



POLICY ROUNDTABLES

Resale Below Cost 2005

Introduction

The OECD Competition Committee debated resale below cost laws and regulations in October 2005. This document includes an executive summary and the documents from the meeting: an analytical note by Mr. John Hilke for the OECD, written submissions from Germany, Hungary, Ireland, Israel, Japan, the Netherlands, Switzerland, Turkey, the United States, BIAC, and Consumers International, as well as an aide-memoire of the discussion.

Overview

Resale-below-cost (RBC) laws that serve to protect high-price, low-volume retailers from low price, high-volume retailers, are a battleground between contrasting visions of competition policy. The claimed benefits of RBC laws for consumers appear to be: i) already provided by other laws, ii) economically dubious, and iii) empirically unsupported. RBC laws do not prevent declines in the market share of high price, low volume retailers. Nations without RBC laws continue to have a variety of retailers including small, localized retailers.

Concerns about the costs of RBC laws for consumers appear to be economically sound and empirically supported. First and foremost, RBC laws are likely to result in consumers paying higher prices. RBC laws can arbitrarily increase costs of low-price, high-volume retailers. They are also likely to discourage price competition by undermining consumer incentives to search for bargain prices. When consumers actively search for bargains, competition generally increases because demand is more sensitive to price changes.

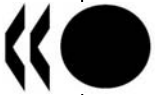
RBC laws are associated with slower economic growth and higher unemployment. They can create excessive incentives for firms to vertically integrate. RBC laws are difficult to enforce effectively and equitably. This can lead to high administrative costs and regulatory risk. Given the weak evidence on benefits and the strong evidence on costs to consumers of RBC laws, nations have ample justification to reexamine these laws through a sunset review process.

Related Topics

Predatory Foreclosure (2005)
Predatory Pricing (1999)
Resale Price Maintenance (1997)

Unclassified

DAF/COMP(2005)43



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

23-Feb-2006

English/French

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

Cancels & replaces the same document of 01 February 2006

RESALE BELOW COST LAWS AND REGULATIONS

JT03204340

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

**DAF/COMP(2005)43
Unclassified**

English/French

FOREWORD

This document comprises proceedings in the original languages of a Roundtable on Resale Below Cost Laws and Regulations which was held by the Competition Committee in October 2005.

It is published under the responsibility of the Secretary General of the OECD to bring information on this topic to the attention of a wider audience.

This compilation is one of a series of publications entitled "Competition Policy Roundtables".

PRÉFACE

Ce document rassemble la documentation dans la langue d'origine dans laquelle elle a été soumise, relative à une table ronde sur les lois et les réglementations concernant les ventes à perte, qui s'est tenue en octobre 2005 dans le cadre du Comité de la Concurrence.

Il est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE, afin de porter à la connaissance d'un large public les éléments d'information qui ont été réunis à cette occasion.

Cette compilation fait partie de la série intitulée "les tables rondes sur la politique de la concurrence".

OTHER TITLES**SERIES ROUNDTABLES ON COMPETITION POLICY**

1.	Competition Policy and Environment	OCDE/GD(96)22
2.	Failing Firm Defence	OCDE/GD(96)23
3.	Competition Policy and Film Distribution	OCDE/GD(96)60
4.	Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements	OCDE/GD(96)65
5.	The Essential Facilities Concept	OCDE/GD(96)113
6.	Competition in Telecommunications	OCDE/GD(96)114
7.	The Reform of International Satellite Organisations	OCDE/GD(96)123
8.	Abuse of Dominance and Monopolisation	OCDE/GD(96)131
9.	Application of Competition Policy to High Tech Markets	OCDE/GD(97)44
10.	General Cartel Bans: Criteria for Exemption for Small and Medium-sized Enterprises	OCDE/GD(97)53
11.	Competition Issues related to Sports	OCDE/GD(97)128
12.	Application of Competition Policy to the Electricity Sector	OCDE/GD(97)132
13.	Judicial Enforcement of Competition Law	OCDE/GD(97)200
14.	Resale Price Maintenance	OCDE/GD(97)229
15.	Railways: Structure, Regulation and Competition Policy	DAFFE/CLP(98)1
16.	Competition Policy and International Airport Services	DAFFE/CLP(98)3
17.	Enhancing the Role of Competition in the Regulation of Banks	DAFFE/CLP(98)16
18.	Competition Policy and Intellectual Property Rights	DAFFE/CLP(98)18
19.	Competition and Related Regulation Issues in the Insurance Industry	DAFFE/CLP(98)20
20.	Competition Policy and Procurement Markets	DAFFE/CLP(99)3
21.	Regulation and Competition Issues in Broadcasting in the light of Convergence	DAFFE/CLP(99)1

22.	Relationship between Regulators and Competition Authorities	DAFFE/CLP(99)8
23.	Buying Power of Multiproduct Retailers	DAFFE/CLP(99)21
24.	Promoting Competition in Postal Services	DAFFE/CLP(99)22
25.	Oligopoly	DAFFE/CLP(99)25
26.	Airline Mergers and Alliances	DAFFE/CLP(2000)1
27.	Competition in Professional Services	DAFFE/CLP(2000)2
28.	Competition in Local Services	DAFFE/CLP(2000)13
29.	Mergers in Financial Services	DAFFE/CLP(2000)17
30.	Promoting Competition in the Natural Gas Industry	DAFFE/CLP(2000)18
31.	Competition Issues in Electronic Commerce	DAFFE/CLP(2000)32
32.	Competition and Regulation Issues in the Pharmaceutical Industry	DAFFE/CLP(2000)29
33.	Competition Issues in Joint Ventures	DAFFE/CLP(2000)33
34.	Competition Issues in Road Transport	DAFFE/CLP(2001)10
35.	Price Transparency	DAFFE/CLP(2001)22
36.	Competition Policy in Subsidies and State Aid	DAFFE/CLP(2001)24
37.	Portfolio Effects in Conglomerate Mergers	DAFFE/COMP(2002)5
38.	Competition and Regulation Issues in Telecommunications	DAFFE/COMP(2002)6
39.	Merger Review in Emerging High Innovation Markets	DAFFE/COMP(2002)20
40.	Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates	DAFFE/COMP(2002)21
41.	Communication by Competition Authorities	DAFFE/COMP(2003)4
42.	Substantive Criteria used for the Assessment of Mergers	DAFFE/COMP(2003)5
43.	Competition Issues in the Electricity Sector	DAFFE/COMP(2003)14
44.	Media Mergers	DAFFE/COMP(2003)16
45.	Non Commercial Services Obligations and Liberalisation	DAFFE/COMP(2004)19
46.	Competition and Regulation in the Water Sector	DAFFE/COMP(2004)20
47.	Regulating Market Activities by Public Sector	DAFFE/COMP(2004)36

48.	Merger Remedies	DAF/COMP(2004)21
49.	Cartels: Sanctions against Individuals	DAF/COMP(2004)39
50.	Intellectual Property Rights	DAF/COMP(2004)24
51.	Predatory Foreclosure	DAF/COMP(2005)14
52.	Competition and Regulation in Agriculture: Monopsony Buying and Joint Selling	DAF/COMP(2005)44
53.	Enhancing Beneficial Competition in the Health Professions	DAF/COMP(2005)45
54.	Evaluation of the Actions and Resources of Competition Authorities	DAF/COMP(2005)30
55.	Structural Reform in the Rail Industry	DAF/COMP(2005)46
56.	Competition on the Merits	DAF/COMP(2005)27

TABLE OF CONTENTS

EXECUTIVE SUMMARY	9
SYNTHÈSE.....	13
BACKGROUND NOTE.....	19
NOTE DE RÉFÉRENCE.....	59
NATIONAL CONTRIBUTIONS	
France	105
Germany	117
Hungary	123
Ireland.....	127
Japan.....	151
Netherlands.....	155
Switzerland.....	161
Turkey	165
United States.....	171
Israel	183
OTHER	
BIAC	187
Consumers International.....	193
SUMMARY OF THE DISCUSSION	197
COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION	213

EXECUTIVE SUMMARY

by the Secretariat

1. Considering the discussion at the roundtable, the delegates' submissions and the background paper, several key points emerge.

- (1) *Resale-below-cost (RBC) laws that serve to protect high-price, low-volume retailers from low-price, high-volume retailers, are a battle ground between contrasting visions of competition policy.*

Competition authorities and economists generally agree that improving consumer welfare should be the main objective of competition policy. But competition authorities and public policy makers around the world face pressures to protect competitors rather than competition. Protecting competitors is likely to benefit selected suppliers at the expense of consumers and impede innovation, efficiency, and employment gains. RBC laws are often promoted explicitly to protect low volume, high price suppliers, notably small retailers. Protecting competitors is generally inconsistent with protecting consumers because protecting competitors limits competition and is likely to increase prices.

RBC laws are a topic for ongoing debate in most countries. Although two national competition authorities support such laws, most do not. Authorities which oppose RBC laws report mixed success in discouraging their enactment. Ireland is an example of a nation whose competition authority is strongly advocating an end to prohibitions on RBC sales (under the present Groceries Order). Even where RBC laws have been revoked or turned down at the national level, provincial or state governments have often enacted RBC laws. Sometimes these sub-national statutes or regulations apply only to one specific industry or are interpreted fairly liberally, however, the potential for intrusive RBC laws remains.

- (2) *The claimed benefits of RBC laws for consumers appear to be (1) already provided by other laws, (2) economically dubious, and (3) empirically unsupported.*

An analysis of the costs and benefits of RBC laws for consumers starts with the basic proposition that consumers benefit from lower prices unless the lower prices cause higher prices later, deceive consumers or prevent suppliers from offering complimentary services that benefit consumers more than the lower prices. In many markets, none of these exceptions appear to apply. Predatory foreclosure laws more accurately identify low prices that can reduce competition and allow a predator to recoup its losses after lessening competition. (RBC laws do not separate out low prices that are likely to harm competition from low prices that benefit consumers.) Consumer deception laws deal with misleading marketing practices involving loss leader pricing. For new or complex products, manufacturers can develop methods to compensate retailers for providing services, provide the information directly to consumers or induce customers to pay for such services. Consumers may not want additional services for familiar products.

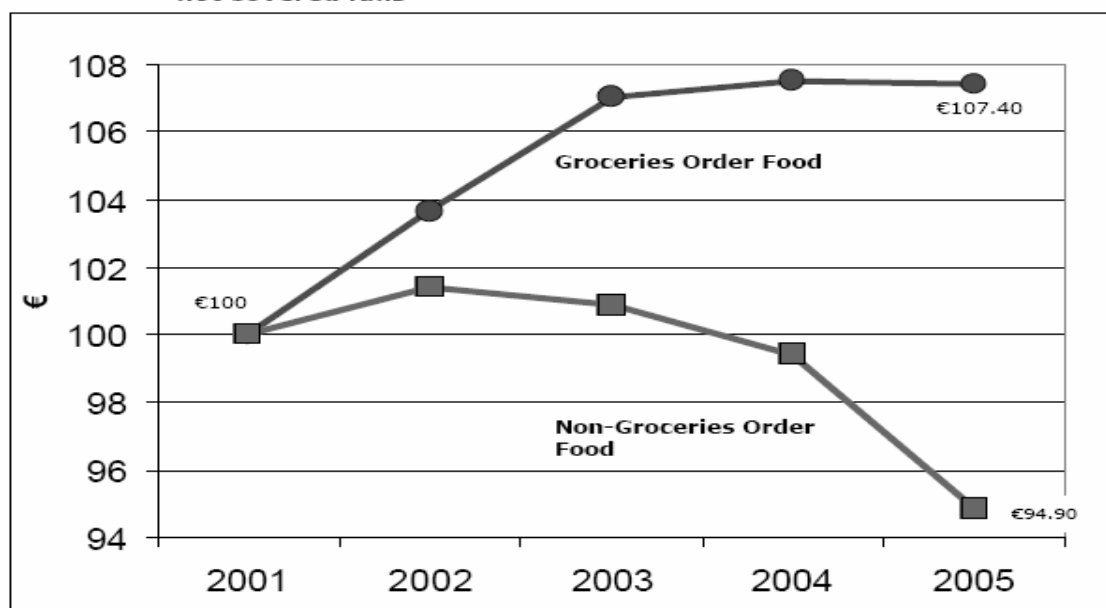
- (3) *RBC laws do not prevent declines in the market share of high price, low volume retailers. Nations without RBC laws continue to have a variety of retailers including small, localized retailers.*

A claimed benefit of RBC laws is preservation of small local retailers that some consumers may prefer because they are conveniently located and often provide personalized service. Studies of the retail sector indicate that the presence of RBC laws does not prevent a shift in retailing towards high-volume, low-price retailers and that areas without RBC laws continue to have a variety of retail outlets. Even though large retailers are generally growing relative to small retail, small outlets do not appear to be in any danger of disappearing and entry of new small outlets can take place where consumers are particularly interested in this type of outlet. If the policy objective of RBC laws is to preserve small retailers in specific locations, there are likely to be more effective, better targeted and less costly approaches than RBC laws. Further, some survey evidence suggests that small stores are just as likely as large stores to find it advantageous to offer RBC prices as a marketing tool in order to generate store traffic.

- (4) *The concerns about the costs of RBC laws for consumers appear to be economically sound and empirically supported. First and foremost, RBC laws are likely to result in consumers paying higher prices.*

The Irish Competition Authority examined pricing trends under the Groceries Order, Ireland's RBC law. The Authority found the prices for grocery store items covered under the Order have been increasing, while prices for grocery store items not covered by the Order have been decreasing. The graph created by the Irish Competition Authority is reproduced below. On average, Irish families are paying 500 Euros more per year for covered items because of the Order. Further, the burden is disproportionately high for low-income families because covered items are a higher proportion of their total expenditures.

Figure 2: Food covered by Groceries Order rises in price while food not covered falls



Source: Retail food prices June 2001-June 2005 – from CSO data

Collaborative evidence about the effects of low-price, high-volume retailers on retail prices in general comes from the experiences on Guam and Hawaii when this type of retailer first entered these geographically isolated areas. Both areas experienced general and sustained retail price declines of approximately 15%.

(5) *RBC laws can arbitrarily increase costs of low-price, high-volume retailers.*

The loss leader sales that RBC laws prevent are a common form of marketing in countries that do not have RBC laws. There are numerous legitimate business justifications for loss leader sales. Many of these concern conveying information to consumers about products or retailers by encouraging consumer to try an unfamiliar product or visit an unfamiliar retailer. Another potentially important beneficial effect of loss leader sales is to compensate customers for their switching costs. Loss leader sales can also speed learning curve effects for a manufacturer (leading to lower production costs). In short, loss leader sales can be one of the most cost effective marketing tools available to low-price, high-volume retailers. When RBC laws prevent loss leader sales, they force such retailers to adopt higher cost marketing techniques, thus reducing incentives to enter. When high-price, low-volume retailers successfully advocate enactment and enforcement of RBC laws, they effectively raise their rivals' costs. Customers of the low-price, high-volume retailers will, as a result, pay higher prices because these retailers face higher costs and there are fewer such outlets available to serve consumers who prefer this retailing approach.

It is interesting to note that RBC laws are applied against loss leader pricing of individual products within the much broader cluster of products that retailers typically offer. However, when competition authorities analyze mergers in the retail sector, they generally apply some type of cluster market analysis that seldom deals with the pricing of individual products.

(6) *RBC laws are likely to discourage price competition by undermining consumer incentives to search for bargain prices. When consumers actively search for bargains, competition generally increases because demand is more sensitive to price changes.*

A key element in competition is the degree to which consumers search for lower prices and switch to retailers that offer lower prices. Consumers generally undertake search activity to the extent that it is worthwhile to do so. Search activity is rewarding when there is more price dispersion because when prices differ substantially between retailers, the expected benefit (finding a lower price) of searching is greater. One of the effects of RBC laws is to cut off the lower part of the distribution of prices—no more loss leader prices. Consequently, imposition of RBC laws is likely to cause consumers to curtail their search activity. This in turn will make it easier for retailers with high prices to obtain sales and it may allow retailers to profitably raise prices above the competitive level because consumers have become less likely to switch to other retailers in the face of higher prices. In addition, legal restrictions on low prices may make it easier for sellers to monitor compliance with a collusive price agreement because the government enforces restrictions against unusually low prices. Similarly, lack of loss leader sales can result in less pressure on manufacturers to offer discounts because retailers face fewer extremely low prices that prompt them to seek price concessions from suppliers.

(7) *RBC laws are associated with slower economic growth and higher unemployment.*

Numerous OECD studies have found that high levels of regulation, including RBC laws, are statistically associated with slower economic growth and higher unemployment. By curtailing a

potentially effective and important marketing tool for new types of retailers, RBC laws are part of the cluster of retailing regulations associated with slower growth in both sales and employment. To the degree that lower skill workers commonly enter the workforce through retailing jobs, the effects of slower growth in the retail sector may fall disproportionately on lower skilled workers.

- (8) *RBC laws can create excessive incentives for firms to vertically integrate.*

RBC laws also can cause economic inefficiencies by distorting incentives for firms to vertically integrate. A firm that finds that loss-leader pricing is its most cost-effective marketing strategy in a country with RBC laws may have incentives to excessively vertically integrate in order to legally offer prices that would have violated RBC laws if the firm was not vertically integrated. RBC laws may not apply to vertically integrated firms (they are not resellers) or the standards applied may be less restrictive or violations may be more difficult to detect and document.

- (9) *RBC laws are difficult to enforce effectively and equitably. This can lead to high administrative costs and regulatory risk.*

RBC laws present significant administrative challenges. One difficulty is distinguishing transaction prices from invoice prices or invoice prices adjusted for selected discounts and allowances. France has been working to move its definition of price closer to the transaction price following a period of relying on the invoice price that resulted in pricing distortions. France has also observed that RBC laws may be used as a close substitute for retail price maintenance (RPM), a practice that French law generally forbids.

- (10) *Given the weak evidence on benefits and the strong evidence on costs to consumers of RBC laws, nations have ample justification to reexamine these laws through a sunset review process.*

In nations that already have laws against predatory foreclosure and consumer deception, the costs to consumers of RBC laws are likely to exceed the benefits. In addition to direct costs to consumers from higher prices, RBC laws are likely to increase the costs of low price, high volume retailers, discourage customer search behavior, distort investment decisions and impede dynamic economic growth in the retail sector and wherever else RBC laws are in force. An objective sunset review can be used to confirm that these general, negative relationships between consumer welfare and RBC laws hold true in a particular country.

SYNTHÈSE

par le Secrétariat

La prise en considération de la discussion lors de la table ronde, des communications des délégations et du document de référence fait ressortir un certain nombre de points essentiels.

- (1) *Les lois sur la revente à perte (RAP) servant à protéger les détaillants qui pratiquent des prix élevés et de faibles volumes contre les détaillants qui pratiquent des prix bas et de gros volumes sont un champ de bataille sur lequel s'affrontent des visions contrastées de la politique de la concurrence.*

Les autorités en charge de la concurrence et les économistes sont en général d'accord pour considérer que le principal objectif de la politique de la concurrence devrait être l'amélioration du bien-être du consommateur. Mais partout dans le monde les autorités chargées de la concurrence et les décideurs publics se heurtent à des pressions qui tendent à protéger les concurrents plutôt que la concurrence. Protéger les concurrents aura vraisemblablement pour effet d'avantager certains fournisseurs aux dépens des consommateurs et d'entraver l'innovation, l'efficacité, et les progrès de l'emploi. La promotion de lois sur la RAP a souvent pour objet explicite de protéger les fournisseurs pratiquant des volumes faibles et des prix élevés, notamment chez les petits détaillants. Protéger les concurrents est en général incompatible avec la protection des consommateurs parce que le fait de protéger les concurrents limite la concurrence et provoque vraisemblablement une hausse des prix.

Les lois sur la RAP sont un thème de débat permanent dans la plupart des pays. Bien que deux autorités nationales de la concurrence appuient une telle législation, ce n'est pas le cas de la plupart d'entre elles. Les autorités qui s'opposent aux lois sur la RAP signalent qu'elles n'ont que partiellement réussi à décourager leur mise en oeuvre. L'Irlande est l'exemple d'une nation dont l'autorité en charge de la concurrence plaide avec force pour que l'on mette fin aux interdictions concernant les RAP (au titre de l'actuel Groceries Order). Même là où de telles lois ont été abolies ou rejetées au niveau national, les collectivités publiques au niveau des provinces ou des états ont adopté des lois sur la RAP. Ces lois ou règlements infranationaux ne s'appliquent quelquefois qu'à une branche particulière ou sont interprétées de façon assez libérale, mais la possibilité de lois sur la RAP à caractère intrusif n'en demeure pas moins.

- (2) *Il apparaît que les avantages pour les consommateurs dont on crédite les lois sur la RAP sont (1) déjà procurés par d'autres lois, (2) économiquement douteux et (3) empiriquement non vérifiés*

Une analyse des coûts et des avantages des lois sur la RAP pour les consommateurs part de la proposition de base selon laquelle les consommateurs ont avantage à des prix plus bas, à moins que les prix plus bas n'entraînent ultérieurement des prix plus élevés, ne trompent les consommateurs ou n'empêchent les fournisseurs d'offrir des services gratuits plus avantageux pour les consommateurs que le niveau plus bas des prix. Sur de nombreux marchés, aucune de ces exceptions ne paraît s'appliquer. Les lois sur les prix d'éviction prédateurs font preuve de plus de précision en identifiant les prix bas qui peuvent réduire la concurrence et permettre à un prédateur de rattraper ses pertes en diminuant la concurrence (les lois sur la RAP ne font pas la distinction entre les prix bas qui risquent de nuire à la concurrence et les prix bas qui bénéficient

aux consommateurs.) Les lois sur la tromperie des consommateurs traitent des pratiques de marketing qui abusent le client en pratiquant des prix de vente à perte. Pour les produits nouveaux ou complexes, les fabricants peuvent soit mettre au point des méthodes permettant de dédommager les détaillants des services qu'ils offrent, soit fournir directement l'information aux consommateurs, soit inciter les clients à payer pour obtenir de tels services. Les consommateurs peuvent en revanche ne pas désirer se voir offrir des services supplémentaires pour des produits qui leur sont familiers.

- (3) *Les lois sur la RAP n'empêchent pas la baisse de la part de marché des détaillants combinant prix élevés et faible volume. Les nations dépourvues de lois sur la RAP continuent d'avoir une variété de détaillants, et notamment des commerces de proximité.*

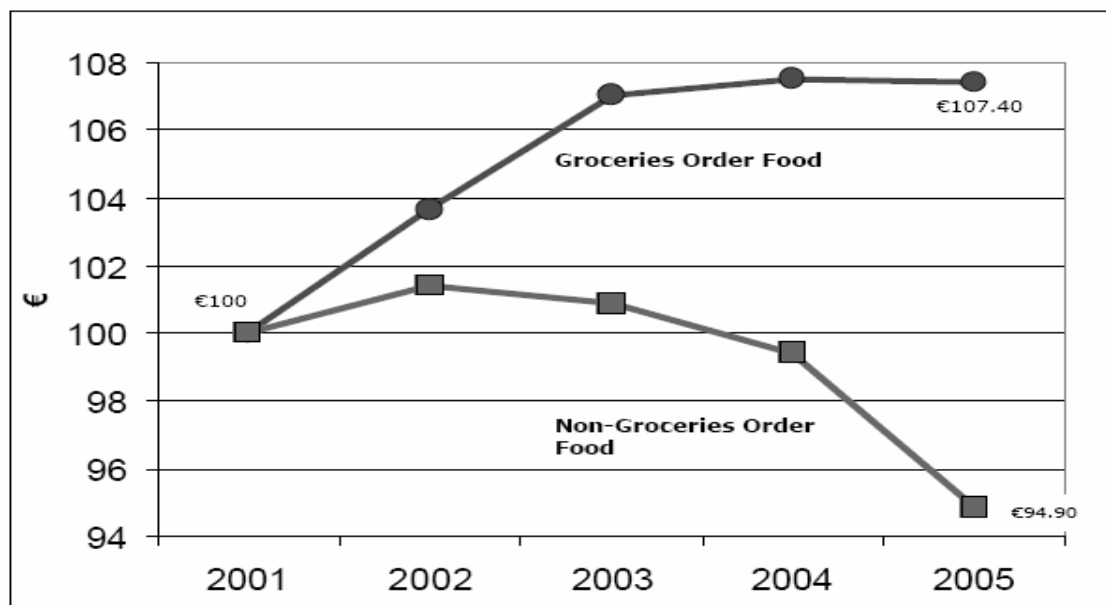
Un avantage mis au crédit des lois sur la RAP est la préservation de petits détaillants locaux que certains consommateurs peuvent préférer parce qu'ils sont commodément situés et fournissent souvent des services personnalisés. Des études relatives au commerce de détail indiquent que la présence de lois sur la RAP n'empêche pas le commerce de détail d'évoluer vers des établissements pratiquant des volumes élevés et des prix bas, et que les zones dépourvues de lois sur la RAP continuent d'avoir des commerces de détail variés. Même si la grande distribution progresse en général par rapport au petit commerce, il ne paraît pas qu'il y ait un danger de voir disparaître les petits magasins, et on peut voir apparaître de nouveaux petits commerces là où les consommateurs sont particulièrement intéressés par ce type de magasin. Si l'objectif visé par les lois sur la RAP est de préserver des petits détaillants sur des emplacements spécifiques, il y a vraisemblablement des approches plus efficaces, mieux ciblées et moins coûteuses que des lois sur la RAP. Qui plus est, certaines enquêtes laissent penser que les petits magasins sont tout aussi susceptibles que les grands magasins de trouver avantageux de vendre perte comme outil de marketing pour générer du chiffre d'affaires.

- (4) *Les préoccupations concernant les coûts des lois sur la RAP pour les consommateurs semblent être économiquement fondées et empiriquement étayées. Et surtout, les lois sur la RAP ont vraisemblablement pour effet de faire payer aux consommateurs des prix plus élevés.*

L'Autorité responsable de la concurrence en Irlande a examiné l'évolution des prix sous le régime du Groceries Order, la loi irlandaise sur les RAP. Elle a constaté que les prix des denrées alimentaires couvertes par la dite loi avaient augmenté, tandis que ceux des produits qui n'étaient pas couverts par elle avaient baissé. Le graphique construit par l'Irish Competition Authority est reproduit ci-dessous. En moyenne les familles payent 500 Euros de plus par an pour les produits couverts du fait de cette loi. En outre le surcoût pèse plus que proportionnellement sur les familles à bas revenus parce que les produits couverts par la loi représentent une part plus grande de leurs dépenses totales.

Figure 2. Les prix des produits alimentaires couverts par le Groceries Order augmentent alors que ceux des produits non couverts baissent

Figure 2: Food covered by Groceries Order rises in price while food not covered falls



Source: Retail food prices June 2001-June 2005 – from CSO data

Légende :

Produits couverts par la loi

non couverts par la loi

Source : Prix de détail des produits alimentaires de juin 2001 à juin 2005, données du CSO

On dispose de preuves convergentes sur les effets du petit commerce combinant bas prix et gros volumes sur le niveau général des prix de détail grâce à ce qui s'est passé sur les îles de Guam et d'Hawaï lorsque ce type de commerce de détail a pénétré pour la première fois dans ces zones géographiquement isolées. Dans les deux cas on a constaté des baisses générales et persistantes des prix de détail de l'ordre de 15%.

- (5) *Les lois sur la RAP peuvent accroître arbitrairement les coûts des détaillants qui pratiquent des prix bas et des volumes élevés.*

Les ventes à perte qu'empêchent les lois sur la RAP sont une forme courante de marketing dans les pays dépourvus de telles lois. Il y a bien des raisons commerciales valables de vendre à perte. Dans de nombreux cas elles concernent la transmission d'informations aux consommateurs sur des produits ou des commerçants en encourageant le consommateur à essayer un produit qui ne lui est pas familier ou à visiter un détaillant où il n'a pas l'habitude d'aller. Un autre effet bénéfique potentiellement important des ventes à perte est de compenser les clients pour ce que leur coûte le fait de changer leurs habitudes. Les ventes à perte peuvent aussi accélérer l'impact des courbes d'apprentissage pour un industriel (d'où un abaissement des coûts de production). Bref les ventes à perte peuvent être l'un des outils de marketing les plus efficaces dont disposent les détaillants vendant de grosses quantités à prix bas. Lorsque les lois sur la RAP empêchent de pratiquer les ventes à perte, elles obligent ces détaillants à adopter des techniques de marketing

plus coûteuses, ce qui diminue les incitations à l'entrée. Lorsque des commerçants vendant de faibles quantités à prix élevés réussissent à faire adopter et à faire appliquer des lois sur la RAP, ils augmentent bel et bien les coûts de leurs rivaux. Les clients des commerçants qui, eux, vendent en grosses quantités à bas prix paient en conséquence des prix plus élevés parce que les commerçants en question voient leurs coûts augmenter et parce qu'il y a moins de magasins disponibles pour servir les consommateurs préférant ce type de commerce de détail.

Il est intéressant de noter que les lois sur la RAP sont appliquées à l'encontre d'un certain nombre de produits au sein de l'assortiment beaucoup plus large de produits habituellement offerts par les détaillants. Pourtant, lorsque les services de la concurrence analysent les fusions dans le secteur du commerce de détail, ils appliquent en général un type d'analyse de marchés [[de référence]] qui ne descend que rarement au niveau de la fixation du prix de tel ou tel produit.

- (6) *Les lois sur la RAP découragent probablement la concurrence par les prix en diminuant l'incitation qu'ont les consommateurs à rechercher des prix avantageux. Quand les consommateurs sont activement en quête de bonnes affaires, il y a généralement une intensification de la concurrence parce que la demande est plus sensible aux variations de prix.*

Un élément essentiel de la concurrence réside dans la vigueur avec laquelle les consommateurs recherchent des prix plus bas et se tournent vers les détaillants qui offrent de tels prix. En général les consommateurs se lancent dans cette recherche dans la mesure où elle en vaut la peine. L'activité de recherche est fructueuse lorsqu'il y a davantage de dispersion des prix parce que lorsqu'il y a des différences de prix substantielles entre détaillants, l'avantage que l'on attend de la recherche (trouver un prix plus bas) est plus important. L'un des effets des lois sur la RAP est d'amputer la distribution des prix de sa partie inférieure – il n'y a plus de ventes à perte... En conséquence, le fait d'imposer des lois sur la RAP va vraisemblablement amener les consommateurs à diminuer leur activité de recherche. Il sera du même coup plus facile aux détaillants pratiquant des prix élevés de réaliser des ventes, et cela peut permettre aux détaillants de majorer leurs prix au dessus du niveau permis par la concurrence parce que face à des prix en hausse il y a moins de chance que les consommateurs se tournent vers d'autres commerçants. En outre, avec les entraves à la baisse des prix que crée la loi, il est plus facile aux vendeurs de surveiller le respect d'une entente sur les prix parce que l'administration impose des limitations aux prix anormalement bas. De même, l'absence de prix correspondant à des ventes à perte peut aboutir à ce qu'il y a moins de pressions exercées sur les fabricants pour qu'ils offrent des rabais, du fait que les détaillants se trouvent moins confrontés à des prix extrêmement bas qui les pousseraient à rechercher auprès de leurs fournisseurs des concessions en matière de prix.

- (7) *Les lois sur la RAP vont de pair avec une croissance économique plus lente et un chômage plus élevé.*

De nombreuses études de l'OCDE ont constaté que des niveaux élevés de réglementation, notamment en matière de lois sur la RAP, sont statistiquement associés à une croissance économique plus lente et à un chômage plus élevé. En portant atteinte à un outil de marketing important et potentiellement efficace à la disposition de nouvelles catégories de détaillants, les lois sur la RAP font partie d'une série de réglementations du commerce de détail allant de pair avec une croissance plus lente des ventes aussi bien que de l'emploi. Dans la mesure où les travailleurs faiblement qualifiés accèdent habituellement au marché du travail par le biais d'un emploi dans le commerce de détail, les effets d'une croissance plus lente dans ce secteur peuvent affecter de manière disproportionnée les travailleurs à faible qualification.

- (8) *Les lois sur la RAP peuvent créer des incitations excessives à l'intégration verticale des firmes.*

Les lois sur la RAP peuvent également créer des pertes d'efficacité économique en faussant les incitations à l'intégration verticale des firmes. Une firme qui constate que le recours à la vente à perte est sa stratégie la plus efficace dans un pays où il existe des lois sur la RAP peut être incitée à pratiquer une intégration verticale excessive afin d'offrir en toute légalité des prix qui auraient violé les lois sur la RAP si la firme n'était pas verticalement intégrée. Les lois sur la RAP ne peuvent pas s'appliquer aux firmes verticalement intégrées (elles ne sont pas des revendeurs), ou les normes utilisées peuvent être moins strictes, ou les violations peuvent être plus difficiles à déceler et à prouver.

- (9) *Les lois sur la RAP sont difficiles à faire appliquer de façon efficace et équitable. Cela peut entraîner des coûts administratifs et des risques dans la réglementation importants.*

Les lois sur la RAP soulèvent de sérieuses difficultés administratives. Il est par exemple difficile de distinguer les prix de la transaction des prix facturés, ou des prix facturés corrigés de divers rabais et versements. La France s'est efforcée de rapprocher sa définition du prix de celle de prix de la transaction après une période où on se référait au prix facturé, ce qui donnait lieu à des distorsions dans la fixation des prix. La France a aussi fait observer que les lois sur la RAP peuvent être utilisées comme un proche substitut du prix imposé, une pratique généralement interdite par la loi française.

- (10) *Etant donné qu'en matière de lois sur la RAP, on n'a que de faibles preuves de l'existence de leurs avantages alors qu'il existe des preuves solides de leurs coûts pour les consommateurs, les nations ont d'excellentes raisons de réexaminer ces lois par le biais d'une procédure d'expiration éventuelle.*

Dans les nations qui disposent déjà de lois contre les prix d'éviction prédateurs et la tromperie des consommateurs, les coûts des lois sur la RAP pour les consommateurs sont susceptibles d'excéder les avantages. Outre les coûts directs pour les consommateurs tenant à des prix plus élevés, les lois sur la RAP risquent de majorer les coûts des détaillants vendant de grosses quantités à des prix bas, de décourager le comportement exploratoire des clients, de fausser les décisions d'investissement et de nuire à une croissance économique dynamique dans le commerce de détail et dans tous les autres lieux où des lois sur la RAP sont en vigueur. On peut faire appel à une procédure objective d'expiration éventuelle pour confirmer si ces relations généralement négatives entre bien-être et lois sur la RAP restent valables dans tel pays particulier.

BACKGROUND NOTE

*by the Secretariat**

1. Introduction and Summary

Resale-below-cost (RBC) laws are one of three major types of regulatory restrictions on resale prices. The other two types are predatory foreclosure laws and mandatory minimum resale price maintenance (RPM) laws.¹ The focus of this paper is on RBC laws and the effects of these laws on consumer welfare and economic efficiency. RBC laws usually forbid loss leader sales---resale prices that fall below the price the reseller paid for the product. Variations include minimum acceptable markups over acquisition costs and adders for transportation or other costs. Analysis of RBC laws, often touches on the predatory foreclosure and RPM laws because they share some related economic rationales, are all applied to resellers and can serve as partial substitutes for each other.

The conclusion of this paper is that RBC laws are more likely to harm consumers² than to benefit them. RBC laws do not fit well with the consumer welfare and economic efficiency paradigm, especially where laws against predatory foreclosure are also in place. Instead, RBC laws take a per se approach against price cutting that is likely to protect resellers that adopt a high-price/low-volume strategy against competition from resellers that adopt a low-price/high-volume strategy. RBC laws do not require any demonstration that current low prices will lead to higher prices later---they just assume such a relationship. RBC laws appear to inhibit growth and innovation by low-price/high-volume resellers that can benefit consumers and bring efficiencies and economic growth in the retail and manufacturing sectors. RBC laws do so by restricting “loss leader” sales that may be a legitimate, efficient, and important marketing tool for low-price/high-volume resellers. Another economic concern is that stringent RBC laws can contribute to regulatory stagnation that has been linked to slower economic growth and higher unemployment rates. From a consumer welfare and economic growth perspective, RBC laws are good candidates for “sunset” reviews by OECD member countries.

Although RBC laws are commonly perceived as a type of competition law, they actually may have objectives other than consumer welfare and economic efficiency. When this is the case, enforcement of genuine competition laws may be diluted and public understanding and support of competition laws and their enforcement may be undermined. Enforcement of genuine competition laws may be reduced because the responsibility of competition agencies to enforce a law with other objectives may not be accompanied by commensurate additional funding. Public understanding and support of competition laws may be undermined because inclusion of non-competition laws within the body of competition laws makes the latter appear to be inconsistent or contradictory. Further, understanding and support for competition laws may be undermined if some of the consumer welfare and efficiency costs associated with enforcing RBC laws are mislabelled and attributed to competition laws.

This review concludes that classifying RBC laws as competition laws is a questionable practice. If one examines the historical roots of RBC laws and other policies that may accomplish similar economic results, it appears that RBC laws have much in common, and perhaps more in common, with laws

* This note was prepared by John Hilke, Consultant to the OECD Secretariat.

regarding historic preservation, land use and social externalities. If RBC laws are to be maintained, perhaps the most attractive alternative is to classify them outside of competition laws, but establish the authority of the competition agency to intervene when enforcement of RBC laws is harming competition.

The key points of this paper are:

- RBC laws are one of three constraints on resale prices that governments sometimes enforce or allow. RBC laws outlaw loss leader retail sales. The other common resale pricing restrictions are predatory foreclosure laws and RPM.
- RBC laws are more likely to harm consumers than to benefit them. RBC laws contravene the general economic conclusion that consumers benefit from lower prices. The exceptions of predatory foreclosure, free riding and consumer deception require nuanced economic evaluations that are difficult to reconcile with RBC laws.
- There are a wide variety of legitimate business justifications for RBC transactions (loss leaders). Several of these involve conveying information to consumers that can improve consumer welfare. One of the most deleterious effects of RBC laws is to reduce the dispersion of resale prices. This causes consumers to engage in less search activity and, consequently reduces the future price sensitivity of demand. When demand is less price sensitive, resellers may have increased opportunities to exercise market power.
- There is evidence that consumers do pay more when goods are subject to RBC prohibitions. In Ireland, for example, the Groceries Order is estimated to raise the food bill for the average family by almost €500 per year.
- RBC laws raise three other concerns: horizontal unfairness between different types of resellers, potential for raising rivals' costs (cheap exclusion) and distortions in vertical integration decisions.
- RBC laws may blunt incentives for resellers to aggressively pursue efficiencies and innovations at the manufacturing level. This may reduce efficiency and innovation at that level in the chain of production.
- RBC laws are likely to contribute to regulatory stagnation that leads to slower economic growth and higher unemployment rates.
- RBC laws are good candidates for "sunset" reviews in OECD member countries, particularly if laws against predatory foreclosure are in place.
- RBC laws appear to have effects that more closely resemble historic preservation, land use or social externalities laws rather than competition laws.

The analysis proceeds in four major sections in addition to the introduction and conclusion. Section II examines RBC laws from a consumer welfare and economic efficiency perspective. Section III considers the likely effect of RBC laws on retail dynamics and economic growth. Section IV reviews trends in RBC laws. Section V discusses alternative policy classifications for RBC laws.

Typology of Restrictions on Resale Prices:

If the three forms of government restrictions on resale prices are ranked by the degree to which they restrict resale prices, RPM laws are likely to be most constraining, RBC laws occupy the middle position and predatory foreclosure laws are generally the least constraining because they usually entail a recoupment test as well as a price test alone.

These three government restraints on resale prices also differ with respect to who establishes the legal price standard and whether it is firm specific. RBC price standards are generally determined and enforced by government agencies. The RBC price floor is specific to each product sold by each individual reseller based on its costs of acquiring a particular product for resale. Predatory foreclosure price standards are also generally determined and enforced by government agencies. The predatory price standard is also specific to the seller and the product. Prices below the predatory standard are not violations, however, if recoupment is unlikely. The RPM price floor is a specific figure that does not generally vary between resellers in the same geographic area. RPM may be government enforced or it may be privately enforced through the terms of supply contracts.

The three types of restrictions on resale prices are generally imperfect substitutes for each other. For example, RBC laws could prevent one of the most severe concerns associated with free riding---using a product subject to free riding as a loss leader. But RBC laws would not apply to less severe forms of discounting. In contrast, RPM price floors generally are well above acquisition costs of resellers. That is because in order to encourage intra-brand competition in the form of additional services and avoid free riding, the difference (margin) between the minimum resale price and the acquisition costs must be sufficient to compensate resellers for providing the desired services.³

It is hazardous to state any general economic conclusions about vertical restraints, which include RPM. Perhaps one way to do so is to state that vertical restraints are least likely to raise economic objections *if* the creation, monitoring, and enforcement of vertical restraints are left to each manufacturer; *if* there is no evidence that resellers have coerced the manufacturer or orchestrated enforcement; *if* consumers all generally need or want the same substantial level of service; *and if* the vertical constraint does not have anticompetitive horizontal effects. This represents a shift from either the view that all vertical restraints are anticompetitive or the view that the government should subsidise or take over enforcement of private vertical restraints. It mirrors the shift in merger enforcement toward viewing most vertical mergers as benign. The policy debate continues around types of vertical restraints that may have anticompetitive effects akin to horizontal restraints.⁴ Interestingly, several of the discussion of the policy debates in member countries concerning RPM in the 1997 roundtable included indications that the primary supporters of allowing RPM in books and newspapers were competitors likely to have higher prices and costs, but not services that all consumers want.

2. RBC Laws from a Consumer Welfare and Economic Efficiency Perspective

The starting point for analysis of RBC laws in this paper is the widely accepted proposition that competition laws should benefit consumers and generally enhance economic efficiency.³ This was a point of consensus among the delegates at the October 2004 OECD roundtable on predatory foreclosure. Despite this apparent consensus among competition law enforcement agencies, there is a risk that special interest will capture the legislative process and promulgate pseudo-competition laws that instead protect favoured suppliers. This risk can arise, for example, when consumer interests and those of potential entrants are underrepresented in the political process because it is more difficult to organise such diffuse and diverse groups.⁴ An evaluation of the consumer welfare effects of a law can be a useful litmus test to separate real competition laws from pseudo-competition laws.⁵

2.1 Lower Prices Generally Benefit Consumers

Consumers generally benefit when suppliers lower their prices. Beneficial income and substitution effects are both likely to be present. When the price of a product declines, consumers can obtain more of

the product for the same amount of money; or they can buy more of other products and services (or add to savings) if they purchase the same quantity of the reduced-price product; or consumers can simultaneously purchase a little more of both the low-priced product and other products. Some consumers may stock up on a low-priced product and consume it gradually. Others may immediately consume more of a low-priced product because they are buying fewer higher-priced, substitute products. Some consumers may view the lower price as an opportunity to try out a product that they have not tried before or cannot usually afford. Low prices can encourage consumers to visit a retailer they had not previously patronised. Some consumers may stock up on low-priced items in order to supply friends or family in geographic areas where there has been no price decrease (arbitrage).

Some consumer responses to lower prices may result in changes in long-term buying behaviour because consumers have discovered that the reduced-price product or outlet better matches their preferences. When consumers have benefited from instances of lower prices, they may become more price conscious in general.⁶ This can lead to savings for these consumers and to overall consumer demand that is more price sensitive (elastic). When customer demand is more price sensitive, it is more difficult for sellers to profitably raise prices above the competitive level (exercise market power).

All of these variations in consumer responses to lower prices provide benefits to consumers by allowing them to consume more of one or more products. Many of the consumer effects of reduced prices can also lead to increased competition at the retail level and then to increased competition at the wholesale and manufacturing levels. Additional benefits may accrue to consumers when retailers, wholesalers and manufacturers are forced to pass along efficiencies that are prompted by increased competition and demand that is more sensitive to price changes. Therefore, the economic starting point for economic evaluation of RBC laws should be that lower prices benefit consumers regardless of whether the new prices are above or below resale costs.

In markets with imperfect information, lower prices offered by some suppliers may have important consumer welfare and efficiency benefits beyond their immediate effects. These future benefits stem from the positive effects of current price dispersion on future consumer search behaviour.

If RBC laws reduce the price dispersion among retail distributors by restricting the number and frequency of unusually low prices, they may lead to less consumer search activity.⁷ This will then cause a decrease in the price sensitivity (elasticity) of demand and increased opportunities for retail distributors to exercise market power by raising prices. RBC laws may teach consumers not to expect low prices and this becomes a self-fulfilling prophecy.

The price elasticity of demand is an important element in assessing market power. An important element in the price elasticity of demand is customer search activity. When customers actively search for lower prices, sellers attempting to raise prices above the competitive level will find it less profitable to do so because consumers are more likely to seek out and buy from sellers offering lower prices. However, active consumer search is not a given. Like other activities, consumers are more likely to engage in search activities if doing so is more likely to be rewarding. The reward is finding lower prices. Consumers are less likely to search for lower prices if they believe that the chances of finding lower prices are scant. This in turn leads to less consumer search and subsequently to a higher probability that a seller offering prices above the competitive level will make sales and find this to be a profitable pricing strategy. This model of consumer behaviour is sometimes referred to as the “tourist trap” model.⁸ Without coordination among sellers, it is difficult to prevent other sellers from offering unusually low prices to attract customers. This creates incentives for future active consumer search for these unusually low prices and makes it less profitable to raise prices above competitive levels. There is another way, however, for one or more high-price sellers to succeed in stifling consumer search and that is to enlist government help in the form of prohibitions against unusually low prices. By eliminating unusually low prices, active consumer search

becomes less likely in the future and opportunities for sellers to exercise market power consequently increase. RBC laws fit this pattern.

2.2 *The Predatory Foreclosure Exception*

The May 2005 OECD roundtable on predatory foreclosure focused on a prominent potential exception to the economic proposition that consumers benefit from lower prices. The exception occurs if a supplier uses strategies that would not make economic sense in the short run in order to reduce future competition and, thus, enable it to exercise increased market power in the future. In such a situation, consumers can be harmed if the present value of future higher prices exceeds the present value of lower current prices.⁹ This exception involves two principal elements: (1) prices are abnormally low; (2) future prices will be above the competitive level as a result of the current abnormally low prices. This can occur if rivals are driven out of the market or they are sufficiently disciplined so that the predator can subsequently exercise market power sufficient to recoup the losses from its predatory pricing or other tactics. Entry must also be impeded if recoupment is to take place. If either element is missing, consumers are likely to benefit from abnormally low prices. In the case of raising rivals' costs predatory foreclosure (as opposed to predatory pricing), the firm increases its own costs because doing so will disproportionately increase the costs of its rivals and allow the firm to exercise increased market power in the future. Raising rival's costs can drive rivals out of business or weaken their ability to compete. In turn, this can increase the firm's ability to exercise market power, if entry is impeded.

The country submissions to the predatory foreclosure roundtable establish that there are diverse views about what constitutes an abnormally low price (or other firms if strategic behaviour), and about what evidence is required to demonstrate that exercise of market power will increase in the future (recoupment) as a result of abnormally low pricing. However, the general framework, with the two elements, is widely accepted in the economic literature and by participants in the predatory foreclosure roundtable.

Summary of the Predatory Foreclosure Roundtable

The key points from the roundtable were:

1. Competition laws and policy on predatory foreclosure should be used to protect competition, not protect competitors.
2. There is no consensus on the best cost benchmark to use in predatory pricing cases, or even on whether an ideal measure exists. Although the average avoidable cost test is gaining support among scholars and practitioners, several delegates express a preference for maintaining enough flexibility to tailor the cost measure used to the facts of each case.
3. A dominant firm's price may be considered predatory in some jurisdictions even if it is above all measures of the firm's own costs.
4. The recoupment test should be routinely applied in predatory pricing cases.
5. Many competition agencies now take recoupment into account in predatory pricing cases, even if the law in their jurisdiction does not require them to do so. Agencies should be mindful, however, that testing for dominance is not equivalent to doing a recoupment analysis.
6. Because of reputational effects, recoupment does not have to take place in the same market in which predation occurs.
7. Below-cost pricing --- even by dominant firms --- is not always predatory. Competition authorities should take into account any legitimate business justification offered by alleged predators.
8. The "meeting competition" defence is recognised in many jurisdictions, but its rationale is not entirely sound and it can be difficult to apply in the presence of non-price competition.
9. Several lessons about law enforcement methods against predation may be learned from recent cases brought against airlines.
10. Not all predatory behaviour involves pricing strategies. Companies may also use "cheap exclusion" tactics to eliminate and deter competition.

Item 10 from the predatory foreclosure roundtable summary warrants special attention because it points to the potential “capture” of government policy instruments that are akin to vertical restraints in order to reduce competition. Examples could include curtailing marketing practices that are advantageous for one or more competitors or preventing competitors from having access to key inputs. In these examples, a reseller or group of resellers works to reduce competition by exercising political influence over government policy. Because there is no period of losses (as there would be with predatory pricing) associated with exclusion by means of capturing government policy, it can be termed “cheap exclusion.”

Another potential concern is the equivalent of predatory foreclosure by a monopsonist or a group of resellers that form an oligopsony. Monopsony (buyer) power over manufacturers by large resellers is the concern sometimes raised in defence of RBC laws. Monopsony, like market power of a seller, is associated with concentrated ownership (in this case, among buyers). Monopsony power over suppliers could take the form of uniformly below-market prices for all buyers or of below-market prices offered only to selected buyers. The result of below-market prices due to monopsony power could be displacement of efficient downstream competitors by rivals with upstream monopsony power as well as reduced output by manufacturers. Monopsony power is exercised by reducing the price paid to manufacturers below the competitive level.¹⁰

In the long run, displacement of efficient downstream competitors (in the presence of entry impediments) could lead to higher downstream prices that would harm consumers. Monopsony power, under some conditions, could be used by resellers to establish downstream market power. For monopsony power to harm consumers, either the reduced acquisition costs are not passed on to consumers, in which case RBC laws would have no effect, or there must be a recoupment element similar to that in predatory pricing analysis. If a retail monopsonist secures unusually low prices from a manufacturer, and it uses these lower costs to drive out its downstream competitors, consumers benefit from the lower prices unless in subsequent periods the monopsonist can exercise monopoly power at the retail level. Therefore, entry conditions and competition between resellers with monopsony power can be important considerations in assessing whether monopsony power of one or more resellers is likely to increase or decrease consumer welfare.

