'argument de la qualité pour justifier les ententes.....	30
4.3	L'argument de la qualité pour justifier le recours aux ventes liées.....	32
4.4	Comment les entreprises intégrées verticalement minent la qualité des services proposés par les concurrents en aval.....	35
4.5	La question de la qualité dans les enquêtes de marché	36
4.6	Restrictions verticales	37
5.	Conclusion	38

LE RÔLE DE LA QUALITÉ DANS L'ANALYSE DE LA CONCURRENCE

*Note du Secrétariat*¹

1. Introduction

1. En principe, les problèmes de qualité sont tout aussi omniprésents que les problèmes de prix dans la politique de la concurrence. Après tout, une baisse de qualité (à prix constant) peut être tout aussi préjudiciable au bien-être des consommateurs qu'une hausse de prix (à qualité constante), et les entreprises rivalisent autant par la qualité que par les prix. Les lignes directrices sur les fusions évoquent couramment la hausse des prix mais aussi la baisse de qualité comme des conséquences potentielles susceptibles de soulever des problèmes de concurrence. De même, les monopoles inamovibles ne sont pas souhaitables du point de vue de la concurrence, d'une part parce qu'ils donnent lieu à des inefficiences et réduisent le bien-être des consommateurs par des prix supraconcurrentiels, d'autre part parce qu'ils ont tendance à se reposer sur leurs lauriers et à s'accommoder d'une baisse de la qualité de leurs produits et services. Les autorités de la concurrence répriment les ententes parce que leurs membres se concertent pour gonfler artificiellement les prix, mais aussi parce qu'ils s'entendent parfois pour réduire la qualité. En outre, les mesures correctives de nature comportementale adoptées contre les infractions au droit de la concurrence exigent parfois des sociétés qu'elles assurent des niveaux de performance minimum, qui pourraient être qualifiés de conditions de « qualité ».

2. Il est pourtant difficile de savoir comment intégrer des critères de qualité à une analyse de la concurrence. Il est bien plus aisé d'intégrer les critères de prix. Le prix est un facteur unique et objectif. Tout consommateur privilégiera un prix moindre pour un niveau de qualité donné. La qualité, toutefois, est un facteur multidimensionnel et subjectif. Les consommateurs peuvent avoir des approches différentes de la notion de « meilleure qualité » pour un produit donné, *quel que soit le prix*. Et à supposer qu'ils s'accordent sur les composantes pertinentes de la qualité, ils peuvent ne pas se retrouver sur l'importance à accorder à chacune de ces composantes.

3. Par exemple, plusieurs clients d'un service de livraison de pizzas s'entendront peut-être pour dire que tant la rapidité de livraison que la diversité de la carte sont des facteurs importants, mais certains pourront estimer que la rapidité de livraison est le facteur le plus important, tandis que les autres privilégieront la disponibilité de certains types de pizzas. Ou, pour prendre un exemple plus délicat, supposons que nous analysions le marché des médicaments de chimiothérapie. De prime abord, on pourrait penser qu'il s'agit du contre-exemple parfait, à l'appui de l'argument selon lequel il existe assurément des produits pour lesquels la qualité est une notion évidente et universelle. Après tout, tout le monde conviendra que la caractéristique la plus importante d'un médicament de chimiothérapie sur le plan de la qualité est son efficacité à combattre le cancer. En est-on sûr ? On pourrait découvrir, en comparant les avis de jeunes et d'octogénaires, que l'on peut avoir un point de vue très différent sur la qualité, même lorsqu'il s'agit de patients souffrant du cancer qui parlent de médicaments contre le cancer. En effet, un jeune pourra accorder une priorité absolue à l'efficacité du médicament, indépendamment de ses autres caractéristiques. Mais une personne âgée, qui a peut-être été déjà connu traité une ou deux fois pour un cancer, préférera peut-être un médicament dont les effets secondaires sont moins prononcés, même s'il est

¹ La présente note a été rédigée par Anna Pisarkiewicz et Jeremy West, de la Division de la concurrence de l'OCDE.

moins efficace. Ou encore, la personne âgée se souciera peut-être davantage du mode d'administration du médicament, par voie orale ou intraveineuse, ou de la fréquence de ses visites chez le médecin pendant le traitement.

4. Ces différences de point de vue des consommateurs peuvent rendre la mesure de la qualité et son intégration à une analyse de la concurrence plus difficile que celles des prix. C'est probablement la raison pour laquelle les tribunaux et les autorités de la concurrence examinent rarement les problèmes de qualité de manière aussi approfondie que les problèmes de prix.

5. Nous débuterons la présente note en précisant certaines définitions associées à la qualité. Qu'entendons-nous exactement par ce terme de « qualité » ? Le choix est-il un aspect de la qualité ? La qualité peut-elle servir à définir des marchés ? Nous nous intéresserons ensuite à la façon dont l'évolution du niveau de concurrence influe sur la qualité. Nous aborderons cette question sous l'angle d'études microéconomiques théoriques et empiriques. Ensuite, nous examinerons la façon dont les problèmes de qualité ont été analysés par les tribunaux et les autorités de la concurrence dans différents contextes d'application du droit de la concurrence.

2. Questions de définition

2.1 Définir la qualité

6. Comme le suggère l'introduction, tenter de définir la qualité est une mission quasi-impossible. Il s'agit d'une notion insaisissable et fluctuante, car chacun a souvent une idée personnelle de ce qu'elle recouvre, à la fois en général et pour des produits ou services particuliers. Pourtant, nous partageons tous certaines idées sur ce qu'est la qualité. Certes, nous aurons peut-être du mal à arrêter une définition étroite et uniforme qui conviendrait à tous sur un marché donné, mais nous pouvons en identifier les principaux critères. La qualité se rapporte à des choses comme le savoir-faire, les matériaux, la conception, la fiabilité, la durabilité, l'esthétique, le lieu et la performance.

7. Nous ne parlons pas ici des caractéristiques des produits ou services aisément convertibles en prix ou en coûts. Par exemple, si nous vous proposons 500 grammes de sucre pour 3 euros mais que notre concurrent vend 1 kilo de sucre pour le même prix, on pourrait dire que le concurrent propose une offre de meilleure qualité uniquement parce que l'acheteur obtiendra davantage de sucre pour un prix identique. Mais il serait simpliste de comparer ces offres uniquement sous l'angle du prix : notre prix est de 6 euros par kilo et le prix de notre rival est de 3 euros par kilo. Qui ne voudrait pas avoir deux fois plus de sucre pour le même prix ? C'est une décision facile à prendre. Mais ce n'est pas du tout l'objet de la présente note. De même, notre propos n'est pas de comparer la durée de vie d'une ampoule par rapport à une autre. Il y a peu d'intérêt à comparer une ampoule de 70 watts qui dure un an et coûte 3 euros à une ampoule de 70 watts qui dure dix ans et coûte 10 euros. Encore une fois, il s'agit juste d'une différence de quantité par euro.

8. Nous voulons ici parler des caractéristiques du produit en lui-même, de sa *qualité* intrinsèque et non de sa quantité. Le sucre est un produit de base. D'une manière générale, tous les sucres ont le même goût, se dissolvent de la même manière, se versent de la même manière, etc. Par conséquent, la qualité ne varie pas beaucoup d'une marque à l'autre. Les clients fondent leur décision d'achat presque exclusivement, sinon exclusivement, sur le prix. Mais qu'en est-il d'une voiture ? D'un voyage organisé ? De services comptables ? Pour ce type de produits ou de services, de nombreux éléments, autres que le couple prix/quantité, entrent en ligne de compte. Pour une voiture, des critères comme la capacité de transport, la ligne, le maniement et la consommation de carburant sont importants. Mais certains clients accorderont énormément d'importance à l'aspect et la puissance d'une voiture et beaucoup moins à sa capacité de transport. D'autres conviendront que l'aspect et la puissance sont importants, mais ne

s'entendront pas sur le facteur primordial à leurs yeux. Pour un voyage organisé, la destination a, à l'évidence, beaucoup d'importance. Mais comment décider de manière objective et universelle si Rome ou Phuket est la meilleure destination pour des vacances ? Il est bien plus ardu de répondre à ces questions que de dire s'il vaut mieux payer 3 euros pour 500 grammes de sucre que 3 euros pour 1 kilo .

9. Les économistes ont eu recours à la sémantique pour distinguer les caractéristiques qui font l'unanimité parmi les consommateurs de celles que seuls certains consommateurs estiment souhaitables. Les premières caractéristiques sont regroupées sous l'intitulé « différenciation verticale des produits », tandis que les deuxièmes relèvent de la « différenciation horizontale des produits ». Cette distinction terminologique est utile, mais elle ne change rien au fait que, pour certains consommateurs, une différenciation horizontale d'un produit relèvera de la « qualité » tandis que pour d'autres ce ne sera pas le cas, et que même parmi les différenciations verticales, les consommateurs ne s'accordent pas toujours sur l'importance à donner à certaines caractéristiques par rapport à d'autres.

10. Dans ce contexte, des analystes cherchant à étudier la qualité sur un marché pourraient tenter d'identifier et de mesurer la plupart, voire la totalité des variables qui comptent aux yeux des consommateurs. L'encadré 1 illustre cette approche, adoptée par un régulateur irlandais après avoir examiné 13 éléments de service fournis par une autorité aéroportuaire. On pourrait également envisager de s'appuyer sur la théorie de la révélation des préférences, selon laquelle les préférences des consommateurs sont révélées par leurs habitudes de consommation. En observant les produits et quantités achetés par les consommateurs, on peut savoir ce qu'est la qualité et qui la fournit.

Encadré 1. Comment les régulateurs sectoriels évaluent-ils la qualité ? Illustration avec l'autorité aéroportuaire de Dublin

Conformément à la dernière décision prise par la Commission de réglementation du transport aérien (Commission for Aviation Regulation) en ce qui concerne le niveau maximum de redevances aéroportuaires*, l'autorité aéroportuaire de Dublin (Dublin Airport Authority, DAA) doit veiller à ce que le niveau de recettes perçues sur les redevances aéroportuaires ne dépasse pas le plafond de recettes autorisé par passager.

Le plafond de recettes est fixé par une formule spécifique dans laquelle la Commission a introduit un critère de qualité, créant ainsi un lien direct entre le prix plafond et la qualité de service offerte.

Par exemple, pour la période de réglementation couvrant l'année 2010, la formule prévoyait que le plafond de recettes par passager soit de $[8,93€ + T2_{2010}] * QS_{2010}$ où

$T2_{2010}$ représente une hausse du plafond de recettes autorisé par passager si le terminal 2 (T2) devenait opérationnel en 2010, tandis que QS_{2010} représente un ajustement de la qualité de service (QS) d'une valeur comprise entre 0,965 et 1, suivant le nombre d'objectifs de qualité de service atteints par la DAA.

Si la DAA atteignait tous les objectifs, la valeur serait de 1. Si, en revanche, elle n'atteignait aucun des objectifs, la valeur serait de 0,965, de sorte que le plafond de recettes autorisé diminuerait de 3,5 % (et de 4,5 % les années suivantes).

Treize mesures de service ont été utilisées pour suivre la qualité de service, mais seules douze d'entre elles pouvaient avoir une incidence sur les redevances aéroportuaires, à savoir :

- la durée de la fouille des passagers, supérieure ou non à 30 minutes
- la durée, en pourcentage, d'indisponibilité supérieure à 30 minutes du système de gestion des bagages sortants pendant les heures d'ouverture
- la durée, en pourcentage, de disponibilité du système de gestion des bagages entrants pendant les heures

d'ouverture

- la facilité à s'orienter dans l'aéroport
- les écrans affichant les informations sur les vols
- la propreté du terminal de l'aéroport
- la propreté des toilettes
- le confort dans les zones d'attente/salles d'embarquement
- la courtoisie/disponibilité du personnel de l'aéroport (à l'exception du personnel chargé de l'enregistrement et de la sécurité)
- la courtoisie/disponibilité du personnel chargé de la sécurité
- le niveau de satisfaction global (de tous les passagers)
- les équipements de communication/télécommunication/moyens électroniques
- le sentiment de sûreté et de sécurité

Neuf de ces mesures sont calculées d'après les résultats d'enquêtes réalisées auprès des passagers, qui sont actuellement réalisées chaque trimestre par le Conseil international des aéroports (Airports Council International, ACI). Les trois autres mesures, qui concernent le temps de fouille des passagers et la disponibilité des systèmes de gestion des bagages sortants et entrants, sont évaluées par la DAA.

Avant de communiquer sa décision, la Commission a publié des documents de consultation où était examinée la question du traitement devant être réservé à la qualité de service. Si le système actuel de qualité de service a été élaboré après consultation de toutes les parties intéressées et que la plupart des personnes sondées ont accueilli favorablement l'introduction d'un système de suivi de la qualité de service à l'aéroport de Dublin, une partie (Ryanair) a fait valoir que la Commission n'avait pas identifié ce que l'on entendait par « bonne qualité de service ».

Naturellement, bien que le régulateur intègre un critère de qualité dans sa formule, les parties peuvent ne jamais totalement s'entendre sur ce que constitue une bonne qualité de service. En effet, les réponses données à la Commission par les diverses parties prenantes ont montré l'existence d'avis parfois très contrastés sur le périmètre précis d'un système adéquat de suivi de la qualité et sur la manière de mesurer les différents indicateurs. Pour garantir la solidité du système de suivi et refléter la diversité des avis exprimés, la Commission a opté pour la combinaison de plusieurs mesures, qu'elle considérait comme suffisamment larges.

* Disponible à l'adresse suivante : http://www.aviationreg.ie/fileupload/2009_CP4_Final_Determination.pdf.

2.2 Le choix : un élément de la qualité ou tout autre chose ?

11. Le choix offert, par exemple la possibilité de choisir parmi des centaines de styles de chaussures, est-il l'un des aspects de la qualité ? Ou bien le choix est-il un facteur bien distinct de la qualité ? Étant donné que les choix offerts sur un marché peuvent eux-mêmes se distinguer par leur qualité respective (par exemple, des chaussures d'une marque de luxe par opposition à des chaussures de marque inconnue fabriquées avec des matériaux bon marché), il semblerait que le choix soit un élément distinct de la qualité. En outre, le choix est à l'évidence nécessaire pour que la concurrence puisse stimuler des améliorations qualitatives, car les clients doivent avoir le choix avant de pouvoir effectivement « voter », au travers de l'acte d'achat, pour les produits ou services de meilleure qualité. Encore une fois, si l'on compare les détaillants en chaussures plutôt que les magasins vendant une marque unique, le choix devient, outre un

élément de qualité, un élément de grande importance. Les clients peuvent préférer fréquenter des magasins de chaussures qui offrent une grande diversité de marques plutôt qu'une gamme de produits plus limitée. Ils percevraient alors un large choix de chaussures comme un élément de qualité pour les détaillants en chaussures. Comme l'a révélé un récent rapport de l'Office of Fair Trading (OFT), les gens semblent apprécier le choix en tant que tel, indépendamment de son effet sur la qualité d'un service ou produit donné.² Le choix et la qualité ont donc, de par leur définition, une relation quelque peu fluctuante. Dans la présente note, nous considérerons le choix comme un élément de qualité.

2.3 *Utiliser la qualité pour définir des marchés*

12. La qualité peut-elle servir à définir des marchés ? Par exemple, le célèbre test de l'élasticité croisée (critère de l'augmentation limitée mais significative et non transitoire du prix, dit aussi test SSNIP) pourrait-il être remplacé par un test SSNDQ (critère de la baisse limitée mais significative et non transitoire de la qualité) ? À supposer que cela soit possible, voudrions-nous réellement procéder à un tel remplacement ? En d'autres termes, y a-t-il des situations dans lesquelles le test SSNIP donnerait un résultat incomplet ou inexact parce qu'il privilégie le prix, et des situations dans lesquelles le test SSNDQ donnerait un résultat plus précis ?

13. Hartman, Teece, Mitchell et Jorde ont avancé qu'un test SSNDQ est non seulement envisageable, mais surtout nécessaire pour définir les marchés et évaluer le pouvoir de marché dans les secteurs soumis à des évolutions technologiques rapides.³ Partant du postulat de Schumpeter selon lequel l'analyse de la concurrence se focalise trop souvent sur les structures de marché existantes plutôt que sur la façon dont ces structures sont créées et détruites, Hartman et al. ont établi un scénario pour compléter le test SSNIP statique par un test SSNDQ dynamique. Ils insistent sur le fait que les entreprises ne se font pas uniquement concurrence par les prix, mais aussi par l'innovation et la qualité. Cela est tout particulièrement vrai sur les marchés qui connaissent des progrès technologiques rapides. Sur ces marchés, les clients peuvent accorder bien plus d'importance aux caractéristiques du produit qu'à son prix. Les auteurs font valoir que l'hypothèse selon laquelle deux produits de ces marchés ne peuvent se concurrencer que si les clients sont à ce point soucieux du prix qu'une hausse hypothétique de 5 % du prix de l'un les incitera à opter pour l'autre produit revient à définir les marchés de manière trop étroite. Par conséquent, certains marchés ne doivent pas être définis selon une méthode fondée exclusivement sur le prix.

14. Hartman et al. font remarquer à juste titre que la concurrence ne repose pas toujours uniquement sur le prix. Ainsi, à titre d'illustration, ce n'est pas pour des raisons de concurrence des prix que Google a fait trébucher Yahoo sur le marché de la recherche sur l'Internet et que Facebook a écrasé MySpace dans le domaine des réseaux sociaux. Il s'agissait d'une concurrence par la qualité.

15. Les auteurs prennent pour exemple le secteur des appareils de diagnostic médical, qui utilise des technologies comme les rayons X, l'imagerie nucléaire, les ultra-sons et l'imagerie par résonance magnétique. Ils font valoir qu'avec un test SSNIP, chacune de ces technologies aurait été considérée comme relevant de marchés de produits distincts car les élasticités-prix croisées entre eux étaient très peu élevées alors que les écarts de prix étaient considérables. Hartman et al. montrent, toutefois, que la concurrence dans le secteur des appareils de diagnostic médical se fonde davantage sur la performance (qualité) que sur le prix. Ils montrent également que le test SSNIP aurait suggéré que le pouvoir de marché était en fait fluctuant, au mieux, en raison de la rivalité entre des technologies affichant des prix-repères très différents mais des caractéristiques concurrentes.

² Office of Fair Trading (Royaume-Uni), « Choice and Competition in Public Services: A Guide for Policy Makers », OFT1214, p. 28 (2010).

³ Raymond Hartman, David Teece, Will Mitchell et Thomas Jorde, « Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change », p. 2, *Industrial and Corporate Change*, p. 317 (1993).

16. Les instances habituées à faire respecter les règles de la concurrence ne devraient pas s'inquiéter outre mesure de cet argument. Il est purement hypothétique, au sens où il suppose que les autorités de la concurrence et/ou les tribunaux appliqueront et suivront aveuglément le test SSNIP. En réalité, ces instances auraient probablement remarqué l'existence d'une concurrence entre les différents types d'appareils en interrogeant les dirigeants des sociétés, les clients et les concurrents et en examinant les documents d'entreprise. Le test SSNIP ne donne au final qu'une orientation. Si des clients indiquaient que les clichés des scanners sont bien plus clairs que ceux des rayons X et de l'imagerie médicale et qu'à ce titre ils sont en concurrence avec les rayons X et l'imagerie médicale, malgré le coût bien plus élevé des scanners, par exemple, alors une enquête efficace sur la concurrence aurait révélé cette situation sans qu'il soit nécessaire de recourir à un test SSNDQ formel.

17. Néanmoins, Hartman et al. exposent dans les grandes lignes à quoi ressemblerait ce test. La première question à se poser, selon eux, est de savoir si «une évolution des caractéristiques de performance de l'un des produits inciterait à une substitution avec un autre. Si la réponse est oui, alors les produits différenciés, même s'ils reposent sur des technologies différentes, devraient être inclus dans le marché de produits en cause.»⁴ Plutôt que la hausse de prix de 5 % habituellement utilisée dans le test SSNIP, les auteurs proposent pour leur test SSNDQ une baisse de 25 % d'une caractéristique majeure de performance. Ainsi, l'idée est que si un fabricant existant vient à réduire la qualité dans cette mesure, toutes choses étant égales par ailleurs, et qu'aucune substitution n'a lieu au profit d'autres produits, le premier type de produits constitue un marché pertinent. S'il y a substitution, alors les autres produits font également partie du marché pertinent.

18. Toutefois, dans ce type d'exercice, les différences inhérentes à la nature du prix et de la qualité ont une incidence considérable, ce qui rend assez difficile la mise en œuvre de la proposition des auteurs. Comme ils le reconnaissent,

les évolutions de performance sont plus difficiles à quantifier que les évolutions de prix car la performance est une notion multidimensionnelle. Dès lors, sa quantification exige de mesurer tant l'évolution d'une caractéristique particulière que son importance relative. Contrairement aux évolutions de prix qui impliquent de modifier la valeur d'une unité de base commune [la devise], les évolutions de performance exigent souvent de modifier les unités qui servent à mesurer la performance.⁵

19. L'idée d'Hartman et al. est donc probablement plus utile en tant que guide théorique informel qu'en tant qu'outil précis que les tribunaux et autorités de la concurrence devraient s'efforcer d'appliquer.

3. Dans quelle mesure la concurrence influe-t-elle sur la qualité ?

20. L'un des principes fondamentaux de la microéconomie est que la concurrence conduit à une baisse du prix du marché jusqu'à ce que celui-ci soit égal au coût marginal d'une entreprise efficiente. Y a-t-il un principe économique semblable pour les effets de la concurrence par la qualité ? Surtout, une intensification de la concurrence conduit-elle à une hausse de la qualité ? Et un affaiblissement de la concurrence entraîne-t-il une détérioration de la qualité ? Intuitivement, il semblerait raisonnable penser que l'évolution de la concurrence a, sur la qualité, un effet opposé à celui qu'elle a sur le prix. En réalité, tout dépend du contexte. La seule théorie économique est incapable de prédire les effets de la concurrence par la qualité sur la plupart des marchés. Dès lors, nous devons en règle générale nous appuyer sur des travaux empiriques pour déterminer la mesure dans laquelle la concurrence influe sur la qualité.

⁴ Hartman et al., supra, note 3, p. 334.

⁵ Ibid., p. 339.

3.1 *Connaissances théoriques*

21. La théorie microéconomique suppose habituellement que les produits sont homogènes ou standardisés, fabriqués dans des usines identiques qui utilisent des technologies identiques et fonctionnent à l'échelle optimale minimale. De même, elle prend pour hypothèse habituelle que la qualité est constante et que les acheteurs sont parfaitement conscients de la qualité qu'ils obtiennent pour le prix payé. Faire abstraction des différences de qualité, de l'évolution de la qualité et des comparaisons en la matière simplifie l'analyse d'équilibre. Les économistes peuvent ainsi se concentrer sur deux variables essentielles : le prix et la production. Par conséquent, dans l'analyse d'équilibre microéconomique, l'accent est souvent mis sur la concurrence par les prix et non sur la concurrence non liée aux prix. L'analyse de la concurrence, fortement influencée par l'analyse économique, privilégie également la concurrence par les prix.

22. Or, la plupart des marchés dans le monde ne correspondent pas à ces hypothèses. Il y a près d'un siècle, J. M. Clark observait qu'« il arrive si souvent qu'une différence entre les produits proposés par les différents fabricants soit l'une des caractéristiques essentielles de la concurrence acharnée que c'est généralement plus souvent la règle que l'exception ».⁶ Les clients passent du temps à comparer la qualité de produits concurrents, tandis que les vendeurs consacrent des ressources à améliorer leurs produits et persuader les clients que ces produits offrent des caractéristiques supérieures.

23. De plus, les clients ne sont pas nécessairement en quête du prix le plus bas possible si cela doit signifier que leur choix se limitera à un seul produit. Par exemple, une société pourrait réaliser des économies d'échelle très importantes si chaque consommateur se contentait d'acheter exactement le même article, le fabricant pouvant alors proposer un prix bien plus bas que s'il offrait plusieurs choix (rappelons le célèbre modèle de voiture T produit en série par Henry Ford⁷). Toutefois, les consommateurs ne préfèrent pas toujours, voire en aucun cas pas, avoir un choix aussi restreint. S'il est probable que la concurrence pour des produits de première nécessité comme le sel de table repose quasi exclusivement sur le prix, les consommateurs aiment à l'évidence avoir le choix entre plusieurs milliers de vins, des dizaines de voitures et plusieurs options pour chaque modèle, un choix illimité d'objets d'art, etc. Sans compter qu'ils sont souvent prêts à payer plus cher pour obtenir le produit qui répond au plus près à leurs attentes ou tout simplement pour avoir quelque chose de différent, pour une fois. « Il serait ridicule, par exemple, d'imaginer que l'industrie du jouet décide de fabriquer un seul jouet « standardisé » ou même un nombre donné de jouets de ce type. »⁸

3.1.1 *Comment la concurrence influence la gamme des produits ou des services proposés*

24. Il est possible d'étudier, de manière un peu plus formelle, les effets probables des différents niveaux de concurrence sur les choix offerts aux clients, ainsi que les conséquences de cette offre sur les excédents des producteurs et des consommateurs. La figure 1 est une représentation hypothétique des excédents associé aux différentes tailles d'écran disponibles pour des ordinateurs portables.⁹ Nous partons

⁶ John Maurice Clark, « Economics and Modern Psychology », p. 26, *Journal of Political Economy*, p. 1, (1918).

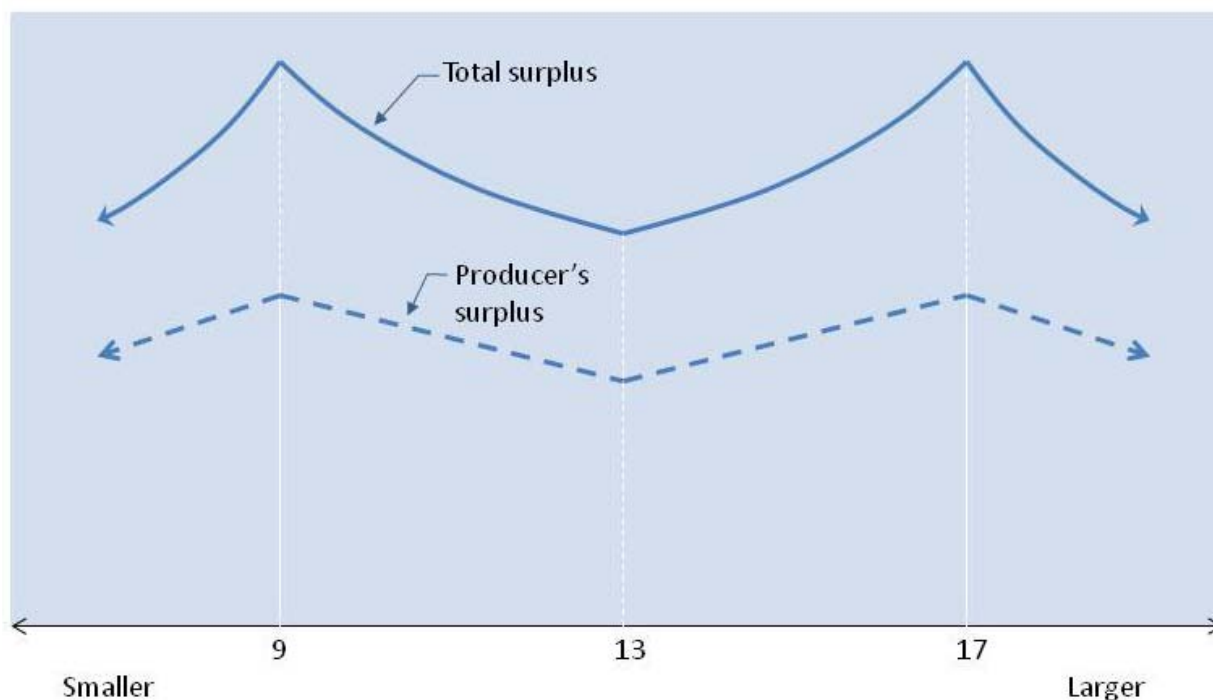
⁷ Ford a poussé à l'extrême sa philosophie d'absence de choix. Il a un jour dit à son équipe de direction : « Un client peut demander cette voiture en n'importe quelle couleur, pourvu qu'elle soit noire ». Henry Ford et Samuel Crowther, « My Life and Work » (Garden City Publishing Co. : 1922).

⁸ Lawrence Abbott, « Quality and Competition: An Essay in Economic Theory », p. 16 (Columbia University Press : 1955).

⁹ Cette figure est adaptée, avec de légères modifications, de F.M. Scherer, « Industrial Market Structure and Economic Performance », p. 395 (Houghton Mifflin : 1980). Le texte qui l'accompagne s'inspire également de l'analyse de Scherer.

du postulat que seules deux tailles d'écran sont disponibles, à savoir 9 pouces pour les petits écrans et 17 pouces pour les grands écrans. Bien entendu, d'autres paramètres que la taille de l'écran auront également leur importance. On peut néanmoins formuler quelques remarques théoriques utiles sans s'attarder sur toutes les autres caractéristiques que les utilisateurs d'ordinateurs portables associent à la qualité.

Figure 1. Conséquences pour les excédents du choix possible entre deux tailles d'écran d'ordinateur.



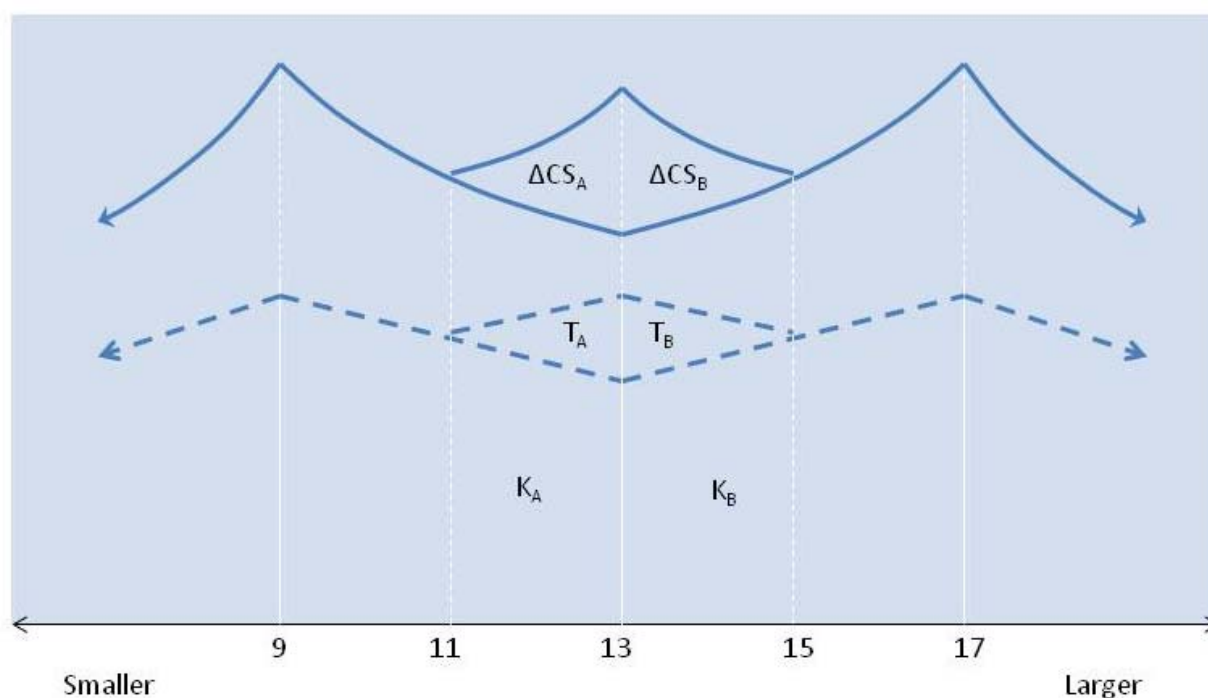
Total des excédents
Excédents des producteurs
Plus petit
Plus grand

25. L'axe horizontal indique la taille de l'écran, tandis que l'axe vertical exprime les excédents associés à chaque taille. Les clients qui préfèrent un écran plus large sont à droite, tandis que ceux privilégiant un écran plus petit se trouvent à gauche. Dans un souci de simplification, nous avons pris pour hypothèse une répartition et une intensité uniformes des préférences. Le total des excédents et les excédents des producteurs culminent au niveau de l'offre des deux tailles d'écran, reflétant les bénéfices des ventes réalisées auprès des clients dont les préférences coïncident exactement avec ces deux dimensions d'écran. Toutefois, nous sommes partis de l'hypothèse d'une répartition uniforme des préférences des consommateurs, de sorte que les autres consommateurs devront soit accepter un écran de 9 pouces ou 17 pouces, soit acheter un produit de substitution, comme un PC de type tour ou une tablette. Ces autres consommateurs retirent moins d'excédents du marché des ordinateurs portables qu'ils n'en auraient obtenu si des tailles d'écran correspondant parfaitement à leurs préférences avaient existé. En conséquence, ils seront moins exigeants que les clients dont la préférence coïncide exactement avec un écran de 9 ou 17 pouces. Plus l'écart est grand entre la taille préférée et la taille effectivement disponible, moins cette dernière est demandée par les clients ayant une autre préférence.

26. Supposons à présent qu'une troisième taille d'écran soit proposée à mi-chemin entre les tailles existantes. Cet écran 13 pouces attirera les clients qui préfèrent une taille d'écran moyenne, ce qui

entraînera une hausse de la consommation sur ce point de l'axe horizontal. Certains de ces clients s'éloigneront des produits de 9 et 17 pouces. D'autres seront des consommateurs qui avaient auparavant renoncé à acheter un ordinateur portable parce qu'ils ne voulaient aucune des tailles d'écran disponibles. Un nouveau pic apparaît au-dessus du point de l'écran 13 pouces sur notre graphique des excédents, comme l'illustre la figure 2, pour représenter l'excédent supplémentaire retiré de ces nouvelles ventes par les consommateurs et les producteurs.¹⁰ Si l'on suppose également que les prix et les autres caractéristiques des ordinateurs portables sont identiques pour les trois tailles d'écran, le marché se répartit désormais à parts égales entre les trois tailles d'écran.

Figure 2. Conséquences pour les excédents du choix possible entre trois tailles d'écran d'ordinateur.



27. La question qu'il faut se poser ici est la suivante : « Dans quelles circonstances l'écran 13 pouces sera-t-il proposé ? ». La réponse dépend naturellement dans une certaine mesure du coût associé à la fourniture de cet écran par rapport aux recettes qu'il génèrera. Mais elle dépend également de la structure du marché et de la nature de la concurrence sur le marché. Si le marché fait l'objet d'un monopole et que l'entrée d'autres fabricants d'ordinateurs portables au point de l'écran 13 pouces n'est pas possible pour une raison ou une autre, alors l'entreprise en place considèrera que l'avantage qu'elle est susceptible de retirer de l'introduction d'un écran 13 pouces se situe dans la zone T_A plus T_B . Si la zone T_A plus T_B représente une valeur supérieure au coût fixe lié à l'offre d'une nouvelle taille d'écran, alors le monopoleur proposera cette nouvelle taille d'écran dans son offre. Dans le cas contraire, l'écran 13 pouces ne sera pas proposé.