It can be difficult to distinguish price pressure on manufacturers due to vigorous downstream competition from exercise of monopsony power by one or more downstream competitors. Making this distinction requires careful consideration of the likelihood that horizontal downstream market power will be enhanced as a result of low prices offered by manufacturers.¹¹ The other important consideration is whether there is existing market power at the manufacturing level. If so, countervailing monopsony power may enhance competition and benefit consumers. These potential considerations suggest that a full competition analysis is appropriate in addressing monopsony market power concerns. RBC laws contain none of the nuances involved in such an analysis.¹²

Taking the predatory foreclosure framework as a point of reference, there are two major questionable aspects of RBC prohibitions. First the RBC price standard may differ from the “abnormally low” pricing or strategic behaviour standard used in predatory foreclosure analysis. Second, there is no requirement in RBC laws that current RBC transactions result in future prices that are above the competitive level (market power). Compared to predatory foreclosure laws (including foreclosure through exercise of monopsony power), RBC laws are likely to involve a high proportion of false positives. From the consumer welfare perspective, that means outlawing a high proportion of low prices that would benefit consumers.

Finally, it is important to acknowledge that a benefit/cost analysis of RBC laws is different in the context of existing antitrust prohibitions against predatory exclusion (or other forms of exclusionary conduct) than it would be if RBC laws stood alone. The incremental effect of the RBC laws consists of the prohibition of behaviour that is not prohibited by the predatory foreclosure laws. This includes all RBC

transactions by firms with no prospects for recoupment and RBC transactions of firms that could recoup but that are above the prevailing pricing standard for predatory foreclosure.¹³ The economic concerns are that both types of transactions prohibited by RBC laws are likely to benefit consumers and have legitimate business justifications.

In summary, if a restriction on low resale prices is appropriate because of concerns about predatory foreclosure, the predatory foreclosure laws are preferable to RBC laws because they set a more relevant pricing standard and because they include an analysis of potential recoupment. There are enough complexities in predatory foreclosure matters with respect to both monopoly and monopsony power that more detailed analysis likely is warranted to avoid enforcement errors. RBC laws do not appear to provide a setting for such detailed analysis.

2.3 *The Free Rider Exception*

One potential interpretation of RBC laws is that they serve as a partial substitute for RPM when RPM is prohibited. RBC laws are like RPM in that they establish a price floor, but differ from RPM in that the RBC price floor is lower on average and uneven (specific to the reseller's acquisition costs). The background note for the 1997 OECD roundtable on RPM¹⁴ summarises the economic arguments in favour of allowing private RPM, and by inference, an argument in favour of RBC laws if RPM is not in place:

RPM, like other types of vertical restraints, may help solve problems of co-ordination between upstream and downstream firms and increase the combined profits available to these firms. Co-ordination problems may exist, for example, over pricing and the provision of retail services. In the case of price, if both the upstream and downstream firm have market power and do not co-ordinate their pricing, there is a possibility that each firm's pricing decision will result in a final price that is "too high," i.e., higher than the profit maximising price for the vertical chain as a whole.¹⁵ In the case of services, there is the possibility that each downstream firm's decision about the provision of services will be sub-optimal for the vertical chain as a whole.

There is a substantial economic literature regarding public policy toward potential market failures due to free riding¹⁶ Also, there have been significant shifts in policy regarding efforts of manufacturers and resellers to prevent free riding (or perceptions of free riding).¹⁷ Practices and policies such as private RPM, government enforced RPM ("fair trade"), assigned retail territories, refusal of manufacturers to deal with discounters, licensing of retailers (pharmacists for example), legal restrictions on sales without service (prescriptions), restrictions on gray market imports, transshipment restrictions and required disclosures (prescriptions drugs for example) can all be viewed as private or government approaches to maintain services by discouraging free riding.

The 1997 OECD background paper pointed out that vertical restraints (and substitutes for them) have been the subject of considerable controversy because they can act like horizontal restraints on competition that harm consumers.¹⁸ For example, resellers with a high-price strategy may exaggerate the extent of free rider issues in order to convince manufacturers or government that RPM is appropriate or that discounters should be cut off by the manufacturer. Because of the potential for horizontal effects from vertical restraints and concerns about geographic restrictions on commerce from vertical restraints, most OECD countries have banned RPM, subject to a few exemptions regarding books, newspapers, and medications. Recommended prices were generally permitted as long as they are not enforced. This treatment persists, but other forms of vertical restraints are often less severely treated.¹⁹

If there is a legitimate concern about free riding or related market failures, application of minimum-price RPM is more likely to be effective than application of RBC laws. Minimum price RPM could specify prices that provide margins sufficient to compensate for customer service costs of a reseller. If

RMP is not in place, RBC laws could cut off some of the severe forms of free riding activity, but RBC laws would generally be only a partial substitute for minimum-price RPM.²⁰

2.4 *The Deceptive Practices Exception*

In a market economy in which resellers know more about prices and quality than consumers, consumers may be harmed by deceptive practices. Information asymmetries can even lead to the collapse of markets as in the example of “lemons” markets.²¹ Harm to consumers from information asymmetries can occur without being so pervasive that it leads to market collapse. For example, the asymmetry may pertain to only a subset of consumers. In this case, the market, although thinner than it would otherwise be, can function efficiently for informed consumers. From a public policy perspective, many information asymmetries do not warrant intervention because the market will develop its own mechanisms to remedy information asymmetries; even if it does not, the costs of intervention may exceed the benefits. With these caveats in mind, there may be other situations in which government intervention is economically justified. These situations are likely to include those in which a practice is unambiguously harmful to consumers and harmful behaviour can be objectively determined at relatively low cost by an enforcement agency. A common conclusion of economists and policymakers is that deceptive practices are among the situations in which government intervention is sometimes economically appropriate.

This background raises the question as to whether RBC transactions are deceptive and, therefore, should be banned. In the following section, several examples are presented in which RBC transactions appear to be part of legitimate business considerations that do not require deception to be profitable and that are likely to increase competition and benefit consumers. Therefore, it does not appear that all RBC transactions are deceptive or harmful to consumers. This leaves open the possibilities that some RBC transactions are deceptive and harm consumers while others are not and that, on balance, RBC transactions harm consumers. If the latter is true, a ban on RBC prices might be appropriate. Another possibility is that some RBC transactions deceive consumers, but that these situations can be remedied without resorting to a ban on beneficial RBC transactions.

Three scenarios in which RBC transactions may be deceptive are “bait and switch” sales tactics, “out-of-stock” sales tactics and misleading claims about general price levels. The first two are practices that may occur without RBC transactions, but are likely to be more harmful if RBC price levels are used. All three deceptive practices depend on the expectation that some consumers will be drawn to a resale merchant carrying multiple products primarily because it offers some of these products at RBC prices. The other critical assumption is that not all consumers “walk out” when conditions at the reseller do not meet their expectations.²²

In a bait and switch situation, once consumers are on the premises, some consumers are convinced not to buy the RBC product, but instead they buy products with a high resale mark-up. In an out-of-stock strategy, the reseller stocks less than the quantity demanded at the RBC price and consumers are persuaded to buy a substitute item at a positive resale mark-up. In a misleading general pricing claims scenario, the reseller persuades consumers to come to the outlet based on a claim that the reseller’s RBC prices are representative of its prices in general. Consumers buy a variety of products believing that their outlay will be less than at other resellers when, in fact, their total expenditure will be equal to or higher than at other outlets. There are at least short term profit incentives for resellers to use all three deceptive practices if some consumers behave as expected.

If the market does not develop private remedies for these deceptive practices or such remedies are slow to develop,²³ is a ban on RBC the most appropriate remedy, even if the challengeable assumption is made that deception is the predominant cause of RBC transactions? RBC laws would not be appropriate based on a deception theory if other remedies short of a ban on RBC transactions are available at

comparable costs and if these remedies are less likely to harm consumer welfare and competition than a ban on RBC transactions. At least some competition authorities have concluded that narrower remedies are available and effective. For example, the U.S. FTC has rules against bait and switch sales tactics, and requires “rain checks” (a coupon to buy the product later at the sale price) or equivalent compensation for consumers if an item on sale is out-of-stock and the advertisement failed to disclose that only a limited supply would be available at the advertised price. The FTC also prohibits deceptive advertising of price comparisons or any other material claims. Part of the enforcement effort regarding these rules consists of preparing guides for sellers that describe the rules in everyday terms.²⁴ These direct remedies appear to be effective in discouraging potentially deceptive practices involving RBC price offers.²⁵ Consumer education efforts are also an important approach to help consumers learn to protect themselves from deceptive practices.

Although RBC transactions can be part of deceptive practices that are likely to harm consumers, other RBC transactions (as described below) appear to increase competition. Further, the deceptive uses of RBC price offers often can be remedied more directly with rules that can be enforced with objective analysis and without harm to competition.

3. Effects of RBC Laws on Retail Dynamics

Stringent RBC laws limit loss leader sales by resellers. Hence, an important element in evaluating RBC laws is to identify conditions, if any, in which loss leader sales are likely to promote consumer welfare, competition and efficiency rather than harm them. (The latter are discussed in parts B through D of the previous section.) Subsection A discusses conditions in which RBC sales can have beneficial effects on consumers and competition. Subsection B examines regulations concerning resale trade more generally, including effects on innovations in retailing techniques. Subsection C describes how weakening of competition at the distribution level in the chain of production may also weaken competition at the manufacturing level.

3.1 *Examples of Legitimate Business Justifications for RBC Transactions*

There are a variety of circumstances in which RBC (loss leader) sales may be a legitimate business practice if they do not violate rules against predatory foreclosure, precipitate inefficient free riding, or involve consumer deception.²⁶ These legitimate business reasons can be cost-effective components of competition that benefit consumers by undermining existing market power, fostering innovation, and supporting additional choices for consumers. Additional choices can allow consumers to better match their preferences with respect to what they buy, how much they buy and how they buy it. If resellers are prohibited from using cost-effective marketing and sales techniques, they will either have to resort to higher cost, substitute techniques or they will not be able to enter or stay in business. Many of these business justifications for RBC sales focus on conveying information about products or resellers to consumers. Generally, practices that convey truthful information to consumers allow consumers to make better purchasing decisions.²⁷ This will sometimes result in consumers switching between suppliers or products that are partial substitutes. At other times it will reinforce existing purchasing patterns. These are also legitimate business motivations for RBC sales in the sense that they can be part of competition on the merits. That is, if the RBC sales do not improve consumers’ views of the product or reseller, they are unlikely to benefit the reseller. These business considerations are also legitimate in the sense that they are widely undertaken by firms that are unlikely to be able to exercise market power as a result of offering unusually low prices.

While individual RBC laws may provide exemptions for some legitimate business practices, doing so complicates enforcement and raises administrative costs. Enforcement becomes more complicated because enforcement agencies must evaluate each suspect behaviour or its justification to determine if it falls under

one of the exemptions. Rarely do business practices remain static for an extended period of time. Rather, business practices evolve with changes in consumer awareness and behaviour and with developments in business research. As a result, the task of determining if a new business practice fits a historical list of exemptions is likely to become complex over time even if it was initially simple. Enforcement litigation becomes more complex as well because the agency must explain why each challenged practice does not fall under one of the exemptions. Complexities in deciding which cases to bring and in explaining these decisions increase administrative costs. Complexities also afford defendants additional precedents and opportunities to try to convince regulators or courts that a practice is related to a recognised exemption even if the practice does not initially appear to qualify.

Complexities also give rise to potential enforcement errors. In this context of RBC law enforcement, a “Type I” error occurs if the agency claims that a practice is not a legitimate business practice when, in fact, it is.²⁸ If the activities of the competition agency are viewed as a form of hypothesis testing about business practices, the null hypothesis for the agency is that the practice is legitimate. A “Type II” enforcement error occurs if the agency finds that a practice is a form of legitimate competition when, in fact, it is not.

The potential for errors in administering RBC laws creates regulatory risk and compliance costs for resellers. In order to avoid regulatory risk, firms may undertake practices or investments that consume resources and reduce the vigour of competition. Complying with complex regulations may involve costs such as educating managers and other employees, maintaining detailed records that would not otherwise be done and developing internal compliance monitoring systems. All of these may consume resources and increase prices paid by consumers.

The following paragraphs contain sketches of individual business concerns that are likely to be legitimate and that may cause a firm to violate RBC laws. These are legitimate business concerns from the various perspectives discussed earlier in this section. The listing is intended to be illustrative rather than exhaustive.

Product Trial: Consumer inertia is a commonly observed characteristic of markets for differentiated products. Consumers are often used to buying the same products and they tend to continue to do so even if substitute products are available that they might prefer if they knew more about them. Satisfaction with the current product and bad experience in the past with substitute products can be difficult to overcome for a new entrant or an established product that has been improved.

Typically, an essential step in getting a customer to switch products is to get them to try the new or improved substitute product.²⁹ This pertains especially to differentiated experience goods.³⁰ It is a legitimate business concern for either manufacturers or resellers to obtain customer trial for new or improved products. Indeed, it may be essential in bringing product innovations to market. “An innovation is a product so new and unique that buyers find the concept somewhat foreign. It does not yet have a place in buyers’ lifestyles or business practices. Consequently, the market requires substantial education before buyers recognise the product’s benefits and accept it as a legitimate way to satisfy their needs...Consequently, before a product can become a success, its market must be developed through the difficult process of buyer education.”³¹

One way to obtain customer trial of a new product is to “pay” customers to educate themselves. However, paying customers directly can be administratively costly or impracticable. One potential alternative is to offer a reduced price for the new product. This can be interpreted as two transactions. The first is the traditional purchase of a product by consumers at the normal price. The second is a payment by the seller to consumers to induce them to try the substitute product. It is noteworthy that in this scenario, a net RBC transaction results not from a low price for the traditional product purchase, but from the high

“price” that consumers “charge” to induce them to try the product. Ironically, when differentiated existing products are well entrenched or the new product is unique, suppliers of new or improved products are more likely to have to violate RBC laws in order to induce consumer trial. Further, the potential difficulties of buyer education do not necessarily disappear quickly, if ever. For example, when use of a product spreads slowly, a product is infrequently purchased by some consumers or consumers do not educate each other about the product, manufacturers and resellers may face an extended period in which they have incentives to educate consumers by offering low prices to get them to try the product.

By blocking low prices that induce consumer trial, RBC laws could slow product innovation and discourage consumers from realising the benefits of new products. Other techniques to induce consumer trial may be less effective and more costly.

Outlet Trial: Consumer inertia is common with respect to outlets (stores), as well as to products. Consumers are often used to buying from the same store(s) and they continue to do so even if a substitute outlet would better fit their preferences. Again, inducing consumers to try a different outlet is a legitimate business concern for new or improved outlets and may be essential for successful entry (even of more efficient entrants). Again, offering a direct payment for shopping in a different location may be administratively difficult or costly. Offering an unusually low price may be the most attractive means to induce trial. When existing suppliers (outlets) are well entrenched, the new or improved reseller is more likely to have to violate RBC laws in order to induce trial. Consequently, RBC laws can impede entry of new resellers.

More generally, in the presence of imperfect competition and imperfect consumer information, loss leading in multiproduct retailing can result in the most efficient outcome available. Walsh and Whelan’s conclusion from modelling loss leader sales in this context is of interest.³²

Antitrust policies should only target retailing practices that reduce social welfare. Price constraints in multiproduct retailing tend to be implemented on the basis that loss leading involving below-cost selling is predatory in effect and reduces long-run welfare. In this paper we formally model multiproduct retail pricing in imperfectly competitive markets with full consumer information. This creates long-run endogenous price divergences, or the ability to sustain prices above marginal cost. Hence, under conditions of laissez faire retailing and imperfect competition between retailers, the welfare outcomes that are generated are second best. Predatory options, in the guise of loss leading, materialise when we assume the presence of imperfect consumer information. However, these predatory options are shown not to be predatory in effect. Strategic responses from rival retailers ensure that the market is self-correcting. Long-run welfare and equilibrium concentration outcomes remain equivalent to laissez faire full consumer information levels. Thus, price controls are not justified as a means of improving welfare to laissez faire full-information levels. The use of price constraints as a second-best policy instrument actually creates distortions that reduce welfare to a third-best outcome.

A blanket prohibition of below-cost pricing in multiproduct retailing that is motivated by the Areeda-Turner pricing rule is clearly undesirable in imperfectly competitive markets with imperfect information. Price intervention imposes a distortion on the market that adversely alters long-term structure and welfare. One should not use price controls unless one understands how this instrument will interact with the imperfections of the second-best world.

New Resale Formats: At a broad level, competition between resellers may involve innovations by a whole new category of resellers offering a different format. The spread of new retail formats may be a particularly important form of competition related to Joseph Schumpeter’s conclusion that “major

advances in efficiency typically do not originate within an existing competitive structure, but are instead a consequence of the entry of competitors with fundamentally different products and/or more efficient processes, which result in radical changes in the competitive environment [“the gale of creative destruction”]. Applied to distribution, Schumpeter’s theory suggests that major improvement in distribution efficiency will be associated primarily with the emergence of new methods of distribution, and not from competition for market share among existing competitors operating with a given distribution technology.”³³ As in the case of Outlet Trial, a key challenge for resellers providing a new retail format is getting consumers to try, accept and come to value the characteristics of that format. The challenge of gaining consumer trial and acceptance is bigger when the innovative format is markedly different from conventional resellers. Again, when existing suppliers (with the conventional format) are well entrenched, resellers with a new format are more likely to have to violate RBC laws in order to gain consumer trial, acceptance and loyalty.³⁴ If so, stringent RBC laws could regard the pace of innovation and increased efficiency in distribution.

Overcoming Switching Costs: “The greater the product-specific investment that a buyer must make to switch suppliers, the less price sensitive that buyer is when choosing between alternatives.”³⁵ If a customer is already using another product and the switching costs are substantial, it may be entirely rational for the customer to continue with the incumbent supplier even if a competing product is better and less expensive. One way that the producer or reseller of the superior product can expand in the market is to offer to compensate customers for their switching costs. One way to do that is to offer a low price for the first set of purchase or reduced prices for an extended period of time. Free or even negative prices may be necessary if customers’ switching costs are large. RBC laws may make it very difficult for innovative manufacturers or resellers to dislodge incumbent suppliers if customers’ switching costs are high.

Racing Down the Learning or Experience Curve: Average costs of some products have been found to be a declining function of a firm’s cumulative output. This is called an experience curve. Firms in an industry characterised by an experience curve have incentives to accumulate volume faster than other firms because doing so lowers their costs relative to competitors and should increase their profits in later time periods.³⁶ Economic efficiency in this circumstance is enhanced by a rapid growth in accumulated volume because this lowers consumption of resources needed to produce a unit of the product. Manufacturers and associated resellers will have an incentives to price below cost during the early stages of the market in order to accumulate volume and, thereby to attain lower average costs sooner. Stringent RBC laws could prevent resellers from contributing to a manufacturer’s race down the experience curve. Resellers may have incentives to assist a manufacturer’s race down the experience curve if, for example, they have a long-term supply agreement with the manufacturer or a profit sharing arrangement with the manufacturer. If RBC laws prevent resellers from assisting manufacturers in this way, these rules could impede productivity improvements and delay lower costs that support lower prices.³⁷

*Loyalty Rewards that Substitute for Other Costs:*³⁸ For established resellers or entrants seeking to expand sales and become established suppliers, retaining existing customers is a constant challenge and a legitimate business concern. Resellers sometimes try to do this by engaging in extensive advertising activities that can create consumer awareness and a favourable impression of the reseller. However, extensive advertising activity can be costly. Some suppliers may find that it is more cost-effective to offer lower prices to repeat customers (loyalty discounts) than it is continue to incur high advertising expenses.³⁹ The loyalty discounts reflect the lower costs of serving loyal customers.⁴⁰ Alternatively, offering loyalty discounts can be a less costly way of retaining customers than the alternative of high levels of advertising.

The issue that arises when resellers seek to use loyalty discounts in the presence of RBC laws is that these offers may be more effective if the discounts are concentrated on a few products rather than spread across all products. For example, it may be more noticeable or memorable to loyal customers to receive 20% off on milk, eggs or gasoline than to receive 1% off on a wide variety of products. Concentrating

loyalty discounts on a few items is, however, more likely to result in violations of stringent RBC laws than spreading the loyalty discounts. In this case, the RBC laws force the reseller to use a less efficient form of loyalty discount and this may cause the supplier to revert back to extensive advertising that consumes real resources.

Intensity of Use Pricing and Other Forms of Price Discrimination: Many personal and business equipment items such as cameras, copy machines, and printers share the characteristic that intensity of use varies a great deal between customers. Manufacturers could try to recover all their variable and fixed costs by charging a price with a high equipment price, but this means that many potential consumers who would be willing to pay more than the short-term marginal costs, but less than average costs, will not be able to afford the equipment. It also means that high use customers are paying much less than they would be willing to pay for the product.

In response to these differences in demand among customers, other manufacturers and retailers may adopt a different strategy involving a low price for the equipment combined with higher-than-normal prices for inputs used by the equipment such as film, ink or paper that are designed specifically for use with that machine. This is a form of price discrimination, the practice of obtaining higher profit margins from customers who are less price sensitive.⁴¹ An intensity-of-use pricing strategy results in higher total prices for customers who use the equipment more intensively and lower total prices for customers who rarely use the equipment, although the per use price may be similar.

In order to attract low-use customers, a reseller could even decide to give away the equipment for free and generate all of its revenue from the sale of machine-specific film, ink and paper, for example. Customers with low volume use are likely to benefit from this marketing strategy. RBC laws could eliminate this potential marketing strategy on the basis that equipment prices do not cover costs. The fundamental problem with enforcement of the RBC laws in this scenario is that the materials are necessary in order to actually use the machine. Hence, the price relevant to consumers is a combination of the equipment price and the price of the materials. But if the combined price is the price that should be measured, enforcement of the RBC laws becomes impracticable because the actual price is not determined at the time the equipment is purchased. The combined price depends on the future behaviour of the customer as well as on the future prices of the machine-specific inputs. Another perspective on this price strategy is to evaluate it in terms of risk. The high equipment price strategy puts much of the risk on consumers. If consumers buy the equipment and then do not like it or find something better, they have spent a lot but received little benefit. Conversely, the low equipment price strategy puts much of the risk on the sellers. If consumers do not like the equipment, they have lost little. From a risk perspective, the low-price equipment strategy appears to provide benefits for consumers, particularly in the case of novel products.

Note that in some markets, price discrimination may be necessary for any supply to be forthcoming. This occurs if the single monopoly price yields revenue that is less than total costs, but price discrimination yields sufficient revenue to cover total costs. A parallel situation could arise in reselling if the manufacturer's price is high enough that price discrimination in reselling is necessary to cover resellers' costs. In this case, RBC laws could prevent any distribution of the product in a jurisdiction because the laws would prevent the necessary resale price discrimination.

Price discrimination more generally may be beneficial, harmful or neutral with respect to consumer welfare. Price discrimination arises because consumers evaluate products and services differently under conditions in which suppliers can separate customers on this basis, can charge different prices and can avoid substantial arbitrage from low-price customers to high-price customers.⁴² In conditions in which price discrimination is likely to be welfare enhancing,⁴³ RBC laws may prevent these beneficial welfare effects (and the reverse). In a typical price discrimination scenario, rather than offering a product at a

single price, the seller finds it profitable to offer lower prices to the more price sensitive customers and higher prices to the less price sensitive customers. The firm is presumably more profitable as a result of price discrimination, so its prices are above costs. However, the profit maximising combination of prices might very well involve charging a price above average costs to one group of customers and a price below average costs to the other group of customers. RBC laws, if applied to manufacturers, could make the latter illegal. In the case of a reseller, the lower price offer likely would be greater than marginal costs (which might be the acquisition costs). If RBC laws do not allow the reseller to take into account off-invoice price allowances, the RBC laws could prevent the reseller from charging the preferred price to the price-sensitive customers, namely a price greater than the actual acquisition price, but less than the invoice price. The price-sensitive consumers would be harmed by this application of RBC laws.

Unspecified Store-Wide Discounts: If a reseller offers a wide variety of products and there is little overlap in the sets of products that customers buy, the merchant may not be able to attract a sufficient number of customers with discounts on a specified subset of products. For example, a book seller could be in this circumstance aside from “best sellers.” One alternative is to offer a general discount on any one or more items that a customer decides to buy. Such an offer is easy to understand and gives each customer confidence that the offer will actually result in savings. Problem arise in making this type of offer, if the reseller is already offering some items at thin markups over costs and RBC laws are in place. When the discount is applied to the items with thin markups, the transaction prices can fall below costs. This scenario presents two quandaries. First, in order to avoid this scenario, the reseller could: raise markups on low mark-up items before making the discount offer, specify items to which the discount does not apply, specify the items to which the discount does apply or reduce the level of the discount. Each of these alternatives has drawbacks, including raising prices above the preferred level for some period of time, increased marketing costs or reduced consumer response to the discount offer. The second quandary is that enforcement officials may find it difficult to prosecute the reseller because it is the consumer’s choice that determines if an item with a low initial mark-up is sold at an RBC price.

Information Clutter – Discontinuities in Consumer Responses to Lower Prices: A key marketing concern for a reseller is clutter from marketing claims made by rivals or by resellers of unrelated products.⁴⁴ Consumers have limited ability and interest in marketing claims. As a result of clutter, claims that are exceptional are more likely to receive a substantial consumer response, while conventional claims may go almost unnoticed.⁴⁵ If conventional price reductions have little or no effect on volume, they are unlikely to be profitable and may be discontinued. Large price reductions that offer RBC prices, may still be profitable in the aggregate if they result in large increases in store traffic with associated purchases of regularly priced items. This practice of loss leader sales is common where RBC laws are not in place. The contrast shows that RBC laws prevent resellers from using the most efficient marketing tools. As a result, resellers may employ more costly marketing tools and some of these, such as advertising, may consume real resources. To the extent that competition between resellers is dampened, consumers may be harmed. Further, resellers that are less pressured by competition to reduce prices may be less aggressive in seeking price concessions from manufacturers (see Section C below)⁴⁶

Inducements to Apply for Credit from a Reseller: Resellers may find it profitable to offer credit to consumers if their costs of offering credit are less than the fees charged to the reseller when a customer uses a third party credit card. However, consumers may regard the application process and the additional billing statements to be unattractive. One way to induce consumers to apply for a credit card from the reseller is to offer a discount on one or more purchases made with the reseller’s credit card. Effectively, the discount compensates customers for the time and effort to apply for the reseller’s credit card. This is akin to a switching cost. As in the situation of generalised storewide discounts, the selection by the consumer of a low-margin item on which they take the discount may result in RBC transactions.

Inducements to Provide Customer Feedback: Resellers may also want consumer feedback on customer service, hours, personnel, product selection, etc. Obtaining feedback may be difficult because it requires time and attention from customers. One way to encourage feedback is to offer something to customers who decide to provide the feedback. One type of offer is a discount on one or more purchases from the reseller. The same issue about potential sales below cost arises in this circumstance as in the scenario of store-wide discounts and inducements to apply for credit from the reseller.

Resellers with Two-Part Tariffs: Resellers with particularly thin markups are more likely to have RBC transactions when they offer store-wide discounts or discounts that are not product specific. Resellers with two-part tariffs may be particularly prone to RBC transactions if the initial access tariff is not taken into consideration. Generally, resellers with two-part tariffs can take very low margins on many products and rely on the membership fees and very high volume to be profitable. Sam's Club and Costco are examples of resellers using a two part tariff strategy in the U.S.

Manufacturer Participation in "Specialing": Because demand at the manufacturing level for consumer goods is derived from retail sales, manufacturers of well-known search and experience goods with established quality reputations are often eager to reduce the margins of resellers. Loss leader sales offer manufacturers something even better for their perspective --- negative reseller margins. One way that manufacturers may compete with each other is to offer lower prices to resellers who are using the manufacturer's product as a loss leader. This form of competition at the manufacturing level makes loss leader offers more attractive to resellers. For the same negative margin, they can offer an even more noticeable price reduction to consumers and may gain disproportionately more profits from increased store traffic and associated sales of products with positive margins. Consumers benefit directly from the lower prices on loss leaders. The consumer savings from buying the loss leader may or may not be offset by purchases of other products at this outlet at normal markups. The net savings for a consumer depend on the volume of loss leader and non-loss leader items purchased and the prices on both types of products at the retailer with the loss leader policy (compared to other retailers that the consumer would otherwise have patronised). In the presence of RBC laws, loss leader reselling will be absent among resellers and manufacturers of products that make good loss leaders⁴⁷ may be less inclined to compete by offering reduced prices to resellers. Resellers then would have fewer savings from manufacturers' discounts to pass on to consumers in this situation.

Accounting Conventions: There are a variety of accounting conventions that deal with resellers' inventories. Standard accounting treatments include average cost, last-in-first-out and first-in-first-out.⁴⁸ These accounting treatments of inventories result in different accounting costs for goods taken from inventory at any specific time if additions to inventory vary in cost. As a result, the same resale price could be above, below or the same as the resale cost depending on which accounting convention a reseller uses. Two competing firms that charge the same resale price and have the same history of purchases and withdrawals could be judged differently with respect to violating the RBC law if they chose different accounting conventions and the violations are established using each firm's accounting convention. If violations are established using a specific accounting convention, then a firm could be convicted when its own accounts show that it was in compliance with RBC laws. Reliance on one convention over another by enforcement agencies could create incentives for resellers to adopt an accounting convention that is less efficient for business operations or that would require considerable switching costs to initiate.

3.2 Retail Regulation and Retail Dynamics

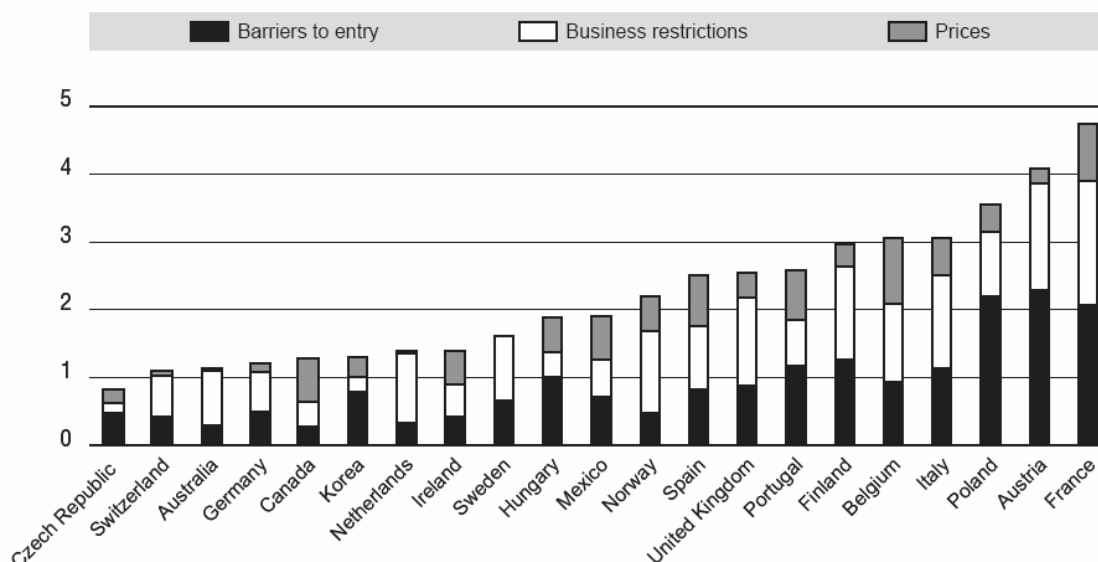
RBC laws are one of a set of regulations applied to the retail distribution sector, despite its generally competitive nature fostered by many suppliers and entry that generally can be timely and with limited unrecoverable sunk costs. Large unrecoverable costs would make entry less likely. Reselling does not usually involve large quantities of industry-specific equipment, rather, the chief investment is often

structures that can be used for other purposes and inventories of goods that can be also be sold to other resellers if an individual outlet leaves the business. Of the many sectors that have been subject to pricing regulation, retailing is one the least likely to be subject to natural monopoly or public good elements. These concerns are the typical economic justifications for intensive government involvement in an industry, public utilities for example.

OECD economists have organised information on regulations applied to retail distributors into categories consisting of market access, business operation and pricing regulations.⁴⁹ The first includes business registration and start up requirements, locational restrictions, limits on products/services offered and impediment to establishment of large stores. The second includes regulation of hours of operation and promotional activities, local monopoly franchises and the involvement of industry associations. The third includes RBC laws and some direct price controls. Looking across retail regulation types, France was found to have the most restrictive regulatory stance in the retail sector, including the pricing component. Figure 3 from Olivier Boylaud and Giuseppe Nicoletti, "Regulatory Reform in Retail Distribution," OECD Economic Studies No. 32 (2001) is reproduced below.

Researchers have also examined relationships between intensity of retail regulations and various measures of economic performance using either simulations or econometric techniques. Summarising nine such studies conducted in the 1990s, OECD staff concluded "over-regulation can damage consumers' purchasing power and impede the modernisation of the sector" and "the available empirical evidence suggests that restricting access by imposing special requirements for outlet registration, siting and/or size of thresholds curb the dynamism of the industry (e.g., lowering entry and exit rates, and preventing restructuring and modernisation) and competitive pressures, leading to lower employment growth and higher consumer prices."⁵⁰

Figure 3. **Summary indicators of regulation¹**



1. The scale of indicators is 0-6 from least to most restrictive.
Source: OECD.

In addition to the long-familiar competition between department stores or between bakeries, but another important type of competition in the retail sector occurs between traditional resellers and new resellers taking a different approach or using a different technology. Historically there have been repeated cycles of innovation in the retail sector including department stores, retailers with affiliated catalogue operations selling to rural customers, supermarkets, category killers (Toys “R” Us, for example), mass merchants and now internet-based retailers.

Sometimes retail innovations focus on a demand niche that differs from conventional reselling. For example, a retailer may specialise in clothes for tall men or items that travellers may want. Such specialty retailers may offer customers a better selection of a narrow line of products than generalised retailers, and may offer personalised assistance not needed by customers of less specialised products or services. Specialty stores are likely to have higher service costs than generalised retailers because of the extra services they provide. But specialty retailers may be able to obtain lower prices from manufacturers because they procure unusually large quantities of specialised merchandise and provide scale economies in manufacturing, marketing and distribution to manufacturers (and wholesalers).

Another type of retail innovation is offering only well-known products for which consumers need little help in making informed purchase decisions. Retailers that focus on selling well-known brands (mass merchandisers) are likely to have lower service costs than generalised retailers, as well as being able to obtain lower prices from manufacturers. Manufacturers may offer lower prices because of the scale economies of transactions with mass merchandisers or because mass merchandisers perform some functions that the manufacturer would otherwise have to provide. Mass merchandisers often compete by offering lower prices than generalised or specialty stores because they have lower procurement and service costs and because they rely more heavily on consumer self-service.

In contrast to specialty stores or mass merchandisers, today’s traditional resellers, such as department stores, may emphasise “one-stop shopping” with a wide variety of products and an intermediate level of service sufficient for most consumers or full-service for selected items where most consumers want such assistance.⁵¹ Consumers may be attracted to this model because it is convenient and saves time.

Which approach to reselling will be the most commercially successful and which will persist, even if others predominate, is up to consumers in a market economy. The answer may change over time and across geographic space as consumer preferences, incomes and demographics change. Historically, traditional retailers have not been content to compete solely on the basis of efficiencies and marketing expertise. Instead, they have resorted, from time to time, to other techniques to prevent or slow innovations in reselling at the wholesale and retail levels. Techniques of this type have included unilateral or coordinated pressure on manufacturers not to sell to specific types of resellers; pressure on manufacturers not to offer discounts to innovative forms of reselling and legal restrictions on marketing and pricing techniques that are used predominantly by innovative resellers. Former FTC staff economist Robert Steiner has written extensively on competition between different approaches to retailing and the costs to consumers of some of the efforts by traditional resellers to stifle innovations in retailing.⁵²

Analysis of U.S. productivity data from the 1990s adds weight to the importance of competition between different types of resellers. The McKinsey consulting firm concluded:⁵³

Who would have expected the retail sector to be a big part of the new-economy story in the United States? Retailers seemed to have been left out of the technological and operational improvements that transformed US manufacturing. Yet retail-labor productivity growth more than tripled after 1995, contributing roughly one-quarter of the national productivity acceleration of 1995–99. The reason can be explained in just two syllables: Wal-Mart, whose operational innovations—

including the "big-box" format, "everyday low prices," electronic data interchange with suppliers, and economies of scale in warehouses—forced competitors to adapt.

Wal-Mart's innovations, both large and small, are now retail-industry standards. Yet Wal-Mart still has a sizable productivity edge over its competitors and continues to raise the bar. The result should be more productivity growth in the retail sector in the five years to come.

There are three important elements from the discussion above that relate to potential fairness issues and inefficiencies associated with stringent RBC laws. First, RBC laws are more likely to be binding on mass merchandisers than on traditional or specialty resellers. Hence, there is a question of horizontal fairness in enforcing RBC laws. Second, RBC laws may constitute a form of cheap exclusion by raising rivals' costs when RBC laws are selectively binding on mass merchandisers. Third, RBC laws may distort resellers' decisions about vertical integration if RBC laws or substitute laws are difficult to apply to the internal transfer pricing policies or long-term supply contracts of more vertically integrated resellers.

Horizontal Fairness: Traditional or specialty resellers generally charge prices that have a higher margin over product acquisition costs than mass merchandisers. As a result, an equal percentage discount by a traditional or specialty reseller and a mass merchandiser is more likely to result in a violation of RBC laws by the mass merchandiser. To see this, consider two resellers. Firm A is a specialty toy store and Firm B is a mass merchandiser that also sells toys. Assume that both are initially selling toys at 10% above total average costs and both have the same acquisition costs for toys. The difference between the firms is that the specialty store has a 20% mark-up to cover its higher customer service costs while the mass merchandiser has a 5% mark up to cover customer service costs. Both firms can coexist because some consumers prefer the extra service or prestige associated with buying from the specialty store, while some are content with the lower level of service at the mass merchandiser because prices are lower. In preparation for the Christmas season, both firms are considering offering discounts on the same highly popular toys. Both stores realise that the discount has to be at least 20% for customers to notice and respond to the discount. The specialty toy store has no legal problem in offering a 20% discount, even though this price is below its average total costs (including service costs). However, the mass merchandiser will violate RBC laws if it offers a 20% discount off its regular prices because the 20% discount is greater than its regular margin above acquisition costs. In this scenario, the mass merchandiser is unable to offer an attractive discount during the Christmas season on the highly popular toys. A resale-below-total-cost standard would provide horizontal fairness in this scenario, but a RBC standard based on product acquisition costs does not provide horizontal fairness.

Raising Rivals' Costs: Absent the ability to legally offer compelling discounts, mass merchandiser may have to turn to other approaches to attract customers. These may include increased advertising or other marketing approaches. But these alternatives may be less profitable and may consume valuable resources. If offering retail discounts of at least 20% is sufficiently critical to commercial viability, the mass merchandising approach may never develop in an area with stringent RBC laws or may be forced to exit. Consumers who prefer this retailing format will be forced to pay higher prices for products and to consume (or endure) retailer services that they do not need or want at other types of retailers.

Distortions in Vertical Integration (Make versus Buy) Decisions: Firms generally face a wide variety of "make versus buy" decisions.⁵⁴ Should a womens' clothing retailer design and manufacture the dresses it sells or buy them from fashion designer and manufacturer? Should the office supply store offer only its own brand of paper or should it also sell other brands that it buys from independent paper manufacturers. In economic terms: how vertically integrated should the firm be?

In a competitive setting, firms decide whether to vertically integrate or buy from independent suppliers by comparing the expected profitability of the alternatives and by considering the associated

risks. RBC laws can distort decisions about vertical integration by penalising firms that are not vertically integrated. In particular, a firm that is vertically integrated does not engage in reselling even if the products it offers to consumers are close substitutes to the products offered by resellers.⁵⁵ A firm that is vertically integrated can offer prices associated with the various legitimate business concerns (discussed above) that may violate RBC laws if undertaken by a reseller.

3.3 *Intensive Competition between Resellers Can Carryover to Competition between Manufacturers*

When a reseller faces intense competition, it has strong incentives to press its suppliers for lower prices, cost-saving innovations and new products that will attract consumers. The mass merchandisers are well known for encouraging efficiencies at the manufacturing level. Wal-Mart, for example, works toward long-term supply agreements that allow manufacturers to invest in equipment and techniques that lower their production costs.⁵⁶ Unless it does so, it will be forced out of business and its owners will face the loss of unrecoverable costs. Conversely, when a reseller faces less intense competition, its owners may take some of the higher available retail margins in the form of lax efforts to gain pricing concessions, cost savings and new products from suppliers. In this context, resellers are like retail consumers in the sense that their search behaviour and buying decisions vary with their tastes, income and wealth. If resellers engage in less intensive search for low prices and less intensive bargaining with manufacturers because they are insulated from competition, more efficient and more innovative manufacturers (and wholesalers) are likely to grow less rapidly and they are less likely to be able to displace less efficient and less innovative manufacturers. Consumers will experience higher prices and reduced innovation as a result.

4. RBC Laws, Regulatory Climate and Economic Growth

In addition to the specific microeconomic effects of RBC laws on the behaviour of existing resellers and on the entry of resellers, economic research suggests that there are links from a restrictive regulatory climate in a nation to slow economic growth rates and elevated unemployment levels. High levels of regulation potentially stifle innovation, entry and entrepreneurship.⁵⁷ Regulations such as RBC laws that create regulatory risk concerning marketing approaches that facilitate consumers gaining experience and information about new products and new resellers are particularly problematic.

Two recent OECD country reports underscore the importance of regulatory climate in promoting economic growth and low unemployment. These reports concern New Zealand and France.⁵⁸ The former finds that New Zealand has significantly increased its economic performance over the past 15 years by substantially reducing the role of regulation and government ownership in the economy. Retail trade is one of the sectors specifically mentioned for thriving competition. Healthy competition, promoted by earlier regulatory reforms, encourages firms to innovate and become more efficient. New Zealand now enjoys an expanding economy with low unemployment. In contrast, the latter finds that France has experienced relatively slow economic growth and high levels of unemployment (approximately 10%) over much of the same period under a relatively restrictive regulatory climate. The report singles out “absence of competition in parts of retailing” (under the loi Galland) as a factor that reduces “the potential for growth, innovation, and employment.” It adds, “in the retail sector extra layers have been added (to laws against predatory pricing) which impose detailed price-related regulation on some areas, preventing consumers from reaping the full benefits of competition among producers and adding to annual inflation.”

A report on the McKinsey Global Institute’s studies of productivity growth in the 1990s observes:⁵⁹

It’s as much about competition policy that discourages retail innovation as about technology policy...In Europe, anticompetitive retail policies are common, restricting real estate use, store hours and what can be sold by whom. Wal-Mart [which is responsible for more than half of U.S.

productivity gains in the retail sector during the 1990s] developed in a largely unregulated environment, so its big-box model can't be copied in much of Europe...If anything, the restrictions on retail in other parts of the world may hurt standards of living more than they hurt productivity...because you can still have a very productive store if it's only open five days a week...[Studying productivity] reinforces the view of how important the basics of competition and capitalism are to improving productivity. It gives you a sense of don't hope for silver bullets---let the market work.

Much of the leading research comparing the regulatory environments in several nations to differences in economic growth and unemployment rates has taken place at the OECD.⁶⁰ A critical element in this research is the OECD's International Regulation Database. This database includes information on a wide range of regulations based in large part on survey responses regarding the existence and type of regulation applied in each country. It also incorporates information from other sources. The data has been reviewed by government and OECD experts. The regulations included in the database can restrict firms' decisions over entry, exit, the use of inputs, the quantity and type of output produced and prices.⁶¹ They can include both economy-wide and industry-specific regulations. The database also contains information on market and industry structure for industries that have been heavily regulated in the past. Product market regulations are distinguished from labour market regulations in the database. There are several limitations of the data base including lack of information on informal types of government regulation, quality of regulatory decisions or enforcement and private restrictions that may substitute for government regulation. Among the relevant database findings is that nations with tight entry regulations also tend to impose burdensome administrative procedures on enterprises.

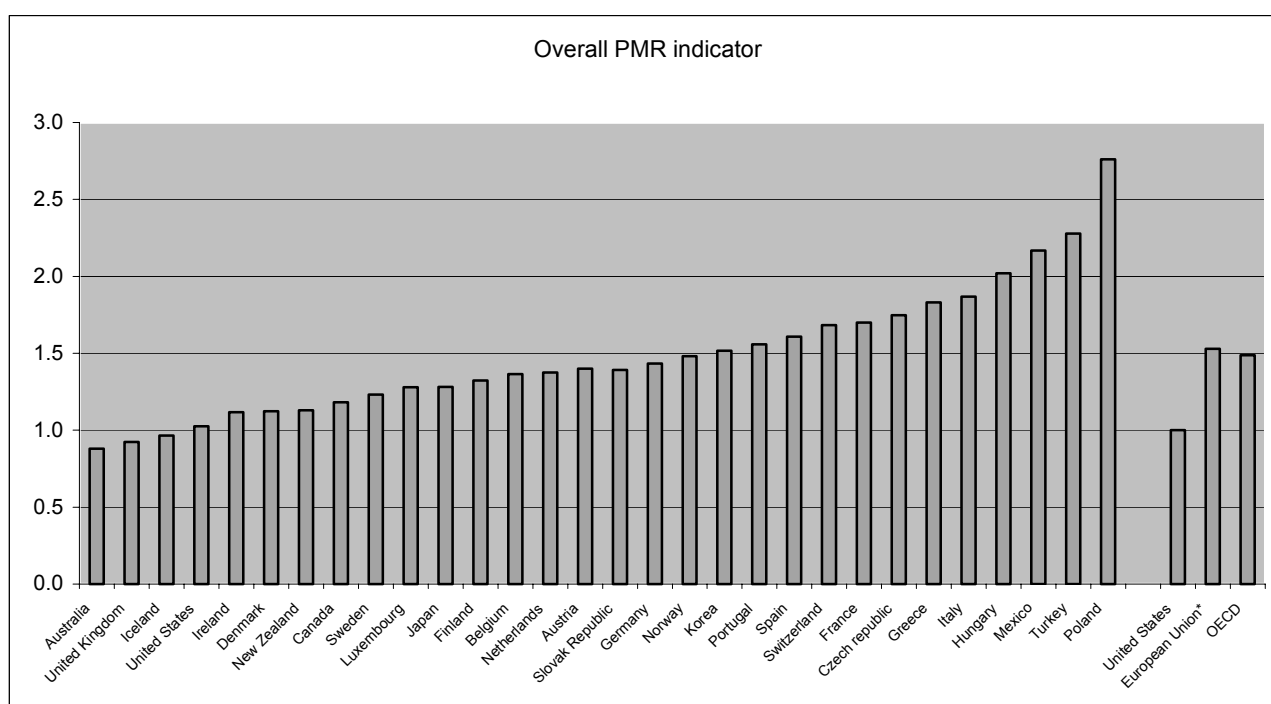
A World Bank research paper summarises the relationships found between regulatory climate and economic growth through the end of the previous millennium:⁶²

In this paper, we look at differences in the scope and depth of pro-competitive regulatory reforms and privatisation policies as a possible source of cross-country dispersion in growth outcomes. The paper suggests that, despite extensive liberalisation and privatisation in the OECD area, the cross-country variation of regulatory settings has increased in recent years, lining up with the increasing dispersion in growth. We then investigate empirically the regulation-growth linkage using data that cover a large set of manufacturing and service industries in OECD countries over the past two decades and focusing on multifactor productivity (MFP), which plays a crucial role in GDP growth and accounts for a significant share of its cross-country variance. Regressing MFP on both economy-wide indicators of regulation and privatisation and industry -level indicators of entry liberalisation, we find evidence that reforms promoting private governance and competition (where these are viable) tend to boost productivity. In manufacturing the gains to be expected from lower entry barriers are greater the further a given country is from the technology leader. Thus, regulation limiting entry may hinder the adoption of existing technologies, possibly by reducing competitive pressures, technology spillovers, or the entry of new high-tech firms. At the same time, both privatisation and entry liberalisation are estimated to have a positive impact on productivity in all sectors. These results offer an interpretation to the observed recent differences in growth patterns across OECD countries, in particular between large Continental European economies and the United States. Strict product market regulations—and lack of regulatory reforms—are likely to underlie the relatively poorer productivity performance of some European countries, especially in those industries where Europe has accumulated a technology gap...These results also offer useful insights for non-OECD countries. In particular, they point to the potential benefits of regulatory reforms and privatisation, especially in those countries with large technology gaps and strict regulatory settings that curb incentives to adopt new technologies.

A variety of other OECD studies support these conclusions. For example, a more recent OECD research paper on regulation and growth focuses attention on the links between regulatory climate and

innovation. It finds that gains in innovation from relaxing regulations may be particularly important for industries near the technology frontier.⁶³ Another link between regulation and economic growth occurs through investment. Economists have examined the relationship between product market regulation, entry restrictions in particular and investment among OECD countries. They conclude that “there is considerable evidence that tight regulation of the product markets has had a large negative effect on investment, a key engine for growth. The data for sectors that have experienced significant changes in the regulatory environment suggest that deregulation is associated in the long run with greater investment. The component of reforms that plays the most important role is entry liberalisation...”⁶⁴ The 2003 update of the OECD’s regulation data base⁶⁵ continues to show that regulations are more constraining in the EU than in the U.S.

Figure 3.1. Product market regulation indicators in the OECD, 2003¹



1. The indicators range from 0 (least restrictive) to 6 (most restrictive). EU 15 (simple average)

Source: OECD Economics Department Working Paper 432 (26-May-2005).

Econometric modelling using the OECD International Regulation Database with economic performance data indicate that moving to less restrictive regulatory practices could benefit all countries, but would be particularly advantageous for those with the most restrictive practices at present. Work with earlier editions of the OECD regulation database provides supportive conclusions. When product market regulatory restrictions are statistically compared to non-agricultural business sector employment rates, the correlation is negative and statistically significant. A correlation of -0.61 was reported for 1995 with a t-statistic of -3.40.⁶⁶

Table 5.3. Impact of inward-oriented product market reforms on MFP levels and GDP per capita

<i>% changes</i>				
Country	Effects of reducing state control [1]	Effects of easing entry barriers [2]	Combined impact on MFP levels [1] + [2]	Impact on output ¹
Austria	2.3	0.3	2.6	3.8
Belgium	2.0	0.2	2.2	3.1
Denmark	1.4	0.3	1.7	2.4
Finland	1.9	0.3	2.2	3.2
France	2.4	0.2	2.6	3.7
Germany	1.9	0.3	2.2	3.1
Greece	2.2	0.3	2.5	3.6
Italy	2.2	0.3	2.5	3.5
Netherlands	1.7	0.3	2.0	2.8
Portugal	1.3	0.3	1.6	2.3
Spain	1.5	0.3	1.8	2.5
Sweden	1.6	0.3	1.9	2.6
United Kingdom	1.0	0.3	1.3	1.9
United States	0.5	0.3	0.8	1.1
EU15	1.8	0.3	2.1	2.9

1. The impact on output is calculated from an assumed Cobb-Douglas production function. Labour's income share is set at 0.7 and capital increases such that the efficiency-augmented capital-to-labour ratio does not change.

Source : OECD

**A Natural Experiment Regarding Price and Economic Integration
Effects of “Big Box” Retailing:**

Economists and psychologists interested in marketing questions often focus their research on geographically isolated communities where variations in advertising levels by local television and radio stations are less likely to be “contaminated” by spill in or spill out from stations in other cities. In this relative isolation, natural experiments can then be conducted by varying the content and frequency of advertising. Islands in the Pacific provide a similar type of geographically isolated setting in which the effects of entry by big box retailers can be observed. Big box retailers generally adopt a low-price/high-volume strategy and have been the apparent targets of RBC laws. The Bank of Hawaii, with branches in Gaum offered the following assessment of entry on Guam of big box retailers during the mid 1990s.⁶⁷

Big Box Retailing

Big box retailing arrived full speed on Guam in early 1995 when Guam’s K-Mart, the chain’s largest store thus far, opened. Within weeks of K-Mart’s opening, the prices of some household items dropped 15-20 percent island-wide. With another big-box retailer, Cost-U-Less, now operating two stores on the island, Guam has been integrated into the U.S. mass retail market.

K-Mart, Cost-U-Less and other big box retailers may have caused problems for smaller local operators, but the lower prices which economies of scale make possible have undoubtedly benefited Guam consumers. Gains in total retail sales as reported in the tax base over the last two years offer clear evidence of an overall healthy retail sector.

Guam’s potential apparently has convinced more retailers to look into this market, and more mass retailers are on their way. A factory outlet mall and a multiple-screen theatre complex are expected to open in the months ahead. With these and the assortment of outlets already in place, some of them catering to upscale consumers including tourists, Guam is developing into a regional retail presence.

The message for retailers is clear: Guam is about to become as competitive as other established retail markets. With competition comes the pressure to be responsive, innovative and efficient, since practically every outfit targets the same mix of tourist and resident consumers. Tourists have already begun to sample goods at K-Mart. How many more entrants the sector can support is yet to be seen. However, it is not too early to suggest that Guam’s retail market is going to be dynamic for some time to come and worth watching.

The Big Island of Hawaii experienced similar results which have now become general knowledge. An introduction to the city of Hilo observes: “Twenty years ago what made Hawaii a frustrating place for both kama aina and mainlanders alike to live was the absence of any kind of mainland-style discount store. Price were [and to some extent still are] artificially high and fixed by those who controlled the flow of certain goods. Hawaiians blindly accepted the erroneous notion that goods were so expensive because of the high cost of shipping. But beginning in the late 1980s, diversity blossomed, and firms like K-Mart, Home Depot, and Costco deflated priced abruptly, and Hawaiians now enjoy a greater variety of goods at lower prices than anytime in the islands’ history.”⁶⁸ The Bank of Hawaii similarly observed effects of big box retailing on Hawaii: “New entrants into the retail market have stimulated a competitive response among local retailers benefiting consumers. Like the new entrants, local retailers are pricing their merchandise more aggressively.”⁶⁹

Similar but less dramatic price effects have been found in association with entry of Wal-Mart in various mainland U.S. Cities.⁷⁰

5. Trends and Variations in RBC Laws

The background note for the OECD predatory foreclosure roundtable identified Ireland, France, and Germany as nations with stringent RBC laws.⁷¹ Given the previous materials on regulatory climate, France, and to some extent Germany, are nations in which stringent RBC laws are not unexpected. Ireland is something of a surprise because it is generally ranked among the nations with the least restrictive regulatory environment. On closer inspection, it is only the groceries industry in Ireland that is subject to stringent RBC laws. In all three countries, RBC laws were enacted or revised relatively recently. And while proponents of all three measures did mention protection of small retailers from big retailers as part of the rationale for the measures, proponents also couched their proposals as means to prevent exercise of monopsony (buyer) power by resellers (supermarket chains and big box retailers) against manufacturers.⁷² Both France and Ireland are in the process of reviewing their RBC laws. Because the policy debate in Ireland is the most recent, excerpts from the Irish Competition Authority analysis are presented below, along with brief sketches of RBC developments in France, Germany, the UK, and the U.S.

France: France has been considering less restrictive RBC standards that could allow deeper discounting by resellers.⁷³ The 1996 legislative revisions (Loi Galland) forbid selling at a loss, which is defined as a price less than the invoice price plus transportation costs and taxes. The law reportedly was updated in part to protect small resellers from large resellers and small manufacturers from large resellers seeking lower wholesale prices.⁷⁴ Enforcement of RBC laws in France appears to be stringent based on OECD reports.⁷⁵

These rules have been expanded in order to control the use of what are termed “margins in arrears” (“marges arrières”). These are devices which have the effect of changing the prices effectively paid from those shown on the invoice at time of delivery. Their proliferation demonstrates the bargaining power of the 5 or 6 largest distributors and retailers of consumer goods. Taking advantage of the suppliers’ need to be present in these outlets, these firms reportedly exact up to 50% of the price through such charges and rely on late payment to suppliers—averaging 66 days after delivery—for their own working capital. The charges are often nominally in exchange for marketing services, but multiple, fictitious, or variable billing leads to doubt that they really represent payment for services rendered. Rather, they appear to be devices for discriminating among customers or for evading—or profiting from—the prohibition against setting retail prices below invoice cost. Public enforcement of these controls on supplier-distributor relationships has been strengthened substantially, in part to compensate for firms’ fear of commercial retribution if they bring suit over mistreatment themselves. DGCCRF now has the power to bring civil actions to have abusive agreements invalidated, to order reimbursement of undue amounts, and to impose fines, which can be substantial—up to €2 million. DGCCRF also intervenes to support private suits about unfair discontinuation of supply relationships. The pricing-transparency rules are enforced by criminal penalties. There are also fines for late payments and criminal penalties for fraudulent market manipulation and disparagement.

It is interesting to note that a large portion of total retail margins in France are reportedly due to end-of-year discounts and other payments from manufacturers that are not accounted for in the RBC laws of 1996. Discounts for services provided by the reseller can only be for substantive services and must include a minimum quantity of purchase.⁷⁶ Hence, the 1996 RBC law sets a retail price floor that can be considerably higher than wholesale transactions prices net of discounts, rebates and allowances. Excessively low prices, although not precisely defined, are also generally forbidden under the 1996 law with the intention of preventing low retail prices compared to costs of production and distribution.⁷⁷ It appears that enforcement of this latter element has been less stringent than the former because the 1996 law has coincided with extensive development of store brands that entail vertical integration by mass merchants.⁷⁸ Store brands can involve forms of vertical integration (into manufacturing) or long-term

supply contracts in which transfer pricing rather than invoicing is involved. It is difficult to reach reasonable RBC price determinations from transfer prices because firms may (and many economist contend, should) transfer at short-run marginal costs rather than long-term total costs (plus profit) as vertically separated firms do when invoicing. Transferring at marginal cost avoids the potential inefficiency of double marginalisation. Overall, studies suggest that resale prices increased as a result of the 1996 law, with the largest increases being for well-known brands.⁷⁹

Germany: Germany's RBC laws went into effect in 1999. Specifically, the law forbids retailers from setting resale prices below purchase prices for extended periods and allows for private enforcement in the case of a defendant with a dominant position.⁸⁰ A 2004 OECD evaluation of retail regulation in Germany observed:⁸¹

Retail trade in Germany is traditionally highly regulated compared with many other European countries. For example, opening hours are still more restricted than in many other European countries, and there are restrictions on discounts outside the sales seasons as well as prohibition of below cost pricing...

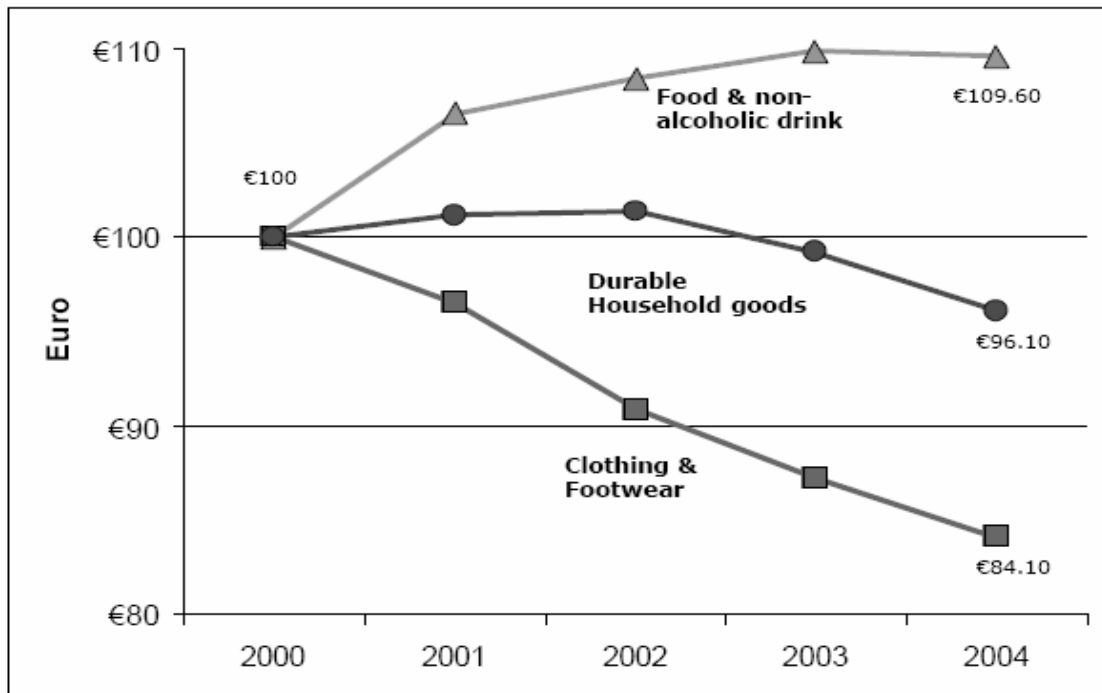
Germany's rules about unfair competition have probably tended to impair competition more than they have promoted it. Some protectionist rules (for example on discounting) are now being eliminated or corrected, encouraged by EU legislation. Two laws that made rebates more difficult were repealed in 2001. Some important protectionist legislation remains, not least the Unfair Competition Act (UCA) which can be used to prevent price competition, and which is still applied in ways that underestimate the extent to which consumers may be able to look out for themselves. A revision of the UCA is underway to reflect EU developments, and to give more weight to the interests of consumers, through Germany is seeking to preserve the rule against sales below cost.

The background paper for the predatory foreclosure roundtable (October 2004) reported on the German Supreme Court case against Wal-Mart for RBC sales of common grocery products such as milk and eggs. The court held that Germany's RBC prohibition applies whether or not there is any harm to competition from the RBC prices and that being a large firm relative to small and medium size competitors is sufficient to show that it has "superior" market power.⁸² Both of these elements in the decision are inconsistent with predatory foreclosure competition laws and instead adopt a harm-to-small-competitors standard.

Ireland: The 1987 Groceries Order arose in part because many believed that large retailers were using below-cost pricing (loss leading) to manage the market, leading to the exit of many medium and small retailers and reducing welfare in the long run due to rising concentration.⁸³ The Competition Authority has recently recommended that RBC law regarding the grocery trade be terminated because it is harming consumers. In contrast, the Joint Committee on Enterprise and Small Business recommended keeping the Groceries Order based on concerns about increased concentration in grocery retailing and predatory pricing.⁸⁴ Because the press release from the Irish competition authority presents a strong summary of the argument for abolition, including quantitative evidence, it is excerpted here and included in full in Appendix B.

The Competition Authority concluded that the Groceries order is anticompetitive and costs an average household almost €500 per year. It first compared price trends in food to price trends in durables and in clothing. This comparison showed price increases for food that were greater for those of durables and that contrasted with price decreases for clothing, as shown in Figure 1.

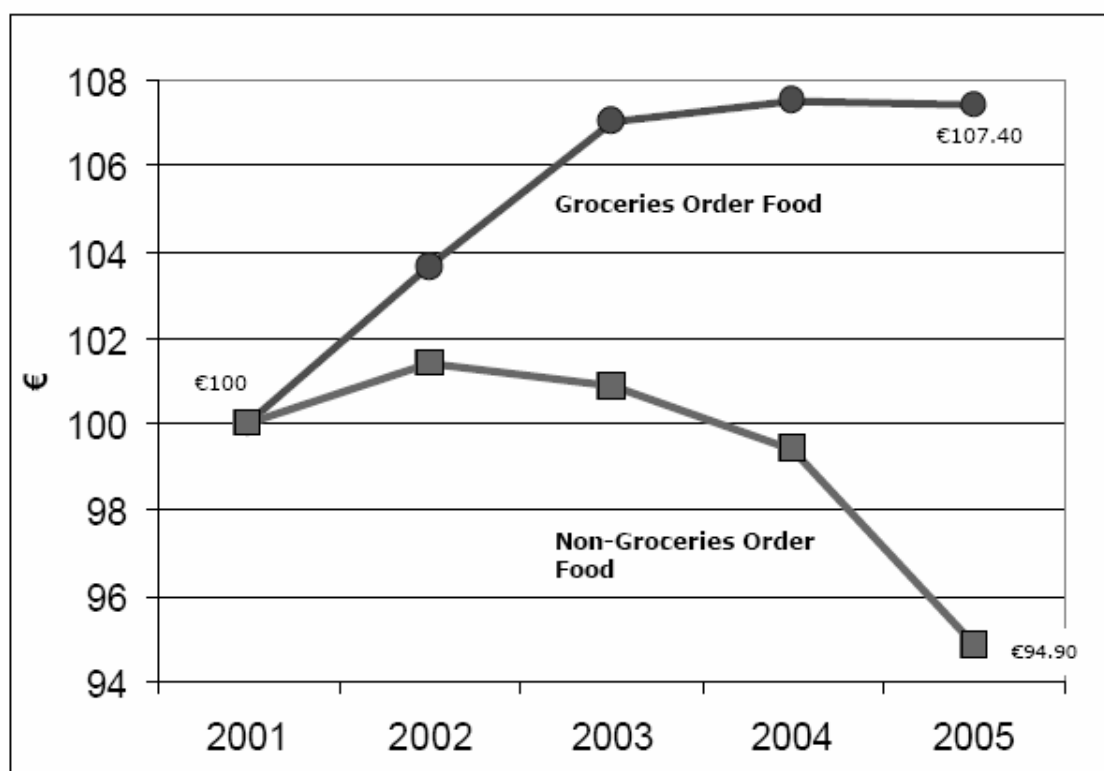
Figure 1: Irish food prices rise while clothing, footwear and household goods prices fall.



Source: Retail price levels 2000-2004 from CSO data

The Competition Authority also compared prices trends for foods covered by the grocery order versus other foods. The foods covered by the Grocery Order increased in price while other foods decreased in price, as shown in Figure 2. Finally, the Competition Authority found that lower income families are disproportionately harmed by the Groceries Order.⁸⁵

Figure 2: Food covered by Groceries Order rises in price while food not covered falls



Source: Retail food prices June 2001-June 2005 – from CSO data

The Competition Authority is not the only group to conclude that the Groceries Order has resulted in higher prices for consumers. A 1997 study reached the same general conclusion finding about a 5% increase in grocery store price/cost margins as a result of the 1987 Groceries Order.⁸⁶ An important element in this history is the substitution of RBC laws for RPM, which was discontinued in 1956.

United Kingdom: The Office of Fair Trade (OFT) has been evaluating recent changes in regulation of grocery prices in the U.K.⁸⁷ Among these changes was removal of RBC regulations in favour of a less restrictive reasonableness standard. OFT concludes that the reforms have generally proven beneficial to consumers with lower prices, more choices and no decline in quality. The agency also concludes that a return to a more prescriptive set of rules for grocery trading “might well damage the efficient operation of the market.”⁸⁸

European Union: Reportedly, proposals in 2003 by the European Commission to displace RBC laws in member states were set aside because of opposition from some member states. The European Commission had based its proposals on the view that sales promotions are essential to the development of cross-border trade in products and services.⁸⁹

United States: The U.S. does not have RBC laws at the national level, but some states have enacted RBC or RBC “plus” laws for gasoline retailing in recent years with various levels of enforcement efforts.⁹⁰ There are a scattering of other state RBC laws as well.⁹¹ The state RBC laws set the price standard at the acquisition price or the acquisition price plus a required retail margin. One of the rationales for the restrictions is a concern that gasoline processors (oil companies) are favouring the retail outlets that

they own by allowing affiliated retailers to operate at a loss (cross-subsidisation). The claim is that independent retailers are being drive out of business by affiliated retailers because of cross-subsidisation of affiliated retail outlets. This is viewed either as a prelude to raising retail prices to benefit the parent firm or squeezing independent retailers so that the suppliers can acquire them at below-market prices.⁹²

Restrictions on retail prices are not a new issue in the U.S. For a large part of the 20th century, the U.S. had mandatory RPM (Fair Trade) laws. These laws did not recede until the 1970s and treatment of other vertical restraints has varied considerably as views about the procompetitive or anticompetitive effects of these restraints have shifted back and forth.⁹³ Views about the appropriate price level for predatory pricing have also varied over time as have views about the general likelihood of predatory pricing.⁹⁴

6. Alternative Policy Classifications for RBC Laws

It can be argued that the effect of RBC laws is to protect competitors rather than competition, but this criticism is really too broad a description of both the likely effects and the most widely publicised court decisions that support this argument.⁹⁵ RBC laws do not generally protect entrants from incumbents or large firms from small firms. Rather, the history and application of RBC laws tend to support the view that RBC laws protect small, established firms following a high-price strategy from large entrants following a low-price strategy. If such is the case, RBC laws may well be incorrectly classified as competition laws. If RBC laws are not competition laws, are there one or more classifications that provide a better fit?

One candidate is historic site preservation programs. The expressed goal of these programs is to protect historically significant buildings from demolition or renovation that detracts from their historical role. Individual structures or groups of structures may be designated. Financial assistance may be made available to repair or to maintain historic structures. If the historic significance of the structures involves their use for specific resale activities, resellers located in these buildings may benefit from government or charitable repair and maintenance funding. To the extent that several structures or a section of a city receives a historic preservation designation, resellers in the area are protected from competition by firms whose scale, marketing, or operating approaches are incompatible with historic preservation.

Historic preservation laws are not generally within the scope of competition authorities. In the UK, for example, responsibility for the commercial viability of downtown areas rests with the Office of the Deputy Prime Minister.⁹⁶ In the U.S. many historic preservation programs are privately supported or funded by state or municipal governments.

Another candidate is zoning or land use planning. Both policies are generally used to separate incompatible activities. Residential areas are often separated from retail and manufacturing activities that are noisy, polluted, or involve high automobile traffic volumes. Residential areas are often considered compatible with small retail establishments. Residents enjoy lower transportation and time costs if they shop locally. Residential zoning protects resellers in these areas from having to compete as directly with resellers located in non-residential areas. Residential neighbourhood resellers are typically smaller and more traditional retailers. Residential zoning can prevent large resellers from locating in residential neighbourhoods on the basis of traffic congestion or aesthetics. The OECD Economic Survey of France, 2005, indicates the French RBC laws had their origins in a desire to protect small “traditional” retailers in town centers (as well as to regulate relationships between producers and distributors). The report then advises, “If such protection is felt to be necessary it should be through general zoning laws (without the current arrangement in which representatives of current traders have a direct voice in granting planning permission for large retail outlets).”

Another candidate is social externalities policy. Some countries have concluded that particular sizes or classes of businesses warrant public support either because they are intrinsically valuable or because one or more significant market failures apply to that size or class of business. A common example is small farms. Small farms are not generally resellers, but another class of firms sometimes designated for attention is small businesses, including small resellers. Government programs that assist small businesses are at least a partial match to the effects of RBC laws. Both provide a competitive advantage for qualified firms relative to their rivals. In the case of government-financed small business programs, the effect may be to lower operating costs, improve access to capital or improve business acumen. All allow qualified firms to compete more aggressively with their non-qualified rivals.⁹⁷ In contrast, RBC laws appear to have their primary effect through handicapping rivals of the qualified firms---preventing them from using some of the sales and marketing techniques that would be most effective for the non-qualified rival firms. As a general proposition, a policy of helping one group of firms to improve efficiency appears to be preferable to one that creates inefficiencies among non-qualified rivals of the favoured group. The former policy approach may benefit consumers by increasing competition, and it is likely to be more efficient because it does not purposefully waste resources.

Some governments have reached similar conclusions about alternative policy frameworks that address some non-competition policy objectives associated with RBC laws. For example, the UK's Office of Fair Trading observed in its recent conclusions about reforms in grocery trade rules,⁹⁸ "Some stakeholders have raised concerns which are outside the OFT's remit. For example, it is for DEFRA [Department of Environment, Food, and Rural Affairs] to consider issues related to the viability of the rural economy and the Office of the Deputy Prime Minister to consider planning matters which have an impact on the diversity of local high streets." The OFT report also notes that concerns that supermarket chains will cut off imports from developing countries should be addressed by the Department of International Development working with these countries to meet the higher quality standards developed by these resellers.

In the case of the three policy instruments discussed above, the match between the effects of RBC laws and those instruments appears to be at least as strong as the match between RBC laws and other competition laws. This may reflect a shift in the economic understanding of what competition means. Competition has come to be understood as a more dynamic process such that laws favouring artificial preservation of competitors are now a poor fit with other competition laws. As mentioned previously, an important component of this shift has been greater appreciation of the importance of consumer information in effective competition.

The recommendation that flows from these examples is that policymakers may be able to pursue the non-competition policy objectives that are now associated with RBC laws, but without resorting to RBC laws that are likely to impede effective competition.

If RBC laws remain in place and under the administration of the competition agency, consumers are most likely to benefit if the agency focuses enforcement efforts on instances, if any, where the behaviour violates the RBC laws and is likely to be a form of predatory foreclosure. If the RBC laws remain in place, but administration is transferred to another agency, consumers are likely to benefit if the competition agency retains the authority to intervene when enforcement is likely to harm consumers.

7. Conclusion

RBC laws appear to be a poor match for the consumer welfare standard espoused for competition laws by most competition authorities. Because RBC laws do not involve a recoupment test, they are likely to impede the entry and growth of resellers with low-price/high-volume strategies that can increase consumer welfare. There are also many legitimate business reasons why resellers may offer products at

RBC prices. Many of these involve consumer information and supplier reputation issues. Carving out RBC law exemptions for legitimate business practices is likely to lead to significant administrative costs and enforcement uncertainties. When predatory foreclosure laws are in place, RBC laws are likely to do consumers more harm than good. Further, RBC laws can contribute to a regulatory stagnation associated with slower economic growth and higher unemployment rates.

Even though RBC laws may be a poor match for the consumer welfare standard of competition laws, they may fit more closely with other public policies regarding historic preservation, land use and social externalities. Examination of RBC laws as an instrument with which to pursue these other policy goals does not yield a particularly favourable conclusion, but does suggest that to the extent RBC laws are really intended to pursue these non-competition policy goals, there may be ways to do so by taking more direct and transparent initiatives without causing the potential consumer harm associated with RBC laws.

For both of these sets of reasons, RBC laws are good candidates for sunset reviews by OECD member countries.

NOTES

1. RPM is generally regarded as a vertical restraint that stems from private contractual agreements between manufacturers and resellers. Government policies regarding private RPM can range from outlawing private RPM to making compliance with RPM compulsory if any resellers wish to accept a supply arrangement with RPM provisions.
2. The terms consumer(s) and retail customer(s) are used interchangeably in the text.
3. For a second example, stringent RBC laws are likely to prevent only a portion of prices that could involve predatory foreclosure because a reseller's acquisition costs are often only one component of the variable cost or marginal cost price floor involved in predatory foreclosure analysis. However, RBC laws could prevent a portion of resale prices that exceed the threshold for predatory foreclosure or that would be exempted from the predatory foreclosure laws because recoupment is unlikely. Similarly, RPM price floors would generally prevent predatory foreclosure but would exclude many prices that are unobjectionable under predatory foreclosure laws.
4. See William S. Comanor, F.M. Scherer, and Robert L. Steiner, "Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference: The Response of the American Antitrust Institute," available at <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/408.pdf> ; James C. Cooper, Luke M. Froeb, Dan O'Brien and Michael G. Vita, "Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference," Federal Trade Commission Bureau of Economic Working Paper (November 8, 2004, revised February 18, 2005) available at <http://www.ftc.gov/speeches/froeb/050218verticalecon.pdf>; John Woodbury, "Paper Trail: Working Papers and Recent Scholarship," (May 2005), available at <http://www.abanet.org/antitrust/source/05-05/may05-papertrail.pdf>; Thomas R. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Federal Trade Commission Staff Report (November 1983).
3. Unless treated separately, the term "laws" is intended to encompass, laws, regulations and efforts to enforce them.
4. The public choice literature is based on this proposition. See, Jac C. Heckelman, Ed. *Readings in Public Choice Economics* (2004) including article by James Buchanan, Robert Tollison and Gordon Tullock.
5. A total welfare approach including both consumer and producer effects is also likely to be effective for this purpose, although the determination may be more difficult and costly to perform. See Margaret Sanderson, "Remarks Prepared for the Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Based Competition" (November 2, 1995) available at <http://www.ftc.gov/opp/global/sandersn.htm>.
6. Economic evaluation of consumer search behaviour generally finds that consumers search more when the variance of prices is higher. When consumers search more, a seller finds a greater response when it reduces prices. In contrast, when consumers do not actively search for lower prices, sellers find it less rewarding to lower prices. Dennis Carlton and Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organisation* 3rd Ed. (2000), pp. 431-450.
7. Laws against price discrimination by manufacturers and wholesales also raise an economic concern because they are likely to decrease price dispersion and, therefore reduce future consumer search behaviour and price sensitivity (elasticity) of demand.
8. Dennis Carlton and Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organisation* 3rd Ed. (2000), pp. 431-450 and references therein.

9. Even in this situation, the other values to consumers, from unusually low reduced prices such as increased search behaviour or the value of product or retailer information obtained because of lower prices may predominate.
10. A useful review and comparison of monopoly and monopsony market power is Roger G. Noll, "'Buyer Power' and Economic Policy," *Antitrust Law Journal* 72:2 (2005), pp 589-624. An interesting direct defence of large retailer treatment of manufacturers, stressing the long term relationships with suppliers that lower manufacturers' costs and risk, is S. Robson Walton, "Wal-Mart, Supplier Partners, and the Buyer Power Issue," *Antitrust Law Journal* 72:2 (2005), pp. 509-527.
11. Laws against price discrimination can be viewed as an attempt to address monopsony power by preventing manufacturers from offering discounts that are not justified by costs that the manufacturer saves as a result of the buyer performing some service that the manufacturer would otherwise have to provide. Concerns about refusals of manufacturers to deal with some buyers due to exercise of monopsony power by one or more other buyers can be viewed as an extreme form of price discrimination by the manufacturer. Both prohibitions are more likely to benefit consumers and less likely suppress beneficial price cutting, if they are accompanied by market power analysis (including consideration of market definition, market structure, and entry at the retail (resale) level of the market. An interesting case from this perspective is the FTC case against Toys "R"Us for inducing manufacturers not to offer the most popular toys to resellers with low markups on these items. Evidence developed in the case indicate that Toys-R-Us found it more profitable to prevent its discount store rivals from acquiring popular toys than to compete with them in selling these items. "Boiled down to essentials, this case is about how Toys "R" Us ("TRU"), the largest toy retailer in the United States, responded to a new type of competition in toy retailing posed by wholesale clubs, ("clubs"), an innovative class of discount retailers. Instead of meeting this new competition in the market place, TRU communicated with all the toy manufacturers that supplied both TRU and the clubs, and induced many suppliers to agree---with TRU and each other---either that they would not sell to the clubs at all, or more usually that they would sell on disadvantageous terms and conditions. TRU's goal was to prevent consumers from comparing the price and quality of products in the clubs to the price and quality of the same toys displayed and sold at TRU, and, thereby, to reduce the effectiveness of the clubs as competitors." Opinion of the Commission in the Matter of Toys "R" Us, FTC Docket No. 9278 (1998), available at <http://www.ftc.gov/os/1998/10/toyspubl.pdf>.
12. The articles from the symposium: buyer power and antitrust published in the *Antitrust Law Journal* 72:2 (2005) amply illustrate that monopsony market power is potentially as great a concern as monopoly market power with the exception of where monopoly market power already exists. Some of the articles do not deal with this important exception prominently.
13. Often the marginal or variable costs of a reseller will be above the acquisition costs because the acquisition costs are simple a component of the marginal or variable costs. If so, RBC sales by a reseller will also be below the predatory exclusion pricing standard. However, acquisition costs are not necessarily variable. For example, if a reseller's supply contract with a manufacturer contains substantial "take-or-pay" provisions, the total acquisition costs do not vary with volume over the range of the take-or-pay provision. If so, a reseller could violate the RBC laws based on average unit costs but not violate the predatory foreclosure pricing standard based on marginal or variable costs. Take-or-pay supply contracts create an enforcement problem for RBC laws. RBC laws use the invoice price, but the invoice price per unit can be much lower than the actual per unit acquisition cost if the reseller does not take all of the quantity specified in the supply contract. In this situation, failure to consider end-of-year cumulative adjustments can result in failure to transactions that are far below acquisition costs.
14. The background note, country submissions, and the aide-memoire are available at <http://www.oecd.org/dataoecd/35/7/1920261.pdf>.
15. This is termed double marginalisation. If the economic concern is double marginalisation, the potential RPM remedy is a price ceiling not a price floor. Hence, neither RPM minimum prices nor RBC laws are directly relevant to concerns about double marginalisation.
16. For a text treatment of vertical restraints and references, see Dennis Carlton and Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organisation* 3rd Ed. (2000), Chapter 12, and W. Kip Viscusi, John M. Vernon and Joseph E.

Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust* 3rd Ed. (2000), Chapter 8. Also see Thomas R. Overstreet, Jr., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission (1983), and FTC Commissioner Pamela Jones Harbour, "Vertical Restraints: Federal and State Enforcement of Vertical Issues," (March 2005) available at <http://www.ftc.gov/speeches/harbour/050329vertical.pdf>. For an discussion of free riding with respect to gray market imports see "Free Trading or Free Riding: An Examination of the Theories and Available Evidence on Gray Market Imports," *World Competition Law and Economics Review* 32 (February 1988), pp. 75-92. Reprinted in Ruth Towse and Rudy Holzhauer, Eds., *The Economics of Intellectual Property*, Vol. 4, *Competition and International Trade* (2002).

The suboptimal services concern is particularly compelling if all consumers require these services to make efficient purchase decisions about a product or the presence of these services strengthens inter-brand competition---but resellers with low prices do not provide these services. Instead, consumers obtain the necessary services from resellers with higher prices and higher services, but buy from the low-priced resellers. In this scenario, low-priced resellers are said to be "free riding" on the resellers that provide the services that consumers need. Consumers potentially can be left with no providers of the required services. The result can be market failures such as inefficient purchase decisions, unsafe use of the product, or insufficient demand to keep any manufactures in business. A similar concern arises if resellers find that the costs of providing services for some products in a line of products are greater than for others. If so, some resellers may offer only the subset of products that do not require much service. This is termed "cream-skimming." Consumers then may be left with no resellers that carry a full line of products because the full line resellers exit the market. In this scenario, consumer choice could be restricted to the low-service subset of products.

17. Thomas R. Overstreet, Jr., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission (1983), and FTC Commissioner Pamela Jones Harbour, "Vertical Restraints: Federal and State Enforcement of Vertical Issues," (March 2005) available at <http://www.ftc.gov/speeches/harbour/050329vertical.pdf>.
18. In addition to vertical restraints that are arranged or enforced by horizontal coordination of competitors, some vertical restraints that may be procompetitive when employed by a few suppliers, can take on anticompetitive horizontal effects when employed by all or most suppliers. See, for example, Jonathan Baker, "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of 'Most-Favored-Customer' Clauses," *Antitrust Law Journal* 64 (Spring 1996), pp. 517-534.
19. Mikheil Gogeshvili, "Resale Price Maintenance---A Dilemma in EU Competition Law," *Georgian Law Review* (2002), pp. 281-319, available at http://www.geplac.org/publicat/law/glr02n2-3e/p_281e.pdf.
20. For a discussion of how RBC laws can be viewed as a form of vertical restraint, see Marie-Laure Allain and Claire Chambolle, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism," (February 2004), presented at the University of Toulouse Industrial Organization and The Food-Processing Industry Conference, June 2004) available at <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambolle.pdf>, and "Loss-Leaders Banning Laws as Vertical Restraints," Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques, Centre de Recherche en Economie et Statistique, working paper no. 2004-19 (2004) available at <http://www.crest.fr/doctravail/document/2004-19.pdf>. If free riding is a legitimate concern, RPM price floors are more likely to be effective than RBC laws. The RPM price floor can be set and adjusted to compensate resellers for the level of customer service that is optimal for the whole vertical chain of production. If minimum-price RPM is not available, manufacturers may be able to turn to other approaches to address the problem. Potential examples include increased advertising to establish the reputation and proper use of a product; payments (or discounts) by manufacturers for services provided by retailers; alternative sources of product information; vertical integration into retailing; monitoring of customer service levels; and product differentiation between geographic market areas.
21. See, for example, Michael Lynch, Ross M. Miller, Charles R. Plott and Russell Porter, "Product Quality, Consumer Information and "Lemon" in Experimental Markets," in Pauline M. Ippolito and David T. Scheffman, Eds., *Empirical Approaches to Consumer Protection Economics: Proceedings of a Conference Sponsored by the Bureau of Economics, Federal Trade Commission* (1986), pp. 251-306.

22. This is also an assumption in a model in which resellers have an incentive to offer loss leaders in general. See Patrick Paul Walsh and Ciara Whelan, "Loss Leading and Price Intervention in Multiproduct Retailing: Welfare Outcomes in a Second-Best World," *International Review of Law and Economics* 19:3 (September 1999), pp. 333-347.
23. In markets with many new or infrequent customers, deceptive practices are more likely to persist because a substantial portion of customers are likely to be unaware that sellers are engaging in deception.
24. The FTC Guides and consumer protection rules are available at http://ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/text-idx?sid=3ad5b48a02eb1707974872e00175bbb5&c=ecfr&tpl=/ecfrbrowse/Title16/16cfrv1_02.tpl. A list the U.S. consumer protection statutes is available at <http://www.ftc.gov/ogc/stat3.htm>. A description of the unavailability rule regarding rain checks is available at <http://consumerlawpage.com/brochure/45.shtml>.
25. The U.S. FTC's consumer protection program includes a data base of complaints that helps to guide the agency's rule making, law enforcement and consumer education. RBC related complaints do not indicate that this is an area in need of increased attention. The most recent available FTC "Performance and Accountability Report" (fiscal year 2004) is available at <http://www.ftc.gov/opp/gpra/2004parreport.pdf>. Pages 29-40 cover consumer protection. There is also an empirical literature on the effectiveness of enforcement of consumer protection laws. A useful collection of early work in this area is Pauline M. Ippolito and David T. Scheffman, Ed. *Empirical Approaches to Consumer Protection Economics* (1986). Also see Janis K. Pappalardo, "The Role of Consumer Research in Evaluating Deception: An Economist's Perspective," *Antitrust Law Journal* 65:3 (Spring 1997), pp. 793-812.
26. Most of these also apply to resale prices that are below RPM price floors.
27. For alternative discussion of these three explanations for RBC sales, see Marie-Laure Allain and Claire Chambolle, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism," (February 2004), presented at the University of Toulouse Industrial Organisation and The Food-Processing Industry Conference, June 2004, available at <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambolle.pdf>.
28. Formally, a Type I error occurs if the null hypothesis is true, but it is rejected. A Type II error occurs if the null hypothesis is false, but it is accepted.
29. See, for example, Thomas T. Nagle and Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decisions Making* 3rd Ed. (2002), Chapter 4.
30. Generally, products or services can have search, experience or credence characteristics. Search characteristics can be determined before the purchase. Experience characteristics can only be determined post purchase, but can be relatively easily and objectively determined (how fuel efficient in this particular automobile). Credence characteristics are difficult to determine even after the purchase because they are difficult to measure (pollution from a car, for example) or involve probabilities over extended use (health risks). For a discussion of the development of economic perspectives on quality and consumer knowledge, see Gordon Mills, *Retail Pricing Strategies and Market Power* (2002), Chapter 4.
31. Thomas T. Nagle and Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decision Making* 3rd Ed. (2002), p. 178.
32. Patrick Paul Walsh and Ciara Whelan, "Loss Leading and Price Intervention in Multiproduct Retailing: Welfare Outcomes in a Second-Best World," *International Review of Law and Economics* 19:3 (September 1999), pp. 333-347.
33. Thomas R. Overstreet, Jr., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission (1983), Section VI.E. Also see the discussion of the evolution of retail competition through new store formats in FTC Commissioner Pamela Jones Harbour, "Vertical Restraints: Federal and State Enforcement of Vertical Issues," (March 2005) available at <http://www.ftc.gov/speeches/harbour/050329vertical.pdf>.
34. Competition between resale formats has been a special area of attention in the work of economist Robert Steiner. See, for example, Robert L. Steiner, "How Manufacturers Deal with the Price-Cutting Retailer: When Are Vertical Restraints Efficient," *Antitrust Law Journal* 65:2 (Winter 1997), pp. 407-448. For

discussion see FTC Commissioner Pamela Jones Harbour, "Vertical Restraints: Federal and State Enforcement of Vertical Issues," (March 2005) available at <http://www.ftc.gov/speeches/harbour/050329vertical.pdf>.

35. Thomas T. Nagle and Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decisions Making* 3rd Ed. (2002), p. 90 and Chapter 4 more generally. *The Horizontal Merger Guidelines* issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (1992, revised 1997) give prominence to the effect of switching costs on price sensitivity and substitution in delineating the relevant product and geographic market (Section 1.11 and 1.21).
36. See, for example, Morris Engelson, *Pricing Strategy: An Interdisciplinary Approach* (1995), pp. 46-47.
37. Thomas T. Nagle and Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decisions Making* 3rd Ed. (2002), Chapter 12.
38. Establishing customer loyalty is the mirror image of entry, but both are legitimate business objectives that are part of the normal life cycle of products and firms. Although some entry may be hit-and-run entry against an incumbent attempting to exercise market power, other entry involving sunk costs presumes that the entrant will become an established supplier over time. In a market with heterogeneous demand, sustainable entry may depend on catering closely to the tastes of a subset of customers. Once the customers become acquainted with the product, the supplier's financial viability may depend on being able to reduce marketing costs once consumers are familiar with the attributes of the products of the new supplier.
39. For discussion, see Ramon Caminal and Adina Claici, "Are Loyalty-Rewarding Pricing Schemes Anti-competitive," manuscript (March 2005), available at <http://www.uib.es/depart/deeweb/seminaris/pdfs0405/caminal.pdf>.
40. See Patrick DeGraba, "Volume Discounts, Loss Leaders and Competition for More Profitable Customers," FTC Bureau of Economics Working Paper 260 (April 2003) available at <http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp260.pdf>, for this interpretation. It is worthy of note, that discounting to lower cost customers can be a means of departing from a price discrimination strategy. Charging the same price to customers with different costs is just as much a form of price discrimination as charging higher prices to one group of customers even though the costs of serving them are the same as those to serve other customers.
41. Note that price discrimination can involve either charging the same price when costs of serving customers differ or charging different prices when cost of serving customers are the same (or some combination of the two).
42. For example, see Gordon Mills, *Retail Pricing Strategies and Market Power* (2002), Chapters 1-5.
43. For a text treatment, see for example, Dennis W. Carlton and Jeffrey M Perloff, *Modern Industrial Organisation* 3rd Ed. (2000), Chapt. 9. There remains considerable controversy over the importance and competitive effects of price discrimination. See, for example, the papers from the symposium on competitive price discrimination published in the *Antitrust Law Review* 70:3 (2003) and James C. Cooper, Luke Froeb, Daniel O'Brien and Steven Tschantz, "Does Price Discrimination Intensify Competition? Implications for Antitrust," *Antitrust Law Review* 72:2 (2005), pp. 327-373.
44. See Max Sutherland and Alice Sylvester, *Advertising and the Mind of the Consumer: What Works, What Doesn't, and Why* 2nd Ed (2000), pp. 21-23 and 200; Michael T. Elliot and Paul S. Speck, "Consumer Perception of Advertising Clutter and Its Impact Across Various Media," *Journal of Advertising Research* 38 (1998), pp. 1-3; Robert J. Kent, "Competitive Clutter in Network Televisions Advertising: Current Levels and Advertiser Responses," *Journal of Advertising Research* 35 (1995), pp. 49-57; and John C. Hilke and Philip B. Nelson, "Noisy Advertising and the Predation Rule in Antitrust Analysis," *American Economic Review*, 74:2 (May 1984), pp. 367-371.
45. Thomas T. Nagle and Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decisions Making* 3rd Ed. (2002), pp 100-101. It is also useful to consider why resellers might choose to offer discount prices from time to time even if their costs do not vary and the price sensitivity of demand

does not vary. One explanation is that resellers establish a high price outside of sale periods in order to try to establish the worth of the product on consumers' minds. For some products, consumers may use the normal price as a signal of quality or even a value from the products status as a luxury item. If consumers view the normal price as the products' worth, then they may respond more substantially to even a small price reduction during a sale period. For discussion see Gordon Mills, *Retail Pricing Strategies and Market Power* (2002), pp. 59-60 and 69-72.

46. Retailers in areas with less intensive competition may be less concerned about manufacturer's price increases as long as prices increase for all resellers in the area by the same amount. Retailers may hold this view because they believe that when all retailers raise prices simultaneously because of increased costs, the prices can be passed along to consumers without substantial volume losses. See, for example, David Scheffman, "Sources of Information and Evidence in Merger Investigations," (June 14, 2002) available at <http://www.ftc.gov/speeches/other/scheffmanabanybar.pdf>.
47. Some products are likely to be better loss leaders than others. Good loss leaders are often products that are frequently purchased so consumer have in mind the typical price for the item. Good loss leaders are often products with consistent, well-know quality so that customers do not worry that the lower price is being offered because the quality is lower. See John C. Hilke and Philip B. Nelson, "Retail Featuring as a Strategic Entry or Mobility Barrier in Manufacturing," *International Journal of Industrial Organisation*, 9 (1991), pp. 533-44.
48. United States Treasury, Internal Revenue, "Accounting Periods and Methods," Publication 538 (2004) available at <http://www.irs.gov/publications/p538/ar02.html> and John C. Hilke, "Firm Size and Regulatory Compliance Costs: The Case of LIFO Regulations," Bureau of Economics Report to the Federal Trade Commission (1984).
49. Olivier Boylaud and Giuseppe Nicoletti, "Regulatory Reform in Retail Distribution," OECD Economic Studies No. 32 (2001).
50. Olivier Boylaud and Giuseppe Nicoletti, "Regulatory Reform in Retail Distribution," OECD Economic Studies No. 32 (2001).
51. In a dynamic retail sector, the meaning of "traditional retailers" may change over time. For example, before the wide-spread use of automobiles, retailers in rural areas were often general stores at which consumers presented a list of items and clerks assembled the desired items from inventories behind the counter. In this context, consumer self service from open inventories was an innovation, even though this practice now predominates. Selection from behind the counter survives, however, for some highly customised products, some very expensive products that are subject to pilfering, and some products that are illegal to sell to minors.
52. For example, see Robert L. Steiner, "Exclusive Dealing + Resale Price Maintenance: A Powerful Anticompetitive Combination," *Southwestern University Law Review* 33 (2004), pp. 447-476, available at <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/347.pdf#search='Robert%20L.%20Steiner%20and%20retail%20innovation'>.
53. See, Virginia Postrel, "Lessons in Keeping Business Humming, Courtesy of Wal-Mart U." *New York Times* (February 28, 2002) available at <http://www.dynamist.com/articles-speeches/nyt/walmart.html>, and McKinsey Quarterly (2002), available at http://www.mckinseyquarterly.com/article_abstract.aspx?ar=1152&L2=20.
54. The leading initial treatment is Oliver Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications* (1975). See also, for example, John Stuckey and David White, "When and When Not to Vertically Integrate," *McKinsey Quarterly* 3 (1993) and Wesley H. Higaki, "Applying An Improved Economic Model to Software Buy-Versus-Build Decisions," *Hewlett-Packard Journal* 46:4 (1995), pp. 61-66.
55. See also the discussion of transfer pricing in Section V's description of RBC laws in France.
56. S. Robson Walton, "Wal-Mart, Supplier Partners, and the Buyer Power Issue," *Antitrust Law Journal* 72:2 (2005), pp. 509-527. Discussions of Wal-Mart efficiencies are contained in Harvard Business School case

studies 9-794-024 (1996); 9-387-018 (1989) and N9-799-188 (1999), cited in Emek Basker, "Selling a Cheaper Mousetrap: Wal-Mart's Effect on Retail Prices" (March 2005). University of Missouri Working Paper No. 04-01. Available at <http://ssrn.com/abstract=484903>.

57. In contrast to inefficient restrictions on firm behaviour, regulations that force firms to internalise negative and positive externalities or address market power concerns in natural monopoly situations can help to steer innovation and entry in economically efficient ways. For example, Giuseppe Nicoletti, "Regulation in Services: OECD Patterns and Economic Implications," OECD Economics Department Working Paper No. 287 (8-February-2001) supports the view that the pace of deregulation should be evaluated relative to the actual remaining natural monopoly (or other market failure) elements in an industry rather than in absolute terms. Similarly, regulations properly classified as competition laws can facilitate innovation and entrepreneurship by curbing efforts by incumbent firms to impede entry or the growth of competition from established rivals. Intellectual property regulation can increase incentives to innovate and disclose new technologies so that others may develop them further, although these laws simultaneously also can allow firms to exercise market for a limited period of time. The use of the word "can" in this footnote is a potential subject of controversy. For discussion of the optimistic versus pessimistic views of government regulatory intervention and an empirical result favouring the pessimistic viewpoint using regulatory data sets other than the OECD data on regulation, see Tue Gorgens, Martin Paldam and Allan Wurtz, "A Study of Public Regulation and Growth," Working Paper 2003-14, Department of Economics, Aarhus University (5-October-2004) available at ftp://ftp.econ.au.dk/afn/wp/03/wp03_14.pdf. The authors conclude that economic growth shows an inverse relationship to regulation and does not indicate that any actual (as opposed to conceptual) regulatory environment improves economic growth rates.
58. OECD, *Economic Survey of New Zealand, 2005* (July 2005) and *Economic Survey of France, 2005* (June 2005).
59. Virginia Postrel, "Lessons in Keeping Business Humming, Courtesy of Wal-Mart U." *New York Times* (February 28, 2002) available at <http://www.dynamist.com/articles-speeches/nyt/walmart.html>.
60. OECD, *OECD Economic Studies, No. 32, Special Issue on Regulatory Reform* (2001). Comparisons of the OECD data to regulatory comparison based on subjective survey responses are discussed in Giuseppe Nicoletti and Frederic L. Pryor, "Subjective and Objective Measures of the Extent of Governmental Regulations," manuscript (5-December-2001), available at <http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=130>. The authors report positive correlations of between .55 and .67 between the three sets of measure of product market regulation.
61. Giuseppe Nicoletti, "Cross-country Regulations Patterns and Their Implications for Macroeconomic and Sectoral Performance," in Giuliano Amato and Laraine L. Laudati, Eds., *The Anticompetitive Impact of Regulation* (2001), pp. 278-313. The descriptive materials about the OECD International Regulation Database are from this source as well.
62. Giuseppe Nicoletti and Stefano Scarpetta, "Regulation, Productivity, and Growth: OECE Evidence," World Bank Policy Research Paper 2944 (January 2003).
63. OECD Economics Department, "The Benefits of Liberalising Product Markets and Reducing Barriers to International Trade and Finance: The Case of the United States and the European Union," Working Paper 432 (26, May 2005)
64. Alberto Alesina, Silvia Ardagna, Giuseppe Nicoletti and Fabio Schiantarelli, "Regulation and Investment" Harvard Institute for Economic Research Discussion Paper 1990 (2002), available at <http://post.economics.harvard.edu/hier/2002papers/2002list.html>.
65. See OECD, "Product Market Regulation in OECD Countries: 1998 to 2003," *Economic Policy Reforms, Going for Growth* (2005), Chapter 4, for discussion of changes in relative levels of regulation among OECD countries.
66. Giuseppe Nicoletti, "Cross-country Regulations Patterns and Their Implications for Macroeconomic and Sectoral Performance," in Giuliano Amato and Laraine L. Laudati, Eds., *The Anticompetitive Impact of Regulation* (2001), pp. 278-313.