28. Si une nouvelle entrée sur le marché est possible, le nouvel entrant potentiel au point de l'écran 13 pouces considèrera que son avantage réside dans la zone T_A plus T_B mais aussi dans la zone K_A plus K_B . (Nous partons du postulat, à la manière de Nash, que les prix des ordinateurs portables dotés de l'une de ces trois tailles d'écran se valent et que les prix des modèles à 9 et 17 pouces ne subissent aucun changement du fait de la nouvelle entrée sur le marché). Les zones K_A et K_B constituaient auparavant l'excédent du producteur en situation de monopole, mais avec l'entrée d'une entreprise extérieure au point de l'écran 13 pouces, ces zones sont transférées à l'entrant. Dès lors, la proposition d'un écran 13 pouces

¹⁰ La figure 2 et le texte qui l'accompagne sont adaptées de *ibid.*, p. 396-398.

est beaucoup plus attrayante pour un entrant qu'elle ne l'est pour l'entreprise en place. Si la seule zone T_A plus T_B doit avoir une valeur supérieure au coût fixe de fourniture de l'écran 13 pouces pour que l'entreprise en place le propose, un entrant pourra quant à lui proposer cet écran dès lors que l'équation $T_A + T_B + K_A + K_B$ est supérieure au coût fixe. C'est la raison pour laquelle Scherer et de nombreux autres économistes sont parvenus à la conclusion qu'un marché caractérisé par une concurrence monopolistique et un libre accès apportera probablement davantage de variété aux consommateurs qu'un marché monopolisé offrant peu de possibilités, voire aucune possibilité d'entrée.¹¹

29. Comme toujours, toutefois, de nombreux éléments dépendent de la forme des courbes et des hypothèses formulées dans ces graphiques. Par exemple, nous avons supposé que tous les fabricants d'ordinateurs portables ont les mêmes coûts fixes et variables pour chaque taille d'écran. Si l'on modère cette hypothèse, il est possible qu'avec l'entrée du vendeur concurrent au point de l'écran 13 pouces et la perte des zones K_A et K_B qui en résulte pour l'entreprise en place, le coût fixe de fourniture du modèle de 9 ou 17 pouces dépasse l'excédent des producteurs qui continuent à proposer cette taille d'écran. Si tel est le cas, l'entreprise en place peut retirer du marché le ou les modèles qui lui font désormais perdre de l'argent, les consommateurs ne retirant alors globalement aucun avantage de l'introduction du modèle d'écran de 13 pouces.

30. Si l'entrée est possible, il y a également la possibilité que l'entreprise en place, dans le souci de tenir ses rivaux à bonne distance, rende l'entrée moins attrayante en proposant elle-même un modèle à 13 pouces. De la sorte, elle peut conserver la zone K_A plus K_B , même si elle cela lui coûtera davantage. Autrement dit, une entreprise en situation de monopole qui décourage l'entrée sur le marché peut offrir autant de choix aux consommateurs que des entreprises en situation de concurrence monopolistique, toutes choses étant égales par ailleurs.

31. Si nous acceptons leurs hypothèses, les figures 1 et 2 montrent qu'une plus large gamme peut à elle seule améliorer le bien-être des consommateurs. En d'autres termes, les consommateurs ont tout à gagner d'un plus large choix, même si les prix ne baissent pas (en fait, suivant leurs préférences, ils auraient tout à gagner même en cas de hausse des prix, en raison du plus large choix possible). En outre, un marché ouvert et concurrentiel est susceptible d'offrir davantage d'options qu'un marché fermé et monopolisé.¹²

32. En revanche, la figure 2 montre également que l'on peut aussi se trouver face à une trop grande variété. D'un point de vue sociétal général, il ne faudrait introduire un nouveau produit que si sa contribution nette à l'excédent est supérieure au coût fixe de son introduction. La contribution nette à l'excédent est égale aux zones ΔCS_A et ΔCS_B . La figure 2 est ainsi faite que $\Delta CS_A + \Delta CS_B$ est bien moindre que $T_A + T_B + K_A + K_B$. Cela peut donc vouloir dire que l'entrée au point de l'écran 13 pouces sera intéressante pour un fabricant extérieur même si le coût fixe de l'entrée est supérieur à la contribution nette à l'excédent qui résulte de la fourniture du nouveau modèle. En d'autres termes, le marché pourrait encourager une trop grande variété par rapport au niveau auquel le bien-être social serait optimisé.¹³

¹¹ Ibid., p. 397 (citant, par exemple, Michael Spence, « Product Selection, Fixed Costs, and Monopolistic Competition », p. 43, *Review of Economic Studies*, p. 217 (1976); Michael Lovell, « Product Differentiation and Market Structure », p. 8, *Western Economic Journal*, p. 137 (1970).

¹² C'est du moins le cas lorsque les prix ne sont pas réglementés. Voir note 15 infra et le texte y afférent concernant les effets sur la variété des marchés concurrentiels par opposition aux marchés monopolistiques dans un contexte de réglementation des prix.

¹³ Si l'on pousse ce raisonnement à l'extrême, on peut comprendre plus aisément qu'il serait irréaliste et inefficace que les fabricants proposent, par exemple, 25 tailles d'écran dont chacune n'aurait

3.1.2 Qualité et variété : trop ou trop peu ?

33. Intuitivement, il est plausible qu'il puisse exister une trop grande variété. Si des types de produits sont disponibles en trop grande quantité sur un marché, il devient alors plus difficile pour l'ensemble des producteurs de tirer parti des économies d'échelle, et l'inefficience qui en résulte donne lieu à des produits bien trop chers. Les consommateurs confrontés à ce genre de situation seraient disposés à renoncer à une partie du choix qui leur est offert contre des prix plus bas.¹⁴ Le marché doit donc trouver un compromis implicite entre le choix, le prix et le coût.

34. Il peut également y avoir une trop grande qualité et pourtant, pas assez de variété. Si les travaux théoriques sur les effets de la concurrence s'agissant de la qualité comportent de nombreuses incertitudes, une conclusion s'impose : lorsque les prix de marchés concurrentiels sont réglementés et fixés à un niveau supérieur à celui du coût marginal, les dépenses relatives à la qualité et au marketing augmentent jusqu'à ce que les bénéfices économiques soient absorbés (c'est-à-dire, jusqu'à ce que le coût marginal soit à la hauteur du prix réglementé). Lawrence White l'a démontré en 1972.¹⁵ Partant de l'hypothèse simplificatrice que chaque consommateur perçoit un certain niveau de qualité comme souhaitable mais tout aussi important que d'autres paramètres, le modèle de White prévoit parfaitement la dissipation des profits qui en résulte.

35. Le modèle de White fait également quatre prédictions liées :

1. des secteurs concurrentiels non réglementés produiront toute une gamme d'offres de qualité, tandis que des secteurs concurrentiels soumis à une réglementation des prix produiront des offres de qualité plus uniformes ;
2. la qualité des offres des entreprises concurrentielles varie directement selon le prix réglementé. Dès lors, le régulateur fixe tant le prix que le niveau de qualité ;
3. les consommateurs, dans leur quasi-totalité, perdent au change lorsqu'un contrôle des prix est mis en place dans un secteur concurrentiel, car le choix qui leur est offert en termes de prix/qualité se rétrécit considérablement ; et
4. les entreprises soumises à une réglementation des prix dans un secteur concurrentiel offrent une meilleure qualité par unité de production que ne le ferait une entreprise en situation de monopole soumise à la même réglementation.

qu'un millimètre de différence avec la précédente. Certes, même les acheteurs les plus exigeants verraient leur préférence comblée, mais il faudrait sacrifier les économies d'échelle.

¹⁴ Les psychologues ont également travaillé sur un point très différent, à savoir que le fait d'avoir beaucoup de choix peut nuire aux consommateurs en ce qu'il peut faire naître de l'anxiété, du mécontentement et du regret. Par exemple, Barry Schwartz, « The Paradox of Choice » (Harper : 2005).

¹⁵ Lawrence White, « Quality Variation When Prices are Regulated », p. 3, *Bell Journal of Economics and Management Science*, p. 425 (1972). Voir également Martin Gaynor, « What Do We Know about Competition and Quality in Health Care Markets? », NBER Working Paper No. 12301, p. 10 (2006) (relevant que « les ouvrages théoriques sur la concurrence et la qualité dans le contexte d'une réglementation des prix sont très clairs » et que « [l]orsque le prix est supérieur au coût marginal, la concurrence entraîne une amélioration de la qualité »). En outre, comme nous le verrons dans la partie 3.2, les travaux théoriques de White sont corroborés par des résultats empiriques. Pour une analyse plus mathématique de la théorie économique sur la différenciation des produits, voir Paul Belleflamme et Martin Peitz, « Industrial Organization », p. 113-125 (Cambridge University Press : 2010).

36. La première prédiction exprime l'idée selon laquelle des entreprises concurrentes qui ne sont pas soumises à un contrôle des prix proposeront plusieurs couples prix/qualité pour satisfaire les attentes et les préférences des différents consommateurs. Par exemple, certains consommateurs pourront être plus sensibles au prix que d'autres et privilégieront donc un niveau de prix/qualité inférieur. Mais en cas de contrôle des prix, la seule façon pour les entreprises d'être concurrentielles sera d'améliorer la qualité, ce qu'elles feront jusqu'à ce que leur marge bénéficiaire disparaisse (de la même manière qu'elles auraient diminué leur prix jusqu'à supprimer leur marge si la concurrence par les prix était autorisée à qualité constante). La qualité augmentera jusqu'à ce que les entreprises les plus efficaces ne perçoivent aucune rente ; les entreprises relativement inefficaces qui n'ont pas les moyens d'égaliser ce niveau de qualité seront éliminées.

37. La deuxième prédiction découle du principe fondamental (la dissipation des profits) et de la première prédiction. Plus le prix réglementé est élevé, plus haute sera la qualité produite par le marché. C'est précisément cet effet qui crée la possibilité d'un « excès » ou d'un « gaspillage » de qualité par la mise en place d'un contrôle des prix sur des marchés concurrentiels. Si les régulateurs optent pour un couple prix/qualité supérieur à celui souhaité par la plupart des consommateurs, le secteur ne fonctionnera pas de manière efficace.

38. La troisième prédiction illustre le fait que lorsque le nouvel équilibre prix/qualité est atteint dans un contexte de réglementation des prix, les seuls consommateurs qui ne perdront pas au change sont ceux qui privilégient précisément ce couple. Tous les autres consommateurs y perdront en bien-être parce qu'ils ont tous privilégié un couple prix/qualité que le marché ne propose plus.

39. White n'a pas été en mesure de faire une prédiction ferme quant à ce qu'il adviendrait du bien-être des consommateurs si un secteur monopolistique était soudainement soumis à un contrôle des prix. Cela s'explique par le fait que les consommateurs perdent en choix (on peut supposer que l'entreprise en situation de monopole a pu exercer une discrimination par les prix) mais bénéficient d'un prix plus bas (du moins en théorie).

40. La quatrième prédiction illustre le fait qu'une entreprise en situation de monopole ne serait pas incitée à améliorer la qualité pour prendre des parts de marché à ses concurrents puisque, par définition, elle n'a pas de concurrents. Sa seule considération s'agissant de la qualité sera la sensibilité du marché tout entier à la qualité obtenue au prix réglementé. Elle fixera la qualité à un niveau qui maximise ses bénéfices, de sorte que ses coûts marginaux égalent ses recettes marginales, comme elle aurait fixé son prix de façon à ce que ses recettes marginales égalent ses coûts marginaux si elle avait évolué sur un marché non soumis à un contrôle des prix, à qualité constante. La seule différence est que dans le premier cas, elle choisit le niveau de qualité, tandis que dans le second cas, elle fixe le niveau de prix. En outre, dans les deux cas, l'entreprise en situation de monopole produira et vendra moins que les entreprises concurrentes ne le feraient de manière collective, d'où une perte économique.

41. Il convient de noter que la principale conclusion de White vaut également pour les marchés soumis à des prix de revente imposés ou à des ententes sur les prix. Il ne serait pas surprenant que la qualité augmente sur des marchés concurrentiels soumis à des prix de revente imposés minimaux. Le but des prix de revente imposés minimaux est précisément d'inciter les détaillants à fournir un meilleur service.¹⁶ Il serait en revanche être plus surprenant que la qualité augmente dans le cadre d'une entente sur les prix, mais cela reste toutefois possible, notamment si le produit concerné est hétérogène et si les

¹⁶ Il pourrait y avoir exception si le véritable but des prix de revente imposés est de faciliter une entente, mais dans ce cas soit le marché ne peut être qualifié de concurrentiel, soit les entreprises qui participent à l'entente opteront pour une concurrence qui n'est pas fondée sur les prix et absorberont leur marge, comme le prédit White.

membres de l'entente manquent de discipline. Contraints par l'entente de s'abstenir de toute concurrence par les prix, les membres de l'entente pourraient se rabattre sur une concurrence par la qualité afin d'accroître leurs ventes aux dépens de leurs homologues de l'entente. En théorie du moins, une entreprise disposée à tricher pourrait agir de la sorte en investissant dans l'amélioration de la qualité jusqu'à absorber sa marge bénéficiaire. Dès lors, à l'instar d'un régulateur qui imposerait un plafonnement des prix, un fabricant qui impose des prix de revente ou même une entente qui fixe un prix détermine de fait le prix, mais aussi le niveau de qualité.

42. D'un point de vue sociétal, il n'est pas souhaitable de fixer artificiellement un niveau de qualité donné puisque, comme le dit Scherer, « il vaut presque toujours mieux, pour la société, que les consommateurs bénéficient d'un large choix parmi différentes solutions de qualité à prix élevé ou différentes solutions de faible qualité à bas prix plutôt qu'ils soient confrontés à un choix fortement restreint ». ¹⁷ Hammer et Sage sont du même avis et relèvent que « [l]es marchés qui fonctionnent bien satisfont aux différentes préférences des consommateurs en proposant une gamme de produits ou de services adaptés. Les actions entreprises par des opérateurs expérimentés du marché pour restreindre de manière artificielle la gamme de solutions offertes sont par nature suspectes du point de vue de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. » ¹⁸

43. Vus sous cet angle, les prix de revente imposés sont moins préoccupants que les prix réglementés ou les ententes, car ils maintiennent la possibilité d'une concurrence inter-marques, de sorte que le marché peut malgré tout proposer différentes qualités (et différents prix) selon les marques. On pourrait aussi tout à fait envisager que ces mêmes marchés soumis à des prix de revente imposés offrent un choix aussi restreint qu'en l'absence de prix imposés, sauf qu'au lieu de proposer uniquement des solutions de qualité à prix élevés, leur offre se limiterait à des solutions de faible qualité, à bas prix. À moins que les fabricants aient recours aux prix de revente imposés uniquement pour mettre en œuvre le mécanisme d'entente, ils n'auraient que peu de raisons, voire aucune, d'imposer des prix, sauf si les clients ont tendance à préférer le couple prix élevé/qualité élevée.

3.1.3 Résultats imprévisibles lorsque les prix comme la qualité sont variables

44. Hors d'un contexte concurrentiel soumis à une réglementation des prix, les prédictions théoriques en ce qui concerne les effets de la concurrence par la qualité sont plus floues. ¹⁹ Comme indiqué dans le manuel de microéconomie de Belleflamme et Peitz, « les modèles de concurrence imparfaite dans le cadre desquels les entreprises choisissent les caractéristiques des produits [et où les prix ne sont pas réglementés] ne donnent pas nécessairement lieu à des prédictions sur les prix et l'offre de produits ». ²⁰

45. Les concentrations horizontales, par exemple, ont divers effets potentiellement contradictoires sur la qualité. Pour éviter la cannibalisation, l'entreprise absorbante peut modifier des produits similaires de sa nouvelle gamme de produits afin de les rendre moins similaires. La concentration peut également créer des efficacités rendant l'introduction de nouveaux produits plus rentable. Ces résultats amélioreraient la variété. En revanche, après la concentration, l'entreprise absorbante pourrait décider de retirer complètement un produit du marché s'il est similaire à un autre produit de son portefeuille. Elle pourrait également décider de rapprocher davantage ses produits en rendant leurs caractéristiques plus similaires. Cela pourrait avoir pour effet de dissuader l'entrée d'autres entreprises par une réduction de l'écart entre

¹⁷ Scherer, supra, note 9, p. 394.

¹⁸ Peter Hammer et William Sage, « Antitrust, Health Care Quality, and the Courts », p. 102, *Columbia Law Review*, p. 545, 624 (2002).

¹⁹ Les lecteurs intéressés par les modèles théoriques permettant d'obtenir ces résultats ambigus en trouveront plusieurs dans Gaynor, supra, note 15, p. 4-10 et dans Belleflamme et Peitz, supra, note 15, p. 113-125.

²⁰ Ibid., p. 118.

les divers produits proposés dont les entrants potentiels pourraient autrement tirer avantage. L'une ou l'autre de ces actions réduirait la variété.

46. Les autorités de la concurrence peuvent de fait approuver une concentration horizontale au motif qu'elle renforcera le bien-être des consommateurs en intensifiant la concurrence par les prix, même si l'effet de cette concentration sur le choix réduira le bien-être des consommateurs, peut-être même jusqu'à dissiper l'effet sur les prix. Prenons l'exemple théorique²¹ d'une ville où sont installés deux supermarchés : l'un est un magasin haut de gamme d'épicerie fine et l'autre un magasin discount. Supposons maintenant qu'une chaîne de supermarchés, qui évolue également dans le domaine du discount, fasse l'acquisition du magasin haut de gamme et le convertisse en magasin discount parce qu'elle estime qu'il est plus rentable que tous ses magasins adoptent un tel format. Si l'on suppose que la réglementation en matière d'occupation des sols ou une demande insuffisante interdit toute nouvelle entrée sur le marché, la ville se retrouve désormais avec deux supermarchés discount. Ses habitants bénéficieront d'une concurrence tarifaire accrue entre ces magasins, mais leur choix aura été réduit. Auparavant, certains consommateurs s'approvisionnaient uniquement auprès du magasin haut de gamme, tandis que beaucoup d'autres faisaient probablement leurs courses dans les deux magasins. Tous ces clients perdent une part de bien-être du fait de l'acquisition. Mais en raison d'une concurrence plus forte par les prix, il est peu probable qu'une autorité de la concurrence contesterait cette opération.

47. En général, lorsque les prix comme la qualité sont variables, la littérature théorique n'offre que peu d'informations utiles, car les résultats dépendront essentiellement des forces relatives de l'élasticité de la demande par rapport aux prix et de l'élasticité de la demande par rapport à la qualité. En d'autres termes, les vendeurs chercheront avant tout à combler les attentes des acheteurs. Sur certains marchés, les acheteurs donneront la priorité aux prix bas. Sur d'autres, ils accorderont plus d'importance à une qualité élevée. Les préférences des acheteurs dépendront quant à elles, dans une certaine mesure, de la transparence des prix et de la qualité. Les acheteurs ont tendance à se soucier davantage des caractéristiques qu'ils sont à même de percevoir, la qualité étant parfois plus difficilement visible que le prix.

48. On voit aisément à quel point cette situation pourrait donner une place insuffisante, socialement non optimale, à la qualité sur certains marchés.²² Les entreprises réagissent peut-être tout simplement à une élasticité de la demande relativement forte par rapport aux prix. Dans le même ordre d'idées, lorsque la demande sur le marché est bien plus sensible à la qualité qu'au prix (par exemple, sur les marchés des soins de santé où les patients choisissent leur prestataire mais ne paient rien eux-mêmes), le marché peut accorder une place excessive, socialement non optimale, à la qualité.

49. Le bien-être des consommateurs peut être amélioré tant par la concurrence par la qualité que la concurrence par les prix, mais dans certaines situations, cette dernière se révèle insuffisante. Cet effet est plus susceptible de se produire lorsque la qualité est difficilement visible par les clients. Dans ce cas, une concurrence par les prix peut entraîner une détérioration de la qualité, étant donné que les sociétés seront davantage assurées de pouvoir financer une baisse des prix par une baisse de la qualité, afin de réduire leurs coûts. Il est vrai que la concurrence par la qualité peut également entraîner une hausse des prix. Or, les clients ont généralement parfaitement conscience de ce qu'il paient. Ils seront donc généralement en mesure d'évaluer précisément le couple prix/qualité qui leur est proposé.

²¹ Maurice Stucke, « Is Competition Always Good? », *Journal of Antitrust Enforcement*, p. 4, note 17 (à paraître en 2013) (citant un exemple donné par Davies).

²² Il s'agit du célèbre problème du « marché des épaves » d'Akerlof, selon lequel la qualité se détériore parce que les consommateurs ne prennent leur décision qu'en se fondant sur la caractéristique du produit qu'ils perçoivent le mieux : le prix.

3.2 Effets réels

3.2.1 Expérience dans le secteur des médias

50. Plusieurs études empiriques s'intéressent aux effets que les acquisitions horizontales sur les marchés de la radiodiffusion et de la presse ont sur la variété des formats offerts aux auditeurs et aux lecteurs. Elles constatent invariablement une hausse de la variété des produits consécutive aux concentrations horizontales.

51. Par exemple, Berry et Waldfogel ont étudié les effets sur la variété d'une vague d'acquisitions horizontales intervenues sur le marché américain de la radiodiffusion entre 1993 et 1997.²³ Au cours de cette période, l'indice de Herfindahl-Hirschman moyen de 243 marchés de médias importants a augmenté de près de 65 %, passant de 1272 à 2096. Si une plus forte concentration du marché a eu pour corolaire une diminution de l'arrivée de nouvelles stations de radio, elle s'est aussi accompagnée d'une plus grande variété par station, à effectifs constants.²⁴ En d'autres termes, l'étude a révélé que le nombre de stations restait inchangé, mais que celles-ci appartenaient désormais à un plus petit nombre d'entreprises, qui ont ainsi pu étoffer l'offre de programmes de chaque station. De fait, même dans le cadre d'un effectif de stations variable, les auteurs ont établi que la consolidation du secteur augmentait la variété offerte aux auditeurs d'une manière générale.²⁵

52. Nous avons indiqué dans la section précédente que les concentrations peuvent avoir des effets contradictoires sur la qualité et qu'il est donc difficile de prévoir, d'un point de vue purement théorique, quelle sera leur incidence globale. L'étude de Berry et Waldfogel soutient l'idée que l'effet le plus fort résulte probablement de ce que les entreprises absorbantes sont incitées à disperser leurs produits pour éviter la cannibalisation. Pour les auteurs, les autorités de la concurrence doivent retenir essentiellement de leur étude qu'une plus forte concentration réduit une utilisation potentiellement excessive des ressources affectées à l'entrée de nouvelles stations sans pour autant nuire aux auditeurs.

53. Lisa George a mené une étude similaire sur le marché américain des quotidiens et obtenu des résultats semblables. Elle a observé les effets d'un pic de concentration de journaux intervenu dans les années 1990 en recensant les sujets attribués à 25 000 journalistes ou rédacteurs en chef en 1993, 1994 et 2004. Son étude montre que la diminution du nombre de propriétaires de journaux a entraîné une plus grande différenciation entre les titres, mais également permis de couvrir un plus grand nombre de sujets par marché. George conclut que les politiques américaines antitrust et de communication à l'égard des concentrations dans le secteur des médias partent du postulat erroné que limiter le phénomène de concentration est un gage de plus grande variété.

54. Toutefois, le problème de l'étude de Berry et Waldfogel comme celle de George tient au fait que ces auteurs présupposent tous que la multiplication des formats de contenus proposée par une seule entreprise a tout autant de valeur que celle proposée par de multiples entreprises. Cette hypothèse néglige

²³ Steven Berry et Joel Waldfogel, « Do Mergers Increase Product Variety? Evidence from Radio Broadcasting », p. 116, *Quarterly Journal of Economics*, p. 1009 (2001).

²⁴ Par « plus grande variété », on entend ici davantage de formats de programmation, par exemple du jazz, de l'actualité, du sport, etc.

²⁵ Il est également prouvé que les auditeurs apprécient la variété. Les enquêtes montrent que davantage de personnes écoutent la radio lorsque la programmation est plus variée. Berry et Waldfogel, supra, note 23, p. 1019 (citant Steven Berry et Joel Waldfogel, « Public Radio in the United States: Does It Correct Market Failure or Cannibalize Commercial Stations? », p. 71, *Journal of Public Economics*, p. 189 (1999) ; Robert Rogers et John Woodbury, « Market Structure, Program Diversity, and Radio Audience Size », p. 14, *Contemporary Economic Policy*, p. 81 (1996)).

le fait qu'il peut être important pour une société d'éviter toute concentration de ses marchés des médias pour permettre l'expression d'une diversité de points de vue et de partis pris. En d'autres termes, la variété et le choix ne se limitent pas à la possibilité pour les auditeurs d'écouter de la musique classique, des débats ou des programmes sportifs, ou pour les lecteurs de lire des articles sur 20 sujets différents au lieu de 15. La diversité politique, démographique et culturelle des personnes et des entreprises qui contrôlent les médias peut également constituer un aspect important du choix. George admet cette nuance²⁶, contrairement à Berry et Waldfogel. Nous ne prétendons pas qu'il devrait incomber aux autorités de la concurrence de prendre en compte les préoccupations sociétales en matière de diversité culturelle lorsqu'elles examinent les concentrations. Les problèmes liés à la concentration des idées ou des points de vue culturels relèvent certainement davantage de la politique de la communication que de la politique de la concurrence. Il se trouve simplement que le choix et la variété sur les marchés des médias ne se limitent pas aux formats offerts.

3.2.2 *Expérience dans le secteur du transport aérien*

55. L'expérience de la réglementation dans le secteur américain du transport aérien démontre de manière empirique la validité de la conclusion de White selon laquelle le fait d'imposer un contrôle des prix sur un marché concurrentiel engendre une hausse de la qualité au point que le profit économique disparaît, voire que l'on assiste à un « excès » de qualité. Aux États-Unis, le prix des billets d'avion était réglementé dans les années 1960 et 1970. Les prix étaient fixés à un niveau bien plus élevé que celui qu'une compagnie aérienne à bas coût aurait proposé, de sorte que les compagnies aériennes disposaient de ressources pour s'affronter sur certains éléments de qualité, tels que l'adoption d'horaires de vol pratiques (sans que ces vols soient nécessairement pleins), les repas, l'offre de films, etc. Par conséquent, le marché négligeait les clients qui auraient préféré une commodité moindre mais des prix plus bas.²⁷

56. Douglas et Miller ont étudié les données recueillies par les compagnies aériennes américaines pendant cette période de réglementation des prix.²⁸ Les bénéfices déclarés ont confirmé que les compagnies aériennes négligeaient les profits potentiels. D'autres données montrent que la plupart de ces profits potentiels étaient consacrés à la concurrence sur les horaires, c'est-à-dire à proposer davantage de vols aux heures souhaitées par les clients. Les compagnies aériennes proposaient un si grand nombre de vols qu'en général, elles ne faisaient que parvenir à l'équilibre, quel que soit l'itinéraire. Les résultats ont également montré que les coefficients de remplissage moyens (et donc les profits) avaient tendance à augmenter avec la diminution du nombre de concurrents sur une liaison. Pour finir, à chaque variation des niveaux de rentabilité, les coefficients de remplissage avaient tendance à suivre la même courbe pour les rejoindre. Les auteurs ont conclu que

sur un marché où la concurrence sur les horaires efface tous les profits, le régulateur, en fixant les prix, détermine implicitement le nombre de voyageurs nécessaires pour parvenir à l'équilibre et l'horaire souhaité par chaque passager [commodité]. Dès lors, le rôle du régulateur est de se substituer aux consommateurs pour choisir la bonne combinaison de qualité de service et de prix parmi les variables offertes.²⁹

²⁶ Lisa George, « What's Fit to Print: The Effect of Ownership Concentration on Product Variety in Daily Newspaper Markets », p. 19, *Information Economics and Policy*, p. 285-290 (2007).

²⁷ Lawrence White, « Quality, Competition, and Regulation: Evidence from the Airline Industry », in Richard Caves et Marc Roberts, éditeurs, « Regulating the Product: Quality and Variety », p. 17 (Harvard University Press : 1975).

²⁸ George Douglas et James Miller III, « Quality Competition, Industry Equilibrium, and Efficiency in the Price-Constrained Airline Market », p. 64, *American Economic Review*, p. 657 (1974).

²⁹ Ibid., p. 663.

57. Une autre étude sur la qualité et la concurrence dans le secteur américain du transport aérien s'est intéressée à la période qui a suivi la déréglementation. En analysant des données du Bureau of Transportation pour l'année 2000, Michael Mazzeo a constaté que la fréquence et l'ampleur des retards de vols étaient bien moins importantes sur les lignes desservies par plusieurs compagnies aériennes assurant une liaison directe (sans escale).³⁰ Mazzeo, qui a publié son étude en 2003, regrettait que les autorités antitrust américaines n'aient pas davantage prêté attention aux effets de la qualité dans leur analyse de deux affaires survenues au cours de cette période dans le secteur du transport aérien. L'une de ces affaires concernait la pratique de prix d'éviction par American Airlines, tandis que l'autre portait sur une proposition de concentration entre United Airlines et US Air. Dans ces affaires, l'auteur ne s'attendait pas nécessairement à ce que les effets sur la qualité supplantent les effets sur les prix et deviennent la préoccupation principale. Néanmoins, compte tenu du lien entre la concentration et les retards, et également du fait que les annulations et les retards étaient devenus un problème récurrent à l'époque, il a jugé utile de considérer le préjudice porté à la qualité comme un problème de concurrence.

3.2.3 *Expérience de l'interdiction de publicité par des associations professionnelles*

58. Il arrive que des associations professionnelles limitent la capacité de leurs membres à faire de la publicité. Les raisons généralement invoquées pour ces restrictions sont qu'elles éliminent toute publicité mensongère et entravent la capacité des prestataires qui cassent les prix et proposent une qualité moindre à gagner des clients, empêchant ainsi un « nivellement par le bas ». En 1980, la Federal Trade Commission (FTC) américaine a publié un rapport sur une étude qui essayait de vérifier ces affirmations dans le secteur de l'optométrie.³¹ Le rapport montrait que le fait de faire de la publicité sur les prix pour les lunettes et les examens de la vue faisait baisser les prix, sans pour autant réduire sensiblement la qualité moyenne.

59. Ces recherches sont parties du fait que la publicité pour les services d'optométrie et les lunettes est autorisée dans certaines régions des États-Unis et limitée dans d'autres. Les résultats indiquaient que les prix moyens étaient bien plus bas dans les villes appliquant les restrictions les plus légères en matière de publicité, tandis que la qualité de service moyenne était à peu près la même dans les villes appliquant les restrictions les plus fortes, ce qui a eu pour effet de semer le doute sur l'une des excuses préférées invoquées par les associations professionnelles pour justifier le recours à des règles anticoncurrentielles contre la publicité. La concurrence sur les marchés de services professionnels, ou du moins sur les marchés de services d'optométrie, ne semble pas nuire à la qualité.

60. Des spécialistes des études réalisées au moyen d'enquêtes (« testeurs ») travaillant pour la FTC se sont soumis à 434 examens de la vue et ont acheté 280 paires de lunettes dans différentes villes des États-Unis. Des optométristes expérimentés et des écoles d'optométrie ont aidé la FTC à définir des mesures de qualité adaptées sur le plan médical, à concevoir l'enquête et à évaluer les résultats. Il a été demandé aux testeurs d'acheter, si possible, un type de monture donné afin de minimiser les variations de coût. Les résultats ont montré que les prix moyens des examens de la vue et des lunettes dans les villes soumises aux restrictions les plus fortes étaient 33,6 % plus élevés que dans les villes moins restrictives.

³⁰ Michael Mazzeo, « Competition and Service Quality in the U.S. Airline Industry », p. 22, *Review of Industrial Organisation*, p. 275 (2003). Du reste, cette étude est tout à fait représentative des études empiriques sur la concurrence et la qualité au sens où elle n'utilise qu'un aspect (assez évident) de la qualité au lieu de tenter de répondre à la véritable question, qui est de recenser la totalité des composantes de la qualité pour un marché donné. L'absence de ponctualité des vols était l'un des motifs de plainte les plus fréquents des clients vis-à-vis des compagnies aériennes. *Ibid.*, p. 276.

³¹ Ronald Bond, John Kwoka, John Phelan et Ira Whitten, « Staff Report on Effects of Restrictions on Advertising and Commercial Practice in the Professions: The Case of Optometry », US Federal Trade Commission, Bureau of Economics (1980).

61. Pour mesurer la qualité, les testeurs ont répondu à un questionnaire type sur le déroulement de chaque examen. La qualité des lunettes qu'ils avaient achetées a ensuite été évaluée. Les testeurs ont également été examinés par deux écoles d'optométrie pour déterminer la prescription la mieux adaptée à leur cas, celle-ci étant ensuite comparée aux prescriptions réalisées sur le terrain. L'étude comprenait plusieurs mesures de la qualité, notamment : (1) la précision de l'examen de la vue, (2) la justesse de la prescription et (3) la fiabilité et la qualité des lunettes fabriquées. Les résultats ont mis à mal les arguments de certains professionnels, qui prétendent qu'une simple comparaison des prix ne peut tenir compte des différences de qualité et que l'on aurait tort de penser que la qualité est la même dans les villes restrictives et les villes non restrictives. Les résultats ont également remis en cause les affirmations selon lesquelles si les professionnels font de la publicité, ils diminueront la qualité de leur service et que, en réponse, même les professionnels ne faisant pas de publicité leur emboîteront le pas.

62. Il a été constaté que la précision des examens de la vue réalisés par des optométristes dans des villes restrictives et non restrictives était, en moyenne, à peu près égale. En outre, les examens réalisés par des optométristes ne faisant pas de publicité dans des villes non restrictives étaient, en moyenne, *plus* précis que ceux effectués par des optométristes ne faisant pas de publicité dans des villes restrictives. Il est faux de dire que les optométristes qui effectuaient des examens précis ont été évincés du marché sur lequel la publicité n'était soumise à aucune restriction. Environ 55 % des optométristes des villes non restrictives ne faisaient pas de publicité. Les résultats en ce qui concerne la justesse des prescriptions ainsi que la fiabilité et la qualité des lunettes fabriquées ont montré que les consommateurs étaient mieux lotis dans les villes non restrictives.

3.2.4 *Expérience sur le marché du contrôle des émissions des véhicules*

63. Stucke constate que dans certaines circonstances, la concurrence entraîne un nivellement par le bas, dont la société pâtit. Il relève, en particulier, que les clients de marchés d'informations intermédiaires réussissent parfois à faire pression sur les vendeurs et pour qu'ils modifient leurs rapports en leur faveur. Plus ce type de marché est concurrentiel, plus les vendeurs sont disposés à être malhonnêtes, conclut-il.³²

64. Tel est le cas du marché du contrôle des émissions des véhicules. Stucke évoque une étude empirique sur le contrôle des émissions dans l'État de New York. Il a examiné si l'intensification de la concurrence permettait aux entreprises de contrôle technique d'attirer des clients en certifiant, à tort, que leurs véhicules respectaient les normes d'émissions fixées par l'État.³³ Dans le système de contrôle technique de l'État de New York, les propriétaires de véhicules doivent périodiquement se soumettre, dans un centre privé, à un contrôle payant des émissions. Le prix des services de contrôle a été fixé par les autorités de l'État.