67. Bank of Hawaii, "Gaum Economic Report---Developments Since 1995," (September 1997), available at <http://www.boh.com/econ/pacific/gm/gm.pdf>.
68. Discovering Hawaii, "Hilo, The Big Island's Capitol City," available at http://www.discoverinhawaii.com/Is_BigIsland/Hilo,%20The%20Big%20Island%20of%20Hawaii.
69. Bank of Hawaii, "Consumer Price Index Offers Good News for Hawaii's Consumers" (19-February-1999) available at <http://www.boh.com/new/990219.asp>.
70. Emek Basker, "Selling a Cheaper Mousetrap: Wal-Mart's Effect on Retail Prices" (March 2005). University of Missouri Working Paper No. 04-01. Available at <http://ssrn.com/abstract=484903>.
71. OECD, Predatory Foreclosure Roundtable Background Note, Section 2.4
72. U.K. Competition Commission, "Legislation Against Buyer Power in other European Countries," available at <http://www.competition-commission.org.uk/rep-pub/reports/2000/fulltext/446a11.10.pdf>.
73. The 2004 efforts to revise the 1996 laws were superseded by a government led agreement among manufacturers and resellers to reduce resale prices on some 4,000 items sold in grocery outlets. "France's Visible Hand," *TIME Europe* (20-June-2004) available at <http://www.time.com/time/europe/magazine/artucke/0,13005,901040628-655393,00.html>, and Jean Christophe Grall, Thomas Lamy and Jonathan Wagstaff, "Questioning the General Prohibition on Resale at a Loss and Its Effects on Competition, the French Experience: Simple Words for an Intricate Problem" *European Community Law Review* (2005), pp. 201-204.
74. See, for example, Enrico Colla, "Legislation Commerciale, Marges Arrieres et Concurrence par les Prix dans la Distribution en France. Quels modes d'explication?" available at <http://venus.unive.it/dea/ricerca/convegni/markpa05/Materiali/Paper/Fr/Colla.pdf>, and European Union, *Economic Reform in France* (2004), pp 5,. available at http://europa.eu.int/comm/economy_finance/epc/documents/2004/nationalreports/france. Previous versions of the loi Galland also contained provisions against RBC transactions. OECD, *Regulatory Reform Review of France* (1-April-2004), Chapter 3, p. 17.
75. OECD, *Regulatory Reform Review of France* (1-April-2004), Chapter 3, pp. 17-18.
76. U.K. Competition Commission, "Legislation Against Buyer Power in other European Countries," available at <http://www.competition-commission.org.uk/rep-pub/reports/2000/fulltext/446a11.10.pdf>.
77. Marie-Laure Allain and Claire Chambolle, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism," (February 2004), presented at the University of Toulouse Industrial Organisation and The Food-Processing Industry Conference, June 2004) available at <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambolle.pdf>, and "Loss-Leaders Banning Laws as Vertical Restraints," Intitut National de la Statistique et des Etudes Economiques, Centre de Recherche en Economie et Statistique, working paper no. 2004-19 (2004) available at <http://www.crest.fr/doctravail/document/2004-19.pdf>.
78. Dobson Consulting, "Buyer Power and Its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union," European Commission Study Contract No. IV/98/ETD/078 (May 1999), Chapter 8, available at <http://europa.eu.int/cinn/competition/ppublications/studies/bpifrs>; Marie-Laure Allain and Claire Chambolle, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism," manuscript (February 2004, presented at the University of Toulouse Industrial Organisation and The Food-Processing Industry Conference, June 2004) available at <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambolle.pdf>, and "Loss-Leaders Banning Laws as Vertical Restraints," Intitut National de la Statistique et des Etudes Economiques, Centre de Recherche en Economie et Statistique, working paper no. 2004-19 (2004) available at <http://www.crest.fr/doctravail/document/2004-19.pdf>, and Olivier Macard, "France," in *Ernst & Young Global Pricing Trends 2004* (2004) available at http://www2.eycom.ch/publications/items/rcp_pricingtrends2004_report/en.pdf.
79. Marie-Laure Allain and Claire Chambolle, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism," manuscript (February 2004) presented at the University of Toulouse Industrial

- Organisation and The Food-Processing Industry Conference, June 2004, available at <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambolle.pdf>, and “Loss-Leaders Banning Laws as Vertical Restraints,” Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques, Centre de Recherche en Economie et Statistique, working paper no. 2004-19 (2004) available at <http://www.crest.fr/doctravail/document/2004-19.pdf>, and Olivier Macard, “France,” in *Ernst & Young Global Pricing Trends 2004* (2004) available at http://www2.eycom.ch/publications/items/rcp_pricingtrends2004_report/en.pdf.
80. U.K. Competition Commission, “Legislation Against Buyer Power in other European Countries,” available at <http://www.competition-commission.org.uk/rep-pub/reports/2000/fulltext/446a11.10.pdf>. Germany continues to permit strict RPM for books, although the European Commission has challenged some applications of the law to book sellers outside of Germany. Malcom MacLaren, “Is the Price Right: The European Competition Law Dispute over National Systems of Fixed Book Prices,” *German Law Journal* 13:1 (August 2001) available at <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=75>.
 81. OECD, *OECD Reviews of Regulatory Reform, Germany: Consolidating Economic and Social Renewal* (2004), pp. 47 and 94.
 82. Wal-Mart may be a large firm in total global sales, but its 2% share of food sales in Germany and the much larger shares of Aldi and several other grocery retailers (Jack Ewing, “Wal-Mart: Struggling in Germany,” *Business Week* (April 11, 2005) available at http://www.buisnessweek.com/magazine/content/05_15/b3928986_ms054.htm) suggests that Wal-Mart’s prospects for recoupment from RBC sales are at least questionable.
 83. Patrick Paul Walsh and Ciara Whelan, “A Rationale for Repealing the 1987 Groceries Order,” *Economic and Social Review* 30:1 (January 1999), pp. 71-90.
 84. The Joint Committee on Enterprise and Small Business submission is available at <http://www.oireachtas.ie/documents/comittes29thdai/jcesb/Sub210705.doc>. Also see, Consumer Strategy Group, “The Groceries Order Pro’s and Cons,” (2005) available at http://www.irishconsumer.ie/report/forward/groceries_procon.html.
 85. Competition Authority, “Anti-Consumer Groceries Order has Greatest Effect on Lower Income Families”, news release (13 September 2005).
 86. Alan Collins and Kostas Oustapassidis, “Below Cost Legislation and Retail Performance,” Agribusiness Discussion Paper No. 15, Department of Food Economics, University College, Cork (April 1997). This paper also contained a useful history of the development of RBC laws in Ireland. Also see Patrick Paul Walsh and Ciara Whelan, “A Rationale for Repealing the 1987 Groceries Order,” *Economic and Social Review* 30:1 (January 1999), pp. 71-90, and “Loss Leading and Price Intervention in Multiproduct Retailing: Welfare Outcomes in a Second-Best World,” *International Review of Law and Economics* 19:3 (September 1999), pp. 333-347.
 87. U.K. Office of Fair Trading, “Supermarkets: The Code of Practice and Other Competition Issues, Conclusions” (August 2005).
 88. A less favourable interpretation of buyer power in the U.K. grocery trade is Paul L. Dobson, “Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade,” *Antitrust Law Journal* 72:3 (2005), pp. 529-562. The author finds evidence that larger discounts are offered to larger retailers and that larger retailers may charge more for access to shelf space, but the author does not indicate how this results in harm to consumers or how remaining resellers would be able to profitably raise prices above the competitive level in the future. To the extent that resellers face effective competition in selling to consumers and create strong incentives for manufacturers to cut costs and reduce prices, resellers will pass the savings on to consumers, and consumer will benefit. See, Warren S. Grimes, “Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and the Atomistic Seller,” *Antitrust Law Journal* 72:3 (2005), pp 563-588.at 576-577. This same source raises the possibility of price and non-price monopsony predatory foreclosure. These concerns, like the concerns about price and non-price monopoly predatory foreclosure are likely to be more accurately analysed in the context of a predatory foreclosure analysis than by RBC laws.

89. Peter Gumbel, "Retail Politics," *Time Europe* (9-February-2003) available at <http://www.time.com/time/europe/magazine/article/0,13005,901030217-420981,00.html>.
90. Terry Calvani, "Predatory Pricing and State Below-Cost Sales Statutes in the United States: An Analysis," (1-March-1999) available at <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1292&lg=e>. Also see U.S. Federal Trade Commission, Office of Policy Planning and Bureau of Competition, Comment to the Virginia House of Delegates regarding Senate Bill No. 458, "Below-Cost Sales of Motor Fuels," (15 February 2002), available at <http://www.ftc.gov/be/v020011.htm>. The U.S. does have laws against various types of price discrimination that are not cost justified (Robinson-Patman Act). These laws were developed at the urging of small independent grocery stores during the 1930s when large grocery chains such as the Great Atlantic and Pacific Tea Company (A&P) were rapidly expanding.
91. Arkansas is one such state, but in 1995 its Supreme Court ruled that loss leader sales for individual items are not necessarily predatory and may enhance rather than harm competition. See the Arkansas Supreme Court, Wal-Mart Stores, Inc. v American Drugs, Inc et al. Case No. 94-235, available at <http://lawlibrary.ucdavis.edu/LAWLIB/jan95/0334.html>.
92. Terry Calvani, "Predatory Pricing and State Below-Cost Sales Statutes in the United States: An Analysis," (1-March-1999) available at <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1292&lg=e>; U.S. Federal Trade Commission, Office of Policy Planning and Bureau of Competition, Comment to the Virginia House of Delegates regarding Senate Bill No. 458, "Below-Cost Sales of Motor Fuels," (15 February 2002), available at <http://www.ftc.gov/be/v020011.htm>; F.M. Scherer and David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 3rd Ed. (1990), Chapter 15.
93. Frederick R. Warren-Boulton, "Resale Price Maintenance Reexamined: *Monsanto v. Spray-Rite*" in John E. Kwoka and Lawrence J. White, *The Antitrust Revolution* (1989), pp. 371-404. Also see the references in fn 2.
94. Terry Calvani, "Predatory Pricing and State Below-Cost Sales Statutes in the United States: An Analysis," (1-March-1999) available at <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1292&lg=e>.
95. In particular, the 2002 Wal-Mart decision of Germany's Supreme Court.
96. U.K. Office of Fair Trading, "Supermarkets: The Code of Practice and Other Competition Issues, Conclusions" (August 2005).
97. Direct subsidies also allow small firms to compete in situations in which they would otherwise go out of business, but the advantage is artificial and often not self-sustaining. Assisting small businesses by providing relevant information, informing them of opportunities to realise economies of scale by cooperating with other small firms, and sharing best-practices among small firms are arguably advantages that small firms do not have primarily because of the high costs of organising small entities (a public goods problem).
98. U.K. Office of Fair Trading, "Supermarkets: The Code of Practice and Other Competition Issues, Conclusions" (August 2005).

NOTE DE RÉFÉRENCE*

par le Secrétariat

1. Introduction et résumé

Les lois relatives aux prix de revente inférieurs aux coûts constituent l'une des trois principales restrictions réglementaires s'appliquant aux prix de revente. Les deux autres types d'instruments sont les lois sur les pratiques d'éviction du marché et les lois sur les prix de revente minimaux imposés¹. La présente note se penche plus particulièrement sur les lois relatives aux prix de revente inférieurs aux prix coûtants et à leurs effets sur le bien-être des consommateurs et l'efficacité économique. Ces lois interdisent généralement les ventes à perte, c'est-à-dire les prix de revente inférieurs aux prix payés par le détaillant au producteur, mais tolèrent quelquefois des marges minimales sur les coûts d'acquisition et des suppléments pour les frais de transport et autres coûts. L'analyse des lois contre la vente à perte (ci-après « lois anti-VAP ») amène souvent à examiner les lois sur les pratiques d'éviction et les prix imposés parce que leurs justifications économiques sont parfois identiques et qu'elles s'appliquent toutes aux revendeurs et peuvent partiellement se substituer les unes aux autres.

En conclusion de la présente note, il est indiqué que les lois anti-VAP risquent plus de nuire aux consommateurs que de les avantager². Elles ne favorisent pas le bien-être des consommateurs ni l'efficacité économique, surtout quand elles coexistent avec des lois sur les pratiques d'éviction. En effet, leur opposition de principe aux baisses de prix peut conduire à protéger les détaillants qui adoptent une stratégie de prix élevés/de volumes faibles contre la concurrence des détaillants qui privilégient l'inverse (prix bas/volumes importants). Les lois anti-VAP n'exigent pas la preuve que les prix bas pratiqués seront relevés par la suite, elles se contentent de le postuler. Elles freinent manifestement la croissance et l'innovation chez les détaillants qui écoulent de gros volumes à bas prix, désavantageant ainsi les consommateurs et nuisant à l'efficacité et à la croissance économique dans le secteur du détail et le secteur manufacturier. Ces effets négatifs sont dus au fait qu'en limitant les ventes « à perte », ces lois privent les détaillants qui écoulent de gros volumes à bas prix d'un outil de commercialisation légitime, efficace et puissant. Autre problème économique, des lois anti-VAP sévères peuvent contribuer à la stagnation réglementaire, un phénomène associé au ralentissement de la croissance économique et à la montée du chômage. Que ce soit pour le bien-être des consommateurs ou la croissance économique, les lois anti-VAP méritent amplement d'être réexaminées par les pays Membres de l'OCDE.

Bien qu'elles soient souvent perçues comme un outil du droit de la concurrence, elles peuvent en réalité viser d'autres objectifs que le bien-être des consommateurs et l'efficacité économique. Quand c'est le cas, le risque existe que les lois protégeant réellement la concurrence soient moins bien appliquées et que le droit de la concurrence soit moins bien compris, approuvé et respecté. Les lois authentiquement conçues pour protéger la concurrence risquent d'être moins bien appliquées car les autorités de la concurrence seraient chargées de faire appliquer une loi visant d'autres objectifs mais ne bénéficieraient pas forcément de rallonges financières en conséquence. L'opinion publique comprend peut-être moins bien le droit de la concurrence et n'y adhère peut-être pas de la même façon quand il englobe des lois anticoncurrentielles, ce qui lui paraît contradictoire. L'adhésion du public au droit de la concurrence serait également moins forte si certains des inconvénients des lois anti-VAP (moindre bien-être du consommateur, coûts d'efficacité) étaient mal identifiés et attribués à tort au droit de la concurrence.

* Cette note a été rédigée par John Hilke, consultant auprès du Secrétariat de l'OCDE.

La conclusion de notre réexamen est qu'il est contestable de ranger les lois anti-VAP dans le droit de la concurrence. Les origines historiques de ces lois et d'autres politiques aboutissant à des résultats économiques comparables montrent que les lois anti-VAP ont peut-être plus de points communs avec les lois relatives à la préservation des sites historiques, à l'occupation des sols et aux externalités sociales qu'avec le droit de la concurrence. Si ces lois perdurent, la meilleure solution pourrait être de ne pas les classer dans le droit de la concurrence mais de faire en sorte que les autorités de la concurrence soient habilitées à intervenir quand leur application nuit à la concurrence.

La présente note aborde principalement les points suivants :

- Les lois anti-VAP sont une des trois restrictions relatives aux prix de revente que les pouvoirs publics appliquent ou autorisent parfois. Elles proscrivent la vente au détail à prix sacrifié (vente à perte). Les autres restrictions courantes sont les lois contre les pratiques d'éviction et les lois relatives aux prix imposés.
- Les lois anti-VAP risquent plus de nuire aux consommateurs que de les avantager. Elles vont à l'encontre du postulat général selon lequel les baisses de prix profitent aux consommateurs. Les exceptions que sont les prix d'éviction, le parasitisme et la tromperie exigent des évaluations économiques nuancées difficilement compatibles avec les lois anti-VAP.
- Il existe une multitude de justifications économiques à la pratique des ventes à perte (sur produits d'appel). Plusieurs d'entre elles supposent de fournir aux consommateurs des informations qui peuvent accroître leur bien-être. L'un des effets les plus délétères des lois anti-VAP réside dans la dispersion des prix de revente, qui ralentit l'activité de recherche des consommateurs et, à terme, diminue la sensibilité-prix de la demande. Quand cette sensibilité décroît, les détaillants ont plus de latitude pour exercer une puissance sur le marché.
- Divers éléments démontrent que les consommateurs paient davantage quand les produits sont soumis à des interdictions de vente à perte. On estime par exemple qu'une ordonnance irlandaise (*Groceries Order*) concernant les produits alimentaires alourdit le budget alimentaire d'un ménage moyen de pratiquement 500 euros par an.
- Les lois anti-VAP posent trois autres problèmes : iniquité entre différents types de distributeurs, risques d'alourdir les coûts des concurrents (tactiques d'éviction à moindre frais) et effet de distorsion sur les décisions d'intégration verticale.
- Les lois anti-VAP peuvent partiellement neutraliser les mesures conçues pour inciter les distributeurs à être offensifs avec les fabricants pour stimuler l'efficacité et l'innovation. Il peut s'ensuivre une baisse d'efficacité et d'innovation à ce niveau de la chaîne de production.
- Les lois anti-VAP peuvent contribuer à une stagnation réglementaire, elle-même à l'origine d'un ralentissement économique et d'une hausse du chômage.
- Les lois anti-VAP justifient d'être réexaminées par les pays Membres de l'OCDE, surtout quand des lois contre les pratiques d'éviction sont déjà en vigueur.
- Les effets des lois anti-VAP ressemblent plus à ceux des lois concernant la préservation du patrimoine, l'occupation des sols ou les externalités sociales qu'aux effets du droit de la concurrence.

2. Outre les première et dernière sections (introduction et conclusion), la présente analyse se compose de quatre sections principales. La deuxième étudie les lois anti-VAP du point de vue du bien-être des consommateurs et de l'efficacité économique. La troisième section s'intéresse à l'effet probable de ces lois sur la dynamique du secteur de détail et sur la croissance économique. La section 4 passe en revue les tendances de la législation relative aux ventes à perte. La cinquième et avant-dernière section examine les classifications possibles des lois anti-VAP.

Typologie des restrictions concernant les prix de revente :

Si les trois formes de restrictions légales relatives aux prix de revente étaient classées par ordre croissant de restrictivité, il est probable que les lois sur les prix imposés arriveraient en tête, suivies des lois anti-VAP. Les lois contre les pratiques d'éviction sont généralement les moins contraignantes car elles prévoient habituellement un test de récupération des pertes ainsi qu'un test concernant uniquement les prix (prix de revente et prix coûtants).

Ces trois restrictions prévues par les pouvoirs publics pour réglementer les prix de revente diffèrent également les unes des autres sur deux plans : par qui la norme de prix est-elle établie et cette norme est-elle propre à chaque entreprise ? Les normes en matière de vente à perte sont généralement déterminées et appliquées par des organismes publics. Le prix plancher en deçà duquel un détaillant est réputé vendre à perte est propre à chaque produit et dépend de son coût d'acquisition. En général, les normes définissant les prix d'éviction sont elles aussi déterminées et appliquées par des organismes publics. Là encore, elles sont spécifiques à chaque vendeur et à chaque produit. Les prix inférieurs à la norme ne constituent pas une infraction à la loi contre les pratiques d'éviction si la récupération des pertes est improbable. En matière de prix imposés, le prix plancher est un chiffre donné qui, dans une même zone géographique, ne varie habituellement pas d'un distributeur à l'autre. Le respect des prix imposés peut être garanti par les autorités ou dans le cadre de contrat d'approvisionnement privés.

En règle générale, les trois types de restrictions sur les prix de revente ne sont que des substituts imparfaits. Ainsi, les lois anti-VAP pourraient empêcher la survenue d'un des problèmes les plus sérieux associés au parasitisme, l'utilisation comme produit d'appel d'un produit acquis indûment. Toutefois, elles ne s'appliqueraient pas aux pratiques moins « extrêmes ». Les prix planchers fixés pour lutter contre les prix imposés, en revanche, sont nettement supérieurs aux coûts d'acquisition supportés par les distributeurs. Ceci s'explique par le fait que, pour encourager la concurrence intramarque sous forme de services supplémentaires et éviter le parasitisme, l'écart (ou la marge) entre le prix de revente minimal et les coûts d'acquisition doit permettre de rémunérer les distributeurs pour la prestation des services désirés(*).

Il est hasardeux de tirer quelque conclusion économique générale que ce soit sur les restrictions verticales, y compris sur les prix de revente imposés (PRI). L'une des manières de procéder consiste peut-être à déclarer que les restrictions verticales sont moins contestables sur le plan économique *si* leur définition, leur suivi et leur mise en application sont de la responsabilité de chaque fabricant ; *si* rien n'indique que les distributeurs ont contraint le fabricant ou organisé eux-mêmes la mise en œuvre des restrictions ; *si* tous les consommateurs requièrent ou désirent le même niveau substantiel de service ; *et si* la restriction verticale n'a pas d'effets horizontaux anticoncurrentiels. Il y a donc une évolution par rapport à la conception selon laquelle toutes les restrictions verticales sont anticoncurrentielles ou par rapport à la conception voulant que l'État finance ou garantisse l'application des restrictions verticales privées. Cette évolution fait pendant à l'évolution observée dans le domaine des fusions et faisant que la plupart de ces opérations sont désormais considérées comme sans danger. Le débat continue quant aux types de restrictions verticales qui auraient des effets anticoncurrentiels proches de ceux des restrictions horizontales(**). On notera avec intérêt que plusieurs débats organisés dans les pays Membres sur le thème des PRI, dans le cadre de la Table ronde de 1997, indiquaient que les principaux partisans du régime de prix imposés dans le secteur des livres et de la presse étaient les concurrents qui étaient susceptibles d'avoir des prix et des coûts plus élevés que la moyenne mais pas d'offrir les services les plus demandés.

(*) Prenons un deuxième exemple. Des lois anti-VAP sévères risquent de n'empêcher qu'une partie des prix d'éviction car les coûts d'acquisition ne sont souvent qu'une composante du prix plancher fondé sur les coûts variables ou les coûts marginaux et servant à identifier les pratiques d'éviction. En revanche, elles pourraient empêcher les prix de revente qui dépassent le seuil définissant l'éviction ou qui ne tomberaient pas sous le coup des

lois anti-éviction parce que la récupération des pertes est peu vraisemblable. De la même façon, les prix de revente minimaux imposés empêcheraient généralement l'éviction mais excluraient aussi beaucoup de prix auxquels il n'y a rien à objecter au regard des lois anti-éviction.

(**) Voir William S. Comanor, F.M. Scherer et Robert L. Steiner, "Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference: The Response of the American Antitrust Institute," disponible à l'adresse <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/408.pdf>; James C. Cooper, Luke M. Froeb, Dan O'Brien et Michael G. Vita, "Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference," Federal Trade Commission Bureau of Economic Working Paper, (8 novembre 2004, révisé le 18 février 2005), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/speeches/froeb/050218verticalecon.pdf>; John Woodbury, "Paper Trail: Working Papers and Recent Scholarship," (mai 2005), disponible à l'adresse <http://www.abanet.org/antitrust/source/05-05/may05-papertrail.pdf>; Thomas R. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Federal Trade Commission Staff Report, (novembre 1983).

2. Les lois ANTI-VAP du point de vue du bien-être des consommateurs et de l'efficacité économique

Le point de départ de la présente analyse des lois anti-VAP est le postulat largement admis selon lequel les lois relatives à la concurrence devraient bénéficier aux consommateurs et généralement augmenter l'efficacité économique³. Les délégués de la Table ronde sur les pratiques d'éviction organisée par l'OCDE en 2004 se sont accordés sur ce point. Malgré cet apparent consensus entre les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence, le risque existe que des intérêts particuliers s'emparent du processus législatif pour promulguer de pseudo-lois concurrentielles afin de protéger certains fournisseurs. Il peut arriver, par exemple, que les intérêts des consommateurs et ceux d'entrants potentiels soient sous-représentés dans le processus politique parce qu'il est plus difficile de fédérer des groupes aussi éparés et éclectiques⁴. Évaluer les effets d'une loi sur le bien-être des consommateurs peut être un bon test pour déterminer s'il s'agit d'une loi authentiquement destinée à protéger la concurrence⁵.

2.1 Les baisses de prix profitent généralement aux consommateurs

Quand les fournisseurs baissent leurs prix, les consommateurs en retirent généralement un avantage et peuvent compter à la fois sur des effets de revenu et de substitution positifs. Quand le prix d'un produit baisse, les consommateurs peuvent en obtenir plus pour le même montant ; ils peuvent aussi acheter plus d'autres produits ou services (ou économiser davantage) s'ils achètent la même quantité de produit à prix réduit ; les consommateurs ont aussi la possibilité d'acheter une quantité un peu plus importante de produit à prix réduit et un peu plus d'autres produits. Certains consommateurs achètent en grande quantité un produit dont le prix est en baisse et le consomment progressivement. D'autres peuvent en consommer une plus grande quantité parce qu'ils achètent moins de substituts plus chers. D'autres encore saisissent l'occasion de cette baisse de prix pour essayer un produit qu'ils ne connaissaient pas ou ne pouvaient pas s'offrir jusque-là. Des prix bas peuvent encourager les consommateurs à se rendre chez un détaillant dont ils n'étaient pas encore clients. Certains consommateurs peuvent faire d'importantes provisions d'articles à prix réduit pour en fournir à des proches se trouvant dans des zones géographiques où il n'y a pas eu de baisse des prix (arbitrage).

Les réactions des consommateurs aux baisses de prix peuvent induire des changements à long terme de leur comportement d'achat parce que ces baisses leur auront donné l'occasion de découvrir un produit ou un magasin à bas prix plus conforme à leurs attentes. Les consommateurs qui ont bénéficié de diverses baisses de prix deviennent généralement plus sensibles aux prix⁶. Ceci peut déboucher non seulement sur des économies pour les consommateurs en question mais aussi sur une sensibilité-prix (ou élasticité-prix) accrue de la demande globale. Or plus la demande est sensible aux prix, plus il est difficile pour un distributeur d'accroître son bénéfice en pratiquant des prix supraconcurrentiels (c'est-à-dire en exerçant une puissance sur le marché).

Toutes ces possibilités de réaction aux baisses de prix sont un atout pour les consommateurs : ils peuvent consommer un produit en plus grande quantité ou un plus grand nombre de produits. La plupart des effets qu'ont les prix réduits sur la consommation peuvent aussi stimuler la concurrence entre les détaillants et ensuite entre les grossistes ou les fabricants. Les consommateurs peuvent escompter encore des avantages supplémentaires quand les détaillants, les grossistes et les fabricants sont contraints de répercuter les gains d'efficacité que génèrent une concurrence accrue et une plus grande élasticité-prix de la demande. Par conséquent, le point de départ de l'évaluation économique des lois anti-VAP devrait être que les baisses de prix profitent aux consommateurs, que les prix réduits soient ou non inférieurs aux prix coûtants.

Sur les marchés où l'information est imparfaite, les baisses de prix proposées par certains fournisseurs peuvent avoir non seulement des effets immédiats mais aussi se traduire par des gains de bien-être pour les consommateurs et des gains d'efficacité. Ces avantages futurs résultent du fait que la dispersion des prix constatée à un moment donné a des effets positifs sur le comportement futur des consommateurs.

Si les lois anti-VAP atténuent la dispersion des prix de détail en réduisant le nombre et la fréquence des prix inhabituellement bas, elles peuvent entraîner chez les consommateurs une quête moins active des meilleurs prix⁷. Ceci provoque par ricochet une moindre sensibilité-prix (ou élasticité-prix) de la demande et offre aux détaillants davantage de possibilités d'exercer leur puissance sur le marché en relevant leurs prix. Les lois anti-VAP peuvent enseigner aux consommateurs qu'il ne faut pas escompter de baisses de prix, ce qui finit par être vrai.

L'élasticité de la demande par rapport aux prix est un paramètre important pour évaluer la puissance sur le marché. Par ailleurs, la recherche des meilleurs prix par les consommateurs est déterminante pour l'élasticité-prix. Quand les consommateurs recherchent activement les prix bas, les distributeurs tentés par un relèvement de leurs prix au-dessus du niveau concurrentiel savent que cela sera moins rentable que prévu parce que les consommateurs seront sans doute plus enclins à acheter chez le moins disant. Quoi qu'il en soit, la recherche active des prix bas n'est pas une donnée acquise ; comme dans d'autres activités, les consommateurs s'y lancent d'autant plus volontiers qu'ils ont des chances d'en retirer un avantage. En l'occurrence, l'avantage consiste à trouver des prix plus bas. Les consommateurs sont donc peu susceptibles de se mettre en quête de prix réduits s'ils estiment avoir peu de chances d'en trouver. Par conséquent, ils recherchent moins activement les prix bas et les probabilités augmentent qu'un distributeur pratiquant des prix supraconcurrentiels trouve des clients pour ses produits et constate que cette stratégie est rentable. Ce modèle de comportement des consommateurs est quelquefois appelé modèle du « piège à touristes »⁸. Si les distributeurs ne se concertent pas, il est difficile à certains d'entre eux d'en empêcher d'autres de proposer des prix exceptionnellement bas pour attirer les clients. À terme, ceci incite les consommateurs à rechercher des prix aussi exceptionnels et le relèvement des prix au-dessus du niveau concurrentiel se révèle moins rentable. Isolés ou en groupe, les distributeurs disposent toutefois d'un autre moyen de stopper la recherche des prix les plus bas : ils peuvent se faire aider des pouvoirs publics en obtenant l'interdiction des prix exceptionnellement bas. Leur disparition diminue les probabilités de voir les consommateurs se remettre activement en quête de tels prix et augmente en conséquence les possibilités des distributeurs d'exercer leur puissance sur le marché. Les lois anti-VAP cadrent bien avec ce schéma.

2.2 L'exception des pratiques d'éviction du marché

La Table de l'OCDE de mai 2005 sur les pratiques d'éviction du marché s'est intéressée à une possible exception majeure à la règle économique qui veut que les prix bas profitent aux consommateurs. L'exception se produit quand un fournisseur recourt à des stratégies qui n'ont aucune justification économique à court terme, et ce, pour limiter la concurrence et donc accroître sa puissance sur le marché dans le futur. Ce cas d'espèce peut faire du tort aux consommateurs si la valeur actualisée des futures

hausse de prix est supérieure à la valeur actualisée des baisses de prix courantes⁹. Cette exception suppose deux paramètres essentiels : (1) les prix sont anormalement bas ; (2) les prix futurs seront supraconcurrentiels en raison du niveau anormalement bas des prix courants. Ce scénario est possible si des concurrents sont évincés du marché ou s'ils sont assez soumis pour que le prédateur puisse exercer par la suite une puissance suffisante pour récupérer les pertes induites par ses prix abusifs ou d'autres tactiques. Il faut aussi empêcher l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché pour que les pertes puissent être récupérées. Si l'une de ces conditions n'est pas réunie, les prix anormalement bas peuvent bénéficier aux consommateurs. Une entreprise qui alourdit les coûts des concurrents pour les évincer du marché (au lieu de recourir à l'éviction par les prix) alourdit ses propres coûts parce qu'en procédant de la sorte elle augmente les coûts de la concurrence de manière disproportionnée et se donne ainsi les moyens d'accroître sa puissance sur le marché à terme. En alourdissant les coûts de la concurrence, une entreprise peut évincer des concurrents ou diminuer leur force concurrentielle, et à l'inverse augmenter sa propre capacité à exercer un pouvoir de marché, s'il existe des barrières à l'entrée.

Les travaux présentés par les différents pays lors de la Table ronde sur les pratiques d'éviction du marché montrent que les avis divergent sur ce qui constitue un « prix anormalement bas » (**pour les autres entreprises si ce prix relève d'une stratégie**) et sur les éléments à fournir pour prouver que la puissance sur le marché sera augmentée à l'avenir (récupération des pertes) par la pratique de prix anormalement bas. Toutefois, le cadre général et les deux paramètres essentiels sont largement repris dans les publications économiques et par les participants à la Table ronde sur les pratiques d'éviction du marché.

Synthèse de la Table ronde sur les pratiques d'éviction du marché

Les points essentiels étaient les suivants :

1. Les dispositions du droit et de la politique de la concurrence relatives aux pratiques d'éviction des marchés devraient être utilisées pour protéger la concurrence et non les concurrents.
2. Aucun consensus ne s'est dégagé au sujet du meilleur critère de coût à appliquer dans des affaires de prix d'éviction, encore moins autour de l'idée qu'il existerait un critère idéal en la matière. Bien que le critère du coût moyen évitable recueille de plus en plus les faveurs des chercheurs et des praticiens, plusieurs délégués ont indiqué préférer conserver une latitude suffisante pour pouvoir adapter la mesure des coûts en fonction des circonstances propres à chaque situation.
3. Les prix appliqués par une entreprise en position dominante peuvent parfois être assimilés à des prix d'éviction dans certains pays même lorsqu'ils sont supérieurs à toutes les mesures des coûts.
4. Le critère de la récupération des pertes devrait être utilisé systématiquement dans les affaires de prix d'éviction.
5. Dans bien des cas, les autorités de la concurrence prennent en considération le critère de la récupération des pertes dans des affaires de prix d'éviction même lorsque le droit en vigueur ne les y oblige pas. Elles devraient toutefois être conscientes du fait que l'application des critères permettant d'établir l'existence d'une position dominante n'équivaut pas à une analyse portant sur la récupération des pertes.
6. Pour des raisons tenant à des phénomènes de réputation, la récupération des pertes ne se concrétise pas nécessairement sur le même marché que celui sur lequel s'exercent les pratiques d'éviction.
7. L'application de prix inférieurs aux coûts, même lorsqu'elle est le fait d'entreprises en position dominante, ne constitue pas toujours une pratique d'éviction. Les autorités de la concurrence devraient prendre en considération tous les arguments commerciaux légitimement avancés par les entreprises soupçonnées de se livrer à des pratiques d'éviction.
8. L'argument de l'« alignement sur la concurrence » est admis dans beaucoup de pays, mais la logique qui le sous-tend n'est pas totalement convaincante et ce critère peut se révéler difficile à appliquer dans les situations où la concurrence ne s'exerce pas par les prix.
9. Plusieurs enseignements concernant la mise en application du droit peuvent être tirés de l'analyse de procès récents intentés à des compagnies aériennes accusées de pratiques d'éviction.
10. Toutes les pratiques d'éviction ne passent pas par des stratégies de prix. Les entreprises peuvent aussi recourir à des tactiques d'éviction moins coûteuses pour entraver et éliminer la concurrence.

Le dixième point de la synthèse de la Table ronde consacrée aux pratiques d'éviction du marché mérite une attention particulière car il suggère que les instruments de la politique gouvernementale s'apparentant à des restrictions verticales peuvent être « détournés » pour restreindre la concurrence. Cette stratégie peut consister, par exemple, à limiter le recours à certaines techniques commerciales avantageuses pour un ou plusieurs concurrents ou à empêcher des concurrents d'accéder à des intrants essentiels. Dans les scénarios de ce type, un distributeur seul ou un groupe de distributeurs tente de limiter la concurrence en usant de son influence politique pour peser sur les choix gouvernementaux. Comme la stratégie qui consiste à tourner une mesure gouvernementale à son propre avantage n'entraîne aucune perte (contrairement à la pratique des prix abusifs), elle peut être qualifiée de stratégie d'« exclusion à moindre coût ».

Un autre problème peut se poser quand les pratiques d'un monopsonneur ou d'un groupe de distributeurs formant un monopsonne sont équivalentes à des pratiques d'éviction. Le problème du pouvoir de monopsonne exercé par de gros distributeurs sur des fabricants auxquels ils achètent leurs produits fait partie des arguments parfois avancés pour défendre les lois anti-VAP. Le monopsonne, au même titre que la puissance sur le marché d'un distributeur, est associé à une concentration de la propriété (en l'occurrence parmi les acheteurs). Soumis à un pouvoir de monopsonne, les fournisseurs peuvent offrir des prix uniformément inférieurs à ceux du marché à tous les acheteurs ou des prix inférieurs au marché à quelques acheteurs choisis. Ceci peut aboutir au remplacement de concurrents efficaces situés en aval par des monopsonneurs situés en amont ainsi qu'à une diminution de la production. Le pouvoir de monopsonne est exercé en abaissant le prix payé aux producteurs à un niveau infraconcurrentiel¹⁰.

À long terme, la disparition de concurrents efficaces en aval (en raison de barrières à l'entrée) peut aboutir à des hausses de prix en aval, au détriment des consommateurs. Le pouvoir de monopsonne, dans certaines circonstances, pourrait être utilisé par les revendeurs pour établir une puissance sur le marché en aval. Un pouvoir de monopsonne ne nuit aux consommateurs que s'ils ne bénéficient pas de la baisse des coûts d'acquisition, auquel cas les lois anti-VAP seraient sans effet, ou s'il existe une possibilité de récupération des pertes (critère utilisé pour l'analyse des pratiques d'éviction). Si un détaillant en situation de monopsonne obtient des prix exceptionnellement bas d'un fabricant et s'en sert pour éliminer des concurrents en aval, les consommateurs tirent avantage de la baisse de prix sauf si le monopsonneur a par la suite la possibilité de devenir un monopoleur sur le marché de la vente au détail. Par conséquent, les conditions d'entrée sur le marché et la concurrence entre revendeurs en situation de monopsonne peuvent être des critères importants quand il faut déterminer si le pouvoir de monopsonne d'un ou plusieurs distributeurs a des chances d'augmenter ou de diminuer le bien-être des consommateurs.

Il peut être difficile de faire la distinction entre les pressions exercées sur les prix par une concurrence vigoureuse en aval et les pressions exercées par un ou plusieurs monopsonneurs en aval. Il faut évaluer avec soin la probabilité que la puissance sur le marché des concurrents en aval soit renforcée par les baisses de prix des fabricants¹¹. Il importe également de déterminer si les fabricants détiennent un pouvoir de marché. Le cas échéant, le pouvoir de monopsonne fait pendant à celui des producteurs, ce qui peut stimuler la concurrence et profiter aux consommateurs. Ces pistes de réflexion semblent indiquer qu'une analyse complète de la situation concurrentielle est souhaitable pour régler les problèmes posés par les pouvoirs de monopsonne. Or les lois anti-VAP ne contiennent aucune des nuances que requiert une telle analyse¹².

Si l'on prend comme référence la grille d'analyse des prix d'éviction, les interdictions concernant les ventes à perte sont contestables au moins à deux égards. Premièrement, la norme de prix sur laquelle se fondent ces interdictions n'est pas nécessairement la même que la norme de « prix anormalement bas » ou la norme de comportement stratégique utilisée dans l'analyse des prix d'éviction. Deuxièmement, pour qu'il y ait infraction aux lois anti-VAP, il n'est pas nécessaire que les ventes à perte débouchent ultérieurement sur des prix supraconcurrentiels (puissance sur le marché). Par rapport aux lois sur les pratiques d'éviction (y compris l'éviction par l'exercice d'un pouvoir de monopsonne), les lois anti-VAP

risquent davantage de conduire à des faux positifs. Du point de vue du bien-être des consommateurs, cela signifie qu'elles interdisent souvent des prix bas qui pourraient bénéficier aux consommateurs.

Enfin, il faut admettre que l'analyse coût-avantages des lois anti-VAP est différente quand il existe déjà des mesures antitrust destinées à lutter contre les pratiques d'éviction (ou d'autres formes de comportement abusif). L'effet marginal des lois anti-VAP réside dans l'interdiction de comportements non prohibés par les lois sur les pratiques d'éviction, c'est-à-dire l'interdiction de toutes les ventes à des prix inférieurs aux coûts pour lesquelles les entreprises n'ont aucune chance de récupérer leurs pertes mais aussi l'interdiction des ventes à perte avec possibilité de récupération mais à des prix supérieurs au seuil d'éviction¹³. Le problème est que ces deux types d'opérations interdites par les lois anti-VAP sont susceptibles de bénéficier aux consommateurs et sont légitimes d'un point de vue commercial.

En résumé, s'il est justifié de restreindre les prix de revente bas pour prévenir des problèmes d'éviction, mieux vaut opter pour des lois contre les pratiques d'éviction que des lois anti-VAP car les premières se fondent sur un critère de prix plus pertinent et prévoient un test de récupération des pertes. Les affaires relatives aux pratiques d'éviction sont suffisamment complexes en ce qui concerne à la fois le pouvoir de monopsonne et le pouvoir de monopole qu'une analyse approfondie se justifie sans doute pour éviter une mauvaise application de la réglementation. Les lois anti-VAP ne semblent pas offrir le cadre voulu pour réaliser une analyse de ce type.

2.3 *L'exception du parasite*

On peut également considérer que les lois anti-VAP sont un substitut partiel aux prix de revente imposés quand ceux-ci sont interdits. Les lois anti-VAP ressemblent aux régimes de PRI en cela qu'elles fixent un prix plancher mais elles s'en écartent dans la mesure où le plancher défini pour la vente à perte est en moyenne plus bas et variable (en fonction des coûts d'acquisition encourus par le distributeur). La note de référence de la Table ronde sur les PRI organisée par l'OCDE en 1997¹⁴ récapitule les arguments économiques en faveur des accords de PRI privés et donc en faveur des lois anti-VAP dans les cas où il n'y a pas de prix de revente imposés.

Les PRI, comme les autres types de restrictions verticales, peuvent contribuer à résoudre les problèmes de coordination entre les entreprises situées en amont et en aval et à accroître les bénéfices cumulés de ces entreprises. Des problèmes de coordination peuvent se poser, par exemple, pour la fixation des prix et pour la fourniture de services au niveau du détail. Dans le cas des prix, si l'entreprise en aval et l'entreprise en amont détiennent un pouvoir de marché et ne coordonnent pas leurs prix, il est possible que les décisions de prix de chacune d'elles se traduisent par un prix final qui est « trop élevé », c'est-à-dire plus élevé que le prix maximisant le bénéfice pour l'ensemble de la chaîne verticale¹⁵. Dans le cas des services, les décisions de chaque entreprise en aval concernant la fourniture de services pourront être sous-optimales pour l'ensemble de la chaîne verticale.

Une abondante littérature est consacrée à l'action des pouvoirs publics visant les défaillances du marché potentiellement imputables au parasitisme¹⁶. En outre, les positions de principe ont considérablement évolué à l'égard des mesures prises par les producteurs et les distributeurs pour empêcher le parasitisme (ou les comportements perçus comme tels)¹⁷. Les pratiques et les politiques telles que les accords privés de PRI, les régimes de PRI appliqués par les pouvoirs publics (au nom de l'« équité »), la répartition territoriale des autorisations de vente au détail, le refus des producteurs de traiter avec les détaillants pratiquant des prix au rabais, les permis nécessaires pour exploiter certains commerces de détail (pharmacies, par exemple), les restrictions légales aux ventes sans service associé (prescriptions), les restrictions aux importations du « marché gris », les restrictions au transbordement et les obligations d'informer (médicaments sur prescription, par exemple) peuvent être considérées comme

autant de méthodes employées par le secteur privé ou les pouvoirs publics pour préserver des services en décourageant le parasitisme.

La note de référence de l'OCDE de 1997 faisait observer que les restrictions verticales (et leurs substituts) ont été très controversées car elles peuvent agir comme des restrictions horizontales à la concurrence préjudiciables au consommateur¹⁸. Par exemple, les distributeurs qui veulent pratiquer des prix élevés peuvent exagérer la gravité du parasitisme pour convaincre les fabricants et les pouvoirs publics que des PRI seraient souhaitables et que les détaillants pratiquant des prix au rabais devraient être laissés sur la touche par les fabricants. En raison des effets horizontaux potentiels et des problèmes de restrictions géographiques au commerce posés par les restrictions verticales, la plupart des pays Membres de l'OCDE ont aboli les PRI, tout en admettant quelques exceptions pour les livres, les journaux et les médicaments. Les prix recommandés sont généralement permis tant qu'ils ne sont pas appliqués. Ce traitement persiste mais d'autres formes de restrictions verticales sont souvent traitées avec moins de sévérité¹⁹.

S'il existe de bonnes raisons de s'inquiéter du parasitisme ou d'autres défaillances du marché, l'application de prix de revente minimaux imposés peut se révéler plus efficace que l'application de lois anti-VAP. Les prix de revente minimaux imposés peuvent être fixés de sorte à assurer une marge suffisante à un distributeur qui supporte des coûts pour fournir un service au client. En l'absence de PRI, les lois anti-VAP peuvent venir à bout de certaines des plus sévères formes de parasitisme mais elles ne sont généralement qu'un substitut imparfait aux prix de revente minimaux imposés²⁰.

2.4 L'exception des pratiques déloyales à l'encontre des consommateurs

Dans une économie de marché où les distributeurs en savent davantage sur les prix et la qualité que les consommateurs, ces derniers peuvent être victimes de pratiques trompeuses. Les asymétries de l'information peuvent même déboucher sur l'effondrement d'un marché comme dans le cas des « marchés de tacots »²¹. Le préjudice causé aux consommateurs par ces asymétries peut avoir des effets moins généralisés et ne pas provoquer l'effondrement d'un marché mais ne concerner qu'une catégorie de consommateurs. Dans ce cas, le marché est moins profond qu'il ne pourrait l'être mais fonctionne correctement pour des consommateurs informés. Du point de vue de l'action des pouvoirs publics, peu d'asymétries justifient une intervention parce que les marchés développent leurs propres mécanismes pour y remédier ; même dans le cas contraire, les coûts d'une intervention risquent d'être supérieurs aux avantages. À ces réserves près, il existe des situations où une intervention des pouvoirs publics se justifie économiquement. Il peut s'agir des situations dans lesquelles une pratique désavantage incontestablement les consommateurs et où le comportement préjudiciable peut être déterminé objectivement et moyennant un coût relativement faible par les autorités de la concurrence. L'une des conclusions auxquelles les économistes et les responsables de l'élaboration des politiques arrivent communément est que les pratiques trompeuses font partie des cas pour lesquels l'intervention des pouvoirs publics est parfois économiquement fondée.

Dans ce contexte, on peut se demander si les opérations de vente à perte constituent des tromperies et devraient donc être interdites. Plusieurs exemples présentés à la section suivante concernent des ventes à perte qui paraissent s'appuyer sur un raisonnement commercial légitime de la part de l'entrepreneur, ne nécessitent pas de tromper le consommateur pour être rentables et sont susceptibles de favoriser la concurrence et de bénéficier aux consommateurs. Toutes les ventes à perte ne semblent donc pas s'apparenter à des tromperies ou faire de tort aux consommateurs. Ceci donne à penser que certaines opérations de vente à perte trompent et désavantagent les consommateurs, sans que cela ne soit le cas de toutes mais que, au final, la vente à perte est préjudiciable aux consommateurs. Si cette dernière proposition est vraie, son interdiction pourrait se justifier. Une autre possibilité est que certaines opérations de vente à perte trompent les consommateurs mais qu'il peut être remédié à ce problème sans en passer par une interdiction des ventes à perte qui bénéficient aux consommateurs.

Il existe trois scénarios dans lesquels les opérations de vente à perte peuvent être trompeuses : la tactique de l'appât, la tactique de la rupture de stock et les effets d'annonce relatifs au niveau général des prix. Les deux premières tactiques peuvent être mises en œuvre sans recourir à la vente à perte mais peuvent être encore plus dommageables si elles s'accompagnent de prix inférieurs aux coûts. Ces trois pratiques déloyales à l'encontre des consommateurs reposent sur l'hypothèse que certains d'entre eux sont attirés chez un revendeur proposant divers produits principalement parce qu'il en vend un certain nombre à perte. L'autre postulat crucial est que les consommateurs ne « s'enfuient » pas nécessairement si les conditions offertes par le distributeur ne correspondent pas à leurs attentes initiales²².

La tactique de l'appât est celle qui consiste à attirer des consommateurs dans le point de vente pour en convaincre certains de ne pas acheter le produit à prix sacrifié mais des produits à forte marge. La tactique de la rupture de stock consiste pour un distributeur à stocker une quantité de produits d'appel inférieure à la demande et à convaincre les consommateurs d'acheter un substitut assorti d'une marge positive. Le scénario des effets d'annonce est celui où un distributeur persuade les consommateurs d'entrer dans son magasin en prétendant que les prix sacrifiés sont représentatifs des prix qu'il pratique en général. Les consommateurs achètent alors divers produits en pensant dépenser moins qu'ailleurs, alors qu'en réalité le total dépensé sera égal, voire supérieur, au montant qui aurait été facturé dans un autre point de vente. Sous réserve que certains consommateurs se comportent comme prévu, les perspectives de profit à court terme associées à ces trois pratiques fallacieuses peuvent inciter les distributeurs à les mettre en œuvre.

Si le marché ne conçoit pas de parades aux pratiques trompeuses ou est lent à réagir²³, l'interdiction des ventes à perte constitue-t-elle la parade la plus appropriée, même si l'on postule, ce qui est contestable, que la tromperie est le principal motif de recours aux ventes à perte ? Des lois anti-VAP ne sont pas la meilleure solution quand d'autres parades que l'interdiction peuvent être mises en œuvre pour des coûts comparables et risquent moins de nuire au bien-être des consommateurs et à la concurrence. On recense au moins quelques autorités de la concurrence ayant conclu que des parades plus limitées existaient et étaient efficaces. La FTC américaine, par exemple, a édicté des règles contre la tactique de l'appât et exige des possibilités de « rattrapage » pour le consommateur (bon permettant d'acheter plus tard le produit au prix annoncé au départ) ou un dédommagement équivalent quand un article n'est plus disponible et que la publicité n'indiquait pas que le prix annoncé ne concernait qu'un stock limité. La FTC interdit également les publicités mensongères fondées sur des comparaisons de prix ou autres aspects importants d'une vente. Les efforts de mise en application de ces règles consistent, entre autres, à rédiger à l'intention des vendeurs des guides dans lesquels les règles sont expliquées en termes clairs²⁴. Ces parades directes semblent effectivement dissuader les pratiques potentiellement trompeuses s'appuyant sur des offres de prix sacrifiés²⁵. Éduquer les consommateurs est également essentiel pour les aider à se prémunir contre ces pratiques dommageables.

Bien que certaines opérations de vente à perte puissent relever de pratiques trompeuses susceptibles de léser les consommateurs, d'autres paraissent favoriser la concurrence (voir plus loin). En outre, les recours abusifs aux prix sacrifiés peuvent souvent être combattus plus directement au moyen de règles dont l'application est soumise à une analyse préalable objective et n'entrave pas la concurrence.

3. Effets des lois anti-VAP sur la dynamique du commerce de détail

Des lois strictes limitent les ventes à perte sur produits d'appel au niveau des revendeurs. Par conséquent, il importe que toute évaluation de ces lois consiste, notamment, à identifier les conditions éventuelles dans lesquelles les ventes à perte pourraient accroître le bien-être des consommateurs, renforcer la concurrence et augmenter l'efficacité plutôt qu'être préjudiciables (cas étudié dans les sections B à D de la section précédente). La sous-section A examine dans quelles conditions les lois anti-VAP peuvent favoriser les consommateurs et la concurrence ; la sous-section B étudie la réglementation plus généralement relative à la revente, y compris ses effets sur l'innovation en matière de techniques de vente

au détail. La sous-section C montre comment, dans la chaîne de production, un affaiblissement de la concurrence au niveau de la distribution peut entraîner une moindre concurrence au niveau de la fabrication.