65. Comme le prédit la théorie économique pour les marchés concurrentiels soumis à un contrôle des prix³⁴, les centres de contrôle concurrents, parce qu'ils ne peuvent s'affronter sur les prix, concentrent leurs efforts sur des facteurs autres que les prix. L'une des stratégies pour s'attirer les bonnes grâces des clients consiste à mentir, en validant le contrôle de voitures qui devraient être refusées. L'étude a constaté qu'à mesure que le nombre de centres de contrôle concurrents augmentait sur les marchés locaux, le taux de certification des véhicules augmentait également. L'auteur en conclut que la concurrence entre les centres

³² Stucke, supra, note 21, p. 29-35.

³³ Ibid., p. 33 (citant Victor Bennett, Lamar Pierce, Jason Snyder et Michael Toffel, « Customer-Driven Misconduct: How Competition Corrupts Business Practices », *Management Science* (à paraître en 2013), disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2005779).

³⁴ Voir discussion de White (1972), supra, note 15 et le texte l'accompagnant.

de contrôle « peut inciter les entreprises à accroître la qualité pour leurs clients de manière illégale mais aussi coûteuse sur le plan social ». ³⁵

66. Les termes employés sont tout à fait exacts. Du point de vue des centres de contrôle, ce sont les clients qui sont les propriétaires des véhicules, pas l'État de New York. Après tout, ce sont bien eux qui sélectionnent et rémunèrent les centres. La concurrence a effectivement permis d'améliorer la qualité, de l'avis général des clients. Dans cet exemple, le problème n'est pas que, pour d'obscures raisons, la concurrence ait conduit à un effet inverse de ce qui est habituel et qu'elle ait entraîné une baisse de la qualité. La concurrence a eu l'effet exact qu'elle aurait dû avoir lorsque les prix sont fixés, c'est-à-dire une amélioration de la qualité *telle que perçue par les clients qui choisissent le prestataire*. Dans cette affaire, le véritable problème est que pour atteindre l'objectif visé, le système de contrôle des émissions aurait dû être conçu de manière à ce que les autorités, et non les propriétaires des véhicules, choisissent les centres de contrôle. Si tel avait été le cas, les centres de contrôle auraient eu tout intérêt à fournir les informations les plus exactes possibles.

67. Reprocher à la concurrence d'avoir faussé le programme de contrôle des émissions conçu par l'État de New York, c'est un peu comme reprocher à un piano de jouer effectivement les touches actionnées par le musicien. Effectivement, un compositeur peut par erreur insérer une fausse note et gâcher ainsi un morceau, mais cela ne veut pas dire que la faute en revient au piano.

68. Certes, la concurrence pousse les entreprises à des efforts supplémentaires pour remplir le carnet de commandes et pour cela, les centres de contrôle de l'état de New York ont été jusqu'à mentir. Toutefois, s'ils ont agi de la sorte, c'est que le mensonge était dans l'intérêt de leurs clients. Il est fort peu probable qu'ils auraient menti si leur client avait été l'État de New York, l'entité qui avait le plus intérêt à recevoir des informations fiables. Ce système de contrôle des émissions a souffert d'un défaut de conception, pas d'un excès de concurrence.

69. La même conclusion vaut pour l'autre exemple fourni par Stucke à propos d'un marché d'informations intermédiaires, dans le secteur de la notation des obligations, pour lequel la concurrence aurait été à l'origine d'inexactitudes. ³⁶ Comme le programme de contrôle des émissions de l'État de New York, le secteur de la notation souffre d'un modèle de rémunération vicié. Au lieu que les agences de notation soient sélectionnées et rémunérées par les personnes qui ont réellement besoin de s'appuyer sur des rapports fiables, ce sont les sociétés de crédit qui les sélectionnent et les rémunèrent. ³⁷ L'un des enseignements de la crise financière de 2008 est que les sociétés de crédit n'ont pas nécessairement un grand intérêt pour la précision en matière de notation. Les agences de notation évoluent dans un contexte de concurrence, elles s'efforcent donc d'être toujours plus en adéquation avec les besoins de leurs clients. Dans certains cas, les clients souhaitent gonfler leurs notes. S'ils étaient demandeurs de rapports exacts, la concurrence se chargerait de leur fournir de tels rapports.

3.2.5 *Expérience dans le secteur des supermarchés*

70. David Matsa a récemment publié une étude empirique sur l'effet de la concurrence sur les ruptures de stock dans les supermarchés des États-Unis. ³⁸ La fréquence des ruptures de stock et la faible

³⁵ Bennett et al., supra, note 33, p. 2.

³⁶ Stucke, supra, note 21, p. 31-33.

³⁷ Voir OCDE, « Competition and Credit Rating Agencies » (2010), disponible à l'adresse suivante : www.oecd.org/daf/competition/sectors/46825342.pdf.

³⁸ David Matsa, « Competition and Product Quality in the Supermarket Industry », p. 126, *Quarterly Journal of Economics*, p. 1539 (2010).

variété de produits constituent les principales causes de mécontentement des clients vis-à-vis des supermarchés. Les ruptures de stock sont donc un bon indicateur de qualité. L'expansion de Wal-Mart dans le secteur de la grande distribution, que Matsa décrit comme « le coup le plus important porté à la structure de marché du secteur depuis un demi-siècle », a fait évoluer la concurrence, ce qui a rendu possible cette étude.³⁹ Wal-Mart est devenu le premier distributeur de produits alimentaires aux États-Unis quatorze ans après l'ouverture de son premier magasin d'alimentation en 1988. Le groupe est également devenu la première chaîne véritablement nationale, de sorte que son entrée a effectivement porté un coup au secteur. Matsa a constaté que l'entrée de Wal-Mart, a non seulement eu pour corollaire une baisse de 33 % des ruptures de stock dans les grandes chaînes de supermarchés, mais est l'origine même de cette baisse.

71. Matsa a étudié la manière dont les entreprises en place ont ajusté leurs stocks en réponse à l'entrée de Wal-Mart. Il a constaté que les magasins n'ont pas tous réagi de la même manière. Wal-Mart est connu pour sa concurrence par les prix bas, en partie rendus possibles par des niveaux de service relativement faibles. Matsa a établi que les magasins faisant partie d'une chaîne ont eu tendance à répondre à l'entrée de Wal-Mart en améliorant leur qualité. Il semble qu'ils aient compris qu'ils n'avaient aucune chance d'être compétitifs sur les prix face aux économies d'échelle et à la puissance d'achat de Wal-Mart. Ils ont donc amélioré la disponibilité de leurs produits dans leurs magasins. Les ruptures de stock ont été diminuées d'un tiers. De leur côté, les magasins indépendants ont tenté de maintenir des prix bas. Nombre d'entre eux ont échoué, de sorte qu'ils n'ont collectivement pas aussi bien résisté à l'entrée de Wal-Mart que les chaînes.

72. Matsa a également constaté que les taux peu élevés de ruptures de stock s'étaient accompagnés de bons résultats pour d'autres critères de mesure de la qualité, comme la propreté, la courtoisie du personnel et le temps d'attente moyen en caisse. Les chaînes de supermarchés qui ont réussi à réduire les ruptures de stock semblaient avoir également progressé dans ces catégories, de même que pour la fraîcheur de leur viande, de leurs fruits et de leurs légumes ainsi que pour la variété de leur offre. Cela laisse à penser que pour les consommateurs, l'entrée de Wal-Mart a été finalement plus intéressante que l'on a pu le penser. Ces derniers n'ont pas seulement trouvé en Wal-Mart une nouvelle source d'approvisionnement aux prix bas mais ont également bénéficié d'une forte amélioration de la qualité de la part des chaînes en place.

3.2.6 *Expérience dans le secteur des services hospitaliers*

73. Le secteur des services hospitaliers, comme celui des soins de santé en général, présente certaines caractéristiques qui perturbent la capacité de la concurrence à stimuler des améliorations de la qualité. On évoquera en premier lieu le fait que les patients ne disposent pas toujours d'un accès aisé aux informations permettant de comparer la qualité médicale des médecins, des infirmières, des médicaments et des équipements hospitaliers, que ce soit avant ou après le traitement. Pire encore, les hôpitaux rivalisent parfois en privilégiant davantage les aspects des soins de santé qui sont les plus transparents pour les patients, comme l'attrait esthétique de leurs chambres, au détriment de réels bénéfices sur le plan médical. Par conséquent, les choix opérés par les patients ne reflètent pas nécessairement la qualité médicale des soins de santé qu'ils reçoivent. En d'autres termes, la concurrence sur le plan de la qualité ne fonctionne généralement pas aussi bien sur les marchés des soins de santé que sur les marchés dont les éléments qualitatifs sont plus transparents.

74. Dans le droit fil des conclusions théoriques relatives à l'effet de la concurrence par la qualité, les preuves empiriques issues des marchés des services hospitaliers montrent généralement que lorsque les prix sont réglementés, la concurrence améliore la qualité (mesurée par le taux de mortalité). Lorsque les prix ne sont pas réglementés, les indices sont alors contradictoires.

³⁹ Ibid., p. 1539.

75. Par ailleurs, ce n'est pas un hasard si la plupart des études empiriques sur les services hospitaliers se concentrent sur un seul facteur qualitatif (le taux de mortalité). Or, elles pourraient se pencher sur de nombreux autres facteurs, du moins en principe, parmi lesquels le niveau général de satisfaction du patient/de la famille, l'adéquation des informations fournies aux patients et à leurs familles et la mesure dans laquelle le séjour à l'hôpital a amélioré l'état du patient (par opposition à la variable binaire décès/survie). Ces facteurs sont néanmoins tous soumis à un certain degré de subjectivité, contrairement aux taux de mortalité. Dès lors, en se concentrant sur la mortalité, les études gagnent en objectivité, mais perdent en exhaustivité.⁴⁰

3.2.6.1 Effet de la concurrence par la qualité, sur les marchés hospitaliers dont les prix sont réglementés⁴¹

76. Kessler et McClellan ont réalisé l'une des premières études empiriques sur les effets de la concurrence par la qualité des services hospitaliers.⁴² Ils ont examiné l'incidence de la concentration des marchés (en utilisant l'indice de Herfindahl) sur la qualité des services hospitaliers fournis aux États-Unis aux bénéficiaires de Medicare, telle qu'elle est mesurée par le nombre de décès par crise cardiaque sur une période d'une année, ajusté en fonction du risque. Les résultats sont saisissants, car ils montrent que la qualité est sensiblement inférieure sur les marchés qui sont plus concentrés. Les patients sur les marchés les plus concentrés enregistraient des taux de mortalité qui étaient plus élevés de 4,4 % que les patients sur les marchés les moins concentrés. Cela se traduisait par une différence de plus de 2 000 décès entre les parties les moins concentrées et les parties les plus concentrées de la série de données.

77. Cooper et al. ont essayé de savoir si, dans les hôpitaux confrontés à une concurrence accrue, les taux de mortalité par crise cardiaque diminuaient plus rapidement que dans les hôpitaux évoluant sur des marchés monopolistiques après l'introduction au Royaume-Uni en 2006 de la concurrence dans le système des soins de santé.⁴³ Les auteurs de l'étude ont utilisé quatre méthodes différentes pour définir les marchés des services hospitaliers, et deux critères distincts pour mesurer la concurrence. Ils ont invariablement constaté que les hôpitaux confrontés à une concurrence accrue avaient diminué leur taux de mortalité par crise cardiaque d'environ un tiers de point de pourcentage plus rapidement que les prestataires monopolistiques. Avec un taux de mortalité de 12 %, cette différence était significative. Les auteurs ont émis l'hypothèse que le rôle joué par les médecins généralistes dans le système britannique avait un rapport avec ce résultat. L'expertise et l'expérience acquise par les médecins généralistes semblent avoir fait de la qualité un facteur plus important pour les hôpitaux en concurrence pour attirer les patients.

78. Dans une étude très justement intitulée « Death by Market Power », Gaynor et al. ont démontré de manière probante que dans le cadre d'un régime des prix réglementés, les hôpitaux se livrent une concurrence par la qualité.⁴⁴ Les auteurs ont observé d'importantes améliorations au niveau de la mortalité

⁴⁰ Pour plus d'informations sur la mesure de la qualité dans le secteur des soins de santé, voir la publication occasionnelle d'Arik Mordoh du 11.5.2011 intitulée « Critical Review of the Quality and Competition Measures and Identification Strategies Used in Health Care Studies », Office of Health Economics (Royaume-Uni).

⁴¹ Cette sous-partie s'inspire partiellement de la note d'information du secrétariat de l'OCDE (2012) sur la concurrence dans les services hospitaliers, points 47 à 55, [DAF/COMP\(2012\)9](http://www.oecd.org/daf/competition/50527122.pdf), disponible à l'adresse suivante : www.oecd.org/daf/competition/50527122.pdf.

⁴² Daniel Kessler et Mark McClellan, « Is Hospital Competition Socially Wasteful ? » 115 *Quarterly Journal of Economics* 577 (2000).

⁴³ Zack Cooper, Stephen Gibbons, Simon Jones et Alistair McGuire, « Does Hospital Competition Save Lives ? Evidence from the English NHS Patient Choice Reforms », 121 *Economic Journal* 228 (2011).

⁴⁴ Martin Gaynor, Rodrigo Moreno-Serra et Carol Propper, « Death by Market Power: Reform, Competition and Patient Outcomes in the National Health Service », document de travail n° 10/242 (2011) du CMPO.

et de la réduction des durées moyennes d'hospitalisation, sans aucune répercussion sur les dépenses totales ni augmentation des dépenses par patient dans les deux années qui ont suivi l'introduction de la concurrence dans le système des soins de santé au Royaume-Uni. Ils ont également conclu que si le Royaume-Uni prenait des dispositions visant à déconcentrer les marchés hospitaliers, les bénéfices pourraient atteindre plus de 276 millions GBP.

79. Bijlsma et al. se sont concentrés sur le rapport entre la concurrence et la qualité dans le secteur hospitalier néerlandais après la mise en œuvre des réformes visant à renforcer la concurrence.⁴⁵ Ils ont constaté que les hôpitaux accordaient davantage d'attention à la qualité et révélaient plus volontiers les indicateurs de qualité qu'ils utilisent. Les données couvraient à la fois les indicateurs de qualité liés aux processus et ceux liés aux résultats, et ont montré que la modification de la performance des processus (contrairement à celle des résultats) pouvait s'expliquer par la concurrence. En particulier, les résultats laissaient entendre que la concurrence entre les hôpitaux exerçait une pression sur les marges bénéficiaires, contraignant les hôpitaux à améliorer leur rendement. Les auteurs ont conclu que « la concurrence est susceptible d'inciter les hôpitaux à améliorer les indicateurs de qualité qui peuvent être facilement observés par les patients et perçus comme un signe de qualité (comme le temps d'attente avant d'obtenir un diagnostic et la fréquence de contrôle pour les patients atteints de maladies chroniques) ». ^{46 47}

3.2.6.2 Effet de la concurrence par la qualité sur les marchés hospitaliers dont les prix ne sont pas réglementés

80. Comme leurs homologues théoriques, les études empiriques qui analysent l'effet de la concurrence par la qualité des marchés des services hospitaliers lorsque la qualité et les prix sont variables donnent lieu à des résultats ambigus ou mitigés. La présente section traite essentiellement de la situation aux États-Unis, ce marché géographique ayant fait l'objet de la plupart des études.

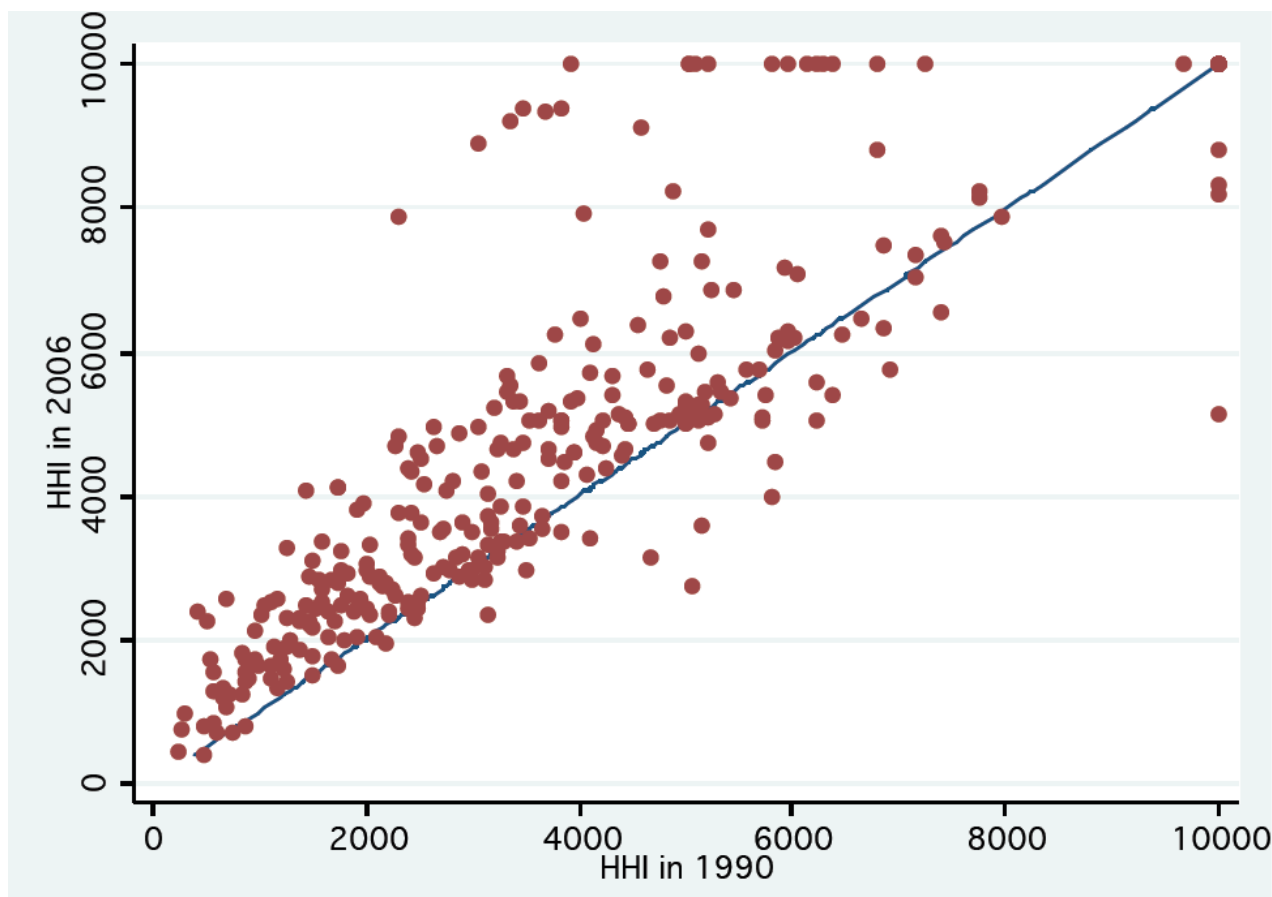
81. La figure 3 montre que les marchés hospitaliers américains étaient sensiblement plus concentrés en 1990 qu'en 2006 :

⁴⁵ Michiel Bijlsma, Pierre Koning, Victoria Shestalova et Ali Aouragh, « The Effect of Competition on Process and Outcome Quality of Hospital Care – An Empirical Analysis for the Netherlands », document de travail n° 157 (2010) du CPB, disponible à l'adresse suivante : www.cpb.nl/sites/default/files/publicaties/download/disc157.pdf.