3.1 Exemples de cas où la vente à perte se justifie sur le plan commercial

Dans toute une série de circonstances, la vente à perte de produits d'appel constitue une pratique commerciale légitime si elle ne contrevient pas aux règles de lutte contre l'éviction, si elle n'accélère pas l'émergence d'un parasitisme inefficace ou si elle n'implique aucune tromperie à l'encontre des consommateurs²⁶. Ces motivations commerciales peuvent être des composantes efficaces de la concurrence, car elles avantagent les consommateurs en sapant une puissance de marché existante, elles favorisent l'innovation et elles élargissent l'éventail de choix des consommateurs. Ce choix élargi peut permettre des actes d'achat plus conformes aux préférences du consommateur (produit, quantité, modalités d'achat). Si les revendeurs n'ont pas le droit de recourir à des méthodes de commercialisation et de vente d'un bon rapport coût-efficacité, il leur faut opter pour des méthodes de substitution plus coûteuses pour pouvoir pénétrer sur le marché ou s'y maintenir. Un grand nombre des arguments commerciaux justifiant les ventes à perte se concentrent sur la communication au client d'informations sur les produits ou les distributeurs. En général, les pratiques qui passent par une bonne information des consommateurs permettent à ces derniers d'acheter en meilleure connaissance de cause²⁷. Les consommateurs opèrent d'ailleurs parfois un arbitrage entre deux fournisseurs ou deux produits qui sont des substituts partiels. Parfois aussi, ces pratiques renforcent les habitudes de consommation existantes. Ces deux aspects font donc aussi partie des justifications commerciales de la vente à perte dans le sens où ils peuvent favoriser une forme de concurrence par le mérite : si la vente à perte n'améliore pas l'image qu'a le consommateur du produit ou du revendeur, ce dernier risque fort de n'en retirer aucun bénéfice. Ces considérations commerciales sont également légitimes dans la mesure où elles sont majoritairement invoquées par des entreprises peu susceptibles d'exercer un pouvoir sur le marché par le simple fait qu'elles offrent des prix exceptionnellement bas.

Bien que les lois anti-VAP puissent prévoir des exceptions pour certaines pratiques commerciales qui se justifient, cela complique leur application et augmente les coûts administratifs. L'application des lois anti-VAP se complique car les autorités qui en sont chargées doivent étudier chaque comportement suspect et son éventuelle justification pour déterminer s'il fait partie des exceptions tolérées. Les pratiques commerciales demeurent rarement figées pendant une longue période de temps, elles évoluent plutôt en fonction de l'information et du comportement des consommateurs et des progrès de la recherche stratégique. Simple au début, la tâche qui consiste à déterminer si une nouvelle pratique commerciale fait partie des exceptions déjà rencontrées risque de devenir progressivement plus complexe. Les litiges concernant l'application des lois anti-VAP deviennent aussi plus complexes car les autorités de la concurrence doivent expliquer au cas par cas pourquoi une pratique contestée ne peut faire partie des exceptions. Il est également difficile de sélectionner les cas méritant d'être étudiés et d'expliquer les choix ainsi opérés, ce qui accroît encore les coûts administratifs. La complexité de ces questions offre en outre aux défenseurs de nouveaux antécédents et donc de nouvelles possibilités de tenter de convaincre les autorités de réglementation ou les tribunaux qu'une pratique s'apparente à une exception reconnue même s'il n'y paraît pas au premier abord.

La complexité des dossiers peut aussi conduire à mal appliquer les lois. En ce qui concerne les lois anti-VAP, on parle d'erreur de type I si les autorités de la concurrence décrètent qu'elle n'est pas commercialement fondée alors qu'elle l'est²⁸. Si l'on considère que le travail de ces autorités consiste à valider ou infirmer des hypothèses au sujet de pratiques commerciales, l'hypothèse nulle est celle postulant qu'une pratique est légitime. On parle d'erreur d'application de type II quand les autorités de la concurrence estiment qu'une pratique est une forme de concurrence légitime alors que ce n'est pas le cas.

Le potentiel d'erreurs liées à l'administration des lois anti-VAP engendre un risque réglementaire et des coûts de mise en conformité pour les revendeurs. Pour éviter le risque lié à la réglementation, les entreprises peuvent opter pour des pratiques ou des investissements qui consomment des ressources et affaiblissent la concurrence. Se mettre en conformité avec une réglementation complexe peut entraîner des coûts (formation des responsables et d'autres salariés, tenue de registres détaillés qui n'existeraient pas sans cela, conception de systèmes internes de surveillance de la conformité, etc.). Toutes ces opérations et démarches utilisent des ressources de l'entreprise et majorent les prix à la consommation.

Les paragraphes qui suivent présentent brièvement les préoccupations des entreprises qui peuvent être légitimes et les conduire à enfreindre les lois anti-VAP. Ces préoccupations se justifient selon les différents points de vue évoqués plus haut. La liste en est plus indicative qu'exhaustive.

Produits à l'essai : l'inertie des consommateurs est souvent observée sur les marchés où sont proposés des produits différenciés. Fréquemment habitués à acheter toujours les mêmes produits, les consommateurs tendent à persister même quand on leur propose des substituts qu'ils pourraient préférer aux « originaux » s'ils étaient bien informés. La satisfaction retirée du produit habituel et les déceptions causées dans le passé par l'achat de substituts peuvent être autant d'obstacles à surmonter pour un nouvel arrivant sur le marché ou même pour un produit devenu « nouveau » parce qu'il a subi des améliorations.

En général, la démarche déterminante pour convaincre un consommateur de changer de produit consiste à lui faire essayer le substitut (produit inédit ou amélioré)²⁹. Ceci vaut particulièrement pour les biens qui se différencient en fonction de l'expérience des consommateurs³⁰. Il est légitime pour des fabricants ou des revendeurs de vouloir convaincre les clients d'essayer des produits nouveaux ou améliorés. Cela peut même être essentiel pour la mise sur le marché des innovations. « Une innovation est un produit si nouveau et unique que les acheteurs le trouvent parfois étrange. Un tel produit n'a pas encore trouvé sa place dans le style de vie des acheteurs ou les pratiques commerciales. Par conséquent, il faut considérablement « éduquer » le marché pour que les acheteurs reconnaissent les avantages procurés par l'innovation et l'acceptent comme un moyen légitime de satisfaction de leurs besoins... Par conséquent, avant qu'un produit ne devienne un succès, son marché doit passer par une phase difficile d'éducation des acheteurs »³¹.

L'une des méthodes pour amener les clients à essayer une nouveauté consiste à les « payer » pour se former. Évidemment, payer directement les clients peut être coûteux sur le plan administratif ou irréalisable. La solution peut être de proposer la nouveauté à prix réduit. Ceci peut être interprété comme une double opération. La première est l'achat habituel d'un produit au prix normal. La seconde est la remise consentie par le vendeur aux consommateurs pour les inciter à essayer le substitut. Il est à noter que, dans ce cas, la vente à perte ne résulte pas de la facturation par le vendeur d'un prix bas pour un achat normal mais du « prix » élevé « facturé » par les consommateurs pour se laisser convaincre de tester le nouveau produit. Pour comble, quand les produits existants et différenciés sont bien implantés sur le marché ou que le nouveau produit est unique, les fournisseurs de produits nouveaux ou améliorés sont plus susceptibles de devoir enfreindre les lois anti-VAP pour pousser les consommateurs à les essayer. Qui plus est, les problèmes éventuels posés par l'éducation des consommateurs subsistent parfois longtemps, voire éternellement. Par exemple, quand l'utilisation d'un produit met du temps à se généraliser, il arrive que les consommateurs ne l'achètent que très occasionnellement ou ne se forment pas mutuellement à son usage ; les fabricants et les distributeurs peuvent alors être incités à pratiquer pendant longtemps des prix bas pour éduquer les consommateurs en les amenant à essayer le produit.

En interdisant les prix bas qui incitent les consommateurs à essayer les nouveautés, les lois anti-VAP peuvent ralentir l'innovation en matière de produits et dissuader les consommateurs de découvrir les avantages des produits innovants. D'autres techniques d'incitation peuvent se révéler moins efficaces et plus coûteuses.

Magasins à l'essai : tout comme pour les produits, les consommateurs font souvent preuve d'inertie quand il s'agit de changer de point de vente (magasin). Ils sont souvent habitués à se fournir auprès du (des) même(s) magasin(s) et persistent même si un autre point de vente correspondrait davantage à leurs attentes. Là encore, inciter les consommateurs à les essayer est une volonté légitime des points de vente qui viennent de se créer ou se sont améliorés : y parvenir peut être la condition d'une implantation réussie (même pour les plus efficaces). Là encore, payer directement les consommateurs pour les amener à se fournir dans un nouveau point de vente peut être administrativement compliqué ou coûteux. Il peut être plus efficace de proposer des prix peu élevés. Quand les fournisseurs (points de vente) existants sont solidement établis, le nouveau magasin ou le magasin rénové est plus susceptible de devoir enfreindre les lois anti-VAP pour inciter les consommateurs à l'essayer. Par conséquent, les lois anti-VAP peuvent gêner l'entrée sur le marché de nouveaux revendeurs.

Plus généralement, quand la concurrence et l'information des consommateurs sont imparfaites, la vente à perte de certains produits d'appel peut, pour un détaillant généraliste, aboutir à la plus grande efficacité possible. La conclusion tirée par Walsh et Whelan de la modélisation des ventes à perte pratiquées dans ce contexte est intéressante³².

Les dispositifs antitrust ne devraient cibler que les pratiques de vente au détail qui diminuent le bien-être social. Dans le secteur des magasins généralistes, on tend à appliquer des restrictions en faisant valoir que vendre des produits d'appel au-dessous de leur prix coûtant est une pratique d'éviction qui nuit au bien-être à long terme. Dans le présent article, nous modélisons la fixation des prix chez les détaillants généralistes, sur des marchés où la concurrence est imparfaite et le consommateur parfaitement informé. Ce scénario se traduit par des divergences de prix endogènes à long terme ou la possibilité de maintenir les prix au-dessus du coût marginal. Par conséquent, dans des conditions de laissez-faire et de concurrence imparfaite entre les revendeurs, les résultats en termes de bien-être ne sont plus que de deuxième ordre. Des options d'éviction, sous la forme de ventes à prix sacrifiés, se matérialisent si l'on postule une information imparfaite des consommateurs. Toutefois, ces options n'ont finalement aucun effet d'éviction. Les réactions stratégiques des distributeurs concurrents permettent une autocorrection du marché. Les résultats en termes de bien-être à long terme et de concentration d'équilibre demeurent équivalents à ceux du scénario qui conjugue non-intervention des pouvoirs publics et information parfaite des consommateurs. Il n'y a donc pas lieu de contrôler les prix pour faire passer les niveaux de bien-être à ceux qui sont associés à libre concurrence avec information parfaite des consommateurs. Le recours aux restrictions de prix comme deuxième meilleur instrument crée en réalité des distorsions qui se traduisent par des résultats de troisième ordre en termes de bien-être.

Dans le secteur des commerces de détail généralistes, une interdiction uniforme des ventes à perte qui se fonde sur la règle Areeda-Turner n'est absolument pas souhaitable sur un marché où ni la concurrence ni l'information des consommateurs ne sont parfaites. Une intervention portant sur les prix crée une distorsion qui affecte la structure à long terme du marché et le bien-être. Il ne faut pas de contrôle des prix à moins d'avoir bien compris quelles en seront les interactions avec les imperfections inhérentes à un environnement de deuxième ordre.

Nouveaux concepts de commerces de détail : à une plus grande échelle, la concurrence entre distributeurs peut déboucher sur l'émergence de nouveaux concepts de magasins proposés par une toute nouvelle catégorie de distributeurs. La multiplication de nouveaux concepts peut constituer une forme de concurrence particulièrement importante à mettre en relation avec la conclusion de Joseph Schumpeter selon laquelle « les grands progrès dans le domaine de l'efficacité émanent rarement d'une structure compétitive existante mais résultent plutôt de l'arrivée de concurrents offrant des produits résolument différents et/ou des processus plus efficaces, ce qui modifie radicalement le cadre de la concurrence [« force de la destruction créative »]. Appliquée au secteur de la distribution, la théorie de Schumpeter

suggère que des gains d'efficacité significatifs seront réalisés grâce à l'émergence de nouvelles méthodes de distribution et non à la concurrence pour des parts de marché que se livreront des concurrents déjà installés et utilisant une technologie de distribution donnée³³. Comme pour les nouveaux points de vente, l'une des principales difficultés pour les revendeurs qui proposent un nouveau concept est d'amener les consommateurs à l'essayer, à l'adopter et à en apprécier les caractéristiques. Le défi est d'autant plus difficile à relever que le concept novateur s'écarte des concepts de distribution conventionnels. Là encore, quand les détaillants (traditionnels) existants sont solidement implantés sur le marché, les détaillants qui proposent un nouveau concept risquent plus de devoir enfreindre les lois anti-VAP pour inciter les consommateurs à essayer, accepter et adopter ce concept innovant³⁴. En l'occurrence, des lois anti-VAP strictes risqueraient de freiner l'innovation et les gains d'efficacité au niveau de la distribution.

Coûts de transfert : plus l'investissement que l'acheteur d'un produit doit faire pour changer de fournisseur est important, moins cet acheteur est sensible au prix au moment de choisir son nouveau fournisseur³⁵. Si un consommateur utilise déjà un autre produit et que les coûts de transfert sont substantiels, il peut être tout à fait judicieux pour lui de conserver son fournisseur même si le produit concurrent présente un meilleur rapport qualité-prix. L'un des moyens dont dispose le producteur ou le revendeur du produit de meilleure qualité pour développer son marché est de proposer aux consommateurs de leur « rembourser » les coûts de transfert. Cela peut se faire en leur proposant un prix bas au premier achat ou des prix réduits sur une plus longue période. Quand les coûts de transfert sont élevés, des prix nuls voire négatifs peuvent être nécessaires ; le cas échéant, des lois anti-VAP peuvent rendre la tâche très difficile aux fabricants ou revendeurs de produits innovants qui veulent supplanter les fournisseurs déjà installés.

Raccourcir la courbe d'apprentissage ou d'expérience : le coût moyen de certains produits est inversement proportionnel à la production cumulée d'une entreprise, c'est ce que l'on appelle la courbe d'expérience. Les entreprises d'un secteur caractérisé par une courbe d'expérience sont incitées à accumuler les quantités plus vite que les autres car elles diminuent ainsi leurs coûts par rapport aux concurrents et peuvent espérer accroître leurs bénéfices par la suite³⁶. Dans ce cas de figure, l'efficacité économique est stimulée par la croissance rapide des quantités accumulées car la consommation de ressources nécessaires pour produire une unité de produit est alors plus faible. Les fabricants et les revendeurs associés avec eux auront intérêt à pratiquer des prix inférieurs aux prix coûtants dans les premiers temps de la commercialisation du produit afin d'accumuler les quantités et, ainsi, d'obtenir au plus vite une diminution des coûts moyens. Des lois anti-VAP sévères pourraient donc empêcher les revendeurs d'aider un fabricant à achever au plus vite la courbe d'expérience. Les revendeurs incités à agir en ce sens sont ceux qui, par exemple, ont signé avec un fabricant un contrat d'approvisionnement à long terme ou un accord de partage des bénéfices. Quand les lois anti-VAP empêchent les revendeurs d'aider les fabricants de cette manière, elles risquent de retarder les gains de productivité et la baisse des coûts qui permet ensuite la baisse des prix³⁷.

*Remises de fidélité se substituant à d'autres coûts*³⁸ : pour les distributeurs établis ou les nouveaux arrivants cherchant à accroître leurs ventes ou à devenir à leur tour des fournisseurs établis, conserver les clients existants est un défi constant et une préoccupation commerciale légitime. Les revendeurs tentent parfois d'y parvenir en lançant de vastes opérations publicitaires pour sensibiliser les consommateurs et les impressionner favorablement. Néanmoins, de telles campagnes peuvent être coûteuses. Certains fournisseurs peuvent trouver plus rentable de proposer des prix réduits aux clients récurrents (remises de fidélité) que de continuer à engager des frais de publicité importants³⁹. Les remises de fidélité reflètent les économies de coûts que réalisent une entreprise travaillant pour des clients fidèles⁴⁰. En d'autres termes, proposer des remises de fidélité peut être un moyen de garder ses clients moins onéreux qu'un battage publicitaire.

Un problème se pose lorsque des revendeurs veulent utiliser des remises de fidélité alors que des lois anti-VAP sont applicables : de telles opérations peuvent en effet être plus efficaces si les remises sont concentrées sur un petit nombre de produits plutôt que sur toute la gamme proposée. Par exemple, les clients fidèles remarqueront et mémoriseront davantage une remise de 20 % sur le lait, les œufs ou l'essence qu'une réduction de 1 % sur une très large gamme d'articles. Or les distributeurs qui concentrent les remises de fidélité sur quelques produits risquent plus d'enfreindre des lois anti-VAP strictes que s'ils les répartissent sur un plus grand nombre de produits. Dans ce cas, les lois anti-VAP obligent le distributeur à recourir à des remises de fidélité moins efficaces, ce qui peut le pousser à revenir à de grandes campagnes publicitaires qui consomment des ressources réelles.

Facturation à l'utilisation et autres formes de discrimination par les prix : de nombreux matériels destinés aux particuliers ou aux entreprises (appareils-photos, photocopieurs, imprimantes, etc.) ont pour caractéristique commune que l'intensité d'utilisation varie considérablement selon les clients. Les fabricants pourraient essayer de récupérer tous leurs coûts variables et fixes en facturant des prix élevés, mais, dans ce cas, de nombreux acheteurs potentiels prêts à payer plus que les coûts marginaux à court terme mais moins que les coûts moyens ne pourraient pas s'offrir ces matériels. Cela signifie également que ceux qui en font un usage intensif paient beaucoup moins que ce qu'ils seraient prêts à payer pour ce produit.

Face à l'hétérogénéité de la demande, d'autres fabricants et détaillants peuvent opter pour une stratégie différente en pratiquant un prix modique pour le matériel proprement dit mais un prix supérieur à la normale pour les consommables (pellicules, encre ou papier). Il s'agit là d'une forme de discrimination par les prix qui consiste à accroître ses marges bénéficiaires grâce aux clients moins sensibles aux prix⁴¹. Une stratégie de tarification proportionnelle à l'usage se traduit par un prix total plus élevé pour les gros utilisateurs et par un prix total plus bas pour les consommateurs qui utilisent peu le produit, et ce, même si le prix unitaire semble identique.

Pour attirer les petits utilisateurs, un revendeur pourrait même décider d'offrir le matériel et de se rémunérer uniquement sur la vente des consommables (pellicules, encre ou papier). Les consommateurs de volumes peu importants peuvent être avantagés par une stratégie de marketing de ce type. Des lois anti-VAP pourraient interdire une telle stratégie au motif que le prix de revente du matériel ne couvre pas son prix coûtant. Le problème fondamental que pose l'application de lois anti-VAP dans ce cas de figure est que les consommables sont indispensables au fonctionnement du matériel. Par conséquent, le prix pertinent du point de vue des consommateurs est la combinaison du prix du matériel et du prix des consommables. Toutefois, si le prix combiné est le prix qui doit être mesuré, il devient impossible d'appliquer les lois anti-VAP car le prix réel n'est pas connu au moment de l'achat du matériel. Le prix combiné dépend de l'utilisation qui sera faite du matériel et des prix futurs des consommables. On peut également évaluer cette stratégie en termes de risques. La stratégie consistant à proposer le matériel à un prix élevé transfère une grande part du risque sur le consommateur. Si ce dernier, après avoir acheté le matériel, n'en est pas satisfait ou trouve mieux ailleurs, il aura dépensé une somme importante sans beaucoup de profit. À l'inverse, la stratégie qui consiste à vendre le matériel à un prix peu élevé transfère le risque sur le distributeur. Si les consommateurs ne sont pas satisfaits, leur perte est néanmoins minimale. En termes de risques, la stratégie du matériel à bas prix semble avantageuse pour les consommateurs, surtout s'il s'agit de nouveautés.

Notons que, sur certains marchés, il peut être nécessaire de pratiquer une discrimination par les prix simplement pour qu'une offre de produits soit possible. C'est le cas lorsque le prix unique pratiqué par le monopoleur rapporte moins que les coûts totaux, mais qu'une discrimination par les prix permet de les couvrir. Une situation comparable se produit dans le secteur de la vente au détail quand le prix du fabricant est si élevé qu'un revendeur doit recourir à une discrimination par les prix pour couvrir ses coûts. Dans un

tel cas, des lois anti-VAP peuvent empêcher la distribution d'un produit dans une zone donnée en interdisant une discrimination nécessaire.

De façon plus générale, la discrimination par les prix peut être favorable ou préjudiciable au bien-être des consommateurs ou encore sans effet. Il y a discrimination par les prix parce que les consommateurs évaluent les produits et les services différemment et que, le sachant, les fournisseurs sont en mesure de pratiquer des distinctions selon ce critère, de facturer des prix différents et d'éviter un arbitrage difficile entre les « clients à bas prix » et les autres⁴². Dans un contexte où une discrimination par les prix a des chances d'améliorer le bien-être⁴³, des lois anti-VAP peuvent empêcher ces effets bénéfiques de se matérialiser (ou le contraire). On peut typiquement parler de discrimination par les prix quand, au lieu de proposer un produit à un prix unique, le vendeur estime rentable de proposer des prix réduits aux consommateurs plus sensibles aux prix et des prix plus élevés à ceux dont la sensibilité aux prix est moindre. Il est probable qu'une entreprise accroît sa rentabilité en pratiquant une discrimination par les prix et ses prix sont alors supérieurs à ses coûts. Néanmoins, la combinaison de prix visant à maximiser le bénéfice pourrait très bien consister à facturer un prix supérieur aux coûts moyens à un groupe de consommateurs et un prix inférieur aux coûts moyens à l'autre groupe de consommateurs. Des lois anti-VAP appliquées aux fabricants pourraient rendre illégal ce dernier prix. Dans le cas d'un revendeur, le prix plus bas serait probablement supérieur aux coûts marginaux (coûts d'acquisition, par exemple). Si des lois anti-VAP ne permettent pas au revendeur de prendre en compte **les écarts par rapport au prix de facturation**, elles peuvent l'empêcher de facturer le prix préférentiel aux consommateurs sensibles aux prix, c'est-à-dire un prix supérieur au coût réel d'acquisition mais inférieur au prix facturé. En l'occurrence, l'application des lois anti-VAP se ferait aux dépens des consommateurs sensibles aux prix.

Remises générales : si un revendeur offre une large gamme de produits et qu'il y a peu de rapports entre les différentes séries de produits que les consommateurs achètent, il risque de ne pas pouvoir attirer un nombre de clients suffisant en offrant des remises sur un sous-ensemble donné de produits. Dans ces circonstances, par exemple, **un libraire peut ne pas être un « best seller »**. Une des solutions est d'offrir une remise générale sur un ou plusieurs articles achetés. Cette formule a le mérite d'être claire et de rassurer le consommateur sur le fait qu'il fait réellement une économie. Un problème se pose toutefois si le revendeur propose déjà certains articles avec de faibles marges par rapport aux coûts et que des lois anti-VAP sont en vigueur. Lorsque la remise porte sur des articles à faible marge, les prix transactionnels peuvent être inférieurs aux coûts. Ce scénario conduit à deux dilemmes. Premièrement, pour éviter qu'il ne se produise, le revendeur a le choix entre relever ses marges sur les articles à faible marge avant d'afficher la remise, préciser quels sont les articles qui ne bénéficient d'aucune remise ou diminuer la remise. Chaque formule a ses inconvénients (relèvement des prix au-dessus du niveau privilégié pendant un certain temps, augmentation des coûts de commercialisation ou réaction plus mitigée des consommateurs à l'offre de remise). Le second problème est que les autorités chargées de faire appliquer le droit de la concurrence peuvent avoir du mal à poursuivre le revendeur parce que c'est le choix du consommateur qui détermine si un article avec une marge initiale peu importante est vendu à perte.

Confusion de l'information – Discontinuité des réactions des consommateurs aux réductions de prix : l'un des principaux problèmes de marketing qui se pose aux revendeurs est le véritable brouhaha créé par les arguments publicitaires des concurrents ou des distributeurs de produits radicalement différents⁴⁴. Les consommateurs sont moyennement compétents face aux arguments de marketing et assez peu intéressés. En raison du brouillage des messages dû à la confusion générale, les propositions exceptionnelles ont plus de chances d'avoir un écho significatif chez les consommateurs, les offres classiques étant quasiment noyées dans la masse⁴⁵. Si les remises classiques sont quasiment, voire complètement, inopérantes sur les volumes vendus, elles risquent de ne pas être rentables et peuvent être abandonnées. Des remises substantielles qui impliquent de vendre à perte peuvent être néanmoins globalement rentables si elles se traduisent par une forte hausse de la fréquentation qui, à son tour, débouche sur des achats d'articles à prix normal. En l'absence de lois anti-VAP, la technique du produit d'appel est courante utilisée. Ce contraste

montre que les lois anti-VAP empêchent les revendeurs de se servir des outils de marketing les plus efficaces. Les revendeurs peuvent alors devoir utiliser des outils plus coûteux, sachant que certains, comme la publicité, consomment des ressources réelles de l'entreprise. Dans la mesure où la concurrence entre distributeurs est atténuée, il peut en résulter un préjudice pour les consommateurs. De surcroît, les revendeurs moins soumis à la pression concurrentielle qui les incite à baisser leur prix peuvent devenir moins offensifs lorsqu'ils tentent d'obtenir des remises auprès des fabricants (voir section C ci-dessous)⁴⁶.

Incitations à demander un crédit à un détaillant : pour un revendeur, il peut être rentable d'offrir une ligne de crédit aux clients si les coûts de cette prestation sont inférieurs aux commissions qui lui sont facturées quand un client le règle avec une carte de crédit émise par un tiers. Néanmoins, le dossier de demande de crédit et le prix facturé pour ce service peuvent rebuter les consommateurs. Pour les inciter à franchir le pas, le distributeur peut proposer une remise sur un ou plusieurs achats quand ils sont réalisés avec la carte de crédit du magasin. De ce fait, la remise « dédommage » les clients pour le temps et l'énergie consacrés à faire une demande de carte. Pour les clients, ce coût s'apparente à un coût de transfert. Comme dans le cas d'une remise générale sur l'ensemble d'un magasin, le fait qu'un consommateur porte son choix sur un article à faible marge bénéficiant d'une remise peut se traduire par une vente à perte.

Incitations à communiquer des retours d'expérience : un distributeur peut également vouloir connaître le sentiment de ses clients sur le service après-vente, les horaires, le personnel, la sélection de produits, etc. Or ces retours d'expérience peuvent être difficiles à obtenir car ils demandent aux clients du temps et de l'attention. L'un des moyens d'encourager les retours d'information est d'offrir quelque chose aux clients prêts à les fournir. Cela peut passer, par exemple, par une remise sur un ou plusieurs achats. Il existe alors le même risque de vente à perte que dans le scénario des remises générales ou celui des incitations à prendre la carte de crédit du distributeur.

Distributeurs pratiquant une tarification duale : les distributeurs dont les marges sont particulièrement réduites sont plus susceptibles de vendre à perte quand ils offrent des remises générales ou des remises non spécifiques à un produit. Les distributeurs pratiquant une tarification en deux parties peuvent être particulièrement exposés au risque de vente à perte si le tarif d'entrée initial n'est pas pris en compte. En général, ces distributeurs-là peuvent réaliser des marges extrêmement faibles sur de nombreux produits et miser sur les frais d'adhésion et de très gros volumes pour être rentables. Sam's Club et Costco sont deux exemples de distributeurs américains ayant opté pour une tarification différenciée.

Contribution des fabricants aux offres exceptionnelles : comme la demande de fabrication de biens de consommation dépend des ventes au détail, les fabricants de produits recherchés et éprouvés, dont la réputation de qualité est établie, cherchent souvent à diminuer les marges des revendeurs. Du point de vue des fabricants, les ventes de produits d'appel sont même encore mieux puisqu'elles signifient des marges négatives pour les distributeurs. La concurrence entre fabricants peut consister à offrir des prix réduits aux revendeurs qui utilisent leur produit comme produit d'appel. Pour les distributeurs, cette forme de concurrence entre les fabricants accroît encore l'intérêt des ventes de produits d'appel. Pour la même marge négative, ils peuvent ainsi proposer une baisse de prix encore plus notable à leurs clients et réaliser incomparablement plus de bénéfices grâce à l'augmentation de la fréquentation et aux ventes de produits à marge positive qui en découlent. Les prix réduits pratiqués par le fabricant sur les produits qui servent de produits d'appel bénéficient directement aux consommateurs. L'économie réalisée par les clients qui achètent le produit d'appel n'est pas nécessairement annulée par l'achat dans le même magasin d'autres produits à prix non sacrifié. Pour un consommateur, l'économie nette dépend des quantités de produits d'appel et de produits à prix normal achetées ainsi que des prix pratiqués sur les deux types de produits par le détaillant qui offre des produits d'appel (prix à comparer avec ceux que le consommateur aurait payé chez un autre détaillant). Quand des lois anti-VAP sont en vigueur, les détaillants ne vendent pas d'articles à prix sacrifié et les fabricants de produits susceptibles de faire de bons produits d'appel⁴⁷ peuvent être

moins enclins à se concurrencer les uns les autres en offrant des prix réduits aux détaillants qui se fournissent chez eux. Les revendeurs ont alors moins d'économies de coûts à répercuter sur les clients.

Conventions comptables : il existe diverses conventions pour comptabiliser les stocks des distributeurs. Les méthodes standards sont celles du coût moyen, du dernier entré, premier sorti et du premier entré, premier sorti⁴⁸. Ces traitements comptables du stock aboutissent à des coûts comptables différents pour les marchandises sorties du stock à un moment précis **si les entrées dans le stock ont des coûts variables**. Au final, un même prix de revente peut être supérieur, inférieur ou égal au coût de revente selon la convention comptable utilisée par le détaillant. Deux entreprises concurrentes qui facturent le même prix de vente et ont procédé aux mêmes achats et aux mêmes prélèvements peuvent être jugées différemment au regard des lois anti-VAP si elles n'ont pas opté pour la même convention comptable et que les violations sont établies sur la base de la convention comptable de chacune. Si les violations sont démontrées en se fondant sur une autre convention, une entreprise peut être condamnée même si, au vu de sa comptabilité, elle n'a pas enfreint les lois anti-VAP. Le fait que les autorités de la concurrence s'appuient sur une convention plutôt qu'une autre peut inciter un distributeur à choisir une convention comptable moins efficace sur le plan commercial ou dont l'adoption entraîne des coûts de transfert considérables.

3.2 *Réglementation et dynamique du commerce de détail*

Les lois anti-VAP font partie d'un ensemble de textes qui régit le commerce de détail, bien que ce secteur soit généralement concurrentiel grâce à la présence de nombreux fournisseurs et qu'il soit généralement possible d'y entrer rapidement et moyennant des coûts irrécupérables limités. Si les coûts irrécupérables étaient importants, l'entrée sur le marché serait moins facile. En règle générale, l'activité de revente exige peu d'équipements spécifiques, le principal investissement résidant souvent dans des structures utilisables à d'autres fins et un stock de marchandises qui peut en outre être revendu à d'autres détaillants quand l'entreprise cesse son activité. Parmi les nombreux secteurs soumis à une réglementation de leurs prix, celui de la vente au détail est l'un des moins susceptibles d'aboutir à la formation de monopoles naturels ou de comporter des éléments de bien public. Ce sont là les préoccupations économiques habituellement invoquées pour justifier un interventionnisme poussé de l'État dans un secteur (celui des entreprises d'utilité publique, par exemple).

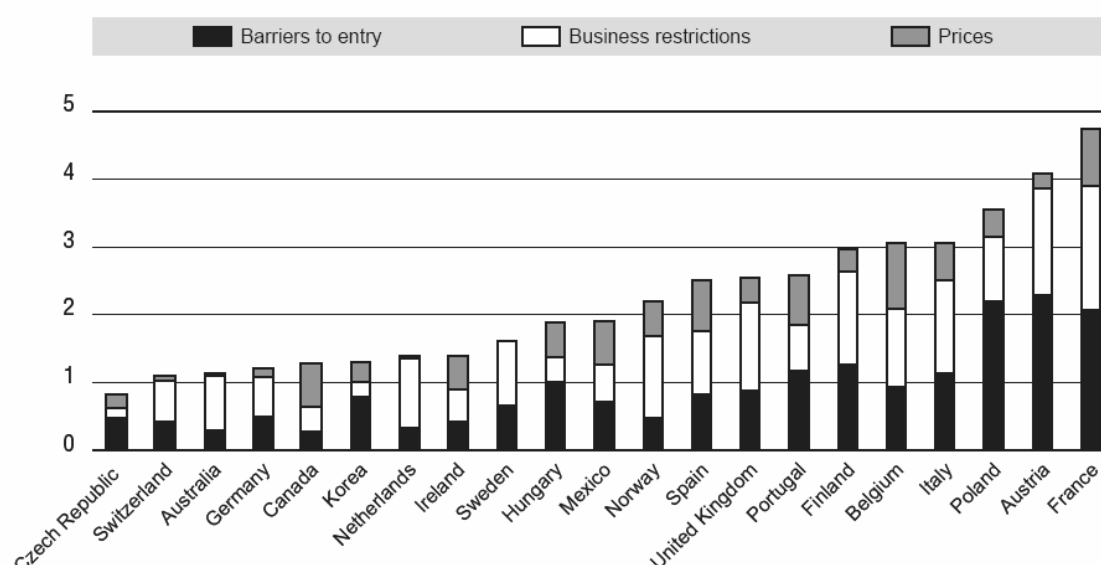
Les économistes de l'OCDE ont classé les informations concernant les règlements applicables aux distributeurs de détail en plusieurs catégories : restrictions générales à l'accès au marché, réglementation des activités et réglementation des prix⁴⁹. La première englobe l'immatriculation des entreprises et les frais d'établissement, les restrictions relatives à l'implantation géographique et aux produits/services pouvant être proposés et les obstacles à la création de grands points de vente. La deuxième englobe les horaires d'ouverture et les activités promotionnelles, les franchises locales en situation de monopoles et l'action des associations professionnelles. La troisième catégorie englobe les lois anti-VAP et certains mécanismes de contrôle direct des prix. Si l'on considère l'ensemble des réglementations applicables au commerce de détail, la France est le pays le plus restrictif, y compris en ce qui concerne les prix. La figure 3 qui apparaît dans l'article d'Olivier Boylaud et Giuseppe Nicoletti intitulé « La réforme de la réglementation dans le secteur de la distribution de détail » et paru dans la Revue économique de l'OCDE (n° 32, 2001) est reproduite ci-dessous.

Les chercheurs ont également étudié les relations entre l'intensité du régime réglementaire appliqué au commerce de détail et diverses mesures de performance économique, au moyen de simulations ou de techniques économétriques. Après avoir fait la synthèse de neuf études de ce type réalisées dans les années 1990, les services de l'OCDE ont conclu qu'une « réglementation excessive [pouvait] porter atteinte à la puissance d'achat des consommateurs et freiner la modernisation du secteur » et que « les données empiriques disponibles [indiquaient] que les réglementations qui [...] gênent l'accès au marché en

imposant des obligations spéciales liées à l'enregistrement, à l'emplacement et/ou au seuil de surface de vente brident le dynamisme du secteur (par exemple, en réduisant les taux d'entrée et de sortie et en empêchant la restructuration et la modernisation) ainsi que la pression de la concurrence, et se [traduisaient] par une croissance moins forte de l'emploi et des prix à la consommation plus élevés⁵⁰ ».

Figure 3. Indicateurs synthétiques de la réglementation¹

Figure 3. Summary indicators of regulation¹



1. The scale of indicators is 0-6 from least to most restrictive.
Source: OECD.

Légende : Obstacles à l'entrée - Restrictions visant les activités - Prix

1. Les indicateurs reflètent le degré de restrictivité des différents régimes, du plus restrictif au moins restrictif (échelle de 0 à 6).

Source : OCDE

En dehors de la longue tradition de concurrence qui existe entre les grands magasins ou entre les boulangeries, il existe un autre type de concurrence important dans le secteur du commerce de détail, la concurrence entre les revendeurs traditionnels et les revendeurs plus modernes dont l'approche ou la technologie sont différentes. L'histoire du commerce de détail a été ponctuée par plusieurs cycles d'innovation, avec l'apparition des grands magasins, des détaillants faisant de la vente par correspondance en zone rurale, des supermarchés, des discompteurs spécialisés (Toys 'R' Us, par exemple), des magasins à grande surface et, depuis quelque temps, des commerces en ligne.

Il arrive que les innovations dans le secteur du commerce de détail se concentrent sur une « niche ». Un détaillant peut ainsi se spécialiser dans les vêtements destinés aux hommes de grande taille ou les articles de voyage. Il peut alors offrir à ses clients une gamme de produits plus adaptée que celle de ses concurrents généralistes et proposer une prestation personnalisée dont n'ont pas besoin les acheteurs de produits ou de services moins spécifiques. Pour les magasins spécialisés, qui proposent des services particuliers, les coûts inhérents aux services tendent à être plus élevés que ceux des détaillants généralistes.

Toutefois, les détaillants spécialisés peuvent obtenir des prix réduits des fabricants car ils leur commandent des quantités exceptionnellement importantes de produits spécialisés et permettent aux producteurs (et aux grossistes) de réaliser des économies d'échelle au niveau de la fabrication et de la mise sur le marché, y compris de la distribution.

Un autre type d'innovation dans la distribution de détail consiste à ne proposer que des produits très connus pour lesquels les consommateurs n'ont pas réellement besoin d'être aidés pour acheter en connaissance de cause. Il y a des chances pour que le coût des services soit plus élevé pour les détaillants généralistes que pour ceux qui se concentrent sur la vente de marques très populaires (grandes surfaces) et sont en mesure d'obtenir des ristournes de la part des fabricants. Ces derniers peuvent leur faire bénéficier de réductions en raison des économies d'échelle qu'ils leur permettent de réaliser ou parce que les grandes surfaces remplissent certaines fonctions qui sinon leur incomberaient. Les grandes surfaces font souvent concurrence aux magasins généralistes ou aux magasins spécialisés en pratiquant des prix inférieurs aux leurs parce qu'elles ont des coûts d'approvisionnement et d'offre de services moins importants et qu'elles s'appuient davantage sur la vente en libre-service.

Contrairement aux magasins spécialisés et magasins à grande surface, les détaillants traditionnels d'aujourd'hui, tels que les grands magasins, peuvent mettre l'accent sur le « comptoir unique » en proposant soit une large gamme de produits et un niveau de service intermédiaire à la majorité des consommateurs soit un service client intégral sur les articles pour lesquels la plupart des clients réclament ce type de prestation⁵¹. C'est une formule qui peut séduire les consommateurs car elle est pratique et permet de gagner du temps.

Dans une économie de marché, ce sont les consommateurs qui, finalement, décident du mode de distribution qui aura le plus de succès et des modèles qui perdureront même si d'autres s'imposent davantage. Le tableau peut évoluer selon l'époque et l'endroit car les préférences, les revenus et la démographie des consommateurs changent. Au cours de leur histoire, les détaillants traditionnels ne se sont pas contentés de s'appuyer sur l'efficacité ou le savoir-vendre pour affronter la concurrence ; il leur est aussi arrivé de recourir à d'autres techniques pour empêcher ou ralentir l'innovation dans le secteur de la distribution (gros et détail). Les techniques en question consistent par exemple à faire pression unilatéralement ou de façon coordonnée sur les fabricants pour qu'ils n'approvisionnent pas certains types de revendeurs, à faire également pression sur les fabricants pour qu'ils n'offrent pas de ristournes aux revendeurs les plus innovants et à obtenir, par voie réglementaire, la restriction des techniques de commercialisation et de fixation des prix majoritairement utilisées par les détaillants innovants. Ex-économiste en poste à la FTC, Robert Steiner a abondamment écrit sur les conceptions concurrentes du métier de détaillant et sur les coûts que supportent les consommateurs en raison des efforts déployés par les détaillants traditionnels pour asphyxier l'innovation dans le secteur du commerce de détail⁵².

L'analyse des données sur la productivité américaine à partir des années 1990 confirme l'importance de la concurrence entre les différentes formes de distribution au détail. Le cabinet de consultants McKinsey en a tiré les conclusions suivantes⁵³ :

Qui aurait imaginé que le secteur de la vente au détail jouerait un grand rôle dans l'histoire de la nouvelle économie aux États-Unis ? Alors que les détaillants semblaient avoir été laissés à l'écart des progrès technologiques et opérationnels qui ont transformé l'industrie manufacturière américaine, la croissance de la productivité du travail dans ce secteur a plus que triplé après 1995, contribuant ainsi à environ un quart de l'accélération de la productivité nationale de 1995 à 1999. La raison en est simple, elle tient en deux syllabes : Wal-Mart, l'enseigne dont les innovations opérationnelles, y compris le concept de grande surface minimarge (« des petits prix chaque jour »), les échanges de données électroniques avec les fournisseurs et les économies d'échelle au niveau des entrepôts, ont contraint la concurrence à s'adapter.

Petites ou grandes, les innovations de Wal-Mart sont désormais devenues des normes dans le secteur du commerce de détail. Ce qui n'empêche pas Wal-Mart de conserver une avance substantielle sur ses concurrents en termes de productivité et de placer la barre toujours plus haut. Dans les cinq prochaines années, ceci devrait se traduire par des gains de productivité accrus dans le secteur de la vente au détail.

Il ressort de l'exposé ci-dessus trois éléments importants qui concernent les éventuels problèmes d'équité et les inefficiences qu'engendrent des lois anti-VAP strictes. Premièrement, ces lois sont plus susceptibles de brider les grandes surfaces que les détaillants traditionnels ou spécialisés. Par conséquent, l'application des lois anti-VAP pose une question d'équité horizontale. Deuxièmement, les lois anti-VAP peuvent constituer un moyen d'éviction à bon marché par alourdissement des coûts de la concurrence car elles pénalisent surtout les grandes surfaces. Troisièmement, les décisions des détaillants en matière d'intégration verticale peuvent être faussées si des lois anti-VAP ou des lois similaires sont difficiles à appliquer aux méthodes de détermination des prix de transfert internes ou aux contrats d'approvisionnement à long terme des revendeurs dont l'intégration verticale est plus poussée.

Équité horizontale : en général, les détaillants traditionnels ou spécialisés ont des marges (écart entre le prix de revente et le coût d'acquisition) supérieures à celles des grandes surfaces. Par conséquent, en pratiquant un même pourcentage de remise qu'un distributeur traditionnel ou spécialisé, une grande surface risque plus d'enfreindre les lois anti-VAP. Prenons l'exemple de deux revendeurs. L'entreprise A est spécialisée dans la vente de jouets et l'entreprise B est une grande surface qui propose également des jouets. Supposons que, pour commencer, l'une et l'autre facturent leurs jouets à un prix supérieur de 10 % au coût total moyen et que leurs coûts d'acquisition sont identiques. La différence réside dans le fait que le spécialiste du jouet applique une marge de 20 % pour couvrir ses coûts de service à la clientèle, qui sont plus élevés, tandis que cette marge n'est que de 5 % pour la grande surface. Les deux entreprises peuvent cohabiter sur le marché car certains consommateurs préfèrent le service amélioré ou le prestige associés à un magasin spécialisé, alors que d'autres se satisfont du service plus sommaire proposé par la grande surface car les prix y sont plus bas. En prévision de la période de Noël, les deux entreprises envisagent de proposer les mêmes remises sur les mêmes jouets, les plus populaires. Les magasins réalisent qu'il faut un geste d'au moins 20 % pour que les consommateurs remarquent la remise et y répondent favorablement. Aucune loi n'empêche le magasin de jouets de proposer 20 % de remise, même si le prix est alors inférieur au coût total moyen (qui inclut le coût des services à la clientèle). En revanche, la grande surface enfonce les lois anti-VAP si elle ampute ses prix habituels de 20 % car cette remise est supérieure à la marge qu'elle applique habituellement en sus des coûts d'acquisition. Dans un tel scénario, la grande surface ne peut pas proposer de remise intéressante sur des jouets très demandés pendant la période de Noël. L'équité horizontale peut être garantie si la vente à perte est définie comme une revente à un prix inférieur au coût total mais les lois anti-VAP se réfèrent généralement aux coûts d'acquisition.

Alourdissement des coûts des concurrents : dans l'incapacité de pouvoir consentir des remises irrésistibles, les grandes surfaces peuvent recourir à d'autres tactiques pour attirer les clients, par exemple intensifier leurs activités publicitaires ou opter pour d'autres méthodes de marketing. Ces techniques de substitution peuvent cependant être moins rentables et consommer des ressources précieuses. Si l'offre de remises d'au moins 20 % est réellement critique pour la viabilité du commerce, les grandes surfaces peuvent être dans l'impossibilité de se développer dans les zones où s'appliquent des lois anti-VAP, voire être contraintes à abandonner le marché. Les consommateurs qui préfèrent ce format de magasin seront obligés d'acheter ailleurs des produits plus chers et de consommer (ou de supporter) des prestations de service dont ils n'ont pas besoin ou envie.

Décisions d'intégration verticale (fabriquer ou acheter) faussées : en général, les entreprises sont régulièrement amenées à choisir entre « fabriquer ou acheter »⁵⁴. Un vendeur de vêtements pour femmes a-t-il intérêt à dessiner et à fabriquer les robes qu'il vend ou à les acheter à un styliste et un fabricant ? Un

papeterie devrait-elle proposer uniquement sa propre marque de papier ou revendre aussi d'autres marques achetées à des fabricants indépendants ? Pour parler comme les économistes, quel devrait être le degré d'intégration de ces entreprises ?

Dans un environnement concurrentiel, les entreprises décident d'opter pour l'intégration verticale ou de s'approvisionner auprès de fournisseurs indépendants en comparant la rentabilité supposée de chaque formule et en étudiant les risques associés. Les lois anti-VAP peuvent fausser les décisions en pénalisant les entreprises qui n'ont pas choisi l'intégration verticale. En particulier, une entreprise à intégration verticale ne se lance pas dans la revente même si ses produits sont quasiment des substituts des produits proposés par des détaillants⁵⁵. Une entreprise qui a opté pour l'intégration verticale peut facturer des prix qui correspondent aux préoccupations commerciales légitimes des entreprises (voir *supra*) mais qui, pratiqués par un revendeur, contreviendraient aux lois anti-VAP.

3.3 Une concurrence intense entre revendeurs peut attiser la concurrence entre fabricants

Face à une concurrence intense, un revendeur est fortement incité à faire pression sur ses fournisseurs pour qu'ils baissent leurs prix et créent des innovations qui diminuent les coûts et de nouveaux produits susceptibles d'attirer les consommateurs. Les grandes surfaces sont connues pour encourager l'efficacité au niveau de la production. Wal-Mart, par exemple, s'efforce de signer des contrats d'approvisionnement à long terme grâce auxquels les fabricants peuvent investir dans des équipements et des techniques qui réduisent les coûts de production⁵⁶. S'il ne le fait pas, il devra quitter le marché et ses propriétaires devront renoncer à récupérer les coûts. En revanche, quand un revendeur subit une concurrence moins intense, ses propriétaires peuvent profiter de marges plus confortables pour relâcher un peu la pression exercée sur les fournisseurs en vue d'obtenir des ristournes, des économies de coûts et de nouveaux produits. De ce point de vue, les détaillants sont comme les consommateurs, puisque leur comportement de recherche des meilleurs prix et leurs décisions d'achat varient en fonction de leurs goûts, de leurs revenus et de leur richesse. Si les détaillants recherchent moins activement les prix bas et négocient moins fermement avec les fabricants parce qu'ils ne sont pas directement en contact avec la concurrence, les fabricants (et les grossistes) plus efficaces et novateurs risquent de se développer moins rapidement et d'être moins aptes à prendre la place des moins efficaces et novateurs d'entre eux. Pour les consommateurs, ceci se traduira par des prix plus élevés et moins d'innovation.

4. Lois anti-VAP, cadre réglementaire et croissance économique

Outre les effets microéconomiques spécifiques des lois anti-VAP sur le comportement des revendeurs existants et sur l'entrée de nouveaux revendeurs, les études économiques suggèrent qu'il existe des liens entre un cadre réglementaire restrictif, d'une part, et des taux de croissance économique faibles et un chômage élevé, d'autre part. Une réglementation importante peut asphyxier l'innovation et gêner l'arrivée de nouveaux entrants et l'entrepreneuriat⁵⁷. La situation devient particulièrement problématique quand la réglementation prend la forme de lois anti-VAP qui exposent à un « risque réglementaire » les méthodes de commercialisation qui aident les consommateurs à assimiler et à connaître les nouveaux produits et les nouveaux détaillants.

Deux rapports par pays publiés récemment par l'OCDE soulignent que l'environnement réglementaire contribue fortement à promouvoir la croissance économique et un niveau de chômage peu élevé. Ces rapports concernent la Nouvelle-Zélande et la France⁵⁸. Le premier montre que la Nouvelle-Zélande, qui a substantiellement limité le rôle de la réglementation et la participation de l'État dans son économie, affiche des résultats économiques en forte progression depuis 15 ans. Le commerce de détail fait partie des secteurs expressément mentionnés pour la vigueur de la concurrence qui s'y exerce. Une saine concurrence, favorisée par des réformes réglementaires conduites en amont, encourage les entreprises à innover et être plus efficaces. À l'heure actuelle, l'économie néo-zélandaise est en expansion et le

chômage est faible. Le second rapport, en revanche, établit que la France, où la réglementation est plutôt restrictive, s'est distinguée au cours de la même période par une croissance économique relativement lente et des taux de chômage élevés (de l'ordre de 10 %). Le document pointe « l'absence de concurrence dans certains pans du secteur du commerce de détail » (du fait de la loi Galland) comme un facteur pesant sur le « potentiel de croissance, d'innovation et de création d'emplois ». En outre, « dans le secteur du commerce de détail, les couches supplémentaires qui sont venues s'ajouter (aux lois contre les prix d'éviction) imposent une réglementation très précise des prix dans certaines branches, empêchant ainsi les consommateurs de bénéficier de tous les avantages de la concurrence entre producteurs et renforçant l'inflation annuelle ».