⁴⁶ Ibid. p. 35.

⁴⁷ Pour les résumés d'autres études qui abondent presque toutes dans le sens de celles mentionnées dans la présente note, voir Gaynor, supra, n. 15, pages 16 à 21.

Figure 3. Indices HHI en 1990 et en 2006 pour les marchés hospitaliers américains⁴⁸



82. Vogt et Town ont examiné dix études sur l'effet de la consolidation sur la qualité des services hospitaliers américains et sont parvenus à la conclusion que les résultats globaux révèlent des baisses de qualité lorsque la concentration du marché hospitalier augmente.⁴⁹ Par exemple, Sohn et Rathouz se sont penchés sur les taux de mortalité ajustés en fonction du risque des patients qui ont subi une angioplastie dans 116 hôpitaux californiens en 1995. Ils ont constaté que la mortalité était plus faible dans le cas des patients qui s'étaient rendus dans les hôpitaux confrontés à une concurrence accrue.⁵⁰

⁴⁸ Cette illustration est tirée du document de travail n° 17208 (2011) du NBER « Competition in Health Care Markets » de Martin Gaynor et Robert Town.

⁴⁹ W. B. Vogt et R. Town, « How Has Hospital Consolidation Affected the Price and Quality of Hospital Care ? », rapport de synthèse de la recherche n° 19, Robert Wood Johnson Foundation (2006).

⁵⁰ M.W. Sohn et P.J. Rathouz, « Competition among Hospitals and Quality of Care: Hospital-Level Analysis », université de Chicago, document non publié (cité dans Gaynor, supra, n. 15). Schneider est parvenu à la même conclusion dans son étude sur les taux de mortalité dans les hôpitaux californiens entre 1997 et 2002. Helen Schneider, « Incorporating Health Care Quality into Health Antitrust Law », 8 BMC Health Services Research 89 (2008).

83. Toutefois, de nombreuses études s'accompagnent de mises en garde et précisent notamment qu'il est très difficile de tirer des conclusions définitives quant aux effets de la concentration du marché sur la qualité lorsque les prix et la qualité sont des variables. Ces mises en garde sont illustrées par les résultats contraires auxquels d'autres études sont parvenues. Maeda et LoSasso, par exemple, ont constaté que des indices HHI inférieurs n'apportaient que peu d'avantages supplémentaires concernant les soins pour insuffisance cardiaque prodigués à l'hôpital. Ils ont conclu que « la concurrence sur le marché pourrait être un instrument imprécis et pourrait ne pas être l'outil stratégique le mieux adapté pour améliorer la qualité dans les hôpitaux ». ⁵¹ En effet, Mukamel et al. ont constaté dans leur étude, qui portait également sur des patients californiens, que la concurrence était en réalité corrélée avec une hausse de la mortalité. Contrairement à Sohn et Rathouz, Mukamel et al. comparent les résultats de 1982 et 1989, qui sont les années ayant précédé et suivi l'entrée en vigueur de la contractualisation sélective par les assureurs en Californie. Les auteurs ont émis l'hypothèse que cette contractualisation sélective renforcerait la concurrence par les prix et que les hôpitaux réagiraient en déplaçant des ressources d'activités cliniques importantes sur le plan médical, dont la qualité est difficile à observer, vers des caractéristiques « hôtelières » relativement négligeables (sur le plan médical) (telles que des chambres confortables et attrayantes, etc.), qui sont plus faciles à observer. Les résultats semblent confirmer leurs soupçons, la concurrence étant assurément liée à la mortalité, au travers de la réduction des dépenses cliniques supportées pour les patients. ⁵² En outre, Volpp et al. ont comparé les changements enregistrés au niveau des taux de mortalité par crise cardiaque, ajustés en fonction du risque, dans les hôpitaux du New Jersey et de New York avant et après la déréglementation des prix des soins hospitaliers adoptée par le New Jersey. ⁵³ Ils ont constaté que la mortalité avait augmenté dans le New Jersey par rapport à New York après la déréglementation. ⁵⁴

3.2.6.3 Conclusions sur la concurrence et la qualité sur les marchés hospitaliers

84. Les études empiriques que nous venons de résumer renforcent pour la plupart les prédictions théoriques selon lesquelles la concurrence peut conduire à une meilleure qualité lorsque les prix sont réglementés. Lorsque les prix et la qualité sont déterminés par les marchés, les résultats vont également dans le sens des études théoriques en ce qu'ils sont ambigus ou contradictoires s'agissant des effets sur la qualité.

85. Comme l'a souligné précédemment l'OCDE, la constatation généralement cohérente selon laquelle la réglementation des prix des services hospitaliers profite à la concurrence par la qualité est toutefois « assez sommaire ». ⁵⁵ Pour autant, nous ne considérons pas que la réglementation des prix dans le secteur hospitalier soit toujours une bonne idée. Elle confie au gouvernement la tâche non seulement de ne pas devoir choisir un prix approprié, mais également de devoir choisir le niveau de qualité optimal, car ces deux facteurs vont nécessairement de pair lorsque les prix sont réglementés. Il est tout à fait possible que,

⁵¹ Jared Maeda et Anthony LoSasso, « Effect of Market Competition on Hospital Performance for Heart Failure », 17 *American Journal of Managed Care* 816, 821 (2011).

⁵² D. Mukamel, J. Zwanziger et A. Bamezai, « Hospital Competition, Resource Allocation and Quality of Care », 2 *BMC Health Services Research* 10 (2002).

⁵³ K. G. Volpp, S. V. Williams, J. Waldfogel, J.H. Silber, J.S. Schwartz & M.V. Pauly, « Market Reform in New Jersey and the Effect on Mortality from Acute Myocardial Infarction », 38 *Health Services Research* 515 (2003).

⁵⁴ Pour les résumés d'autres études, voir Gaynor, supra, n. 15, p. 21 à 27.

⁵⁵ Note d'information du Secrétariat de l'OCDE (2012) sur la concurrence dans les services hospitaliers, point 60, [DAF/COMP\(2012\)9](http://www.oecd.org/daf/competition/50527122.pdf), disponible à l'adresse suivante : www.oecd.org/daf/competition/50527122.pdf.

dans certaines circonstances, le marché établit un rapport qualité/prix sur le plan social plus intéressant que les pouvoirs publics.

86. S'il ne fait aucun doute qu'une mauvaise qualité des services hospitaliers est peu souhaitable, il est peut-être plus difficile de comprendre comment la situation contraire pourrait poser problème. Comme l'observe Gaynor, le simple fait de suggérer que les services de soins de santé puissent être de « trop bonne » qualité peut être décourageant. Cela impliquerait, en définitive, que le bien-être social puisse être amélioré en permettant l'augmentation des taux de mortalité.

Or, les concepts économiques qui s'appliquent à cette question valent également pour tout autre problème de répartition des ressources. Nous entendons consacrer des ressources à la réduction de la mortalité des patients jusqu'au point où le bénéfice marginal tiré de la réduction de la mortalité sera compensé par le coût marginal. Cela veut dire que le taux de mortalité optimal sur le plan social, qui sera certainement supérieur à zéro, sera alors atteint. Si cela peut sembler répugnant, il est important de reconnaître que les ressources sont utilisées pour des usages concurrents. Si l'ampleur de la réduction du taux de mortalité chez les patients n'est pas si importante, il vaudrait peut-être mieux consacrer ces ressources à la recherche d'un remède contre le cancer, aux repas scolaires ou à la Marine nationale.⁵⁶

3.2.7 Les expériences par secteur présentées dans cette section corroborent les études théoriques sur la concurrence et la qualité.

87. Sans vouloir laisser entendre que les études examinées dans la présente section sont suffisamment générales pour tirer des conclusions définitives, nous observons que ces études abondent dans le sens des principales observations tirées de la section consacrée aux études théoriques. En d'autres termes, les études empiriques présentées ici parviennent à la conclusion que la concurrence améliore la qualité sur les marchés dont les prix sont réglementés, tout en présentant des résultats contradictoires en ce qui concerne l'effet de la concurrence par la qualité des marchés dont les prix ne sont pas réglementés.

88. Nous examinons ci-après un exemple empirique d'un autre genre, dans le cadre de plusieurs décisions rendues en vertu du droit de la concurrence pour voir quel rôle les tribunaux et les autorités de concurrence accordent à la qualité lorsqu'elle sert leurs analyses.

4. La qualité dans un exemple d'application du droit de la concurrence

4.1 Les concentrations

89. Bien qu'il en soit question, au moins brièvement, dans la plupart des lignes directrices relatives aux concentrations, la qualité n'occupe pas une place prépondérante dans la plupart des décisions rendues dans ce domaine. Lorsque tel est le cas, c'est que les parties à l'opération envisagée affirment que leur concentration entraînera une amélioration de la qualité. Par ailleurs, la qualité peut être privilégiée si l'autorité de la concurrence estime que la concentration envisagée entraînerait une détérioration de la qualité sur le marché en cause. Le premier cas dont nous faisons état combine les deux situations.

90. Lorsque Waterstone's Booksellers Ltd (détenue par HMV Group plc) s'est proposée d'acquérir Ottakar's plc, la Commission de la concurrence britannique a dû établir si la fusion de ces deux sociétés de vente au détail de livres constituait une menace grave pour la concurrence.⁵⁷ Waterstone's a fait valoir que

⁵⁶ Gaynor, supra, n. 15, p. 3 et 4.

⁵⁷ Commission de la concurrence (Royaume-Uni), HMV Group plc et Ottakar's plc, 12 mai 2006.

la concentration lui permettrait d'être plus compétitive face à la concurrence croissante des grandes chaînes, des supermarchés et des détaillants sur Internet.

91. Après avoir conclu que le marché pertinent était celui de la vente au détail de livres neufs, la Commission s'est penchée sur les effets de la concurrence aux niveaux local, régional et national. Les parties appliquant toutes deux des politiques tarifaires uniformes au niveau national, la concurrence moindre par les prix aux niveaux régional et local ne posait pas de problème majeur. De fait, même au niveau national, les effets sur les prix n'étaient pas préoccupants, la Commission ayant constaté que les deux parties se livraient une forte concurrence directe par les prix.

92. La qualité en revanche posait problème, car la concurrence sur des éléments autres que le prix portait essentiellement sur le catalogue de titres en stock et sur la qualité du service offert en magasin. Les parties ont soutenu que la Commission ne devait pas craindre une baisse de la qualité. Elles ont fait valoir que l'acquisition permettrait d'améliorer la qualité car Waterstone's pourrait ainsi étoffer son catalogue de titres dans les anciens magasins Ottakar.

93. La Commission a entrepris un examen assez approfondi de la qualité dans le secteur. Elle a commandé une étude pour identifier les facteurs qui revêtaient de l'importance pour les consommateurs. Elle a comparé le catalogue des titres proposés dans différents magasins, les effectifs, le niveau d'expérience du personnel, les heures d'ouverture des magasins, les aménagements et même les séances de dédicaces.

94. Au final, la Commission est parvenue à la conclusion qu'il n'existait aucune différence systématique et substantielle s'agissant du catalogue de titres ou de la qualité du service entre les points de vente concurrents des deux parties et les points de vente non concurrents. Elle n'avait donc aucune raison de penser que la qualité dans les magasins dépendait de la concurrence directe entre Waterstone's et Ottakar's (lorsque cette concurrence existait déjà). Au final, la Commission a conclu que l'argument des parties selon lequel la qualité se trouverait améliorée du fait de l'acquisition était crédible. Elle a donc validé cette opération.

4.2 Les ententes

4.2.1 Les ententes qui visent à réduire la qualité

95. Bien que l'immense majorité des ententes identifiées portent sur des accords qui visent à éliminer la concurrence par les prix, les entreprises s'entendent parfois pour réduire la concurrence au niveau de la qualité. Ainsi, les membres d'une entente pourraient convenir de ne pas introduire de nouveaux produits sur le marché ou de ne pas proposer certains services à leurs clients. Autre possibilité, ils pourraient se mettre d'accord pour réduire les horaires d'ouverture de leurs établissements. Les deux exemples ci-après illustrent ce type d'arrangement. Dans les deux cas, les accords ont été jugés contraires au droit de la concurrence en vigueur.

4.2.1.1 Ordre des pharmaciens

96. L'association pharmaceutique belge (APB) a mis en place une série de règles que ses membres sont supposés respecter, notamment un calendrier indiquant les pharmacies qui devaient rester ouvertes (et, partant, celles qui devaient être fermées) certaines fins de semaine dans différentes régions de Belgique. Après avoir été sanctionnés par l'APB parce qu'ils avaient enfreint les règles en ouvrant leurs officines pendant les fins de semaine où ils n'étaient pas de garde, plusieurs pharmaciens ont déposé plainte auprès du Conseil de la concurrence belge. Le Conseil a estimé que les règles limitant les horaires d'ouverture des pharmacies étaient susceptibles de restreindre la concurrence entre les pharmaciens. L'APB a fait valoir que ces restrictions étaient nécessaires pour garantir la sécurité de l'approvisionnement des clients, car

lorsqu'une pharmacie reste ouverte alors qu'elle n'est pas censée être de garde, cela peut susciter une confusion dans l'esprit du public.⁵⁸ Toutefois, le Conseil a établi que les règles relatives aux horaires d'ouverture avaient restreint de manière disproportionnée la concurrence visant à garantir la sécurité de l'approvisionnement des pharmacies. Par conséquent, il a ordonné à l'APB de mettre un terme à l'application des règles en question.

97. L'APB a introduit un recours auprès de la Cour d'appel de Bruxelles, qui a confirmé la décision du Conseil.⁵⁹ La Cour a souligné que le Conseil avait établi l'absence d'un lien direct entre la « finalité sociale » d'une organisation telle que l'APB et la restriction des horaires d'ouverture. En outre, l'APB n'ayant pas démontré que ces restrictions amélioreraient la distribution des médicaments aux consommateurs, la Cour a rejeté l'argument de l'APB selon lequel ses règles auraient dû déroger aux dispositions, prévues par la loi belge sur la concurrence, relatives aux accords anticoncurrentiels entre concurrents.

4.2.1.2 Adanim Mortgage Bank, Ltd.

98. En Israël, les parties désirant conclure un accord qui restreint la concurrence peuvent soumettre une demande d'autorisation au tribunal antitrust. En 1996, 26 banques ont demandé une autorisation aux fins d'un accord visant à fermer leurs succursales le vendredi. Le tribunal a rejeté la demande en émettant de nombreuses remarques instructives sur le rôle de la qualité dans la politique de concurrence.⁶⁰

99. La principale question consistait à savoir si l'accord entre les banques relevait de l'intérêt public. Le tribunal a rapidement fait connaître son point de vue, qualifiant cet accord de demande d'« approbation d'une entente ... centrée sur la décision collective (des banques) de fermer leurs succursales le vendredi et donc de réduire la semaine de service au public à cinq jours ». Comme si ce signal n'était pas suffisamment clair, le tribunal a ajouté qu'« il nous est demandé d'examiner un accord en vertu duquel les banques se sont entendues pour fermer leurs succursales le vendredi et ont entrepris de ne pas se faire concurrence pour servir le public en ouvrant les succursales ce jour-là ».⁶¹

100. Le tribunal a ensuite démonté méthodiquement les arguments des banques. Tout d'abord, les banques ont minimisé le préjudice de leur proposition pour les consommateurs, en affirmant qu'il n'était pas grave et qu'en tout état de cause, il l'était moins qu'un accord de fixation des prix. Le tribunal a au contraire estimé que le préjudice était grave. Citant de multiples sources, dont Robert Bork et des décisions rendues par la Commission européenne et par les juridictions américaines, le tribunal a expliqué que le fait d'écourter les heures d'ouverture pouvait s'avérer tout aussi préjudiciable qu'une hausse des prix, car les clients considèrent que la commodité d'un service présente une valeur économique. En outre, le préjudice était grave, car l'accord visait à inclure l'intégralité du secteur bancaire, un secteur crucial pour l'économie et qui affecte l'activité économique de tous les citoyens.⁶²

101. Les banques ont ensuite avancé que la fermeture du vendredi permettrait d'améliorer l'efficacité en incitant les clients à utiliser les distributeurs automatiques et les services de banque par téléphone au

⁵⁸ Selon la communication 43 de l'APB, un pharmacien qui n'est pas censé être de garde compromet le bon fonctionnement du service de pharmacie d'urgence en restant ouvert en dehors des horaires d'ouverture normaux.