Un rapport consacré aux études du McKinsey Global Institute sur les gains de productivité dans les années 1990 fait observer ce qui suit⁵⁹ :

C'est autant un problème de politique de la concurrence qui décourage l'innovation dans le secteur du détail qu'un problème de politique technologique... En Europe, les mesures anticoncurrentielles appliquées au secteur du commerce de détail sont courantes et régissent la destination des biens immobiliers, les horaires d'ouverture et ce qui peut être vendu et par qui. Wal-Mart [à l'origine de plus de la moitié des gains de productivité dans la distribution de détail américaine au cours des années 1990] s'est développé dans un environnement largement libéralisé, de sorte que son modèle de grande surface minimarge est impossible à copier dans la majeure partie de l'Europe... Le cas échéant, les restrictions au commerce de détail pratiquées ailleurs dans le monde risquent plus d'affecter les niveaux de vie que la productivité... parce qu'un magasin peut rester très productif tout en n'ouvrant que cinq jours par semaine... [Les études de la productivité] confirment à quel point les fondements de la concurrence et du capitalisme déterminent les gains de productivité. Cela vous fait comprendre qu'il ne faut pas espérer de miracles mais laisser le marché faire son œuvre.

La plupart des principaux travaux de recherche qui ont établi un rapprochement entre la réglementation de plusieurs États et les différentiels de croissance et de chômage ont été réalisés par l'OCDE⁶⁰. L'un des outils essentiels de cette recherche est la Base de données de l'OCDE concernant les réglementations internationales. Elle contient en effet des informations sur quantité de réglementations ; entre autres sources, ces informations proviennent d'enquêtes sur les types de réglementation éventuellement en vigueur dans chaque pays. Les données ont été passées en revue par des experts nationaux et de l'OCDE. Les règlements contenus dans la base peuvent restreindre les choix des entreprises à différents égards : entrée sur le marché, utilisation d'intrants, quantité et nature des produits fabriqués et prix⁶¹. Ils peuvent s'appliquer à l'économie toute entière ou seulement à certains secteurs. La base de données contient également des informations sur le marché et la structure des secteurs soumis par le passé à une lourde réglementation. Les règlements applicables aux marchés de produits sont distinctes de celles concernant le marché du travail. La base de données présente quelques lacunes, notamment l'absence d'informations sur les règlements informels, sur la qualité des décisions réglementaires ou de l'application de la réglementation et sur les restrictions d'ordre privé pouvant se substituer à des règlements nationaux. L'un des constats intéressants que permet de faire la base de données est que les pays où l'arrivée de nouveaux entrants est sévèrement réglementée sont les mêmes qui imposent des démarches administratives fastidieuses aux entreprises.

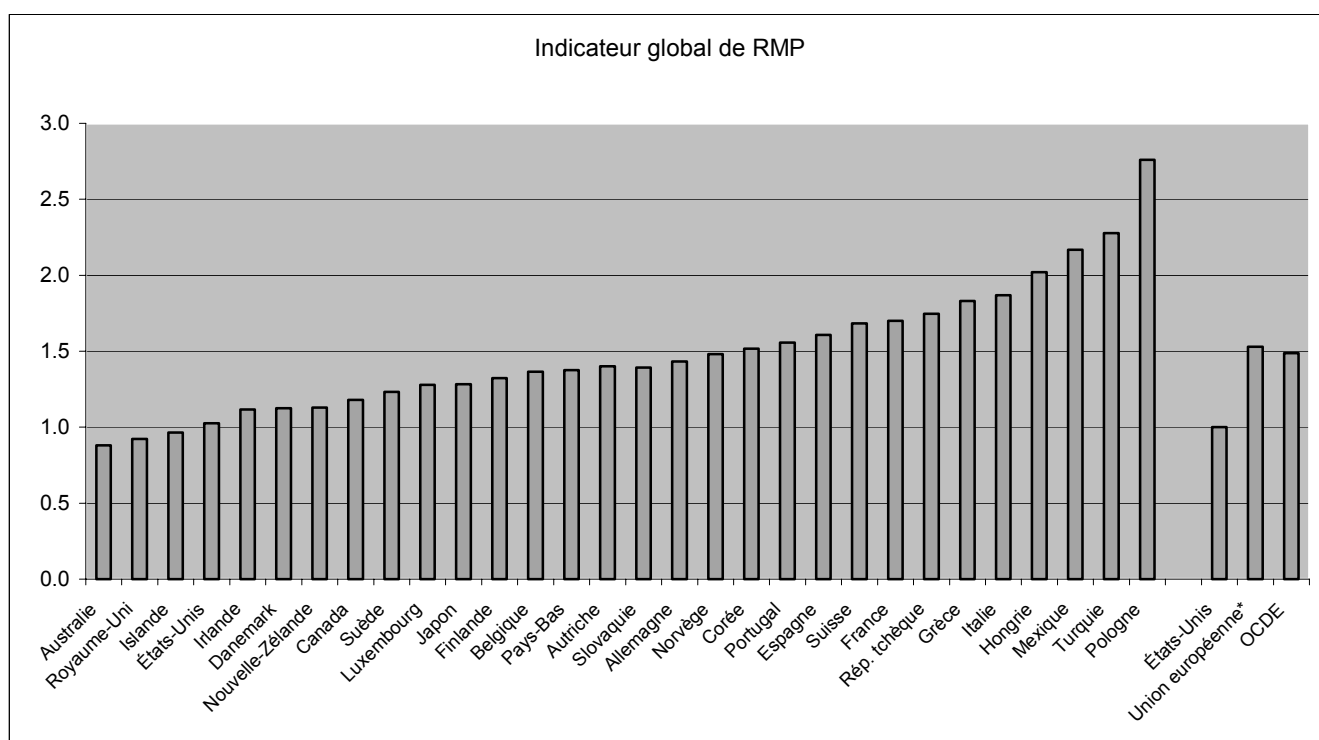
Une étude de la Banque mondiale résume les liens constatés entre l'environnement réglementaire et la croissance économique jusqu'à la fin du millénaire précédent⁶² :

Dans le cadre de la présente étude, nous considérons les différences de portée et de profondeur des réformes réglementaires proconcurrentielles et des politiques de privatisation comme une source possible de dispersion des taux de croissance nationaux. Nous suggérons que, malgré la libéralisation et les privatisations conduites dans l'essentiel de la zone OCDE, les divergences entre les différents

contextes réglementaires nationaux sont plus marquées depuis quelques années, faisant écho à la dispersion accrue des taux de croissance. Nous étudions ensuite de manière empirique les liens réglementation-croissance en utilisant des données qui couvrent un large éventail d'activités manufacturières et de services dans les pays de l'OCDE, durant les deux dernières décennies, et en nous concentrant sur la productivité multifactorielle (PMF) car elle est cruciale pour la croissance du PIB et représente une part significative des écarts entre pays. À l'aide d'une régression de la PMF sur des indicateurs de réglementation et de privatisation globaux et des indicateurs sectoriels de la libéralisation de l'entrée sur le marché, nous trouvons des éléments concrets montrant que les réformes qui favorisent la gouvernance privée et la concurrence (quand elles sont viables) tendent à stimuler la productivité. Dans le secteur manufacturier, plus un pays est éloigné du précurseur technologique, plus les gains à attendre d'un abaissement des barrières à l'entrée sont importants. En conséquence, une réglementation qui limite les entrées peut gêner l'adoption de technologies existantes, éventuellement en diminuant la pression concurrentielle, ou les retombées technologiques ou les entrées d'entreprises de haute technologie. Par ailleurs, les privatisations et la libéralisation de l'entrée sur le marché sont réputées avoir un effet positif sur la productivité dans tous les secteurs. Ces résultats permettent d'interpréter les écarts constatés dernièrement entre les modèles de croissance des pays de l'OCDE, notamment entre de grandes économies d'Europe continentale et les États-Unis. Une réglementation stricte des marchés de produits et l'absence de réformes réglementaires sont probablement à l'origine de la productivité relativement médiocre de certains pays européens, notamment dans les secteurs où l'Europe a accumulé un gros retard technologique. Ces résultats offrent également un éclairage utile à certains pays non membres de l'OCDE. Ils soulignent en particulier les avantages potentiellement associés aux réformes réglementaires et aux privatisations, surtout dans les pays qui accusent de gros retards technologiques et sont dotés d'une réglementation stricte qui neutralise en partie les incitations à adopter de nouvelles technologies.

Diverses autres études de l'OCDE corroborent ces conclusions. Un travail de recherche plus récent sur la réglementation et la croissance examine en particulier les liens entre environnement réglementaire et innovation. Il est constaté qu'un assouplissement de la réglementation permet des progrès importants en termes d'innovation, surtout dans les secteurs proches de la frontière technologique⁶³. Réglementation et croissance économique sont également liées par l'investissement. Des économistes ont examiné la relation entre la réglementation des marchés de produits, notamment les restrictions à l'entrée sur le marché, et l'investissement dans les pays de l'OCDE. Ils concluent que « nombre d'éléments probants montrent que la réglementation stricte des marchés de produits a eu des effets très négatifs sur l'investissement, qui est l'un des principaux moteurs de la croissance. Les données relatives aux secteurs dont l'environnement réglementaire a considérablement changé semblent indiquer que la déréglementation se traduit à long terme par un surcroît d'investissement. Le volet des réformes qui joue le rôle le plus important est la libéralisation de l'entrée sur le marché⁶⁴... La mise à jour 2003 de la base de données de l'OCDE concernant les réglementations⁶⁵ montre que la réglementation demeure moins contraignante aux États-Unis que dans l'UE.

Figure 3.1. Indicateurs de réglementation des marchés de produits (RMP) dans les pays de l'OCDE, 2003¹



1. Les indicateurs vont de 0 (régime le moins restrictif) à 6 (régime le plus restrictif). UE 15 (moyenne simple)

Source : document de travail n° 432 du Département des Affaires économiques de l'OCDE (26 mai 2005).

Les modélisations économétriques qui combinent le contenu de la Base de données de l'OCDE concernant les réglementations internationales avec les résultats économiques nationaux montrent qu'une transition vers des pratiques réglementaires moins restrictives produirait des effets positifs dans tous les cas mais serait tout particulièrement bénéfique aux pays dont les régimes sont actuellement les plus restrictifs. Les travaux réalisés à partir de versions moins récentes de la base de données de l'OCDE aboutissent aux mêmes conclusions. Une comparaison statistique des restrictions appliquées aux marchés de produits et des chiffres de l'emploi dans les secteurs non agricoles indique une corrélation négative significative. Une corrélation de $-0,61$ a été trouvée pour 1995 avec une statistique t de $-3,40^{66}$.

Tableau 5.3. Effets des réformes relatives aux marchés intérieurs de produits sur la PMF et le PIB par habitant

Variations en %

Pays	Effets de la la réduction du contrôle par l'Etat	Effets de l'assouplissement des barrières à l'entrée[2]	Effet conjugué sur la PMF [1] + [2]	Impact sur la production ¹
Autriche	2.3	0.3	2.6	3.8
Belgique	2.0	0.2	2.2	3.1
Danemark	1.4	0.3	1.7	2.4
Finlande	1.9	0.3	2.2	3.2
France	2.4	0.2	2.6	3.7
Allemagne	1.9	0.3	2.2	3.1
Grèce	2.2	0.3	2.5	3.6
Italie	2.2	0.3	2.5	3.5
Pays-Bas	1.7	0.3	2.0	2.8
Portugal	1.3	0.3	1.6	2.3
Espagne	1.5	0.3	1.8	2.5
Suède	1.6	0.3	1.9	2.6
Royaume-Uni	1.0	0.3	1.3	1.9
Etats-Unis	0.5	0.3	0.8	1.1
UE15	1.8	0.3	2.1	2.9

1. L'impact sur la production est calculé à partir d'une fonction de production de type Cobb-Douglas supposée. La part des revenus du travail est fixée à 0,7 et les accroissements du capital sont tels que le ratio capital-travail augmenté de l'efficacité ne varie pas.

Source: OCDE

Une expérience en grandeur nature portant sur les prix et l'intégration économique Les effets de la distribution en grandes surfaces :

Les économistes et les psychologues que le marketing intéresse consacrent souvent leurs travaux à des communautés géographiquement isolées où les variations d'intensité de la publicité sur les chaînes de télévision ou les stations de radio locales sont moins susceptibles d'être « parasitées » par les annonces faites sur les stations d'autres villes. Dans cet isolement relatif, des expériences en grandeur nature peuvent être réalisées en modifiant le contenu et la fréquence des programmes publicitaires. Les îles du Pacifique fournissent précisément le type d'environnement géographiquement isolé qui permet d'observer les effets de l'arrivée sur le marché des magasins à grande surface. Ces derniers décident généralement d'écouler sur le marché de grandes quantités à bas prix et sont apparemment la cible des lois anti-VAP. La Bank of Hawaiï, qui possède des agences sur l'île de Guam, a publié une évaluation concernant l'arrivée des grandes surfaces, au milieu des années 1990⁶⁷.

Le commerce de détail en grandes surfaces

Le concept de magasin à grande surface a déboulé sur l'île de Guam au début de l'année 1995, avec l'ouverture du K-Mart local, le plus grand magasin de la chaîne jusqu'à ce jour. Dans les semaines qui ont suivi, les prix de certains articles pour la maison ont chuté de 15 à 20 %. Avec l'arrivée d'une seconde grande surface, Cost-U-Less, qui possède désormais deux magasins sur l'île, Guam est devenue partie intégrante du marché américain de la grande distribution.

Les K-Mart, Cost-U-Less et autres grandes surfaces ont peut-être mis les petits détaillants locaux en difficulté, mais les baisses de prix associées aux économies d'échelle ont sans aucun doute bénéficié aux consommateurs de Guam. Au vu de la progression du chiffre d'affaires total des détaillants tel qu'il apparaît dans l'assiette d'imposition, les deux dernières années témoignent clairement de la bonne santé du secteur.

Le potentiel de Guam a apparemment convaincu d'autres distributeurs d'étudier ce débouché et de nouvelles grandes surfaces prévoient de s'y installer. Un centre de magasins d'usine et un complexe de plusieurs salles de spectacle devraient ouvrir dans les mois qui arrivent. Avec ces nouveaux venus et les différents magasins déjà implantés, dont certains s'adressent à une clientèle haut de gamme, notamment touristique, Guam devient un pôle régional du commerce de détail.

Pour les détaillants, le message est clair : le marché de Guam sera bientôt aussi concurrentiel que d'autres marchés plus anciens. L'arrivée de la concurrence incite tous les acteurs du secteur à se montrer réactifs, novateurs et efficaces car les magasins ciblent presque tous la même clientèle de touristes et de résidents. Les touristes ont déjà commencé à sélectionner des produits K-Mart. Il reste à voir combien d'autres entrants le secteur pourra accepter, mais l'on peut d'ores et déjà penser que le commerce de détail sur l'île de Guam va connaître une période de dynamisme qui méritera d'être observée.

La grande île d'Hawaï a vécu une expérience aux résultats similaires et désormais connus de tous. Une présentation de la ville de Hilo commence en ces termes : « Il y a vingt ans, Hawaï était un endroit frustrant aussi bien pour les kama aina [insulaires] que les continentaux en raison de l'absence de discompteurs comme il en existait sur le continent. Les prix étaient [et restent dans une certaine mesure] artificiellement élevés et fixés par ceux qui contrôlaient l'entrée de certaines marchandises. Les Hawaïens acceptaient aveuglément l'idée fausse selon laquelle les produits étaient chers en raison de coûts de transport élevés. Cependant, à la fin des années 1980, la diversité a fait son apparition et des sociétés comme K-Mart, Home Depot et Costco ont brusquement fait chuter les prix. Aujourd'hui, les Hawaïens disposent d'une plus large variété de grandes surfaces, avec des prix qui n'avaient jamais été aussi bas⁶⁸ ». La Bank of Hawaï a elle aussi observé les effets des ouvertures d'hypermarchés à Hawaï : « Les nouveaux acteurs du commerce de détail ont provoqué chez les revendeurs locaux une réaction concurrentielle dont les consommateurs profitent. À l'instar de ces nouveaux entrants, les détaillants locaux pratiquent des prix plus offensifs⁶⁹. »

Des effets sur les prix comparables quoique moins spectaculaires ont été constatés lors de l'arrivée de Wal-Mart dans diverses villes continentales des États-Unis⁷⁰.

5. Tendances et variations nationales des lois anti-VAP

Selon la note de référence de la Table ronde de l'OCDE sur les pratiques d'éviction du marché, les pays où les lois anti-VAP sont les plus drastiques sont l'Irlande, la France et l'Allemagne⁷¹. Compte tenu des données sur l'environnement réglementaire déjà examinées, il est peu étonnant que la France et, dans une certaine mesure, l'Allemagne figurent parmi les États appliquant une législation anti-VAP sévère. Pour l'Irlande, c'est plus surprenant car elle est généralement classée dans les pays où la réglementation est la moins restrictive. Si l'on y regarde de plus près, il apparaît que seuls les commerces alimentaires sont soumis à des règles anti-VAP strictes. Dans ces trois pays, les lois anti-VAP ont été promulguées ou révisées assez récemment et bien que leurs partisans aient notamment invoqué la protection des petits détaillants contre les grands distributeurs pour motiver l'adoption des mesures, elles ont aussi été proposées pour empêcher l'exercice d'un pouvoir de monopsonie par les distributeurs (chaînes de supermarchés et de grandes surfaces) à l'encontre des producteurs⁷². La France comme l'Irlande sont en train de réexaminer leurs lois anti-VAP. Puisque c'est en Irlande que la question a été débattue le plus récemment, des extraits de l'analyse de l'Irish Competition Authority sont présentés ci-dessous, ainsi que de brèves présentations des évolutions réglementaires en France, en Allemagne, au Royaume-Uni et aux États-Unis.

France : la France réfléchit à des normes anti-VAP moins restrictives qui permettraient aux revendeurs de consentir des remises plus importantes⁷³. Depuis sa révision en 1996 (Loi Galland), la réglementation interdit de vendre à perte, c'est-à-dire à un prix inférieur au prix de facturation majoré des frais de transport et des taxes. La loi aurait été réactualisée, entre autres motifs, pour protéger les petits détaillants des grands distributeurs et les petits producteurs des grands distributeurs en quête de prix de

gros moins élevés⁷⁴. D'après les rapports de l'OCDE sur ce sujet, les lois anti-VAP françaises semblent appliquées avec sévérité⁷⁵.

Ces dispositions ont été étendues pour contrôler l'utilisation de ce que l'on appelle les « marges arrières ». Ces dispositifs ont pour effet de modifier les prix effectivement payés par rapport à ceux qui figurent sur la facture lors de la livraison. Leur prolifération démontre le pouvoir de négociation des 5 ou 6 plus gros distributeurs et revendeurs au détail de biens de consommation. Tirant avantage de la nécessité, pour les fournisseurs, d'être présents dans ces points de vente, on rapporte que ces distributeurs récupèrent jusqu'à 50 % du prix par ces facturations de charges et règlent tardivement leurs fournisseurs —en moyenne 66 jours après la livraison— pour financer leur propre fonds de roulement. Les charges sont souvent censées être la contrepartie de services de commercialisation, mais leur facturation multiple conduit à douter qu'elles représentent réellement le paiement de services rendus. Elles semblent plutôt être un moyen de pratiquer une discrimination entre les clients ou de contourner l'interdiction—ou de profiter de celle-ci— de fixer les prix de revente à un niveau inférieur au prix d'achat effectif. Les contrôles publics des relations fournisseur-distributeur se sont considérablement renforcés, en partie pour neutraliser la crainte de représailles commerciales qui peut dissuader les entreprises d'engager des poursuites pour abus. La DGCCRF peut désormais agir au civil pour demander au juge d'invalider les accords abusifs, ordonner le remboursement de montants indûment perçus et imposer des amendes, qui peuvent être substantielles — jusqu'à 2 millions d'euros. La DGCCRF se porte également partie dans des actions privées pour rupture déloyale de relations commerciales. Les règles sur la transparence des facturations sont assorties de sanctions pénales. Des amendes sanctionnent également les retards de paiement et des sanctions pénales s'appliquent en cas de manipulation frauduleuse du marché et de dénigrement.

On notera avec intérêt que les marges du commerce de détail en France sont pour l'essentiel attribuées aux rabais de fin d'année et autres paiements effectués par les fabricants, deux facteurs non pris en compte par les lois anti-VAP de 1996. Les remises au titre de services rendus par le revendeur ne se justifient que s'il s'agit de services substantiels et doivent correspondre à un minimum d'achats⁷⁶. Par conséquent, la loi de 1996 contre la vente à perte fixe un prix minimum de revente au détail qui peut être considérablement plus élevé que les prix de gros après remises, rabais et autres réductions. Les prix « excessivement bas », sans autre précision, sont également interdits par la loi de 1996 en vue d'éviter que les prix de revente au détail soient inférieurs aux coûts de production et de distribution⁷⁷. Il semble que cette dernière disposition ait été appliquée avec moins de sévérité que la première parce que la loi de 1996 a coïncidé avec un développement spectaculaire des marques de distributeurs issues de l'intégration verticale des grandes surfaces⁷⁸. Les marques de distributeurs peuvent procéder de diverses formes d'intégration verticale (intégration de la production) ou de contrats d'approvisionnement à long terme établis sur la base de prix de transfert plutôt que de prix facturés. Il est difficile de déterminer raisonnablement si des prix de revente sont inférieurs aux coûts à partir des prix de transfert parce que les entreprises peuvent (ou, selon de nombreux économistes, devraient) pratiquer des prix de transfert aux coûts marginaux à court terme plutôt qu'aux coûts totaux à long terme (incluant les bénéfices), ce que font les entreprises entre elles en l'absence d'intégration verticale. Transférer au coût marginal évite les pertes d'efficacité éventuellement dues à la double marge. Globalement, les études suggèrent que les prix de revente ont augmenté sous l'effet de la loi de 1996, les plus fortes hausses ayant concerné les marques les plus populaires⁷⁹.

Allemagne : la législation allemande contre la vente à perte est entrée en vigueur en 1999. Elle interdit plus précisément aux détaillants de pratiquer de façon prolongée des prix de revente inférieurs à leurs prix d'achat et prévoit la possibilité d'actions privées quand le défendeur occupe une position dominante⁸⁰. En 2004, les auteurs d'une évaluation de la réglementation allemande de la vente au détail observaient⁸¹ :

« Par rapport à de nombreux autres pays européens, le commerce de détail a toujours été fortement réglementé [en Allemagne]. Par exemple, les heures d'ouverture restent plus limitées que dans beaucoup de pays d'Europe ; par ailleurs, les possibilités de rabais en dehors des périodes de soldes sont soumises à de nombreuses restrictions et il est interdit de vendre à perte [...]. »

« Les lois allemandes relatives à la *concurrence déloyale* ont probablement eu pour effet d'entraver la concurrence plutôt que de la promouvoir. À l'instigation de la législation de l'UE, certaines règles protectionnistes (par exemple concernant les rabais) sont actuellement éliminées ou adaptées. Deux lois qui rendaient les rabais plus difficiles ont été abrogées en 2001. Il subsiste cependant des éléments majeurs de législation protectionniste, notamment la loi sur la concurrence déloyale, que l'on peut invoquer pour empêcher la concurrence sur les prix et dont l'application sous-estime, aujourd'hui encore, la capacité des consommateurs d'agir par eux-mêmes. Cette loi est en cours de révision pour tenir compte de l'évolution au sein de l'UE et donner plus de poids aux intérêts des consommateurs ; l'Allemagne s'efforce cependant de conserver la règle interdisant la vente à perte. »

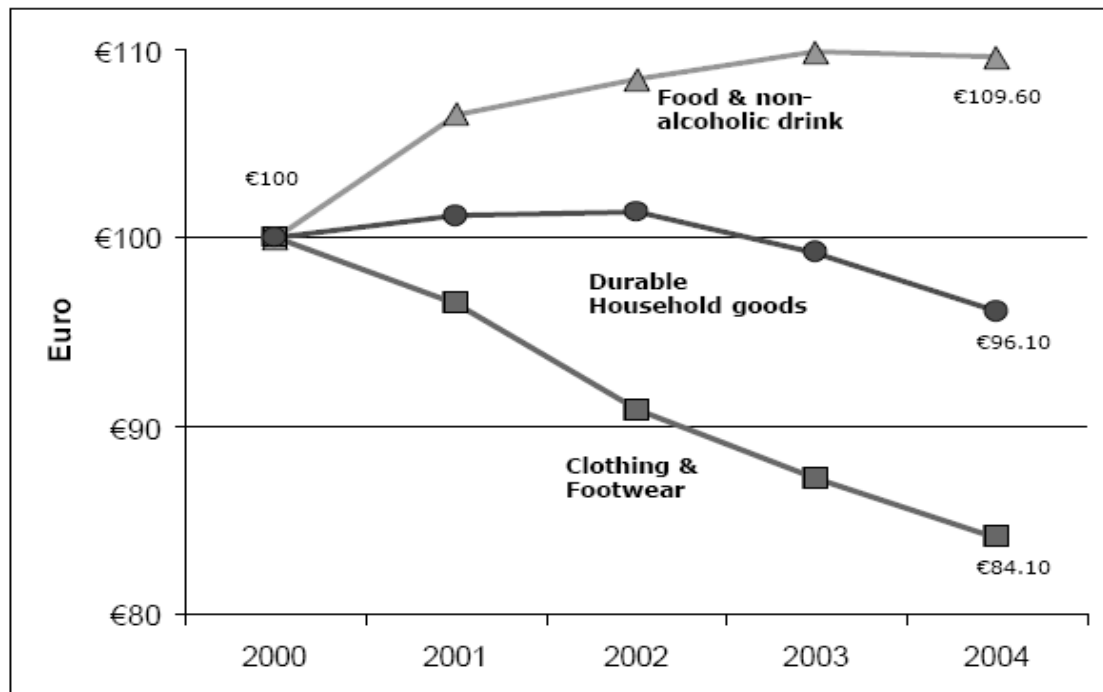
La note de référence de la Table ronde sur les pratiques d'éviction du marché (octobre 2004) est revenue sur l'arrêt de la Cour suprême allemande concernant la vente à perte, par Wal-Mart, de produits d'alimentation courante (lait, œufs, etc.). La Cour a considéré que l'interdiction de vente à perte en vigueur en Allemagne s'appliquait, que la concurrence en soit ou non affectée, et que le simple fait d'être une grande entreprise par rapport à ses concurrents de petite et moyenne taille suffisait à démontrer sa puissance de marché « supérieure »⁸². Ces deux arguments ne se rapportent pas aux lois contre les pratiques d'éviction du marché mais se fondent plutôt sur un critère de non-préjudice aux petits concurrents.

Irlande : L'ordonnance irlandaise de 1987 (*Groceries Order*) a été introduite parce que beaucoup considéraient que les grands détaillants recouraient à des prix inférieurs aux prix coûtants (vente à perte) pour gérer le marché, ce qui évinçait beaucoup de petits et moyens détaillants et diminuait le bien-être à long terme en raison d'une concentration croissante⁸³. Dernièrement, l'autorité de la concurrence a recommandé l'abrogation de la loi anti-VAP pour le secteur des magasins d'alimentation générale, au motif qu'elle portait préjudice aux consommateurs. Le Joint Committee on Enterprise and Small Business, au contraire, a recommandé son maintien pour parer au mouvement de concentration croissante dans le secteur des alimentations générales et aux prix d'éviction⁸⁴. Comme le communiqué de presse de l'autorité irlandaise de la concurrence est un excellent résumé des arguments en faveur de l'abrogation et s'appuie sur des éléments quantitatifs probants, il a été reproduit dans son intégralité à l'annexe B.

L'autorité de la concurrence a estimé que le *Groceries Order* était anticoncurrentiel et coûtait pratiquement 500 euros par an aux ménages moyens. Elle a d'abord comparé l'évolution respective des prix de l'alimentaire et ceux des biens d'équipement des ménages et de l'habillement. L'exercice a montré que les hausses des prix de l'alimentation avaient été supérieures à celles des biens d'équipement, tandis que les prix de l'habillement avaient baissé (figure 1).

Figure 1. En Irlande, les prix de l'alimentation augmentent, contrairement à ceux de l'habillement, des chaussures et des biens d'équipement des ménages.

Figure 1: Irish food prices rise while clothing, footwear and household goods prices fall.



Source: Retail price levels 2000-2004 from CSO data

Légende :

Alimentation et boissons sans alcool

Biens d'équipement des ménages

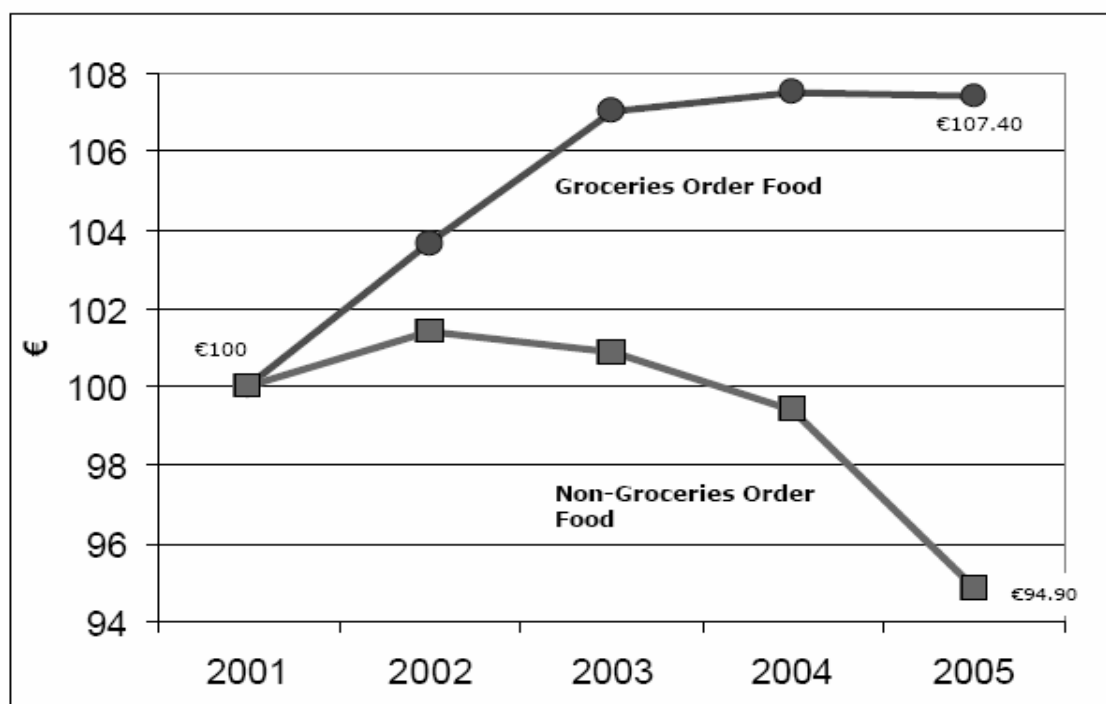
Vêtements et chaussures

Source : niveaux des prix de détail de 2000 à 2004, à partir de données de l'Office central de statistiques irlandais (CSO)

L'autorité de la concurrence a également comparé l'évolution des prix des produits visés par l'ordonnance et celle des prix des autres produits alimentaires. Les premiers ont augmenté, contrairement aux autres (figure 2). En dernier ressort, l'autorité a constaté que les familles à faibles revenus étaient excessivement pénalisées par l'ordonnance⁸⁵.

Figure 2. Dans le secteur alimentaire, seuls les prix des produits visés par le *Grocery Order* augmentent

Figure 2: Food covered by Groceries Order rises in price while food not covered falls



Source: Retail food prices June 2001-June 2005 – from CSO data

Légende :

Produits soumis au *Grocery Order*

Autres produits alimentaires

Source : prix de détail des produits alimentaires de juin 2001 à juin 2005 – à partir de données du CSO

L'autorité irlandaise de la concurrence n'a pas été la seule instance à conclure que l'ordonnance s'était traduite par une hausse des prix à la consommation. Une étude réalisée en 1997 est arrivée au même résultat puisqu'elle a constaté une augmentation d'environ 5 % des marges (prix en magasin/coûts) des magasins d'alimentation générale, imputable à l'ordonnance de 1987⁸⁶. L'un des volets importants de cette histoire a été le remplacement des lois anti-VAP par un régime de prix de revente imposés abandonné en 1956.

Royaume-Uni : l'Office of Fair Trade (OFT) évalue les dernières évolutions de la réglementation des prix de l'alimentation au détail au Royaume-Uni⁸⁷. La suppression des lois anti-VAP au profit d'un critère de prix raisonnables moins restrictif fait partie de ces changements récents et l'OFT estime pour finir que les réformes ont été généralement favorables aux consommateurs (prix en baisse, choix élargi, qualité maintenue) et qu'un retour à des règles plus contraignantes dans le secteur des magasins d'alimentation générale « pourrait bien nuire à l'efficacité du marché⁸⁸ ».

Union européenne : en raison semble-t-il de l'opposition de certains États membres, il n'a pas été donné suite aux propositions faites en 2003 par la Commission européenne en vue de remplacer les lois anti-VAP. L'argument qui avait été avancé par la Commission européenne était que les ventes promotionnelles étaient essentielles au développement des échanges transfrontières de produits et de services⁸⁹.

États-Unis : il n'existe pas de lois anti-VAP fédérales, mais, au cours des dernières années, certains États ont voté des lois de ce type, y compris des lois visant spécifiquement la vente au détail d'essence, avec plusieurs niveaux d'application⁹⁰. Il existe une quantité d'autres lois anti-VAP votées par les États⁹¹. Selon ces lois, le prix standard correspond au prix d'acquisition, majoré ou non de la marge nécessaire du détaillant. L'une des raisons invoquées pour appliquer ces restrictions est la crainte que les producteurs d'essence (c'est-à-dire les compagnies pétrolières) ne favorisent les détaillants dont ils sont propriétaires en leur permettant de vendre à perte (subventionnement croisé). L'argument est que les détaillants indépendants sont progressivement évincés du marché en raison de cette pratique qui est considérée comme le prélude à un relèvement des prix de détail destiné à accroître les bénéfices de la société mère ou bien comme un moyen d'évincer les indépendants pour les racheter ensuite à des prix inférieurs aux cours du marché⁹².

Aux États-Unis, les restrictions appliquées aux prix de détail ne sont pas une nouveauté. Des lois sur les prix de revente imposés (lois sur les pratiques équitables) ont été en vigueur durant une grande partie du XX^e siècle. Elles n'ont été abandonnées que dans les années 1970 et le sort des autres restrictions verticales a considérablement varié car les avis sur leurs éventuels effets proconcurrentiels ou anticoncurrentiels ont fluctué selon les périodes⁹³. Le seuil de prix définissant une pratique d'éviction a également évolué dans le temps, de même que les points de vue sur la vraisemblance des prix d'éviction en général⁹⁴.

6. Classifications possibles des lois anti-VAP

On peut faire valoir que les lois anti-VAP protègent les concurrents plutôt que la concurrence mais cette critique revient à décrire de façon vraiment trop globale à la fois les effets probables de ces lois et les décisions judiciaires les plus médiatisées qui vont dans le sens d'une telle argumentation⁹⁵. Généralement, les lois anti-VAP ne protègent pas les nouveaux entrants des entreprises en place, ni les grandes entreprises des plus petites. L'histoire et l'application des lois anti-VAP montrent plutôt qu'elles protègent les entreprises de petite taille bien établies qui privilégient une stratégie de prix élevés contre les entrants de grande taille pratiquant des prix bas. Si tel est le cas, il se pourrait bien qu'elles soient classées à tort dans les lois proconcurrentielles. Quelle(s) autre(s) classification(s) serai(en)t alors plus appropriée(s) ?

Une des possibilités est de les associer aux programmes de préservation des sites historiques. L'objectif déclaré de ces programmes est de protéger des immeubles présentant un intérêt historique de travaux de démolition ou de rénovation qui pourraient nuire à leur fonction historique. Un programme peut couvrir des bâtiments individuels ou des groupes de bâtiments et une aide peut être proposée pour financer les réparations ou l'entretien. Si leur intérêt historique implique qu'elles soient consacrées à des activités de revente particulières, les détaillants qui y sont installés peuvent recevoir des financements gouvernementaux ou associatifs permettant d'effectuer des travaux ou d'assurer l'entretien. Lorsque plusieurs bâtiments ou un quartier sont ainsi classés, les détaillants qui exercent dans toute la zone couverte sont protégés contre la concurrence des entreprises dont la taille ou les méthodes de commercialisation ou de vente sont incompatibles avec la préservation du patrimoine historique.

Les lois de préservation du patrimoine historique ne relèvent généralement pas de la compétence des autorités de la concurrence. Au Royaume-Uni, par exemple, la viabilité des commerces de centre-ville est du ressort du cabinet du vice-Premier Ministre⁹⁶. Aux États-Unis, les programmes de ce type sont souvent financés sur des fonds privés ou encore par un État ou une municipalité.

Les lois anti-VAP peuvent également s'inscrire dans des politique de zonage ou d'occupation des sols, généralement utilisées pour séparer des activités incompatibles. Les zones d'habitation sont souvent séparées des zones commerciales et industrielles, qui sont bruyantes, polluées ou génèrent une circulation automobile très dense. On considère fréquemment que les habitations peuvent en revanche jouxter de petits commerces de détail. Grâce à cette proximité, les résidents dépensent moins d'argent et de temps dans les transports. Dans ces zones d'habitation, les détaillants sont protégés de la concurrence directe des détaillants installés à l'extérieur. Les détaillants de ces quartiers sont généralement de petits commerçants plutôt traditionnels. Le zonage peut empêcher l'implantation de gros détaillants pour des raisons liées à la circulation routière ou à l'esthétique urbaine. L'étude économique de l'OCDE relative à la France et datée de 2005 précise que les lois anti-VAP françaises visaient à protéger les petits commerces « traditionnels » des centres-villes (ainsi qu'à réglementer les relations entre producteurs et distributeurs). Le rapport préconise ensuite que, si tant est qu'une telle protection soit réputée nécessaire, elle devrait passer par des lois générales de zonage (et non par l'arrangement actuel grâce auquel les représentants des commerçants déjà installés peuvent directement influencer sur la délivrance de permis de construire aux grands commerces de détail).

Une autre possibilité consiste à classer ces lois dans les mesures relatives aux externalités sociales. Certains pays estiment que des tailles ou des catégories particulières d'entreprises justifient d'un soutien public, soit en raison de leur intérêt intrinsèque soit parce le marché est plus ou moins défaillant à leur égard. Un exemple fréquemment cité est celui des petites exploitations agricoles. Celles-ci sont rarement des commerces de détail, mais les petites entreprises, et notamment les petits détaillants, constituent l'une des catégories d'entreprises parfois désignées pour bénéficier d'une attention particulière. Les programmes publics d'aide aux petites entreprises ont un certain nombre d'effets en commun avec les lois anti-VAP : ils confèrent un avantage concurrentiel aux entreprises auxquelles ils s'appliquent. Par exemple, les programmes de subventionnement des petites entreprises peuvent avoir pour effet de diminuer les charges d'exploitation, d'améliorer l'accès aux capitaux ou d'aiguiser le sens des affaires. Tous ces aspects permettent aux entreprises bénéficiaires de devenir des concurrents plus offensifs que les autres⁹⁷. En revanche, les lois anti-VAP semblent avoir pour principal effet d'handicaper les concurrents des entreprises qu'elles protègent en les empêchant de mettre en œuvre des techniques de vente ou de commercialisation qui seraient plus efficaces. Par principe, une politique qui aide un groupe d'entreprises à être plus efficaces semble préférable à une politique qui crée des inefficiences chez les concurrents du groupe privilégié. La première approche peut profiter au consommateur parce qu'elle renforce la concurrence ; en outre, elle est susceptible d'accroître l'efficacité car elle n'entraîne aucun gaspillage de ressources délibéré.

Certains États ont abouti à des conclusions similaires au sujet des dispositifs pouvant intégrer certains des objectifs non proconcurrentiels associés aux lois anti-VAP. Ainsi, dans ses récentes conclusions sur la réforme de la réglementation des magasins d'alimentation générale, l'Office of Fair Trading (Royaume-Uni) faisait les remarques suivantes⁹⁸ : « Certaines parties prenantes ont soulevé des questions qui ne sont pas du ressort de l'OFT. Par exemple, il incombe au DEFRA [ministère de l'Environnement, de l'alimentation et des affaires rurales] d'examiner les problèmes de viabilité de l'économie rurale et au cabinet du vice-Premier Ministre les questions d'aménagement qui influent sur la diversité dans les rues principales des collectivités locales. » D'après le même rapport de l'OFT, les craintes liées au fait que les chaînes de supermarchés stopperont les importations venant des pays en développement devraient être traitées par les services ministériels chargés du développement international qui travaillent avec les pays concernés pour qu'ils satisfassent aux normes de qualité plus exigeantes mises au point par ces distributeurs.

S'agissant des trois instruments évoqués plus haut, les lois anti-VAP semblent avoir au moins autant d'effets communs avec eux qu'avec les autres lois de protection de la concurrence. Il faut peut-être en déduire que la signification économique du terme « concurrence » est en train d'évoluer. Désormais, la

concurrence est vue comme un processus plus dynamique, de sorte que les lois favorisant un maintien artificiel des entreprises sur le marché font figure de parents pauvres du droit de la concurrence. Comme indiqué précédemment, cette évolution du concept de concurrence s'explique essentiellement par le fait que l'on comprend mieux en quoi l'information des consommateurs conditionne l'efficacité de la concurrence.

Au vu de ces exemples, il serait souhaitable que les responsables de l'élaboration des politiques puissent poursuivre les objectifs aujourd'hui associés aux lois anti-VAP mais ne visant pas à protéger la concurrence, et ce, sans passer par des lois anti-VAP susceptibles d'empêcher une concurrence efficace.

Si les lois anti-VAP restent en vigueur et sont administrées par l'autorité de la concurrence, les consommateurs auront presque toutes les chances d'en bénéficier si les mesures d'application se concentrent en priorité sur les cas (éventuels) où le comportement d'une entreprise est contraire à la loi et susceptible de constituer une pratique d'éviction. Si les lois anti-VAP restent en vigueur mais sont administrées par une autre autorité, les consommateurs en bénéficieront sûrement si l'autorité de la concurrence conserve le droit d'intervenir lorsque leur application risquera de nuire aux consommateurs.

7. Conclusion

Les lois anti-VAP ne semblent pas satisfaire au critère de protection du bien-être des consommateurs que les autorités de la concurrence associent habituellement aux lois proconcurrentielles. Ne prévoyant pas de test de récupération des pertes, les lois anti-VAP risquent de gêner l'entrée et la croissance des détaillants qui, en misant sur la vente de gros volumes à bas prix, peuvent accroître le bien-être des consommateurs. Il existe en outre de nombreuses raisons commerciales légitimes qui peuvent amener des détaillants à pratiquer des prix de revente inférieurs aux prix coûtants. Elles sont souvent liées à des questions d'information des consommateurs et de réputation des fournisseurs. Déterminer les cas dans lesquels une exemption des lois anti-VAP est économiquement fondée est susceptible d'entraîner des coûts administratifs et de rendre l'application de ces lois incertaine. Quand des lois contre les pratiques d'éviction du marché sont déjà en vigueur, l'application de lois anti-VAP risque plus de nuire aux consommateurs que de les avantager. Qui plus est, les lois anti-VAP peuvent contribuer à une stagnation réglementaire qui s'accompagne d'un ralentissement de la croissance économique et d'une hausse des taux de chômage.

Si les lois anti-VAP ne satisfont guère au critère de protection du bien-être des consommateurs qui fonde les lois proconcurrentielles, elles s'inscrivent en revanche assez bien dans d'autres politiques publiques relatives à la préservation des sites historiques, à l'occupation des sols ou aux externalités sociales. L'analyse des lois anti-VAP en tant qu'instrument de ces autres politiques n'aboutit pas à des conclusions particulièrement positives mais donne à penser que, si les lois anti-VAP sont vraiment destinées à atteindre d'autres objectifs que des objectifs proconcurrentiels, il doit être possible d'atteindre les objectifs en question en optant pour des mesures plus directes et transparentes et sans les risques de préjudice aux consommateurs qui sont associés aux lois anti-VAP.

Pour ces deux types de raisons, les lois anti-VAP méritent amplement d'être réexaminées par les pays Membres de l'OCDE.

NOTES

1. Le régime de prix imposés est généralement considéré comme une restriction verticale découlant de dispositions contractuelles privées entre fabricants et distributeurs. À cet égard, l'attitude des pouvoirs publics varie, de l'interdiction pure et simple des arrangements privés à l'obligation faite aux distributeurs de les respecter s'ils souhaitent conclure un contrat d'approvisionnement incluant une clause de prix imposés.
2. Pour les besoins du présent document, les termes « consommateur(s) » et « client(s) final(s) » sont interchangeables.
3. Sauf contextes particuliers, le terme « lois » englobe ici la législation proprement dite, la réglementation et les mesures destinées à les mettre en application.
4. Les travaux sur l'économie des choix publics se fondent sur cette proposition. Voir l'ouvrage de Jac C. Heckelman, dir. pub., *Readings in Public Choice Economics*, (2004), qui contient un article de James Buchanan, Robert Tollison et Gordon Tullock.
5. Dans cette optique, une approche entièrement fondée sur le bien-être (celui des consommateurs et celui des producteurs) peut être efficace, même si l'exercice d'évaluation peut se révéler encore plus difficile et coûteux. Voir Margaret Sanderson, "Remarks Prepared for the Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Based Competition", (2 novembre 1995), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/opp/global/sandersn.htm>.
6. L'analyse économique des comportements de recherche des consommateurs montre généralement que plus les écarts de prix sont importants, plus les consommateurs enquêtent pour trouver les meilleurs prix... et plus le distributeur qui réduit ses prix obtient une réponse significative des consommateurs. *A contrario*, les consommateurs qui recherchent moins activement les prix les plus bas réagissent moins aux baisses de prix. Dennis Carlton et Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organisation*, 3ème édition, (2000), p. 431-450.
7. Les lois contre la discrimination par les prix des fabricants et des grossistes risquent aussi de poser un problème économique du fait qu'elles peuvent atténuer la dispersion des prix ; le consommateur est alors moins incité à rechercher activement les prix les plus bas et la sensibilité (ou élasticité) de la demande par rapport aux prix diminue.
8. Dennis Carlton et Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organisation*, 3ème édition, (2000), p. 431-450 et références.
9. Même dans ce cas, les autres bénéfices pour le consommateur (prix inhabituellement réduits, recherche plus active des meilleurs prix, valeur associée au produit, information sur le détaillant véhiculée par les baisses de prix) peuvent prédominer.
10. Pour une analyse et une étude comparée très utiles du pouvoir de monopole et du pouvoir de monopsonie, voir Roger G. Noll, "'Buyer Power' and Economic Policy," *Antitrust Law Journal* 72:2, (2005), p 589-624. Pour un plaidoyer intéressant en faveur du traitement que les gros distributeurs réservent aux fabricants, voir S. Robson Walton, "Wal-Mart, Supplier Partners, and the Buyer Power Issue," *Antitrust Law Journal* 72:2, (2005), p. 509-527 : l'article met l'accent sur les relations durables qui sont établies avec les fournisseurs et qui diminuent les coûts et les risques pour les fabricants.
11. Les lois contre la discrimination par les prix peuvent être considérées comme une tentative de lutter contre le pouvoir de monopsonie en empêchant les fabricants d'offrir des remises qui ne se justifient pas par les économies de coûts qu'ils réalisent du fait que l'acheteur (le distributeur) rend un service que le fabricant aurait sinon dû rendre lui-même. Le refus d'un fabricant de traiter avec certains acheteurs sous la pression d'un monopsonie ou d'un oligopsonie d'acheteurs peut être considéré comme une forme extrême de discrimination par les prix de la part du fabricant. Les deux interdictions sont plus susceptibles de

bénéficier aux consommateurs et moins susceptibles de supprimer des baisses de prix avantageuses si elles s'accompagnent d'une analyse de la puissance sur le marché (s'appuyant sur la définition et la structure du marché et sur un examen de l'entrée sur le marché au niveau de la vente au détail). Une affaire intéressante à cet égard est celle qui a opposé la FTC à Toys 'R' Us. L'enseigne a été accusée d'avoir incité les fabricants à ne pas proposer les jouets les plus demandés aux distributeurs qui prenaient une marge faible. D'après les éléments du dossier, Toys 'R' Us aurait trouvé plus rentable d'empêcher les magasins à prix réduits de se procurer ces jouets vedettes que de leur livrer directement concurrence au niveau de la vente au détail. « En substance, cette affaire concerne la manière dont Toys 'R' Us, le premier vendeur de jouets des États-Unis, a réagi à la concurrence inédite représentée par les clubs-entrepôts, une nouvelle catégorie de discompteurs. Au lieu d'affronter ces nouveaux concurrents directement sur le marché, Toys 'R' Us a contacté tous les fabricants de jouets qui le fournissaient et fournissaient ces clubs et en a convaincu un grand nombre de s'entendre avec lui et entre eux pour ne pas vendre aux clubs, ou plus généralement de leur vendre des produits à des conditions peu avantageuses. L'objectif de Toys 'R' Us était d'empêcher les consommateurs de comparer le prix et la qualité offerts par les clubs et le prix et la qualité des mêmes jouets proposés et vendus chez lui et, partant, d'amoindrir l'efficacité de ces concurrents. » Avis de la Commission fédérale du commerce dans l'affaire Toys 'R' Us, FTC Docket No. 9278, (1998), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/os/1998/10/toyspubl.pdf>.

12. Les articles du symposium sur le pouvoir de marché et les lois antitrust publiés dans *Antitrust Law Journal* 72:2, (2005), illustrent largement le fait que le monopsonne peut se révéler un problème aussi préoccupant que le monopole, si ce n'est quand un pouvoir monopolistique existe déjà. Certains articles ne traitent que très brièvement de cette exception, pourtant importante.
13. Les coûts marginaux ou variables d'un distributeur sont fréquemment supérieurs à leurs coûts d'acquisition car ces derniers ne sont qu'une composante des premiers. Dans ce cas, les prix de revente inférieurs au prix coûtant seront également en deçà des seuils de prix abusifs. Cependant, les coûts d'acquisition ne sont pas forcément variables. Par exemple, quand le contrat d'approvisionnement signé avec un distributeur contient des dispositions du type « emporté ou facturé », les coûts d'acquisition totaux ne varient pas en fonction du volume sur toute la gamme couverte par les dispositions en question. En l'occurrence, le distributeur pourrait contrevenir aux lois anti-VAP sur la base des coûts unitaires moyens mais respecterait la norme définissant les prix abusifs qui, elle, se fonde sur les coûts marginaux ou variables. Les contrats d'approvisionnement obligeant à prendre la marchandise ou à la payer rendent difficile l'application des lois anti-VAP. En effet, ces lois se servent du prix facturé mais le prix de facturation à l'unité peut être très inférieur au coût d'acquisition unitaire réel si le distributeur ne prend pas la totalité de la quantité figurant au contrat. Dans un tel cas de figure, ne pas prendre en compte les ajustements de fin d'année peut conduire à ne pas avoir de transactions à des prix très au-dessous des coûts d'acquisition.
14. La note de référence, les contributions nationales et l'aide-mémoire sont disponibles à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/35/7/1920261.pdf>.
15. C'est ce que l'on appelle le problème des doubles marges. L'une des solutions possibles, en régime de PRI, consiste à fixer un prix plafond et non un prix plancher. Par conséquent, ni les PRI minimaux ni les lois anti-VAP ne sont directement pertinents en ce qui concerne les doubles marges.
16. Pour une étude détaillée des restrictions verticales et des références sur le sujet, voir Dennis Carlton et Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organisation*, 3ème édition, (2000), chapitre 12, et W. Kip Viscusi, John M. Vernon et Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, 3ème édition, (2000), chapitre 8. Voir également Thomas R. Overstreet, Jr., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, (1983) et Pamela Jones Harbour (commissaire à la FTC), "Vertical Restraints: Federal and State Enforcement of Vertical Issues," (mars 2005), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/speeches/harbour/050329vertical.pdf>. Pour un traitement de la question du parasitisme en liaison avec les importations du « marché gris », voir "Free Trading or Free Riding: An Examination of the Theories and Available Evidence on Gray Market Imports," *World Competition Law and Economics Review* 32, (février 1988), p. 75-92. Reproduit dans Ruth Towse et Rudy Holzhauser, dir. pub., *The Economics of Intellectual Property*, vol. 4, *Competition and International Trade*, (2002).

Le problème de la fourniture de services sous-optimaux est particulièrement préoccupant si tous les consommateurs en ont besoin pour prendre des décisions d'achat rationnelles ou si l'existence de ces services renforce la concurrence intermarques, mais les détaillants à bas prix ne fournissent pas ce type de services. Les consommateurs obtiennent donc ces services auprès des distributeurs qui vendent plus cher mais s'approvisionnent finalement chez les distributeurs les moins chers. Dans ce scénario, les vendeurs à bas prix agissent comme des « parasites » pour les distributeurs qui fournissent les services demandés par les consommateurs. Les consommateurs peuvent se retrouver sans fournisseur pour ces services. Il peut en résulter des défaillances du marché : décisions d'achat inefficaces, utilisation dangereuse d'un produit ou demande trop faible pour soutenir l'activité des sites de fabrication. Un problème du même ordre se pose si les distributeurs estiment que les coûts des services à offrir pour certains produits d'une gamme donnée sont supérieurs aux coûts à engager pour d'autres produits. Certains distributeurs peuvent alors décider de ne proposer que les produits écoulables sans prestations de services associées. C'est ce que l'on désigne par le terme d'« écrémage ». Les consommateurs finissent ainsi pas ne plus trouver de détaillants qui suivent une gamme complète de produits car ces détaillants-là abandonnent le marché. Dans ce scénario, le choix des consommateurs risque de se limiter aux produits sans services associés.

17. Thomas R. Overstreet, Jr., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, (1983) et Pamela Jones Harbour (commissaire à la FTC), "Vertical Restraints: Federal and State Enforcement of Vertical Issues," (mars 2005), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/speeches/harbour/050329vertical.pdf>.
18. Outre les restrictions verticales définies ou mises en œuvre via une coordination horizontale des concurrents, certaines restrictions verticales qui peuvent être proconcurrentielles quand elles sont utilisées par un petit nombre de fournisseurs peuvent engendrer des effets horizontaux anticoncurrentiels quand elles sont utilisées par la (quasi-) totalité des fournisseurs. Voir, par exemple, Jonathan Baker, "Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of 'Most-Favored-Customer' Clauses," *Antitrust Law Journal* 64, (printemps 1996), p. 517-534.
19. Mikheil Gogeshvili, "Resale Price Maintenance---A Dilemma in EU Competition Law," *Georgian Law Review*, (2002), p. 281-319, disponible à l'adresse http://www.geplac.org/publicat/law/blr02n2-3e/p_281e.pdf.
20. Au sujet du fait que les lois anti-VAP peuvent être considérées comme une forme de restriction verticale, voir Marie-Laure Allain and Claire Chambolle, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism", (février 2004), article présenté en juin 2004 à la Conférence sur l'économie industrielle et l'industrie agro-alimentaire de l'Université de Toulouse, disponible à l'adresse <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambolle.pdf> et "Loss-Leaders Banning Laws as Vertical Restraints," Institut National de la Statistique et des Études Économiques, Centre de Recherche en Économie et Statistique, document de travail n° 2004-19, (2004), disponible à l'adresse <http://www.crest.fr/doctravail/document/2004-19.pdf>. Si les craintes de parasitisme sont fondées, il vaut sûrement mieux imposer des prix de revente planchers qu'appliquer des lois anti-VAP. Le prix plancher imposé peut être fixé et ajusté de sorte à rémunérer les distributeurs pour le niveau de service au client qui est optimal pour l'ensemble de la chaîne verticale de production. En l'absence de prix planchers, les producteurs peuvent envisager d'autres solutions : augmentation de la publicité pour assurer la réputation et le bon usage d'un produit, paiements versés (ou rabais consentis) par les producteurs au titre des services rendus par les détaillants, autres sources d'information sur les produits, intégration verticale de la vente au détail, surveillance des niveaux de service à la clientèle et différenciation géographique des produits.
21. Voir, par exemple, Michael Lynch, Ross M. Miller, Charles R. Plott et Russell Porter, "Product Quality, Consumer Information and "Lemon" in Experimental Markets", dans Pauline M. Ippolito et David T. Scheffman, dir. pub., *Empirical Approaches to Consumer Protection Economics: Proceedings of a Conference Sponsored by the Bureau of Economics, Federal Trade Commission*, (1986), p. 251-306.
22. C'est également un des postulats qui sous-tend un modèle dans lequel les distributeurs sont incités à proposer des produits d'appel en général. Voir Patrick Paul Walsh et Ciara Whelan, "Loss Leading and Price Intervention in Multiproduct Retailing: Welfare Outcomes in a Second-Best World," *International Review of Law and Economics* 19:3, (septembre 1999, p. 333-347).

23. Sur les marchés où les nouveaux clients ou les clients très occasionnels sont nombreux, les pratiques trompeuses risquent davantage de perdurer car de nombreux clients peuvent ne pas se rendre compte que les vendeurs les abusent.
24. Les guides et les règles de protection des consommateurs publiés par la FTC sont disponibles à l'adresse http://ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/text-idx?sid=3ad5b48a02eb1707974872e00175bbb5&c=ecfr&tpl=/ecfrbrowse/Title16/16cfrv1_02.tpl. Une liste des textes de lois américains visant à protéger les consommateurs est disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/ogc/stat3.htm>. Un descriptif de la règle de non-disponibilité relative au « bon pour achat ultérieur » est disponible à <http://consumerlawpage.com/brochure/45.shtml>.
25. Le programme de protection des consommateurs de la FTC américaine comprend une base de données regroupant des plaintes de consommateurs. L'organisme s'en sert pour rédiger des règles, les faire appliquer et éduquer les consommateurs. Au vu des plaintes concernant les ventes à perte, cette pratique ne semble pas mériter un surcroît d'attention de la part de la FTC. L'édition la plus récente du rapport de la FTC intitulé *Performance and Accountability Report* (exercice budgétaire 2004) est disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/opp/gpra/2004parreport.pdf>. Les pages 29-40 sont consacrées à la protection des consommateurs. Il existe également des travaux empiriques sur l'efficacité de l'application des lois de protection des consommateurs. On trouvera un recueil utile des premières publications sur ce sujet dans Pauline M. Ippolito et David T. Scheffman, dir. pub., *Empirical Approaches to Consumer Protection Economics*, (1986). Voir également Janis K. Pappalardo, "The Role of Consumer Research in Evaluating Deception: An Economist's Perspective," *Antitrust Law Journal* 65:3, (printemps 1997), p. 793-812.
26. Cela vaut également la plupart du temps pour les prix de revente inférieurs aux prix planchers en régime de PRI.
27. Pour une autre analyse de ces trois justifications de la VAP, voir Marie-Laure Allain et Claire Chambole, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism", (février 2004), article présenté en juin 2004 à la Conférence sur l'économie industrielle et l'industrie agro-alimentaire de l'Université de Toulouse, disponible à l'adresse <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambole.pdf>.
28. Pour être précis, une erreur de type I se produit si l'hypothèse nulle est vraie mais n'est pas retenue. L'erreur de type II correspond au cas où l'hypothèse nulle est retenue alors qu'elle est fausse.
29. Voir, par exemple, Thomas T. Nagle et Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decisions Making*, 3ème édition (2002), chapitre 4.
30. Généralement, les produits ou les services peuvent présenter diverses caractéristiques aux yeux des consommateurs (en termes de recherche, d'expérience ou de crédibilité). Les caractéristiques de recherche peuvent être déterminées avant l'achat. Les caractéristiques liées à l'expérience ne peuvent l'être qu'après mais sont évaluables de manière relativement simple et objective (économie de carburant avec un modèle de voiture donné, par exemple). La crédibilité d'un produit est difficile à déterminer même après l'achat parce que les résultats peuvent être difficiles à mesurer (pollution créée par un modèle de voiture, par exemple) ou qu'il faudrait un calcul de probabilités portant sur une période d'utilisation prolongée (risques sanitaires). Au sujet de l'évolution des perspectives économiques relatives à la qualité et à l'information des consommateurs, voir Gordon Mills, *Retail Pricing Strategies and Market Power* (2002), chapitre 4.
31. Thomas T. Nagle et Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decision Making*, 3ème édition (2002), p. 178.
32. Patrick Paul Walsh et Ciara Whelan, "Loss Leading and Price Intervention in Multiproduct Retailing: Welfare Outcomes in a Second-Best World," *International Review of Law and Economics* 19:3 (septembre 1999), p. 333-347.
33. Thomas R. Overstreet, Jr., *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission (1983), Section VI.E. Voir également la discussion sur l'évolution de la concurrence dans le secteur du commerce de détail qu'a entraîné l'apparition de nouveaux concepts de vente au détail dans l'article de Pamela Jones Harbour, commissaire

- à la FTC, “Vertical Restraints: Federal and State Enforcement of Vertical Issues,” (mars 2005) disponible à l’adresse <http://www.ftc.gov/speeches/harbour/050329vertical.pdf>.
34. L’économiste Robert L. Steiner s’est tout particulièrement intéressé à la concurrence entre les différents modèles de magasins. Voir, par exemple, son article intitulé “How Manufacturers Deal with the Price-Cutting Retailer: When Are Vertical Restraints Efficient,” *Antitrust Law Journal* 65:2 (hiver 1997), p. 407-448. Sur le même sujet, voir l’article de Pamela Jones Harbour, commissaire de la FTC, “Vertical Restraints: Federal and State Enforcement of Vertical Issues,” (mars 2005) disponible à l’adresse <http://www.ftc.gov/speeches/harbour/050329vertical.pdf>.
 35. Thomas T. Nagle et Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decisions Making*, 3ème édition, (2002), p. 90 et chapitre 4. Les *Horizontal Merger Guidelines* publiées par le ministère américain de la Justice et la Commission fédérale du commerce (1992, révisées en 1997) considèrent que l’effet des coûts de transfert sur la sensibilité au prix et la substitution contribue pour beaucoup à délimiter le marché de produit et le marché géographique pertinents (sections 1.11 et 1.21).
 36. Voir, par exemple, Morris Engelson, *Pricing Strategy: An Interdisciplinary Approach* (1995), p. 46-47.
 37. Thomas T. Nagle et Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decisions Making*, 3ème édition, (2002), chapitre 12.
 38. La fidélisation des clients est l’image inversée de l’entrée sur le marché mais ce sont deux objectifs commerciaux légitimes qui s’inscrivent dans le cycle de vie normal des produits et des entreprises. Bien que certaines arrivées sur le marché puissent s’apparenter à des offensives-éclair contre un concurrent installé cherchant à exercer une puissance sur le marché, ceux qui entrent sur le marché au prix de coûts irrécupérables partent du principe qu’ils deviendront à leur tour des fournisseurs établis. Quand la demande est hétérogène, il peut falloir répondre très exactement aux goûts d’une catégorie de consommateurs pour se maintenir durablement sur le marché. Lorsque les consommateurs sont familiarisés avec un produit, la viabilité financière du fournisseur peut dépendre de sa capacité à réduire les coûts de mise sur le marché une fois que les consommateurs ont assimilé les caractéristiques de ses produits.
 39. À ce sujet, voir Ramon Caminal et Adina Clai, “Are Loyalty-Rewarding Pricing Schemes Anti-competitive,” manuscrit (mars 2005), disponible à l’adresse <http://www.uib.es/depart/deeweb/seminaris/pdfs0405/caminal.pdf>.
 40. À propos de cette interprétation, voir Patrick DeGraba, “Volume Discounts, Loss Leaders and Competition for More Profitable Customers,” FTC Bureau of Economics Working Paper 260 (avril 2003) disponible à l’adresse <http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp260.pdf>. Il est à noter que consentir des remises aux clients pour lesquels on engage moins de frais peut être un moyen de renoncer à une stratégie de discrimination par les prix. Facturer le même prix à des clients alors que les coûts sous-jacents sont différents est tout autant une forme de discrimination par les prix que facturer des prix plus élevés à une catégorie de clients alors que les coûts engagés sont les mêmes que pour d’autres clients.
 41. Précisons que la discrimination par les prix peut consister soit à facturer le même prix alors que les coûts de l’offre de service diffèrent soit à facturer des prix différents alors que les coûts de la prestation sont identiques (soit à combiner ces deux possibilités).
 42. Voir, par exemple, Gordon Mills, *Retail Pricing Strategies and Market Power* (2002), chapitres 1-5.
 43. Pour un traitement détaillé, voir, par exemple, Dennis W. Carlton et Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organisation*, 3ème édition, (2000), chapitre 9. La polémique est encore vive au sujet de l’importance et des effets sur la concurrence de la discrimination par les prix. Voir, par exemple, les contributions destinées au symposium sur la discrimination par les prix favorable à la concurrence dans *Antitrust Law Review* 70:3 (2003) et James C. Cooper, Luke Froeb, Daniel O’Brien et Steven Tschantz, “Does Price Discrimination Intensify Competition? Implications for Antitrust,” *Antitrust Law Review* 72:2 (2005), p. 327-373.
 44. Voir Max Sutherland et Alice Sylvester, *Advertising and the Mind of the Consumer: What Works, What Doesn’t, and Why*, 2ème édition, (2000), p. 21-23 et 200 ; Michael T. Elliot et Paul S. Speck, “Consumer Perception of Advertising Clutter and Its Impact Across Various Media,” *Journal of Advertising Research*

- 38, (1998), p. 1-3 ; Robert J. Kent, "Competitive Clutter in Network Televisions Advertising: Current Levels and Advertiser Responses," *Journal of Advertising Research* 35, (1995), p. 49-57 ; et John C. Hilke et Philip B. Nelson, "Noisy Advertising and the Predation Rule in Antitrust Analysis," *American Economic Review*, 74:2 (mai 1984), p. 367-371.
45. Thomas T. Nagle et Reed K. Holden, *The Strategy and Tactics of Pricing: A Guide to Profitable Decisions Making*, 3ème édition, (2002), p. 100-101. Il n'est pas non plus inutile de réfléchir aux raisons pour lesquelles les revendeurs peuvent décider d'offrir des remises de temps en temps, bien que ni leurs coûts ni la sensibilité-prix de la demande ne varient. L'une d'elles est que les revendeurs fixent un prix élevé hors périodes de soldes afin d'établir la valeur du produit dans l'esprit des consommateurs. Pour certains produits, les consommateurs peuvent voir dans le prix normal un indicateur de qualité ou même le reflet de la valeur du produit lié à son statut d'article de luxe. Si le prix normal est perçu comme l'étalon de la valeur du produit, même une petite remise durant les soldes peut provoquer une réaction significative chez les consommateurs. À ce propos, voir Gordon Mills, *Retail Pricing Strategies and Market Power*, (2002), p. 59-60 et 69-72.
46. Les détaillants présents dans des zones de concurrence peu intense sont probablement moins préoccupés par les hausses des prix de fabrication tant qu'elles sont identiques pour tous les détaillants de la zone. Ils peuvent tenir ce raisonnement en pensant que, si tous les détaillants augmentent leur prix simultanément en raison d'une hausse de leurs coûts, l'augmentation n'aura pas de répercussion notable sur les volumes. Voir, par exemple, David Scheffman, "Sources of Information and Evidence in Merger Investigations," (14 juin 2002), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/speeches/other/scheffmanabanybar.pdf>.
47. Certains produits peuvent faire de meilleurs produits d'appel que les autres. Il s'agit souvent de produits de consommation courante dont les consommateurs ont généralement le prix en tête. Ce sont aussi fréquemment des produits dont la qualité est connue et constante, si bien que les consommateurs n'ont pas à se demander si leur prix est sacrifié en raison d'une qualité médiocre. Voir John C. Hilke et Philip B. Nelson, "Retail Featuring as a Strategic Entry or Mobility Barrier in Manufacturing," *International Journal of Industrial Organisation*, 9, (1991), p. 533-44.
48. United States Treasury, Internal Revenue, "Accounting Periods and Methods," Publication 538, (2004), disponible à l'adresse <http://www.irs.gov/publications/p538/ar02.html> et John C. Hilke, "Firm Size and Regulatory Compliance Costs: The Case of LIFO Regulations," Bureau of Economics Report to the Federal Trade Commission, (1984).
49. Olivier Boylaud et Giuseppe Nicoletti, « La réforme de la réglementation dans le secteur de la distribution de détail », *Revue économique de l'OCDE*, n° 32, (2001).
50. Olivier Boylaud et Giuseppe Nicoletti, « La réforme de la réglementation dans le secteur de la distribution de détail », *Revue économique de l'OCDE*, n° 32, (2001).
51. Dans un secteur dynamique, le sens du terme « détaillants traditionnels » peut évoluer. Par exemple, avant la généralisation de l'automobile, les commerçants présents en zone rurale étaient souvent des magasins généralistes dont les clients remettaient une liste d'articles à un employé qui préparait la commande en se servant dans les stocks situés derrière le comptoir. Dans ce contexte, le libre accès aux stocks (ou libre-service) a constitué une véritable innovation, même si cette pratique est devenue pratiquement la règle. Le service derrière un comptoir subsiste néanmoins, pour certains produits extrêmement personnalisés, certains produits très chers à protéger du chapardage ou certains produits dont la vente est interdite aux mineurs.
52. Voir, par exemple, Robert L. Steiner, "Exclusive Dealing + Resale Price Maintenance: A Powerful Anticompetitive Combination," *Southwestern University Law Review* 33, (2004), p. 447-476, disponible à l'adresse <http://www.antitrustinstitute.org/recent2/347.pdf#search='Robert%20L.%20Steiner%20and%20retail%20innovation'>.
53. Voir Virginia Postrel, "Lessons in Keeping Business Humming, Courtesy of Wal-Mart U." *New York Times*, (28 février 2002), disponible à l'adresse <http://www.dynamist.com/articles->

- [speeches/nyt/walmart.html](http://www.mckinseyquarterly.com/article_abstract.aspx?ar=1152&L2=20), et McKinsey Quarterly, (2002), disponible à l'adresse http://www.mckinseyquarterly.com/article_abstract.aspx?ar=1152&L2=20.
54. L'étude initiale qui fait autorité est celle d'Oliver Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, (1975). Voir aussi, par exemple, John Stuckey et David White, "When and When Not to Vertically Integrate," *McKinsey Quarterly* 3, (1993) et Wesley H. Higaki, "Applying An Improved Economic Model to Software Buy-Versus-Build Decisions", *Hewlett-Packard Journal* 46:4, (1995), p. 61-66.
55. Voir également la discussion sur les prix de transfert dans la description des lois anti-VAP en France (section V).
56. S. Robson Walton, "Wal-Mart, Supplier Partners, and the Buyer Power Issue," *Antitrust Law Journal* 72:2, (2005), p. 509-527. Au sujet des gains d'efficience imputables à Wal-Mart, voir les études de cas de la Harvard Business School 9-794-024 (1996) ; 9-387-018 (1989) et N9-799-188 (1999) citées dans Emek Basker, "Selling a Cheaper Mousetrap: Wal-Mart's Effect on Retail Prices", (mars 2005), University of Missouri Working Paper No. 04-01, disponible à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=484903>.
57. Contrairement aux restrictions inefficaces, les règlements qui imposent aux entreprises d'internaliser les externalités négatives et positives ou de résoudre les problèmes de pouvoir de marché dans les situations de monopole naturel peuvent contribuer à guider l'innovation et l'entrée sur le marché de manière économiquement efficiente. Par exemple, dans le document de travail du Département économique de l'OCDE n° 287 (8 février 2001) intitulé « La réglementation dans le secteur des services : modèles dans l'OCDE et implications économiques », Giuseppe Nicoletti considère que le rythme de la déréglementation devrait être évalué en fonction des éléments de monopole naturel (ou d'autres défaillances du marché) qui caractérisent encore un secteur plutôt qu'en termes absolus. De même, les règlements justement classés dans le droit de la concurrence peuvent faciliter l'innovation et l'entrepreneuriat en sapant les efforts déployés par les entreprises en place pour empêcher l'arrivée de nouvelles entreprises et l'intensification de la concurrence exercée par les concurrents déjà établis. Réglementer la propriété intellectuelle peut inciter davantage à innover et à faire connaître de nouvelles technologies que d'autres pourront développer, et ce, même si de telles lois peuvent, durant un laps de temps limité, permettre à des entreprises d'exercer un pouvoir sur le marché. L'usage des mots « peut » et « pouvoir » dans la présente note de bas de page est un sujet possible de controverse. Un traitement plus complet des points de vue optimistes et pessimistes sur l'interventionnisme réglementaire de l'État ainsi que des résultats empiriques, qui ont été obtenus à partir de séries de données différentes de celles de l'OCDE et qui confortent les pessimistes, se trouvent dans Tue Gorgens, Martin Paldam et Allan Wurtz, "A Study of Public Regulation and Growth," Working Paper 2003-14, Department of Economics, Université d'Aarhus, (5 octobre 2004), disponible à l'adresse ftp://ftp.econ.au.dk/afn/wp/03/wp03_14.pdf. Les auteurs concluent que la croissance économique est inversement proportionnelle à la réglementation et ne suggèrent en aucune façon que la réglementation réelle (par opposition à la réglementation théorique) stimule les taux de croissance.
58. OCDE, *Études économiques de l'OCDE : Nouvelle-Zélande*, 2005, (juillet 2005) et *Études économiques de l'OCDE : France*, 2005, (juin 2005).
59. Virginia Postrel, "Lessons in Keeping Business Humming, Courtesy of Wal-Mart U." *New York Times*, (28 février 2002), disponible à l'adresse <http://www.dynamist.com/articles-speeches/nyt/walmart.html>.
60. OCDE, *Revue économique de l'OCDE*, n° 32, Numéro spécial : *Réforme de la réglementation*, (2001). Des comparaisons entre les données de l'OCDE et la comparaison des réglementations réalisée à partir de résultats d'enquête subjectifs sont analysées dans Giuseppe Nicoletti et Frederic L. Pryor, "Subjective and Objective Measures of the Extent of Governmental Regulations," manuscrit, (5 décembre 2001), disponible à l'adresse <http://www.aei-brookings.org/admin/authorpdfs/page.php?id=130>. Entre les trois séries de mesures de la réglementation des marchés de produits, les auteurs constatent des corrélations positives comprises entre 0,55 et 0,67.
61. Giuseppe Nicoletti, "Cross-country Regulations Patterns and Their Implications for Macroeconomic and Sectoral Performance," dans Giuliano Amato et Laraine L. Laudati, (dir. pub.), *The Anticompetitive Impact*

- of Regulation*, (2001), p.278-313. Les éléments descriptifs relatifs à la Base de données de l'OCDE concernant les réglementations internationales proviennent de cette même source.
62. Giuseppe Nicoletti et Stefano Scarpetta, "Regulation, Productivity, and Growth: OECE Evidence," World Bank Policy Research Paper 2944, (janvier 2003).
 63. Département des Affaires économiques de l'OCDE, "The Benefits of Liberalising Product Markets and Reducing Barriers to International Trade and Finance: The Case of the United States and the European Union," document de travail n° 432, (26 mai 2005).
 64. Alberto Alesina, Silvia Ardagna, Giuseppe Nicoletti et Fabio Schiantarelli, "Regulation and Investment" Harvard Institute for Economic Research, Discussion Paper 1990, (2002), disponible à l'adresse <http://post.economics.harvard.edu/hier/2002papers/2002list.html>.
 65. Pour une analyse de l'évolution des niveaux relatifs de réglementation dans les pays de l'OCDE, voir OCDE, « La réglementation des marchés de produits dans les pays de l'OCDE, 1998-2003 », *Réformes économiques : Objectif croissance*, (2005), chapitre 4.
 66. Giuseppe Nicoletti, "Cross-country Regulations Patterns and Their Implications for Macroeconomic and Sectoral Performance," dans Giuliano Amato et Laraine L. Laudati, dir.pub., *The Anticompetitive Impact of Regulation*, (2001), p. 278-313.
 67. Bank of Hawaii, "Gaum Economic Report---Developments Since 1995," (septembre 1997), disponible à l'adresse <http://www.boh.com/econ/pacific/gm/gm.pdf>.
 68. Discovering Hawaii, "Hilo, The Big Island's Capitol City," disponible à l'adresse http://www.discoveringhawaii.com/Is_BigIsland/Hilo,%20The%20Big%20Island%20of%20Hawaii.
 69. Bank of Hawaii, "Consumer Price Index Offers Good News for Hawaii's Consumers", (19 février 1999), disponible à l'adresse <http://www.boh.com/new/990219.asp>.
 70. Emek Basker, "Selling a Cheaper Mousetrap: Wal-Mart's Effect on Retail Prices", (mars 2005). University of Missouri Working Paper No. 04-01 ; disponible à l'adresse <http://ssrn.com/abstract=484903>.
 71. OCDE, Note de référence de la Table ronde sur les pratiques d'éviction du marché, section 2.4.
 72. U.K. Competition Commission, "Legislation Against Buyer Power in other European Countries," disponible à l'adresse <http://www.competition-commission.org.uk/rep-pub/reports/2000/fulltext/446a11.10.pdf>.
 73. Les efforts de 2004 pour réviser les lois de 1996 ont été supplantés par un accord conclu entre producteurs et distributeurs, sous la houlette du gouvernement, en vue de baisser les prix de revente d'environ 4 000 produits de consommation courante. "France's Visible Hand," *TIME Europe*, (20 juin 2004), disponible à l'adresse <http://www.time.com/time/europe/magazine/artucke/0,13005,901040628-655393,00.html>, et Jean Christophe Grall, Thomas Lamy et Jonathan Wagstaff, "Questioning the General Prohibition on Resale at a Loss and Its Effects on Competition, the French Experience: Simple Words for an Intricate Problem", *European Community Law Review*, (2005), p. 201-204.
 74. Voir, par exemple, Enrico Colla, « Législation commerciale, marges arrières et concurrence par les prix dans la distribution en France. Quels modèles d'explication ? Disponible à l'adresse <http://venus.unive.it/dea/ricerca/convegni/markpa05/Materiali/Paper/Fr/Colla.pdf>, et Union européenne, *Economic Reform in France*, (2004), p. 5, disponible à l'adresse http://europa.eu.int/comm/economy_finance/epc/documents/2004/nationalreports/france. Les précédentes versions de la loi Galland comportaient également des dispositions contre la vente à perte. OCDE, *Réforme réglementaire – Examen de la France*, (1er avril 2004), chapitre 3, p. 17.
 75. OCDE, *Réforme réglementaire – Examen de la France*, (1er avril 2004), chapitre 3, p. 17-18.
 76. U.K. Competition Commission, "Legislation Against Buyer Power in other European Countries," disponible à l'adresse <http://www.competition-commission.org.uk/rep-pub/reports/2000/fulltext/446a11.10.pdf>.

77. Marie-Laure Allain et Claire Chambolle, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism," (février 2004), article présenté en juin 2004 à la Conférence sur l'économie industrielle et l'industrie agro-alimentaire de l'Université de Toulouse, disponible à l'adresse <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambolle.pdf> et "Loss-Leaders Banning Laws as Vertical Restraints," Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques, Centre de Recherche en Economie et Statistique, document de travail n° 2004-19, (2004), disponible à l'adresse <http://www.crest.fr/doctravail/document/2004-19.pdf>.
78. Dobson Consulting, "Buyer Power and Its Impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union," étude commandée par la Commission européenne, contrat n° IV/98/ETD/078, (mai 1999), chapitre 8, disponible à l'adresse <http://europa.eu.int/cinn/competition/ppublications/studies/bpifrs> ; Marie-Laure Allain et Claire Chambolle, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism," manuscrit, (février 2004), article présenté en juin 2004 à la Conférence sur l'économie industrielle et l'industrie agro-alimentaire de l'Université de Toulouse, disponible à l'adresse <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambolle.pdf>, et "Loss-Leaders Banning Laws as Vertical Restraints," Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques, Centre de Recherche en Economie et Statistique, document de travail n° 2004-19, (2004), disponible à l'adresse <http://www.crest.fr/doctravail/document/2004-19.pdf> ; et Olivier Macard, "France," dans *Ernst & Young Global Pricing Trends 2004*, (2004), disponible à l'adresse http://www2.eycom.ch/publications/items/rcp_pricingtrends2004_report/en.pdf.
79. Marie-Laure Allain et Claire Chambolle, "Forebidding Below Cost Pricing for Retailers: A Strategic Inflationary Mechanism," manuscrit, (février 2004), article présenté en juin 2004 à la Conférence sur l'économie industrielle et l'industrie agro-alimentaire de l'Université de Toulouse, disponible à l'adresse <http://www.toulouse.inra.fr/centre/esr/semUnite/papsem/chambolle.pdf>, et "Loss-Leaders Banning Laws as Vertical Restraints," Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques, Centre de Recherche en Economie et Statistique, document de travail n° 2004-19, (2004), disponible à l'adresse <http://www.crest.fr/doctravail/document/2004-19.pdf>, et Olivier Macard, "France," dans *Ernst & Young Global Pricing Trends 2004*, (2004), disponible à l'adresse http://www2.eycom.ch/publications/items/rcp_pricingtrends2004_report/en.pdf.
80. U.K. Competition Commission, "Legislation Against Buyer Power in other European Countries," disponible à l'adresse <http://www.competition-commission.org.uk/rep-pub/reports/2000/fulltext/446a11.10.pdf>. L'Allemagne continue d'autoriser une stricte application de prix de revente imposés pour les livres, bien que la Commission européenne ait contesté certains cas d'application de la loi aux libraires étrangers. Malcom MacLaren, "Is the Price Right: The European Competition Law Dispute over National Systems of Fixed Book Prices," *German Law Journal* 13:1 (août 2001) disponible à l'adresse <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=75>.
81. OCDE, *Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation. Allemagne : consolider le renouveau économique et social*, (2004), p. 47 et 94.
82. Wal-Mart est peut-être une grande entreprise en termes de chiffre d'affaires global mais ne détient que 2 % du marché allemand des produits alimentaires, soit beaucoup moins qu'Aldi et plusieurs autres détaillants du secteur (Jack Ewing, "Wal-Mart: Struggling in Germany," *Business Week*, (11 avril 2005), disponible à l'adresse http://www.businessweek.com/magazine/content/05_15/b3928986_ms054.htm), ce qui laisse à penser que ses perspectives de récupérer ses pertes sont à tout le moins discutables.
83. Patrick Paul Walsh et Ciara Whelan, "A Rationale for Repealing the 1987 Groceries Order," *Economic and Social Review* 30:1, (janvier 1999), p. 71-90.
84. Le document du Joint Committee on Enterprise and Small Business est disponible à l'adresse <http://www.oireachtas.ie/documents/comittes29thdai/jcesb/Sub210705.doc>. Voir également Consumer Strategy Group, "The Groceries Order Pro's and Cons", (2005), disponible à l'adresse http://www.irishconsumer.ie/report/forward/groceries_procon.html.
85. Competition Authority, "Anti-Consumer Groceries Order has Greatest Effect on Lower Income Families", communiqué de presse, (13 septembre 2005).

86. Alan Collins et Kostas Oustapassidis, "Below Cost Legislation and Retail Performance," Agribusiness Discussion Paper No. 15, Department of Food Economics, University College, Cork, (avril 1997). Cet article contenait également une présentation utile de l'historique des lois anti-VAP en Irlande. Voir également Patrick Paul Walsh et Ciara Whelan, "A Rationale for Repealing the 1987 Groceries Order," *Economic and Social Review* 30:1, (janvier 1999), p. 71-90, et "Loss Leading and Price Intervention in Multiproduct Retailing: Welfare Outcomes in a Second-Best World," *International Review of Law and Economics* 19:3, (septembre 1999), p. 333-347.
87. U.K. Office of Fair Trading, "Supermarkets: The Code of Practice and Other Competition Issues, Conclusions", (août 2005).
88. Paul L. Dobson, dans "Exploiting Buyer Power: Lessons from the British Grocery Trade," *Antitrust Law Journal* 72:3, (2005), p. 529-562, donne une interprétation moins positive du pouvoir des acheteurs dans le secteur britannique des alimentations générales. Il trouve des éléments concrets montrant que des remises plus importantes sont consenties aux grands détaillants et que ces derniers peuvent facturer plus cher l'accès à leurs linéaires, mais il n'indique pas de quelle manière ceci désavantage les consommateurs ni de quelle manière les revendeurs restants pourraient ultérieurement accroître leurs bénéfices en pratiquant des prix supraconcurrentiels. Dans la mesure où les revendeurs sont effectivement en concurrence avec d'autres revendeurs et où ils incitent fortement les fabricants à réduire leurs coûts et baisser leurs prix, ils répercutent les économies résultantes sur les consommateurs, augmentant ainsi le bien-être de ces derniers. Voir Warren S. Grimes, "Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and the Atomistic Seller," *Antitrust Law Journal* 72:3, (2005), pp. 563-588. at 576-577. Ce même article prévoit qu'un monopsonneur peut pratiquer l'éviction par les prix ou l'éviction hors prix. Ce problème éventuel, de même que les craintes concernant des pratiques comparables de la part d'un monopoleur, a plus de chances d'être analysé en profondeur dans le cadre d'une analyse des pratiques d'éviction qu'au travers du prisme des lois anti-VAP.
89. Peter Gumbel, "Retail Politics," *Time Europe*, (9 février 2003), disponible à l'adresse <http://www.time.com/time/europe/magazine/article/0,13005,901030217-420981,00.html>.
90. Terry Calvani, "Les prix d'éviction et lois des États sur la vente sous le prix coûtant aux États-Unis" (1er mars 1999), disponible à l'adresse <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1292&lg=f>. Voir également U.S. Federal Trade Commission, Office of Policy Planning and Bureau of Competition, commentaire de la Virginia House of Delegates sur le projet du Sénat n° 458, "Below-Cost Sales of Motor Fuels," (15 février 2002), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/be/v020011.htm>. Aux États-Unis, des lois fédérales interdisent divers types de discrimination par les prix qui ne se justifient pas par les coûts (Robinson-Patman Act). Elles ont été rédigées sous la pression instantane de petits épiciers indépendants, dans les années 1930, alors que de grandes chaînes de produits d'alimentation comme la Great Atlantic and Pacific Tea Company (A&P) connaissaient une expansion rapide.
91. L'Arkansas est l'un de ces États mais, en 1995, sa Cour suprême a statué que la vente à prix sacrifié de quelques produits d'appel ne s'apparentait pas nécessairement à une pratique d'éviction et pouvait renforcer la concurrence au lieu de l'entraver. Voir Arkansas Supreme Court, *Wal-Mart Stores, Inc. v. American Drugs, Inc. et al.*, affaire n° 94-235, disponible à l'adresse <http://lawlibrary.ucdavis.edu/LAWLIB/jan95/0334.html>.
92. Terry Calvani, « Les prix d'éviction et lois des États sur la vente sous le prix coûtant aux États-Unis », (1er mars 1999), disponible à l'adresse <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1292&lg=f>; U.S. Federal Trade Commission, Office of Policy Planning and Bureau of Competition, commentaire de la Virginia House of Delegates sur le projet du Sénat n° 458, "Below-Cost Sales of Motor Fuels", (15 février 2002), disponible à l'adresse <http://www.ftc.gov/be/v020011.htm>; F.M. Scherer et David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ème édition, (1990), chapitre 15.
93. Frederick R. Warren-Boulton, "Resale Price Maintenance Reexamined: *Monsanto v. Spray-Rite*" dans John E. Kwoka et Lawrence J. White, *The Antitrust Revolution*, (1989), p. 371-404. Voir également les références citées à dans la note de bas de page 2.

94. Terry Calvani, “Les prix d’éviction et lois des États sur la vente sous le prix coûtant aux États-Unis”, (1er mars 1999), disponible à l’adresse <http://www.competitionbureau.gc.ca/internet/index.cfm?itemID=1292&lg=f>.
95. En particulier l’arrêt de la Cour suprême allemande de 2002 concernant Wal-Mart.
96. U.K. Office of Fair Trading, “Supermarkets: The Code of Practice and Other Competition Issues, Conclusions”, (août 2005).
97. Les aides directes permettent également aux petites entreprises d’être concurrentielles dans des situations où elles auraient été sinon évincées du marché. Néanmoins, cet avantage est artificiel et ne perdure pas au terme du programme. Aider les petites entreprises en leur communiquant des informations pertinentes et en les informant qu’elles peuvent réaliser des économies d’échelle en coopérant avec d’autres entreprises de leur taille et en s’échangeant les meilleures pratiques leur confère bien un avantage qu’elles n’ont pas du fait, principalement, que leur petite taille rend très coûteuse toute tentative d’organisation collective (problème de bien public).
98. U.K. Office of Fair Trading, “Supermarkets: The Code of Practice and Other Competition Issues, Conclusions”, (août 2005).

FRANCE

Le concept de « Resale Below Costs » faisant l'objet de la table ronde citée en objet est traduit, en droit français, par la notion de « revente à perte ». Cette pratique restrictive de concurrence est l'objet d'une réglementation introduite dans le Code de commerce français qui ne donne pas au Conseil de la concurrence compétence pour connaître des litiges relatifs à de telles pratiques (1). Cependant, le mécanisme du calcul du seuil de revente à perte est utilisé comme un outil restrictif de concurrence dans le cadre de pratiques anticoncurrentielles, ententes et des abus de position dominante, sanctionnées par le Conseil (2).

1. La réglementation française de la revente à perte

Dix ans après l'élaboration de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence¹, texte de base du droit français de la concurrence, les pouvoirs publics ont jugé nécessaire d'instaurer une réglementation spécifique au secteur de la grande distribution et à ses relations avec ses fournisseurs. C'est dans ce cadre qu'a été élaborée la loi du 1^{er} juillet 1996 sur l'équilibre et la loyauté des relations commerciales². Cette loi, connue sous le nom de « loi Galland », visait d'une part à assurer une concurrence plus loyale dans la vente au détail, en luttant contre les pratiques de revente à perte, et d'autre part, à améliorer les relations entre fournisseurs et distributeurs, en simplifiant les règles de facturation, en clarifiant les négociations de prix et en renforçant le rôle des conditions générales de vente (CGV). L'une des principales réformes apportées par « la loi Galland » est la définition du seuil de revente à perte³.

La loi de 1996 donnait en effet pour la première fois une définition claire du seuil de revente à perte. Ce texte précisait que « le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport »⁴ et que la facture devait mentionner « toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture »⁵. Étaient alors exclues de la facturation, les réductions de prix différées (ristournes), subordonnées à l'atteinte par le distributeur d'un objectif de ventes, ainsi que les accords de coopération commerciale.

Or, il a été constaté que la négociation commerciale s'est déplacée, progressivement du prix unitaire facturé – constituant le seuil de revente à perte – vers les réductions de prix hors facture et les accords de coopération commerciale⁶. Ce phénomène s'est traduit par un accroissement des marges arrières et une réduction simultanée des marges avant. Le groupe parlementaire sur les pratiques commerciales de la grande distribution avait constaté en 2004 que « les marges arrières s'élevaient en moyenne à 30% du prix de vente des articles mais s'échelonnaient de 5% à 60% selon les secteurs de produits »⁷.

Le nouvel article L. 442-2 du code de commerce issu de la loi Dutreil du 2 août 2005 reprend la définition introduite par la « loi Galland » mais le seuil de revente à perte est modifié. Jusqu'au 1^{er} janvier 2007, tous les avantages financiers concédés au titre des marges arrières et supérieurs à 20% du prix unitaire net du produit sont intégrés au seuil du prix de revente. Ce seuil sera de 15% à compter du 1^{er} janvier 2007. Les nouvelles dispositions aboutissent donc à une meilleure transparence des accords commerciaux.

En droit français, la sanction de la revente à perte est de la compétence du tribunal correctionnel puisque cette pratique est constitutive d'un délit. Cependant, dans un contexte économique oligopolistique, le contentieux sur la revente à perte est aujourd'hui quasi inexistant.

Les opérateurs du marché, cherchant à tirer partie des dispositions législatives sur la revente à perte, font une application anticoncurrentielle de ces textes. Le Conseil de la concurrence est donc amené à traiter des pratiques anticoncurrentielles, ententes et abus de position dominante, intervenant dans le cadre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

2. Les enjeux de la revente à perte et des marges arrières au cœur des pratiques anticoncurrentielles : le contrôle exercé par le Conseil de la concurrence dans les relations entre distributeurs et fournisseurs

Les relations commerciales entre distributeurs et fournisseurs s'établissent sur la base de rapport de force où la concurrence s'exerce pleinement. Les pratiques de revente à perte interviennent fréquemment dans des contextes d'ententes verticales ou horizontales (a) ou encore d'abus de position dominante (b).

En effet, les fournisseurs peuvent utiliser ce mécanisme pour imposer le prix de revente de leur produit ou, au moins, un prix de revente minimal. Les distributeurs, n'ayant pas le droit de revendre ce produit à perte, le prix figurant sur la facture constitue un prix minimum imposé à tous les distributeurs. En rétribuant suffisamment les distributeurs par le biais des marges arrières, les fournisseurs s'assurent que ceux-ci pratiqueront (ou pas) de marge avant.

2.1 En matière d'ententes

Au delà de la limitation de la concurrence intra marque, la pratique des prix de revente « imposés » rend les prix plus lisibles et favorise ainsi la collusion entre marques concurrentes. En effet, une entente sur les prix entre deux fournisseurs concurrents est plus facile à soutenir dans la durée dès lors que les prix de vente au consommateur sont transparents. Cette transparence permet en effet de détecter facilement la déviance éventuelle d'une des parties à l'accord, de sorte que l'autre partie peut rapidement mettre en oeuvre des représailles qui limiteront le bénéfice de la déviance⁸.

Le Conseil a eu à connaître en 2003 d'une affaire dite « des calculatrices à usage scolaire » qui illustre bien les deux pratiques décrites précédemment. Même si les pratiques sanctionnées portent essentiellement sur les années 1994 à 1996, elles constituent des exemples concrets de ces mécanismes dès lors que l'interdiction de revente à perte préexistait à l'entrée en vigueur de la loi Galland. Dans sa décision⁹, confirmée par la Cour d'Appel de Paris en 2004¹⁰, le Conseil de la concurrence a en effet condamné la société Texas Instruments France et la société Noblet, importateur exclusif en France de la marque Casio, pour avoir mis en place, chacune, un dispositif ayant pour objet et pour effet d'obtenir de leurs distributeurs qu'ils pratiquent tous, sur l'ensemble du territoire national, les mêmes prix de vente préalablement déterminés par elles, et avoir échangé entre elles des informations stratégiques relatives à leur politique de prix de vente publics des calculatrices à usage scolaire.

D'une part, les deux fournisseurs concurrents consentaient des ristournes à leurs distributeurs sous forme artificiellement conditionnelle, de sorte que ces réductions de prix n'apparaissent pas sur la facture, puisqu'elles étaient supposées non acquises à la date de la vente. Ainsi ces ristournes étaient constitutives de la marge arrière des distributeurs et ne pouvaient être répercutées sur les prix de vente aux consommateurs. Bien que les ristournes aient été présentées sous forme conditionnelle, les distributeurs étaient en fait assurés d'en bénéficier à la fin de l'année, même s'ils n'atteignaient pas les objectifs prévus.

D'autre part, le Conseil a condamné les deux fournisseurs pour entente horizontale. En effet, les éléments du dossier ont montré qu'un échange d'informations, portant sur les prix de vente des

calculatrices, avait eu lieu entre la société Texas Instruments France et la société Noblet. Le Conseil a estimé, au vu des éléments du dossier, que cet échange d'informations n'était pas isolé mais s'inscrivait dans le cadre d'un accord entre les deux sociétés. De plus, le Conseil de la concurrence a constaté que l'échange d'informations reproché aux entreprises précédait la publication de leurs tarifs respectifs, de sorte que ces entreprises ne fixaient leurs prix qu'après s'être concertées préalablement.

Ainsi cette décision sanctionne à la fois des pratiques d'entente verticale consistant en la mise en place d'un mécanisme de rémunération des distributeurs reposant tout entier sur l'attribution de marges arrières, et des pratiques d'entente horizontale entre les deux principaux fabricants de calculatrices à usage scolaire, se partageant 89% du marché, les sociétés Noblet et Texas Instruments France. Cette affaire illustre concrètement comment se matérialisent les risques anticoncurrentiels que recèle une situation économique où les fournisseurs auraient la capacité de choisir le prix imposé au consommateur à travers la manipulation des dispositions sur la revente à perte.

Un autre exemple significatif de contrôle des prix dans le cadre d'une entente entre fournisseur et distributeur résulte de la décision du 24 février 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés des armes et des munitions civiles¹¹. La société Browning Winchester France avait signé, à partir de 1995, des contrats de « revendeur pilote » avec des armuriers constituant un réseau de 250 points de vente. En vertu de ces contrats, les revendeurs pilote s'engageaient expressément à respecter la politique commerciale que souhaitait développer la société Browning Winchester France notamment en matière de politique tarifaire, de communication publicitaire écrite ou orale, etc. Cette disposition, a estimé le Conseil, exprimait la volonté du fournisseur de maîtriser son réseau de distribution en imposant un prix aux revendeurs pilotes. Il résultait de l'instruction que l'équipe de vente de l'entreprise procédait à une surveillance régulière de la conformité des prix pratiqués par la distribution avec ceux figurant dans ces tarifs et que des moyens tels que la reprise de stock, l'intimidation et la suspension des livraisons ont été employés à l'encontre des revendeurs qui ne respectaient pas les prix tarifs. L'accord de volonté des membres du réseau de distribution Browning Winchester résultait de la signature, réitérée chaque année et pendant cinq ans, d'un contrat de revendeur pilote. Le Conseil a donc considéré que l'entente était ainsi constituée et qu'elle portait atteinte au jeu de la concurrence en ce qu'elle avait pour objet de faire obstacle à la libre fixation du prix des produits Browning et Winchester par les distributeurs de la marque.

Si les marges arrières sont susceptibles d'être utilisées pour imposer un prix de revente minimum, elles peuvent aussi être utilisées pour la mise en œuvre d'une autre pratique anticoncurrentielle : l'éviction des marques concurrentes par la saturation du linéaire grâce à une position dominante.

2.2 *En matière de position dominante*

En proposant des budgets de référencement très importants, présentés sous la forme de remises « hors facture », donc constitutives de marges arrières garanties pour les distributeurs, un fournisseur peut écarter ses concurrents qui n'ont pas les mêmes capacités financières. Cette stratégie peut se décliner de diverses façons. En particulier, en proposant des remises de gamme importantes, un fournisseur peut écarter ses concurrents par la saturation du linéaire.

Le Conseil de la concurrence est venu sanctionner une telle pratique dans la décision dite « Roquefort »¹² dans laquelle il souligne que les linéaires des grandes surfaces constituent une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre les producteurs. Le groupe SOCIETE, entreprise en position dominante sur le marché du roquefort avec 70% de part de marché, a été sanctionné par le Conseil en raison d'accords commerciaux conclus avec un certain nombre de distributeurs. Ces accords visaient soit à obtenir une exclusivité d'approvisionnement, soit à obtenir le référencement d'une gamme de produits du groupe SOCIETE dont l'étendue conduisait à saturer le plan d'assortiment des distributeurs et aboutissait, ainsi à une exclusivité de fait. Une gamme de produit sur le marché du roquefort peut

comprendre des produits en libre-service ou à la coupe, et parmi les produits en libre-service, des portions familiales ou individuelles.

Dans cette décision, le Conseil a rappelé que le fait d'être en position dominante sur un marché n'est pas en soi anticoncurrentiel. En revanche, les pratiques commerciales consistant, pour une entreprise en position dominante, à accorder aux acheteurs des rabais les fidélisant afin de restreindre leur possibilité de choisir leurs fournisseurs et à les inciter à s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès d'elle, constituent une pratique anticoncurrentielle.

Dans l'affaire Royal Canin du 22 juin 2005¹³, le Conseil s'est prononcé à la fois sur le fondement de l'entente illicite et sur celui de l'abus de position dominante. L'enquête administrative avait permis de faire constater un alignement des prix de vente de croquettes pour chiens aux consommateurs finaux non seulement dans la zone de chalandise mais également sur l'ensemble de la France.

L'existence de prix publics indicatifs établis et diffusés par la société Royal Canin, les conditions de cette diffusion, le respect de ces prix publics par le revendeurs et la mise en place d'un système de contrôle des prix étaient autant d'indices prouvant la participation d'entreprises du réseau de distribution Royal Canin à une série d'ententes verticales pour l'imposition d'un prix minimum au consommateur impliquant les grossistes distributeurs, les centrales de franchisés, les détaillants et Royal Canin. Le Conseil a retenu que l'imposition d'un prix minimum de la part de la société Royal Canin, entreprise en position dominante sur le marché national de la vente de croquettes en magasins spécialisés, constitue un abus de domination.