⁵⁹ *Ordre des Pharmaciens*, décision n° 2007/MR/5, Cour d'appel de Bruxelles, Dix-huitième Chambre, 7 avril 2009.

⁶⁰ *Adanim Mortgage Bank, Ltd. c. Israel Consumer Council*, Antitrust 1393/96 (27 janvier 1997), disponible à l'adresse suivante : <http://eng-archive.antitrust.gov.il/files/87/1393-96.pdf>.

⁶¹ Ibid. point 1 (soulignement dans l'original).

⁶² Ibid. p. 2 et 3.

lieu de se tourner vers le personnel des agences bancaires. Le tribunal a néanmoins observé qu'une telle hausse de l'efficacité se ferait au détriment des préférences des consommateurs. Les clients souhaitant entrer en contact direct avec le personnel des agences seraient contraints d'accepter des services bancaires indirects. « La prémisse essentielle pour mesurer le bien-être des consommateurs est que ce bien-être est déterminé par les consommateurs eux-mêmes. Or une telle prémisse ne cadre pas avec une intervention dans les préférences des consommateurs qui les pousserait à adopter des services qu'ils ne jugent pas acceptables.»⁶³ En d'autres termes, le bien-être des consommateurs et tout ce qu'il englobe, y compris la qualité, en termes de commodité et de choix, est prioritaire dans le droit de la concurrence israélien, contrairement à une efficacité fondée exclusivement sur les coûts. En outre, la meilleure façon de persuader les consommateurs d'utiliser de nouveaux services n'est pas de constituer des ententes qui réduisent la qualité en leur imposant des changements non désirés, mais bien de promouvoir les nouveaux services en question jusqu'à leur acceptation.

Dans ce contexte, le concept d'« amélioration de la qualité » signifie satisfaire les véritables préférences des consommateurs, de la manière la plus appropriée et au meilleur prix possible, et non leur imposer des préférences au motif qu'elles seraient moins onéreuses à mettre en œuvre L'amélioration de l'efficacité doit s'accompagner d'une amélioration de la qualité des produits, d'une diminution des prix, voire des deux. On pourrait s'interroger sur l'intérêt d'une diminution des prix obtenue sans améliorer l'efficacité de la production, mais en sacrifiant la qualité du produit ... Dans la même veine, les banques peuvent s'entendre pour réduire les jours ou même les horaires d'ouverture dans la mesure où cela ne bouleverserait pas non plus l'étendue du service bancaire (demande) en raison de l'inélasticité de la courbe de la demande, mais réduirait en même temps leurs dépenses.

À l'évidence, les fournisseurs d'autres produits et services, tels que les épiceries, pourraient s'entendre pour réduire leurs horaires d'ouverture, par exemple le soir, et diminuer ainsi leurs dépenses, ce qui leur permettrait même de partager une partie des économies réalisées avec le consommateur. Les compagnies aériennes pourraient décider d'arrêter de servir des repas lors des vols, ce qui leur permettrait de baisser les tarifs, etc. Un tel argument, s'il était accepté, permettrait de créer, de manière illimitée, des ententes sur quasiment tous les marchés. De fait, presque tous les produits actuellement en vente pourraient être meilleur marché si les fabricants pouvaient réduire la qualité.⁶⁴

102. Naturellement, si une seule banque avait eu le courage de fermer le vendredi sans obtenir d'abord la promesse de ses concurrents qu'ils feraient de même, elle aurait alors été libre de mettre unilatéralement en œuvre cette décision. Le fait qu'aucune d'entre elles ne se soit engagée dans cette voie laisse supposer que les banques estiment que leurs clients accordent une importance considérable à l'ouverture le vendredi.

4.2.2 *L'argument de la qualité pour justifier les ententes*

103. Si la qualité est un concept extrêmement subjectif, nul doute que, sur certains marchés, les consommateurs sont prêts à payer plus cher pour une meilleure qualité de service. Les entreprises présentes sur ces marchés créent parfois volontairement des consortiums pour garantir aux clients des produits de qualité - et s'assurer qu'ils sont capable de faire la distinction entre un produit de qualité et un autre de

⁶³ Ibid. p 6.

⁶⁴ Ibid. D'ailleurs, le tribunal n'ignorait pas que si le préjudice causé au bien-être des consommateurs par cet accord pouvait être mesuré, il pouvait être largement compensé par les économies réalisées par les banques. Les représentants des banques n'ont toutefois pas présenté les données pertinentes (sur les modèles d'utilisation du service bancaire par les clients) demandées par le tribunal et il leur incombait de prouver que les bénéfices compensaient les coûts. Ibid. p. 14 et 15.

moindre qualité. C'est notamment ce qui s'est produit dans le secteur agricole. Toutefois, dans la mesure où ces consortiums nécessitent un certain degré de coordination entre des membres amenés par ailleurs à se faire concurrence, on peut s'interroger sur l'étendue d'une coopération susceptible d'être mise en œuvre sans infraction à la réglementation sur la concurrence.

104. Ce type de problème est parfaitement illustré par l'une des affaires analysées par l'AGCM, l'autorité de la concurrence italienne.⁶⁵ En novembre 1995, l'AGCM a engagé une action contre les consortiums pour la protection du Grana Padano et du Parmigiano Reggiano⁶⁶ dans le but de déterminer s'ils avaient restreint la concurrence au moyen d'accords de répartition des marchés et de systèmes de quotas. Fait essentiel dans cette affaire, les consortiums fixaient la quantité totale de fromage à produire chaque année, ainsi que des quotas individuels pour chaque entreprise membre. En outre, chaque consortium appliquait un système imposant des amendes aux fromageries en excédent de production. Pourtant, même si les consortiums ont cherché à mettre en œuvre leurs plans de production respectifs en envoyant des lettres de suivi et en menaçant d'amendes les fromageries qui ne respectaient pas les accords, aucune amende n'a jamais été infligée.

105. Les deux consortiums ont fait valoir que leurs systèmes de quotas étaient licites et, en tout état de cause, nécessaires pour maintenir les normes de qualité, dont les consommateurs bénéficient directement. Les parties défenderesses ont ainsi soutenu que les quotas devaient bénéficier d'une exemption même s'ils étaient par ailleurs réputés contraires au droit de la concurrence. L'AGCM a toutefois observé que la Cour européenne de justice⁶⁷ et la Commission européenne⁶⁸ avaient déjà confirmé que même si une organisation composée de nombreuses entreprises se voit confier des missions telles que le suivi de la qualité des produits, elle reste soumise au droit de la concurrence lorsque ses activités ont pour objet de restreindre la concurrence.

106. À titre subsidiaire, le consortium du Parmigiano Reggiano a demandé une dérogation au motif que le système de quotas lui permettait de contrôler la qualité de la production plus efficacement et pour un coût acceptable, contribuant ainsi à améliorer la qualité du fromage. Le consortium a soutenu que l'objectif de qualité était moins onéreux à atteindre en s'appuyant sur le système des quotas qu'en contrôlant la qualité du lait utilisé. Il a également fait valoir que son système favorisait aussi la compétitivité des sociétés italiennes à l'étranger, en contribuant à maintenir et à améliorer un haut niveau de réputation.

107. De même, le consortium pour la protection du Grana Padano a souligné le lien entre les quotas et la qualité, affirmant que les quotas étaient le seul outil capable de garantir la qualité et la bonne réputation du fromage Grana Padano. Il a expliqué que la quantité de fromage pouvant être produite par chaque

⁶⁵ AGCM, Provvedimento n° 4352 (I168), Consorzio Parmigiano Reggiano (1996). Voir également *National Society of Professional Engineers/United States*, 435 U.S. 679 (1978) (où la Cour suprême des États-Unis a rejeté l'argument invoqué par une association d'ingénieurs professionnels selon lequel l'une de ses règles éthiques interdisant à ses membres de présenter des offres concurrentes pour des services d'ingénierie n'était pas contraire au Sherman Act, au motif que cette règle minimisait le risque que la pression exercée par la concurrence conduise à un ouvrage de moindre qualité, menaçant de fait la sécurité publique).

⁶⁶ Le Consortium du Parmigiano Reggiano regroupe environ 600 fromageries, tandis que celui du Grana Padano compte environ 300 producteurs. Dans les deux cas, les producteurs doivent être installés dans des provinces bien spécifiques. Plus de 90 % du fromage « grana » consommé en Italie provient de laiteries qui sont membres de ces deux consortiums.

⁶⁷ Affaires jointes 96/102, 96/104, 96/105, 96/108 et 110/82, *NV IAZ International Belgique et autres/Commission*, Rec. 1983, p. 03369, point 20.

⁶⁸ Décision de la Commission du 26 juillet 1976 relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CEE, Affaire IV/28.980, Pabst et Richarz/BNIA.

fromagerie reposait exclusivement sur la capacité de chacune d'entre elles, c'est-à-dire sur la quantité de matière première⁶⁹ disponible et sur sa capacité à respecter pleinement les règles du consortium.

108. Pour finir, le consortium a affirmé qu'un cycle économique propre à ce secteur avait rendu le système des quotas nécessaire. Soutenant que le marché en cause était soumis à des cycles d'environ cinq ans d'expansion puis de contraction de la demande, le consortium a fait valoir que les producteurs ne tiennent pas compte du délai entre la production et la mise sur le marché du fromage. Ils ont dès lors tendance à augmenter la production durant les premières phases du cycle, lorsque les prix sont à la hausse. Étant donné que les producteurs peuvent chercher à stimuler la production lorsque les prix augmentent en s'approvisionnant en lait en dehors des canaux habituels, il existe un risque qu'un fromage de moins bonne qualité soit mis sur le marché. Selon le consortium, les quotas ont éliminé ce risque.

109. L'AGCM a constaté que les plans de production des deux consortiums n'étaient pas obligatoires au titre des dispositions législatives nationales ou communautaires et qu'ils restreignaient la concurrence. Elle a souligné que les règles applicables aux produits laitiers ainsi que les récentes réglementations sur les appellations d'origine protégées favorisaient une meilleure surveillance de la qualité que les restrictions quantitatives.

110. L'AGCM a estimé que les systèmes de quotas constituaient des accords ayant pour objet de restreindre la concurrence entre les membres. L'autorité a précisé que son enquête avait révélé que les systèmes de quotas avaient été mis en œuvre sur la base de données historiques, et que les références à la quantité de matière première de qualité disponible étaient dénuées de pertinence. L'argument des consortiums selon lequel l'octroi de quotas plus élevés était soumis à la vérification de la qualité du lait a été rejeté, les preuves recueillies ayant démontré qu'ils n'avaient pas systématiquement tenu compte de la qualité du lait disponible.

111. Les consortiums ont finalement convenu de se contenter d'enregistrer les informations envoyées par les différentes fromageries, après avoir établi leur capacité à produire du fromage de qualité, et de fixer des objectifs de production indicatifs non obligatoires. En outre, chaque producteur ne serait plus limité par ses niveaux historiques de production.

4.3 L'argument de la qualité pour justifier le recours aux ventes liées

112. Plusieurs arguments liés à la qualité ont été invoqués pour justifier la vente de produits ou de services après-vente liée à un autre produit. L'argument habituel est que la vente liée est nécessaire afin de contrôler la qualité, au motif que les produits ou services de fournisseurs tiers seraient de qualité inférieure et pourraient nuire au fonctionnement - et donc ternir l'image - du produit liant, en particulier si les acheteurs sont incapables de déterminer si ce mauvais fonctionnement est causé par le produit liant ou par le produit/service secondaire.

113. C'est là un vieil argument qui tient rarement devant un tribunal. Dans l'affaire *IBM contre États-Unis* par exemple, IBM a soutenu que le fait de lier la vente de ses cartes perforées à la location de ses tabulatrices n'était pas illégal, car on ne pouvait pas avoir la certitude que les cartes de fournisseurs indépendants seraient conformes aux normes de taille et de propreté indispensables au bon fonctionnement des machines. Pour autant, les clients ne pouvaient pas nécessairement attribuer le mauvais fonctionnement de la machine à des cartes perforées défectueuses. Par conséquent, selon la société, l'objectif de la vente

⁶⁹ La production du fromage en question nécessite que le lait possède également des caractéristiques spécifiques et soit produit conformément aux normes établies par le consortium. Pour protéger la qualité du produit, le consortium est dès lors tenu de vérifier au préalable la qualité de la matière première et son origine.

liée était de fidéliser la clientèle d'IBM et non de nuire à la concurrence. La Cour suprême a rejeté sommairement cet argument, en se contentant de citer le texte pertinent de la loi Clayton, qui interdit la location de machines à la condition que les preneurs n'utilisent pas les fournitures d'un concurrent, lorsque cette condition peut avoir pour effet de réduire sensiblement la concurrence ou tend à créer un monopole. La Cour a ensuite conclu que la vente liée imposée par IBM était conforme à l'interdiction prévue par la loi, observant qu'IBM n'avait pas même fait valoir que d'autres fournisseurs ne seraient pas en mesure de satisfaire aux spécifications nécessaires et qu'en tout état de cause, elle aurait pu conditionner la location de ses machines à l'utilisation de cartes conformes à ses spécifications.⁷⁰

114. Une autre justification qualitative possible de la vente liée est le recours à des produits ou services tiers de moindre qualité, qui imposerait des coûts financiers au vendeur du produit liant. Tel serait le cas, par exemple, si un piètre rendement, dû à l'utilisation de produits ou de services complémentaires médiocres, déclençait une prise en charge sous garantie auprès du vendeur du produit liant. Selon Iacobucci, les conditions suivantes doivent être réunies pour qu'une telle démarche soit justifiée :

- les produits liants et liés sont utilisés conjointement. ;
- la qualité des produits liants et liés affecte leur rendement conjoint ;
- le vendeur du produit liant supporte au moins une partie des coûts liés au faible rendement conjoint du produit (par exemple en cas de garantie) ;
- les acheteurs seraient en mesure (pour la vente liée) de choisir un produit concurrent à la place du produit lié imposé par le vendeur du produit liant⁷¹.

115. Dès lors, selon Iacobucci, les acheteurs sont plus susceptibles d'acheter des produits complémentaires de qualité sous-optimale car le risque lié au rendement serait ainsi, au moins partiellement, supporté par le vendeur du produit lié. Les vendeurs sensés de produits primaires réagiront en majorant leurs prix pour garantir un rendement suffisant. « Étant donné que la hausse des prix résulte d'un choix inefficace de produits liés de piètre qualité, l'acheteur a peut-être tout intérêt à n'acheter que des produits liés de qualité ». ⁷²

116. Le mot « inefficace » est toutefois lourd de sens, car Iacobucci semble supposer que si le vendeur du bien primaire est autorisé à lier ses produits complémentaires, il augmentera ses prix en raison d'un choix « efficace » de produits complémentaires de bonne qualité. Mais que se passera-t-il dans le cas contraire ? De fait, que se passera-t-il s'il porte le prix de ses produits complémentaires à un niveau monopolistique uniquement parce qu'il a la possibilité de les lier au bien primaire ?

117. En outre, Iacobucci soutient que cette justification imposée par les coûts diffère de la première susmentionnée, celle-ci dépendant de l'incapacité des acheteurs à déterminer si le faible rendement est dû au produit primaire ou au produit complémentaire. Néanmoins, si tel est le cas et si les clients peuvent déterminer que le faible rendement provient du produit complémentaire, pour éviter les coûts liés à l'utilisation de produits complémentaires de piètre qualité, le vendeur du produit primaire devra

⁷⁰ *IBM Corp/États-Unis*, 298 U.S. 131 (1936) ; cf. *Eastman Kodak Co./Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992) (affaire de vente liée de services après-vente dans laquelle il a été prouvé que certains clients avaient trouvé un service de prestataire indépendant de meilleure qualité que celui de Kodak).

⁷¹ Edward Iacobucci, « Tying as Quality Control: A Legal and Economic Analysis », 32 *Journal of Legal Studies* 435, 447-48 (2003).

⁷² Ibid. p. 448.

simplement conditionner sa garantie à l'utilisation de produits complémentaires conformes à ses propres spécifications. C'est là la même solution alternative à la vente liée relevée par la Cour suprême il y a 77 ans lorsqu'elle a tenu *IBM* pour responsable d'une vente liée.

118. Par ailleurs, si la justification liée à la « confusion de l'acheteur » fonctionne parfois, la distinction opérée par Iacobucci entre cette logique et la logique des « coûts imposés » prend parfois tout son sens. Cela a été le cas dans l'affaire *États-Unis contre Jerrold Electronics*, dans une décision confirmée par la Cour suprême.⁷³ Dans cette affaire, le tribunal a accepté l'argument de la confusion de l'acheteur en jugeant que la vente liée effectuée par la partie défenderesse se justifiait temporairement par le fait que les clients ne pouvaient pas établir si le faible rendement était dû au produit de Jerrold ou aux produits et services après-vente de piètre qualité de fournisseurs indépendants. Néanmoins, la justification liée aux coûts imposés aurait pu s'appliquer également, ce qui aurait sans aucun doute changé l'issue du procès.

119. Jerrold était une entreprise pionnière dans le développement et l'installation d'antennes de télévision au début des années 1950. Elle imposait aux acheteurs d'antennes d'acquérir des équipements complémentaires à sa marque et de signer des contrats d'entretien de cinq ans. Les autorités ont considéré que la pratique de vente liée de Jerrold était contraire à l'article premier du Sherman Act et à l'article 3 du Clayton Act.

120. S'appuyant sur son expérience dans la vente d'autres produits, Jerrold a soutenu que les fournisseurs de services indépendants avaient tendance à proposer des services de piètre qualité. Or, le secteur des antennes n'en était alors qu'à ses débuts et cette affirmation restait par conséquent à démontrer. En outre, les clients ne pouvaient pas savoir si les dysfonctionnements étaient dus aux antennes elles-mêmes ou à la mauvaise qualité des services d'installation et d'entretien ou des équipements complémentaires. La vente liée était par conséquent nécessaire pour protéger à la fois la réputation de Jerrold et le développement des marchés des antennes et de la télédiffusion. Dans cette affaire, le tribunal a fait droit à ces arguments, du moins pour les premières années d'existence du marché.

121. Iacobucci observe que la confusion de l'acheteur pourrait toutefois ne pas avoir été la seule justification valable dans cette affaire. La décision reste vague sur ce point, mais Jerrold pourrait avoir supporté une partie des coûts des services et des équipements complémentaires de piètre qualité. Le service de piètre qualité pourrait avoir déclenché les clauses de garantie associées à l'antenne, tandis que les équipements défectueux pourraient avoir activé les clauses de garanties ou les obligations qui s'imposent à Jerrold dans le cadre de son contrat d'entretien. On pourrait penser que ce problème d'équipements de piètre qualité aurait pu être résolu en conditionnant la garantie et les obligations de service de Jerrold à l'utilisation de produits indépendants conformes aux spécifications fixées par cette société. Or, il est parfois malaisé de décrire de manière détaillée dans un cahier des charges les caractéristiques d'un service tiers correct. Par conséquent, la justification des coûts imposés aurait pu prendre tout son sens dans cette affaire.

122. Cette distinction est importante car la confusion de l'acheteur et les coûts imposés constituent deux justifications aux durées de validité différentes. La logique de la confusion de l'acheteur perd progressivement de sa légitimité au fil du temps et à mesure que se renforce la réputation de Jerrold. En revanche, la logique des coûts imposés conserve toute sa validité (en ce qui concerne les services d'installation et d'entretien assurés par des tiers) au fil du temps, tant que Jerrold continue à assortir l'achat d'antennes de garanties.

⁷³ *États-Unis/Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960), décision rendue per curiam, 365 U.S. 567 (1961).

4.4 *Comment les entreprises intégrées verticalement minent la qualité des services proposés par les concurrents en aval*

123. Certains marchés, comme celui des services de télécommunications fixes, se caractérisent par la présence d'un opérateur historique dont dépendent les concurrents en aval pour accéder au réseau. Cette situation offre la possibilité à ces opérateurs historiques intégrés verticalement de nuire à leurs concurrents en aval en dégradant la qualité des services que ces concurrents peuvent proposer. Dès lors, il revient à un régulateur ou à une autorité de la concurrence de déterminer si la qualité a effectivement été dégradée ou non.

124. Par exemple, en décembre 2007, l'autorité polonaise de concurrence et de protection des consommateurs (l'UOKiK) a infligé une amende de 75 millions PLN à Telekomunikacja Polska (TPSA) pour avoir adopté un comportement discriminatoire à l'égard ses concurrents sur le marché des services d'accès à Internet. L'UOKiK a constaté que TPSA avait réduit la qualité de certains services de concurrents en aval et, dans certains cas, les avait privés de leur capacité à transférer les données.⁷⁴

125. La procédure a été déclenchée à la suite de nombreuses plaintes déposées en 2004 auprès de l'UOKiK par des opérateurs de télécommunications polonais. D'après ces derniers, TPSA cherchait à priver les utilisateurs finals de l'accès aux informations stockées sur les réseaux d'opérateurs ayant acquis des services d'accès au réseau auprès d'opérateurs étrangers et non auprès de TPSA.⁷⁵ Pour vérifier le bien-fondé de telles affirmations, l'UOKiK a procédé à des contrôles dans les locaux de l'opérateur historique qui ont confirmé que la pratique alléguée pouvait avoir eu lieu.

126. Le marché en cause a été défini comme celui de l'accès à Internet par les utilisateurs finals connectés aux réseaux de télécommunications publics. Pour fournir des services de détail sur le marché en cause, les opérateurs de télécommunications polonais avaient la possibilité de se procurer un accès directement auprès de TPSA ou indirectement par l'intermédiaire d'opérateurs étrangers qui avaient déjà conclu des accords d'accès avec TPSA, à savoir France Telecom ou Telia. L'autorité de concurrence polonaise a constaté que TPSA avait dégradé de façon sélective le trafic IP émanant des réseaux d'opérateurs polonais accédant à son réseau par le biais d'une liaison avec des opérateurs étrangers. Lorsqu'il détectait un tel trafic, le routeur de TPSA réduisait la qualité du trafic ou empêchait totalement la transmission de données.

127. La conclusion de contrats avec des opérateurs étrangers était très intéressante sur le plan commercial pour les opérateurs polonais, car les prix facturés par France Telecom et Telia étaient bien inférieurs à ceux de l'opérateur historique polonais. En principe, le service obtenu aurait dû être identique à celui offert par TPSA. Or, en raison du comportement discriminatoire de TPSA, pour offrir à leurs clients la qualité d'accès à Internet attendue, les opérateurs polonais ont été contraints de résilier leurs contrats avec les opérateurs étrangers et de contracter les mêmes services auprès de TPSA à des tarifs bien plus

⁷⁴ Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, décision n° DOK-98/07 (20 décembre 2007).

⁷⁵ Pour comprendre la nature de la pratique de TPSA, il faut tout d'abord comprendre l'architecture du réseau. L'internet fonctionne comme un maillage de nombreux réseaux de télécommunications interconnectés et gérés par différents opérateurs de réseau intervenant à différents niveaux. Au niveau inférieur se trouvent des réseaux de petite taille administrés par des fournisseurs d'accès internet (FAI) locaux. Pour fournir aux utilisateurs l'accès aux données contenues dans les réseaux d'autres régions, pays et continents, les réseaux locaux doivent être connectés à des réseaux de plus grande taille. Cet accès est assuré par des fournisseurs de services Internet dits « de niveau 2 », qui administrent les réseaux régionaux (tels que TPSA, France Telecom ou Telia). Enfin, les réseaux régionaux doivent se connecter les uns aux autres pour offrir un accès mondial.

élevés.⁷⁶ Par conséquent, les opérateurs polonais qui cherchaient à améliorer leur efficacité et à offrir à leurs clients la même qualité de service à des tarifs inférieurs en concluant des contrats avec France Telecom ou Telia n'ont pas été en mesure de rivaliser avec TPSA ou avec d'autres opérateurs polonais restés fidèles à TPSA.

128. Si la dégradation de la qualité de service est au cœur du comportement anticoncurrentiel identifié par l'UOKiK, la décision ne précise pas ce qu'on entend par qualité du trafic, ni comment celle-ci est mesurée. Il est possible que l'autorité se soit contentée de prouver l'existence d'une discrimination. À l'évidence, l'UOKiK avait besoin d'informations spécifiques, qu'elle a obtenues auprès d'un expert désigné. L'expert a été invité à déterminer si la configuration des routeurs de TPSA pouvait dégrader le trafic IP. Néanmoins, l'ampleur de cette dégradation n'est pas clairement connue, de même que le niveau minimal de dégradation réputé nécessaire par l'UOKiK pour constituer une infraction à la concurrence.

4.5 *La question de la qualité dans les enquêtes de marché*

129. Dans certains pays, les autorités de concurrence mènent parfois des enquêtes de marché au cours desquelles elles analysent les secteurs dont certaines caractéristiques peuvent entraver la concurrence. Ces enquêtes se concentrent habituellement sur des caractéristiques et des pratiques qui ont cours dans l'ensemble du secteur et non sur le comportement d'une entreprise en particulier. Parfois, la question de la qualité des produits ou des services sur un marché devient un élément essentiel de ces enquêtes.

130. La Commission de la concurrence du Royaume-Uni a mené une enquête de ce genre dans le secteur des épiceries de détail en 2006⁷⁷, après que l'Office of Fair Trading (OFT) a décidé de diligenter une enquête sur la vente de produits alimentaires par les détaillants.⁷⁸ La décision de l'OFT s'appuyait sur des indices selon lesquels même si les consommateurs avaient dans l'ensemble bénéficié ces dernières années de prix en baisse, d'un plus large choix de produits et de meilleurs services, il est possible qu'ils aient été lésés par d'autres évolutions du marché susceptibles d'avoir faussé la concurrence.

131. Aux fins d'apprécier l'incidence de ces évolutions du marché sur les consommateurs, l'OFT a analysé les prix, la qualité, l'offre et les services. L'Office a relevé des « indices démontrant que les consommateurs pourraient de plus en plus privilégier la qualité du produit à la seule concurrence par les prix », qui « semblent avoir bénéficié à certains acteurs de niche, notamment les magasins indépendants ».⁷⁹ L'OFT a également souligné que « certaines personnes ayant répondu à l'enquête estiment que l'OFT devrait tenir compte de questions plus vastes comme la qualité et l'intérêt sur le plan de la santé des produits alimentaires vendus dans les supermarchés ». L'OFT n'a pas cherché à mesurer ces éléments. De manière générale, tant que la concurrence offre aux consommateurs le choix entre différents types de produits alimentaires, l'OFT considère que les questions liées à la qualité nutritionnelle et sanitaire

⁷⁶ Le différentiel entre les prix pratiqués par TPSA et ceux pratiqués par France Telecom et Telia, jugé important par l'UOKiK, est inconnu, ce dernier appliquant aux informations tarifaires un traitement confidentiel. Prezes Urzędu Ochrony, supra, n. 74, points 168-178.

⁷⁷ Competition Commission (2008), « The supply of groceries in the UK market investigation », disponible à l'adresse suivante : http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2008/fulltext/538.pdf.

⁷⁸ OFT (2006), « The Grocery Market: The OFT's reasons for making a reference to the Competition Commission », OFT 845, disponible à l'adresse suivante : http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/oft845.pdf

⁷⁹ Ibid. p. 4.6.

des aliments ne relèvent pas de sa compétence d'autorité chargée de la concurrence.»⁸⁰ Une telle position souligne l'une des difficultés inhérentes à l'examen de la qualité dans les affaires touchant à des pratiques restrictives. Il est parfaitement possible qu'une analyse globale de la qualité obligerait l'autorité de concurrence à prendre en compte des problèmes qui n'ont rien à voir avec la concurrence. Faire la distinction entre les aspects qualitatifs qui relèvent de la concurrence et ceux qui n'en relèvent pas complique un peu plus la difficulté initiale que l'on associe à la subjectivité de la notion de qualité pour un produit/service donné.

132. Dans son rapport, la Commission de la concurrence observe qu'elle est tenue, en vertu de la loi sur l'entreprise, de prendre en compte le prix, la qualité, le choix et l'innovation. Elle explique ensuite que dans le commerce des produits alimentaires, le choix peut aussi bien désigner le choix d'une gamme de produits dans un magasin que le choix entre plusieurs points de vente.⁸¹ Aucune explication de ce type n'a été fournie en ce qui concerne la qualité. Toutefois, lorsqu'elle aborde sa méthode de définition du marché en cause, la Commission explique que dans le commerce de produits alimentaires, une substitution du côté de la demande peut avoir lieu à la suite d'une modification de prix ou de facteurs autres que le prix qui font l'objet d'une concurrence entre les magasins, comme la variété des produits, la qualité et le service. Tout en affirmant tenir compte à la fois des prix et d'autres facteurs dans son analyse de la substitution du côté de la demande et de l'offre, la Commission reconnaît que l'application d'un critère monopolistique hypothétique à des facteurs autres que le prix n'est pas chose aisée. En particulier, elle relève que « même si la modification de facteurs extérieurs aux prix met en évidence la substitution du côté de la demande et, partant, le niveau de concurrence entre les entreprises, il est plus difficile d'apprécier l'incidence d'une modification de facteurs non liés aux prix sur la rentabilité du fournisseur ».⁸²

133. La Commission a conclu que les épiceries se distinguaient par de nombreux facteurs. Plutôt que d'analyser les changements intervenus pour chaque aspect de la totalité de l'offre commerciale, elle a raisonnablement limité son examen aux modifications de prix, de gamme et de service.⁸³ Le rapport renvoie néanmoins à la qualité des produits (par exemple à leur fraîcheur), mais également à la qualité du service en magasin, sans fournir une grille systématique d'évaluation de la qualité. Dans son étude, Matsa, par exemple, indique que la qualité des produits de détail englobe la propreté du magasin, le temps d'attente en caisse, la courtoisie du personnel et la richesse de l'assortiment de produits.⁸⁴

4.6 *Restrictions verticales*

134. Les restrictions verticales, telles que les prix de revente imposés et l'attribution de territoires exclusifs, peuvent conduire à des hausses de prix inhabituelles, mais présentent également l'avantage

⁸⁰ Ibid. p. 4.8.

⁸¹ Commission de la concurrence, supra, n. 77, point 2.17.

⁸² Ibid. p. 48 n.2.

⁸³ Pour évaluer la mesure dans laquelle certains aspects de l'offre en magasin varient selon les marchés locaux, du fait des conditions de concurrence, la Commission a examiné deux études : l'une soumise par Tesco, l'autre par GfK, une société d'études de marché. L'étude présentée par GfK a mesuré les variations de 18 éléments individuels de l'offre au détail dans des magasins d'une superficie supérieure à 1 400 mètres carrés. La qualité, par exemple, a été appréciée en fonction du nombre d'articles abîmés (par exemple un emballage ouvert) ou ayant dépassé (ou étant proche de) la date de péremption. La Commission a toutefois émis des réserves sur le postulat des deux études, au motif que « de nombreux aspects de l'offre au détail spécifique à un magasin sont immatériels et sont dépourvus de critères de mesure identifiables permettant d'apprécier leur variation d'un magasin à un autre » (point 6.51.). Elle a également reconnu qu'« il est extrêmement difficile de mesurer correctement la qualité et le service » (p. 116, n°1.)

⁸⁴ Matsa, supra, n. 38.

d'améliorer la qualité pour le consommateur. Par conséquent, la seule hausse des prix ne rend pas toujours compte de la complexité de la situation. L'argument d'une amélioration de la qualité peut-il justifier des restrictions verticales?

135. Le Comité de la concurrence a déjà eu ce débat lors de tables rondes consacrées spécifiquement aux restrictions verticales. Il est donc inutile d'y revenir une fois de plus.⁸⁵ L'essentiel est que les considérations relatives à l'effet des restrictions verticales sur la qualité ont conduit à un assouplissement de la norme juridique applicable dans plusieurs pays de l'OCDE. En d'autres termes, elles ont permis, dans certains pays, d'évoluer d'une situation d'illégalité vers la règle de raison.

5. Conclusion

136. La présente note montre que si la qualité constitue une préoccupation majeure de la politique de concurrence, elle reste un concept difficile à cerner et à mesurer. Elle recouvre différentes notions selon les personnes et n'est pas toujours quantifiable, contrairement aux prix et aux coûts.

137. La théorie microéconomique n'aide guère les pouvoirs publics ou les juges à comprendre comment les variations de niveau de concurrence sur un marché peuvent affecter la qualité. À l'exception des marchés aux prix réglementés et aux multiples acteurs, on ne saurait prédire en toute confiance quelle sera l'évolution de la qualité en cas d'affaiblissement ou d'intensification de la concurrence. Par conséquent, pour comprendre l'effet de la concurrence par la qualité, il est généralement nécessaire de recourir à des études empiriques conçues pour chaque marché.

138. Les études empiriques que nous avons examinées corroborent les principales conclusions tirées de la partie théorique. Autrement dit, il ressort de ces études que la concurrence améliore la qualité sur les marchés dont les prix sont réglementés, tout en produisant des résultats contradictoires en ce qui concerne l'effet de la concurrence par la qualité au sein de marchés dont les prix ne sont pas réglementés.

139. Trouver des décisions d'autorités de la concurrence et de justice qui accordent à la question de la qualité un rôle prédominant n'a pas été chose facile. Cela reflète probablement la difficulté à définir et à mesurer une variable aussi multidimensionnelle et subjective. Cela signifie peut-être également que les pouvoirs publics et les tribunaux estiment suffisant de privilégier, dans la quasi-totalité des cas, les effets sur les prix. Pour les rares décisions qui examinent la qualité de manière approfondie, nous avons pu mettre en évidence un traitement qualitatif et non quantitatif. Pour autant, il ne faudrait pas en déduire que la qualité est moins importante que les prix et les coûts. De fait, de nombreuses décisions qui s'intéressent aux effets sur les prix ne contiennent pas non plus d'analyse quantitative. Et comme l'a observé le tribunal antitrust d'Israël dans *Adanim Mortgage*, une baisse de la qualité peut être tout aussi préjudiciable au bien-être des consommateurs qu'une hausse des prix.

140. Pour mettre davantage l'accent sur la qualité, les autorités de la concurrence doivent être prêtes à mener un travail empirique spécifique aux marchés. Les théories sur la concurrence et la qualité ne suffiront pas à donner une vision complète des effets de la qualité sur la plupart des marchés. Si elles sont toutefois prêtes à mener ce travail empirique, lesdites autorités découvriront peut-être que l'analyse des effets concurrentiels sur la qualité est une solution intéressante lorsque l'analyse des effets sur les prix n'est pas pertinente ou peu concluante.

⁸⁵ Voir OCDE, Restrictions verticales en matière de vente en ligne (à paraître 2013) (sera disponible à l'adresse suivante : www.oecd.org/daf/competition/roundtables.htm) ; OCDE, Resale Price Maintenance (2008), disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>.