En outre, la société Royal Canin accordait deux catégories de remises : des remises purement quantitatives calculées sur une période de référence d'un an et portant sur le chiffre d'affaires global réalisé et des remises de progression calculées également sur le chiffre d'affaires global réalisé. Le Conseil a rappelé dans sa décision que les systèmes de remises qui sont légitimes et qui représentent une pratique normale des affaires lorsqu'ils sont appliqués par une entreprise ne détenant pas une position dominante peuvent devenir abusif lorsqu'ils sont mis en œuvre par une entreprise en position dominante. Un système de ristournes quantitatives mis en place par une entreprise en position dominante, peut donc s'avérer anticoncurrentiel si les critères d'octroi et ses modalités de calcul ne reposent pas sur une contrepartie économiquement justifiée mais tendent à restreindre la possibilité de choix de l'acheteur ou à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes.

Dans l'espèce, les barèmes octroyés par Royal Canin étaient fortement incitatifs et ne pouvaient être combattus par des concurrents qu'au prix d'efforts disproportionnés. Par ailleurs, le Conseil a souligné dans sa décision que le fait que ces ristournes soient calculées sur la totalité du chiffre d'affaire et que la période de référence soit relativement longue sont des éléments à prendre en compte pour déterminer le caractère fidélisant de ces ristournes. Or, Royal Canin octroyait des ristournes de fin d'année aux grandes enseignes et aux principaux détaillants mais aussi à certains revendeurs indépendants, essentiellement en fonction de la progression annuelle de leur chiffre d'affaires ou de tonnage, ce qui excluait tout calcul reposant sur une contrepartie économiquement justifiée. Cette pratique avait un effet de fidélisation de la clientèle et de forclusion de ses concurrents.

Le caractère potentiellement anticoncurrentiel de ces ristournes résultait également du nombre élevé de seuils prévus, de leur personnalisation par société cliente et des discriminations opérées entre clients. Enfin, ces ristournes étaient calculées sur une gamme variée de produits, ce qui pouvait dans certains cas, empêcher les distributeurs de vendre des produits concurrents. De la part d'une entreprise en position dominante, ce système de ristournes obligeait un concurrent voulant prendre des parts de marché à Royal Canin à baisser considérablement ses prix et tendait ainsi à lui barrer l'entrée sur le marché. Pour toutes ces raisons, le Conseil en a conclu que la société Royal Canin avait commis un abus de position dominante en mettant en place un tel système faussant le jeu de la concurrence.

3. Conclusion

L'ensemble des pratiques décrites produit un effet à la hausse sur les prix. L'imposition d'un prix de revente minimal, la collusion entre deux marques concurrentes ou, au contraire, l'éviction de concurrents par une entreprise en position dominante qui sature les linéaires, sont en effet des comportements qui, en limitant la concurrence intra marque ou intermarque, favorisent la hausse des prix¹⁴.

Par ailleurs, l'unicité du niveau du seuil de revente à perte pour tous les distributeurs conduit, d'une part à l'absence de pression sur les prix de vente au consommateur sur le marché aval, d'autre part à l'absence de pression sur les prix de gros sur le marché amont. Les distributeurs ne sont, en effet, plus incités à négocier des baisses de prix auprès de leurs fournisseurs¹⁵.

NOTES

1. Ordonnance du 1er décembre 1986 n°86-1243, JORF 29 décembre 1986
2. Loi du 1er juillet 1996, n°96-588, JORF 3 juillet 1996
3. Conseil de la concurrence, avis n°04-A-18 du 18 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC-Que choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée
4. Ancienne rédaction de l'article L. 442-2 du Code de commerce
5. Article L. 441-3 du Code de commerce
6. Supra, note 3
7. Rapport d'étape rédigé le 16 juin 2004 par le groupe de travail sur les pratiques commerciales de la grande distribution, de la Commission des Affaires économiques, de l'Environnement et du Territoire, présenté par M. Luc-Marie Chatel, Président, M. Jean-Paul Charié et M. Michel Raison, Rapporteurs.
8. Supra, note 3
9. Conseil de la concurrence, décision n°03-D-45 du 25 septembre 2003
10. Cour d'Appel de Paris, 21 septembre 2004
11. Conseil de la concurrence, décision n°05-D-07 du 24 février 2005
12. Conseil de la concurrence, décision n°04-D-13 du 8 avril 2004, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée
13. Conseil de la concurrence, décision n°05-D-32 du 22 juin 2005, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution
14. Supra, note 3
15. Supra, note 3

Annexe 1.

**CONTRIBUTION DE LA DGCCRF
(RÉPONSES AUX QUESTIONS D'ORIENTATION DE LA TABLE RONDE)**

1. Current Resale-Below-Cost Laws and Regulations

- (1) *Are the current resale-below-cost laws and or regulations at any level of government in your country ? Describe what products are subject to these laws and regulations and which levels of government have enacted these laws or regulations. Identify any examples where different resale-below-cost laws apply to different areas or industries in your country. (For example, some states in the United States have no such regulations, while others require retail gasoline stations to charge a minimum mark-up over cost). Are there nearby countries with markedly different resale-below-cost standards ? If so, does this have marked effects on enforcement of resale-below-cost laws, cross border retail shopping patterns, or the location of resale business with different pricing strategies ?*

Are the current resale-below-cost laws and or regulations at any level of government in your country ?

La question de l'autorité qui édicte les normes relatives à la revente à perte n'a pas intérêt dans un État unitaire comme la France dans la mesure où la Loi doit être la même sur tout le territoire.

Describe what products are subject to these laws and regulations and which levels of government have enacted these laws or regulations.

L'interdiction de la revente à perte (IRP), prévue par l'article L. 442-2 du Code de commerce, interdit « Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif ». Ainsi, elle se veut très générale et s'applique indifféremment à tous les secteurs. Elle constitue une interdiction per se c'est-à-dire interdite indifféremment de son effet sur le marché. Son domaine d'application doit toutefois être précisé

En effet, la prohibition ne concerne que *la revente de produit*. Dès lors, de manière générale, sont exclus tous les producteurs et les fabricants, qui par définition ne revendent pas, et tous les prestataires de services, qui ne commercialisent pas de produit. De la même façon, seule *la revente en l'état* est concernée, il faut donc exclure du domaine d'application tout produit ayant fait l'objet d'une transformation (pétrole ayant fait l'objet de raffinage, téléphone portable dans lequel le vendeur a inséré une carte).

En fin de compte, dans les faits, seuls sont concernés **les commerçants du secteur de la distribution** mais cela indépendamment du destinataire (consommateur ou professionnel) et pour la revente comme pour la simple annonce de revente

Pour avoir un panorama complet du domaine de l'interdiction de revente à perte, il faut désormais s'intéresser **aux nombreuses exceptions prévues à l'article L. 442-4 du Code de commerce**. Celles-ci sont, avant tout, motivées par les caractéristiques particulières du produit vendu. Ainsi bénéficient d'une exception les produits à caractère saisonnier pendant la période terminale de la saison, les produits passés de mode, les produits dont le prix a baissé depuis l'approvisionnement, et les produits menacés d'altération rapide. Mais elles peuvent également être motivées par les caractéristiques particulières du vendeur comme

c'est le cas des magasins de faible surface de vente (moins de 300m² pour l'alimentaire et moins de 1000 m² pour le non alimentaire) qui peuvent s'aligner sur la concurrence, et donc le cas échéant vendre à perte.

Identify any examples where different resale-below-cost laws apply to different areas or industries in your country.

Le régime de l'interdiction de revente à perte, en dehors des exceptions définies plus haut, était unitaire, c'est-à-dire que le seuil de revente à perte était calculé de la même manière sur tout le territoire dans tous les secteurs. Cependant, la loi *en faveur des PME*, du 2 août 2005, a mis fin à cette unité en créant un seuil de revente à perte particulier pour les grossistes traitant avec des professionnels indépendants d'eux.

Are there nearby countries with markedly different resale-below-cost standards ? If so, does this have marked effects on enforcement of resale-below-cost laws, cross border retail shopping patterns, or the location of resale business with different pricing strategies ?

Si les législations des pays frontaliers de la France varient dans le détail, elles sont sur le principe assez semblables.

Une exception notable doit cependant être soulignée en ce qui concerne la Grande-Bretagne. En effet, dans cet État, la revente à perte est autorisée (*Loss leader*) et la pratique du prix d'appel y est courante. Simplement les fournisseurs qui constatent la revente à perte peuvent refuser de continuer à vendre au distributeur en cause. Cette différence de législation n'a pas d'impact notable sur la mise en œuvre de l'interdiction de revente à perte en France. De plus, le niveau des prix au Royaume Uni étant plus élevé qu'ailleurs, la consommation transfrontalière comme les pratiques de prix des entreprises ne semblent pas être affectées par la différence de législation. De la même manière, il faut également souligner le cas de l'Allemagne où l'interdiction de revente à perte n'est pas sanctionnée *per se* comme en France mais entre dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Cependant, une nouvelle fois, cette différence n'a pas d'influence notable sur la mise en œuvre de la législation française.

2. Economic and Other Rationales for Current Laws and Regulation Pertaining to Below Cost Sales at the retail Level.

- (2) *What were the primary economic (competition and efficiency) rationales given for the development of your country's current or past resale-below-cost laws and regulations ? If one or more products are singled out for different treatment, what were the primary rationales for different treatment of this product or group of product ? Have there been any recent studies of the effects of these laws and regulation in your country ? Identify these studies and briefly describe the evidence and conclusions of these studies as well as any economically substantive critiques of these studies.*

L'interdiction de la revente à perte a des vertus horizontales. En substance, on a considéré que la revente à perte, en général ciblée, était un avantage structurel et trop facile, donc excessif, pour les généralistes contre les spécialistes, puis pour les spécialistes importants contre les petits. Il faut noter que la revente à perte n'a pas vocation à concerner la généralité des produits mais seulement ceux qui, pour des raisons diverses, ont atteint une certaine notoriété, voire la qualité de produits d'appel.

L'interdiction de la revente à perte permet aussi de protéger le consommateur qui, d'une part, pourrait avoir une vision faussée de l'offre, et d'autre part, est victime des politiques de prix d'appel car celles-ci consistent souvent à baisser les prix sur des produits phares et parallèlement augmenter celui des produits de consommation courante.

- (3) *Are there other non-economic policy objectives that are regarded as rationales for your country's current or past resale-below-cost laws and regulations ? If so, what are these other policy objectives ? To what extent have these other policy objectives been met by the resale-below-cost laws ? Are there alternative policy instrument that could meet the other policy objectives ? How do these alternative policy instrument compare to resale-below-cost laws in terms of their likely effects on competition and economic efficiency ?*

3. **Changes in Resale- Below-Cost Laws and Regulation.**

- (4) *Have there been any major changes in these laws and regulations in including termination or initiation of resale-below-cost laws and regulations ; changes in the definition of below cost sales ; changes in the products to which these laws and regulations apply, or changes in the list of jurisdictions within your country that have these laws and regulations ? If there have been major changes, what prompted the changes ? Were there one or more pieces of evidence or arguments that appeared to be particularly important in the policy discussion in your country ? If there have been major changes in the laws and regulations or enforcement, what has been economic impact ?*

Changes in the definition of below cost.

La définition du seuil de revente à perte (SRP) comme les modalités pour le calculer n'ont pas cessé d'évoluer depuis l'origine. L'interdiction de la revente à perte a été établie par **la loi de finance du 2 juillet 1963**. Dans la version d'origine, le prix d'achat effectif s'entendait « *déduction faite des rabais et ristournes ou remises, de toute nature, consenties par le fournisseur au moment de la facturation.* Cependant que faire des remises connues dans leur principe au moment de la facturation mais dont on ne connaît pas encore le montant (ex : remises de fin d'année) ? Cette question a fait l'objet de débats sans fin tout particulièrement entre l'Administration et la grande distribution en ce qui concerne le calcul *a posteriori* du SRP.

Ces difficultés ont motivé les modifications réalisées par **l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986**, celle-ci abandonne toute référence aux rabais et remises et pose une présomption simple : le prix d'achat est *présupposé être le prix porté sur la facture d'achat*. Toutefois cette solution s'est avérée insuffisante dans la mesure où la présomption pouvait être renversée en démontrant l'existence de rabais hors facture.

Ainsi une nouvelle réforme est venue apporter une solution radicale à ce problème. **La Loi du 1^{er} juillet 1996 dit Loi Galland** pose une présomption irréfragable qui ne peut être renversée : « *le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture* », majoré des taxes et du prix du transport. Dès lors, seules les remises apparaissant sur la facture peuvent être déduites du SRP. Cette réforme s'éloigne indubitablement de la réalité économique au profit de la simplicité dans la mise en œuvre.

Toutefois ce texte va avoir des effets pervers : « il a été constaté, progressivement, le déplacement par les entreprises de la négociation commerciale du prix de vente facturé tel qu'il résulte de l'application des conditions générales de vente vers les réductions de prix hors facture et la coopération commerciale, cet ensemble constituant ce qu'il est convenu d'appeler la marge arrière » (Circulaire DUTREIL du 16 mai 2003 sur la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs). Par voie de conséquence, le prix de facturation ne prend pas en compte l'ensemble des avantages consentis et le SRP ainsi calculé s'avère artificiellement élevé.

Ce phénomène a eu une influence certaine sur le niveau des prix dans la distribution. Aussi une nouvelle réforme a été réalisée avec la **Loi en faveur des PME du 2 août 2005**, dont le Titre VI modernise

les relations commerciales. Ce titre modifie le seuil de revente à perte. Le prix d'achat effectif reste le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat minoré désormais, après majoration des taxes afférentes et du prix du transport, « *de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit, excédant un seuil de 20 % à compter du 1^{er} janvier 2006, ce seuil est de 15 % à compter du 1^{er} janvier 2007.* » De cette manière, les marges arrière vont pouvoir être réintégrées progressivement dans le SRP et favoriser la concurrence. Cette loi instaure parallèlement un SRP spécifique, un coefficient de 0.9, pour les grossistes traitant avec des opérateurs indépendants.

Changes in the product to which these laws and regulations apply.

L'interdiction de la revente à perte ne se définit pas par rapport à un secteur particulier mais est générale. Il a été vu précédemment les exceptions à ce régime prévues dès 1963 et qui n'ont pas été modifiées en 1986. Ces exceptions se justifient car l'IRP a pour but d'empêcher de manière générale un détournement de clientèle injustifié. Cependant, dans certaines hypothèses, la revente à perte s'explique pour le commerçant par la nécessité de limiter les pertes, par exemple en liquidant un stock de produits périssables ou en s'alignant sur la concurrence. Il faut noter que la Loi de 1996 a opéré des modifications techniques sur ces exceptions mais sans en changer l'esprit (elle étend la présomption irréfutable relative au prix figurant sur la facture à l'hypothèse d'un réapprovisionnement à la baisse, interdit la publicité pour la revente à perte de produits périssables, limite à certaines surfaces de vente les possibilités d'alignement sur la concurrence).

(5) *Are resale-below-cost laws and regulations under review in your country at this point in time ? If so, what changes are being considered ? What are the primary argument in the policy discussion ? What evidence has been presented or is being developed for this policy discussion ?*

Comme dit précédemment, la **Loi en faveur des PME** vient tout juste de modifier le seuil de revente à perte. Elle est le fruit d'une longue réflexion et concertation avec les professionnels, réflexion exposée dans deux rapports récents qui traitent notamment de la question de l'aménagement du SRP pour obtenir une baisse des prix.

D'abord, un groupe d'expert dirigé par le premier président de la Cour de cassation, Guy CANIVET, a été réuni pour s'interroger sur la modernisation des relations commerciales, il a rendu ses conclusions dans un rapport dit « CANIVET » en octobre 2004. Ce rapport envisage différentes solutions pour modifier les modalités de calcul du SRP et corriger les effets pervers de la Loi Galland. Il propose :

- Le triple net : ce seuil correspond au prix d'achat toutes remises, rabais, ristournes, et coopération commerciale déduites.
- Abaisser le SRP par un transfert d'un nombre déterminé de points des marges arrières.
- Abaisser le SRP par un coefficient de diminution du prix net facturé.
- Plafonner le niveau des marges arrières.

Dans le même temps, un groupe de travail dirigé par le député Luc CHATEL a été créé au sein de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, devenu par la suite une mission d'information parlementaire, pour réfléchir sur la même question. Les conclusions sont assez semblables, dans son rapport d'étape présenté mi-février, l'une de ses recommandations consistait à abaisser le seuil de revente à perte par transfert au-delà d'un certain taux de marge (20 % la première année, puis 15 % la deuxième année) pour arriver progressivement à un niveau de marges arrière correspondant à 10 % des tarifs industriels.

C'est cette dernière solution qui a été retenue dans la Loi *en faveur des PME*, avec certains aménagements toutefois (la Loi ne prévoit pas de descendre à 10%) , mais le triple net, solution mise en avant par le rapport CANIVET, reste d'actualité. En effet, cette loi prend acte de la nécessité de poursuivre la réflexion et prévoit la rédaction d'un rapport pour 2007 qui devra notamment s'interroger sur « *l'opportunité de baisser à 10 % puis à 0 % le seuil [de revente à perte]* ».

4. Enforcement of Resale-Below-Cost Laws and regulations.

- (6) *If there are Resale-Below-Cost laws and regulations in your country, how are these laws and regulation enforced and how rigorously are they enforced ? Include whether private parties can bring enforcement actions under the laws and regulations; what government unit(s) are responsible for enforcement; notable recent enforcement actions evidence of widespread compliance or lack of compliance; and any studies comparing enforcement practices in your country to enforcement practices in other countries.*

L'interdiction de la revente à perte constitue une infraction pénale ainsi la condamnation relève uniquement du juge pénal. Cependant la DGCCRF dispose de pouvoirs d'enquête importants pour mettre à jour ces pratiques et saisir le Parquet. Ainsi il lui revient de déterminer la politique de contrôle. Actuellement la volonté du gouvernement est d'obtenir une baisse des prix et par conséquent une augmentation du pouvoir d'achat en redonnant plus de souplesse à la concurrence par les prix à la distribution.

GERMANY

1. Resale Below Cost law in Germany

1.1 Current RBC law and legislative rationale

In Germany, the specific resale below cost (RBC) law is included in the general competition law, the Act Against Restraints of Competition (ARC). However, it is less specific than RBC laws and regulations in some other countries as it covers all types of products and retail settings. Section 20 (4) ARC states:

Undertakings with superior market power in relation to small and medium-sized competitors shall not use their market power directly or indirectly to hinder such competitors in an unfair manner. An unfair hindrance within the meaning of sentence 1 exists in particular if an undertaking offers goods or services not merely occasionally below its cost price, unless there is an objective justification for this.

For a better understanding of the objective of Section 20 (4) ARC, it is useful to take a look at its context within the ARC and the EC Treaty, especially as far as predatory pricing is concerned. Predatory pricing is prohibited in accordance with Article 82 EC Treaty and Sections 19 and 20 ARC. The legal concepts under the EC Treaty and the ARC are quite similar, but looking at the conceptual details some differences can be identified. One main difference is that under Sections 19 and 20 ARC, the ban on predatory pricing applies not only to dominant undertakings, but also to undertakings with considerable market power below the dominance threshold. A second main difference is that the European Court of Justice (ECJ) has established a per-se rule that prices below average variable costs (AVC) are regarded as abusive under Article 82 EC Treaty. The caselaw on Sections 19 and 20 ARC has not established a per-se rule similar to the case law of the ECJ. Hindering other competitors as such is not sufficient to establish predatory pricing. Instead, the decisive criterion is whether there is an “objective justification” for the pricing behaviour, which allows a highly differentiated approach towards predatory pricing.

One could say that Section 20 (4) 2 ARC is the German counterpart of the per-se rule against below-AVC-pricing under Article 82 EC Treaty. However, the scope of Section 20 (4) 2 ARC only covers reselling activities. It states the legal presumption that if an undertaking offers goods or services below its cost price (German: “*Einstandspreis*”), such a conduct typically constitutes an unfair hindrance. The cost price is basically defined as the variable cost at which the reseller has purchased or is purchasing the goods or services concerned from its supplier.

The RBC-test according to Section 20 (4) 2 ARC breaks down into four main analytical steps:

1. *Superior market power*: The provision is targeted only at companies that have superior market power over small and medium-sized competitors in the same relevant product and geographic markets.
2. *Not merely occasionally*: Only offers at below-cost price that are made on a permanent basis come under the scope of the prohibition. One-off sales offers, such as advertising campaigns which have a short-term character, e.g. introductory offers, when a business opens, or sporadic special offers or lost-leaders, do not fulfil the conditions for prohibition. In the opinion of the Bundeskartellamt, offers which run for a minimum of three weeks can no longer be classified as “merely occasional” advertisement offers.

3. *Below cost price* (details see below).
4. *Objective justification* (details see below)

The legal presumption of Section 20 (4) 2 ARC was introduced with the 6th amendment to the ARC in 1998. Even though predatory below-cost pricing strategies could already be banned by using the ARC's instruments, the legislator opined that it was preferable to add a specific RBC provision. The main reason for this was to heighten the clarity of the legal limits of below-cost resales. The legislator wanted to draw the line on admissible pricing policy where intentional predatory practices or systematic below-cost resale jeopardise effective competition in the markets concerned. During the 7th amendment to the ARC in 2005, it was discussed to amend Section 20 (4) 2 ARC, especially with regard to the criterion "*not merely occasionally*". This discussion was prompted by continuing industry complaints about predatory pricing practices in the retail sector. However, the government opined that the interpretation of this criterion by the Bundeskartellamt gave no reason to amend the provision. Section 20 (4) 2 ARC thus remained unchanged.

1.2 *Determination of RBC prices*

The Bundeskartellamt interprets the cost measure under Section 20 (4) 2 ARC basically as the variable cost at which the reseller has purchased or is purchasing the goods or services concerned from its supplier. This matches with the economic insight that sales below variable cost lead to short-term losses for the reseller, which would normally be irrational in the absence of long-term recoupment through lessening of competition.¹

As compared to other predatory pricing cases it is quite simple and straight-forward to determine the cost price. This is due to the fact that generally there is no need to review the cost accounting of either the supplier or the reseller, so that the intricate question of cost allocation does not come up. Instead, it is usually sufficient to review the supply contracts.

The Bundeskartellamt takes the supplier's list price when determining the cost price of a good. All the price-affecting terms that have their basis in the procurement contracts are then deducted from this. Consequently, the cost price is not identical with the price charged for a specific individual delivery (invoice price), which contains only the directly calculable reductions (cash discounts, rebates, etc.). All other conditions (such as annual bonuses, advertising subsidies, sales promotion payments, total sales discounts etc.) are deducted in accordance with the respective item's share. An annual bonus, for example, is considered as a rebate on the annual turnover and deducted from the invoice price of the respective good at the respective percentage rate.

When a supplier conditionally agrees to grant a retailer a discount at the end of the contractual or purchasing period, the discount is included in the cost price provided that, when the retailer sets his prices to the final consumers, it is sufficiently likely he will actually be granted the discount, i.e. he is able to adapt his prices on the basis of this expectation. Any discounts which are unexpected or uncertain for the reseller are not included in the cost price.

The cost price does not include suppliers' payments which are only transitory items for the reseller and which are made in return for specific services provided by third parties (newspaper advertising, haulage firm services, etc.). Pro rata overhead costs of procurement are also not included in the calculation of the cost price. On the other hand, the cost price does include the ancillary costs of procurement that can be directly allocated to the specific delivery of goods (packaging, transport, freight, insurance, etc.) provided they are borne by the reseller. Goods are considered to be offered below cost price if the cost price that is established in the above manner is higher than the offer price of the respective product.

1.3 *Business justifications*

Even if an undertaking with superior market power offers goods or services not merely occasionally below its cost price, this may be objectively justified. When examining whether a case is objectively justifiable, a comprehensive evaluation must be undertaken which takes account of the interests of the companies concerned while considering the objective of the ARC which aims at freedom of competition. An objective justification can thus generally be ruled out if predatory intent exists and competitive market structures are permanently threatened.

Economic emergency situations can primarily be considered as an objective justification. This may involve emergency sales of goods that are perishable, either physically, technically or due to changes in fashion, but also sales resulting from the threat of a business going bankrupt or closing down (as long as such offers last for more than three weeks at all). A company's new entry into a market, but not a mere change of ownership, can also constitute an objective justification.

Matching a competitor's (low) prices cannot per se be considered as an objective justification. An objective justification can be almost completely ruled out if the competitive prices are illegal below-cost prices set by other companies with superior market power. Otherwise the restraining effect to the detriment of small and medium-sized competitors would increase even further. In the (more or less theoretical) cases where the prices of a company with superior market power are undercut by (legitimate) below-cost prices of small and medium-sized competitors the objective justification has to be examined in each individual case.

Finally an objective justification can be considered if the cost price increases unexpectedly and exceeds the previous offer price. In this case the offer is as a rule only justified for a short period of time until a new supply source is established.

1.4 *Compliance of RBC law with general competition policy principles*

As noted in the "scoping paper" for this roundtable,² ill-drafted RBC laws may have anti-competitive effects. It is therefore of great importance that RBC laws rely on the sound economic principles of general competition policy. Jurisdictions might not even find it necessary to enact specific RBC laws, but rely instead on the general ban on predatory pricing. Where a need for a specific RBC law is perceived, the substantive standards of RBC laws should include the same elements that are typically found in predatory pricing standards. The most important elements in this respect are (i) a sound cost standard, (ii) an assessment of market power, (iii) the possibility of an objective justification of below-cost resales for those cases where such conduct is not anti-competitive, but rather economically rational and efficient, including an assessment of predatory intent or effect (recoupment plausibility). As can be seen in the sections above, the German RBC law complies with these standards.

2. *Enforcement of RBC law*

2.1 *Public and private enforcement*

Beyond the proper drafting of RBC laws, it is of similar importance how the RBC law is enforced, because normally the law will state general, abstract principles which need to be concretised by the enforcement authorities and the courts. This is especially true for RBC laws as it is typically not easy to draw the line between pro-competitive and anti-competitive conduct.

There are several risks involved in the private enforcement of RBC laws, especially if these do not rely on pro-competitive principles, but also if they do. An imminent danger is that undertakings might seek access to their competitors' purchasing prices and conditions through private discovery. Such discovery

would increase transparency amongst competitors and would thus ultimately restrain competition between retailers. According to German procedural rules, such discovery is not possible. Typically, it will be difficult for a plaintiff to prove what the exact cost price of the defendant is or was. Private enforcement of the RBC provision thus only plays a very minor role in Germany, if at all. According to Section 90 ARC, German courts are obliged to inform the Bundeskartellamt about all proceedings concerning antitrust law. The Bundeskartellamt receives notifications on approximately 250 civil proceedings each year. The Bundeskartellamt is not aware of any civil proceedings on the specific RBC provision (Section 20 (4) 2 ARC) during the past years. However, plaintiffs may base claims on the consumer protection provisions in the Unfair Competition Act. Also, there is scope for follow-on lawsuits seeking indemnification in cases which were decided upon by a competition authority. The court deciding on a follow-on lawsuit is bound to the competition law offence established previously as far as that decision has become final (Section 33 (4) ARC).

Due to the problems associated with private discovery in the context of RBC law, it is preferable to rely on public enforcement instead. Entrusting competition authorities with this task (as opposed to e.g. local governments) lowers the risk of anti-competitive enforcement actions. The Bundeskartellamt does not frequently receive complaints about alleged violations according to RBC law. In applying the RBC provision, the Bundeskartellamt focuses on cases where predatory intent or effect and/or further deterioration of already concentrated market structures is conceivable. The most important case of its enforcement experience is reported below.

2.2 Case example: Wal-Mart / Aldi Nord / Lidl

In its decision of 7 September 2000 the Bundeskartellamt prohibited the companies Wal-Mart, Aldi Nord and Lidl from selling certain basic foods such as milk, butter, sugar, flour, rice and vegetable fat below their respective cost prices. The three companies are major supermarket chains which operate in concentrated German retail markets. Owing to their size, market shares and resources the three firms have superior market power over the independent grocers that are their small and medium-sized competitors.

They had been selling between five and ten items below cost price since the end of June 2000. Wal-Mart took the lead by cutting prices in the middle of June 2000 and undercut not only the sales prices of its competitors legally but also its own cost prices illegally. Aldi Nord reacted to Wal-Mart's price campaign by undercutting both the Wal-Mart prices and its own cost prices. In addition, Aldi Nord lowered its prices below cost price in regions in which Wal-Mart did not operate. Lidl for its part matched the Aldi Nord prices, however not only in Aldi Nord's geographic area of business but also in the south of Germany where Aldi Nord does not operate.

The manufacturers' selling prices, including all the price reductions, discounts and other price-related terms that are attributable to the items in question, were used in determining the cost prices. These prices had also been confirmed by the suppliers. There was no objective justification for selling these products below cost. They are not perishable goods, and the three companies cannot claim that they have matched rivals' prices.

The investigations showed that consumers ultimately would have suffered from these below cost price sales. The short-term benefit to the consumer resulting from these sales below cost price was not only temporary but also marginal. On the other hand, permanent and appreciable damage would have been done to competition, as some competitors might have exited the market, which would have led to further concentration. In the medium and long term the remaining suppliers would thus have had greater scope to raise prices, not merely of these few "special-offer" products but of their entire range.

NOTES

1. Economic theory suggests that there are some situations where below cost pricing may be rational without any predatory intent or predatory effect: One example is introduction phases of new products (e.g. customers might initially have little knowledge about the product, or the customer's willingness to pay may depend on the quantity of other users due to network effects). Another example is complementary goods where below-cost pricing of an "entry" product might be paid off by subsequent purchase of complementary products or services (e.g. printers & ink/toner, razors & blades, mobile phones & phone calls).
2. DAF/COMP(2005)103

HUNGARY

1. Current Resale-Below-Cost Laws and Regulations

As a direct consequence of the market entry of new hypermarket chains retail concentration in Hungary has significantly increased since the early 90's. This development together with the emergence of procurement associations has adversely affected the interests of food processors in the first place, the negotiating power of whom has substantially suffered as a result. Intention to regulate practices of large retail chains has frequently arisen in Hungary mostly upon the initiation of trade associations. In this context, two different legislative solutions have been suggested, namely the ban on below cost selling and the limitation on deadlines for payment. In 2003, when the current regulation on below cost selling has been introduced, a Herfindahl-Hirschmann index of as low as 1000 was measured on the market. During the legislative process, the draft provisions were constantly opposed by the Hungarian Competition Authority for being highly anti-competitive and inappropriate to protect weaker suppliers and small-size retailers.

The information below has been mainly provided by the Ministry of Agriculture the responsible authority to enforce the provisions on below cost pricing.

The prohibition of sales below cost is included in the Agricultural Regime. The amended Agricultural Regime, which has entered into force in 2003, introduced a prohibition on sales below cost, however, merely in respect of agricultural products. Though the provisions of the Competition Act on abuse of dominance can be applied to below cost pricing situations supposing that the behaviour also constitutes an abuse of dominance it can be said, that no legal provisions other than the Agricultural Regime contain such a general prohibition.

According to Act No. XVI of 2003 on the Agricultural Regime in contracts of agricultural and food industry product sales concluded between the producer, the retailer and the distributor, time allowed for payment determined by the parties cannot exceed 30 days from the receipt of the goods, and the retail trade price of the agricultural and food industry products - falling under the scope of the Act - can not be lower than the invoiced purchase price determined in the contract. Legal exemptions from the rule include sales concluded because of the bankruptcy of the retailer's business or change in his activity, sale of products of reduced value, value saving sales concluded after the date of expiry, sale of products with damaged package or other products of incomplete value.

As to the knowledge of the Ministry of Agriculture the introduction and abolition of below cost pricing regulation in neighbouring countries did not have appreciable effect on cross-border retail shopping patterns or the location of resale businesses.

2. Economic and Other Rationales for Current Laws and Regulations Pertaining to Below Cost Sales at the Retail Level

According to the Agricultural Regime the current provisions are aiming to protect small- and medium-size manufacturers of food industry products with weaker negotiating power and also small size retailers against large-scale retailers.

There have been no recent studies about the effects of this regulation.

3. Changes in Resale-Below-Cost Laws and Regulations

Since the introduction of the relevant provisions of the Agricultural Regime, no amendments were introduced in the legislation.

During the current legislative process in Hungary connected to the new Hungarian Trade Act, views supporting the introduction of provisions regulating below cost selling have been expressed. However, according to the current state of proceedings, the ban on below cost selling would not be contained therein and the provisions of the Agricultural Regime would remain untouched as well.

Policy makers supporting the introduction of the ban on sales below cost in Hungary argue that small and medium size undertakings must be legally protected against large-scale retailers. In their view, the negative horizontal and vertical effects of the emergence of large retail chains could be eliminated, or at least lessened by such provisions. Thereby they are aiming to protect both suppliers and smaller-size retailers against their larger competitors. As evidence these policy makers usually refer to bankrupt suppliers or small- and medium-size retailers.

4. Enforcement of Resale-Below-Cost Laws and Regulations

According to the Agricultural Regime public administrative procedures can be initiated by filing complaints by those persons who are adversely affected by the practice of selling below cost. These include manufacturers, trade associations, individuals, buyers or parties. Problems usually arise as to the submission of these complaints, as the fear of being de-listed often prevails.

Outlining a rather decentralised system, the Act further provides that complaints at first instance can be made to the County Agricultural Office. The forum for appeal is the Ministry of Agriculture.

Court review of the decision of the Ministry can then be initiated in the frames of an administrative lawsuit.

There have been no comparative studies about enforcement practices in Hungary and in other countries.

For the infringement of the relevant provisions of the Agricultural Regime, the authority can charge a fine up to twice the difference between the actual resale price and the procurement costs in respect of the amount of products actually sold.

<i>Annual amount of fines</i>	<i>HUF</i>	<i>EUR</i>
2003	0	0
2004	66 019 958	262 317*
2005 (January to August)	10 925 786	44 399

* Calculated on a yearly average rate.

Few information is available on recent cases and only the product ranges involved in the violations can be identified. These include noodles, watermelon, beer and cabbage.

According to the information from trade associations, retail chains usually threaten suppliers with delisting in case they make complaints. These chains lower their procurement costs based on different titles such as slotting allowances, contribution to their marketing costs, listing fees...etc.

Mail or internet sales of food and agricultural products merely represent a smaller part of sales within the trade sector in Hungary.

5. Determination of Resale-Below-Cost Prices and of Business Justification Exemptions

In order to determine whether the relevant provisions of the Agricultural Regime are violated, authorities use “the invoiced purchase price” as a benchmark as prescribed by the Act. Exemptions from the ban on below-cost-selling include sales concluded because of the bankruptcy of the retailer’s business or change in his activity, sale of products of reduced value, value saving sales concluded after the date of expiry, sale of products with damaged package or other products of incomplete value as already mentioned earlier.

6. Relationship of Resale-Below-Cost Laws and Regulations to Other Laws and Regulations Affecting Resellers

There is no sector specific regulation in force in Hungary containing other restrictions on business behaviour. However, according to the current state of the drafting process, the new Hungarian Trade Act might contain restrictive provisions applicable to retailers with buyer power.

IRELAND

1. Introduction

In Ireland the Groceries Order¹ bans the sale of groceries items below their invoice price. The Minister for Enterprise, Trade and Employment (“the Minister”), Deputy Michael Martin is currently considering responses from a public consultation round on the future of the Groceries Order. The Competition Authority’s (“the Authority”) response to the OECD questionnaire on Below Cost selling Laws focuses primarily on the Groceries Order and is divided into 5 parts.

- First, a factual description of the Groceries Order;
- Second, a discussion on the rationale for the Groceries Order which will include a brief description of the Irish retail market at the time of its introduction and the arguments that supported its introduction at the time;
- Third, arguments for repealing the Groceries Order and an analysis of its anti-competitive effects;
- Fourth, a critical analysis of some of the arguments made for the retention of the Groceries Order by its proponents; and,
- The final section contains a brief description of other legislation that restricts competition in retail markets.
- This submission also features four appendices which complement the text and feature;
- Appendix 1: A sample of quotes from independent bodies opposed to the Groceries Order;
- Appendix 2: A series of newspaper articles by showing the views on both sides of the debate;
- Appendix 3: The Competition Authority’s structured rule of reason approach to predatory pricing; and,
- Appendix 4: References to academic articles and past reviews of the Groceries Order.

2. Below Cost Selling Laws and Regulations in Ireland

The Groceries Order (“the Order”), introduced in 1987, prevents retailers from selling certain grocery products below their net invoice price. The ban applies to grocery goods defined in the Order as:

“grocery goods for human consumption (excluding fresh fruit, fresh vegetables, fresh and frozen meat with or without the addition of preservatives) and intoxicating liquor not for consumption on premises and such household necessities (other than foodstuffs) as are ordinarily sold in grocery shops, and includes grocery goods designated as own label, generic or other similar description”.

Whilst there is some ambiguity over what constitutes household necessities it follows from the above definition that all food items subject to processing other than freezing as well as alcoholic and non alcoholic beverages consumed at home are covered by the Order.

The ban applies only to a product's net invoice price and does not allow for the inclusion of end of year loyalty discounts offered by suppliers to wholesalers or retailers when assessing the relevant cost benchmark (i.e., the invoice price). In practice this means that retailers cannot pass on substantial end of year "off-invoice discounts" to consumers in the form of lower prices. Research conducted by the Consumer Strategy Group has found that off invoice discounts can be as high as 18 per cent.²

In addition to the provisions relating to the ban on below cost selling the Order contains two other categories of provisions;

- Provisions prohibiting various horizontal and vertical anti-competitive agreements such as price fixing and resale price maintenance;³ and,
- Provisions relating to trading conditions between retailers or wholesalers and any section of the grocery trade, including a ban on so called 'hello money'.⁴

The Office of the Director of Consumer Affairs ("ODCA") is mandated to enforce the Order and has over the years been a reluctant enforcer.⁵ Enforcement of the Order is conducted by the Courts through administrative fines.

3. The Rationale for the Groceries Order

The Order was introduced in 1987 following the demise of the H. Williams chain of grocery outlets after an intense price war with its competitors. The Irish Economy at this point was only beginning the process of recovery and was characterised by high unemployment, interest rates and national debt. The Order was introduced as a method to prevent intense competition in the groceries sector from resulting in further unemployment. Competition Law had not been introduced at this time and there was a concern amongst manufacturers and retailers that large multiples would continue to price aggressively and that this would undermine the independent retail sector.

The recommendation to introduce the Order came from the Restrictive Practices Commission who implicitly accepted that there was a trade off between protecting producer interests and restricting competition:

"Although we have examined the effects of a prohibition in considerable detail, they are difficult to predict with certainty....We cannot overlook however, the views of manufacturers and independent retailers that it would make a significant difference to them."⁶

The then Minister for Enterprise Trade and Employment, Albert Reynolds, when introducing the Order implicitly accepted that its origins were based on restricting competition from one kind of retailer:

"Although I would not normally favour intervention in the marketplace, I believe that the new provision in this Groceries Order will go a long way to redressing that balance ... between manufacturers and multiples and ... between multiples and independent grocers".⁷

Both the Irish economy and the Irish groceries market have developed and evolved since the introduction of the Order. Growth in the market has been greater in the smaller sized convenience sector than in the larger sized multiples and market projections are that this trend is expected to continue.⁸ Similarly, consumer preferences appear to have shifted toward the convenience sector not away from it. The convenience sector caters to consumers in the Irish economy today which, unlike 1987, is

characterised by a sustained period of low unemployment and rising GDP per capita. Consequently Irish consumers, who are increasingly money rich and time poor, appear willing to pay a premium for the longer opening hours and smaller queues of the convenience sector.

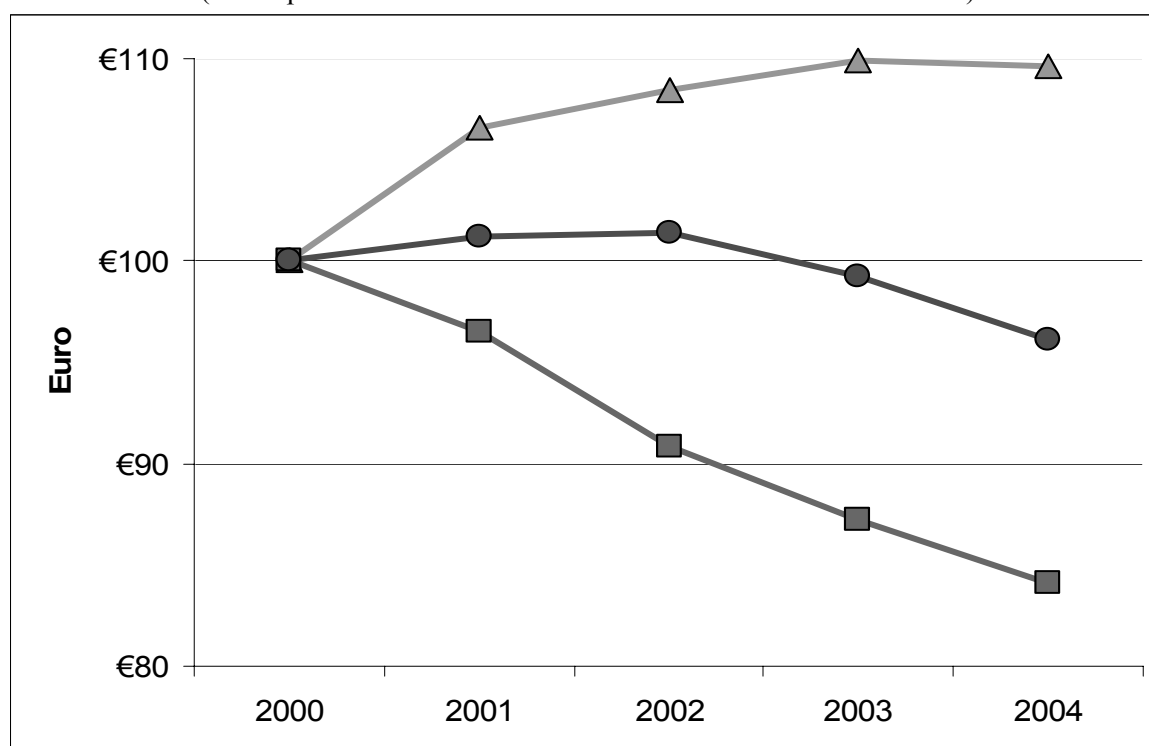
The introduction of the Competition Act 1991 (amended in 1996) and the Competition Act 2002 (“the Act”) has provided a legal framework for the treatment of predatory pricing. Legal proceedings can be initiated by the Competition Authority or private parties who feel harmed by alleged predatory conduct by dominant retailers in the groceries sector.

4. Arguments for Repealing the Groceries Order

The Authority has on a number of previous occasions called for the Order to be removed from the statute books. The Authority is only one of a number of independent bodies and pro consumer groups that have advocated the revocation of the Order. Such bodies include the Competition and Mergers Review Group,⁹ the OECD,¹⁰ the National Competitiveness Council,¹¹ the Consumers Association of Ireland,¹² the Consumer Strategy Group,¹³ the National Consumer Agency¹⁴ and the Chambers of Commerce of Ireland.¹⁵

The Order has kept the price of food in Ireland above the competitive level. Eurostat figures have indicated that Ireland is one of the most expensive locations in Europe to buy food. During the period 2000-2004, inflation in food and non-alcoholic drink has reached 9.6%. That some of this inflation can be attributed to the Order can be seen from inflation rates in other consumer goods markets which do not have a ban on below invoice price selling. During the same period household durables and clothing and footwear have had inflation rates of -3.9% and -15.9% respectively. Both of these markets share similar input costs with the groceries sector such as rents, insurance, commercial waste charges, electricity and wages - indicating that the difference in inflation rates is not primarily cost related. [See Table 1 below]

Figure 1: Food prices rise while clothing, footwear and household goods prices fall.
(Retail price levels 2000-2004 from Central Statistics Office data)



Even within the food and drink sector there is a noticeable difference in inflation rates between those items covered by the Order and those not covered by the Order. During the period 2001-2005 overall food price inflation was 4.5%, items covered by the Order had increased by 7.4% whereas items not covered by the Order had fallen in price by 5.1%. [See Table 2 below] Clearly where competition is allowed prices are approaching the competitive level but where competition is prevented, such as on food and drink items covered by the Order, prices have not followed this trend and have continued to rise.

Table 1: Price Index of Food and Drinks Consumed at Home (June 2001- June 2005)
- Items Covered and Items not Covered by the Order

Price Index on Food and Drinks Consumed at Home
(June 01- June 05)
For € 100 spent in June 2001

	Overall	Items Covered by the Order	Items Not covered by the Order
2001	100.0	100.0	100.0
2002	103.1	103.7	101.4
2003	102.4	107.0	100.9
2004	100.1	107.5	99.4
2005	98.9	107.4	94.9
% Growth Over period	4.5%	7.4%	-5.1%

Source: Derived from CSO data (rebased by The Competition Authority)

The stabilisation in food price inflation rates can be attributed to the entry of German discount retailers Lidl and Aldi to the Irish retail grocery sector, yet the effect of increased competition in the groceries market since their entry has manifested itself only on the items not covered by the Order. Market forces in the form of downward pressure have not manifested themselves on items covered by the Order even with the entry of discount multiples. Independent research conducted by the Authority and submitted to the Minister has estimated that the Order has directly cost the average household up to €481 per year during the period June 2004-June 2005 which corresponds to a total transfer from producers to consumers of €577 million [See Table 3]¹⁶.

Table 2: Potential impact on Household budgets of removing the Groceries Order

Income groups from lowest 10% of households to top 10% of households											
	0 -10%	10%- 20%	20%- 30%	30%- 40%	40%- 50%	50%- 60%	60%- 70%	70%- 80%	80%- 90%	90%- 100%	Average Household
A Weekly food costs in June 2005	€43.23	€64.47	€80.29	€88.21	€99.39	€109.44	€114.91	€125.92	€132.89	€148.38	€100.74
B Food costs without Groceries Order (June 2005)	€39.25	€58.54	€72.91	€80.11	€90.26	€99.39	€104.35	€114.35	€120.68	€134.75	€91.49
C Weekly savings in June 2005	€3.97	€5.92	€7.38	€8.10	€9.13	€10.05	€10.56	€11.57	€12.21	€13.63	€9.25
D Annualised Savings 2005	€206.49	€307.96	€383.54	€421.39	€474.80	€522.81	€548.91	€601.50	€634.82	€708.82	€481.25
E Weekly budget June 2005	€130.77	€214.71	€307.04	€408.45	€520.73	€635.11	€760.46	€915.19	€1,139.32	€1,758.74	€679.02
F Saving as % of weekly budget	3.04%	2.76%	2.40%	1.98%	1.75%	1.58%	1.39%	1.26%	1.07%	0.78%	1.36%
G Saving to the economy (2005)											€577.49 million

Source: Analysis of The Competition Authority based on CSO data

A = Amount spent on food & drinks consumed at home in June 2005 (Derived from CSO Household Budget Survey 1999-2000 increased by inflation on food and drinks consumed at home between January 2000 and June 2005)

B = Adjusted amount spent on food & drinks consumed at home in June 2005 (Derived from price in June 2001 increased by inflation which applied to non-Groceries Order items)

C = A -B

D = C * 52 (number of weeks in a year)

E = Weekly household budget in the CSO Household budget survey 1999-2000 increased by Consumer Price Index (CPI) on all items

F = C / E * 100

G = F * 1.2 million (number of households in the economy)

A perhaps unintentional effect of the Order is that it not only restricts competition, which consequently results in price not acting as an efficient signal of a products relative scarcity, but that it also provides legal protection to commercial behaviour that is generally illegal under competition law. The Order does not ban sales below marginal cost (which is an accepted benchmark for assessing predatory pricing) but rather bans sales below net invoice prices, a price determined by the upstream wholesaler/manufacturer. The Order facilitates the practice of Resale Price Maintenance (“RPM”).

To show how the ban operates in practice, it is useful to develop an example: consider a jar of baby food invoiced at €2.00 by a wholesaler to a retailer with a corresponding end of year off-invoice loyalty discount to reward sales during the year of €0.20 per jar. The retailer has to charge a minimum resale price equal to the net invoice price of €2.00 and not the real cost to the retailer of €1.80.

This practice harms both consumers and the competitive process in the following ways:

- At the retail level, retailers are prevented from offering price discounts below the invoice price imposed by the wholesaler, resulting in less price rivalry between retailers and reducing downward pressure on prices; and,
- At the wholesaler level, resale price maintenance facilitates price convergence and tacit collusion between wholesalers in an already concentrated market as competitors can easily observe each others prices.

Wholesalers can compete with each other to sell to the retail sector by choosing the level of off-invoice discounts to offer to retailers. The Order prohibits retailers from passing on to consumers substantial off-invoice discounts. The restriction not only prevents consumers from benefiting from lower prices, it also allows suppliers to control the price at which retailers sell their products. RPM is a particular concern in the Groceries market as there are high concentration levels at both the retail and wholesale levels. Of the relevant product markets affected by the order (supermarkets, convenience stores and food distribution) both the supermarket sector and convenience distribution sector are highly concentrated with estimated C2 ratios of 60% and 80% respectively.¹⁷ Resale price maintenance in such highly concentrated markets is a concern as it may facilitate collusion especially among suppliers and retailers.

From a social policy and equality perspective, removal of the Order would bring large benefits to lower income households who spend proportionately more of their weekly disposable income on food. Analysis of Ireland’s household budget indicates that the lowest decile of households in terms of income spend up to 40% of their weekly disposable income of food as opposed to the 14% for those household in the highest income decile. The National Consumer Agency (“NCA”) in its submission to the Minister estimated potential savings that would accrue to households in each of the deciles if off invoice discounts ranging between 1% and 20% were passed on to consumers. For example, if discounts of 15% were passed on to consumers, households in the lowest decile would receive annual savings of approximately €140 on their annual food bill which is equivalent to approximately two weeks disposable income. The corresponding saving for households in the highest decile would be equivalent to just 0.5 weeks disposable income.

The Order also imposes significant regulatory costs on the taxpayer, consumers and businesses. The ODCA must divert resources from legitimate consumer protection action to enforce the Order and valuable court time must be spent on determining if items such as nappies are covered by the Order.¹⁸ Business must also spend time and resources complying with the Order rather than competing to win customers.

5. Arguments for the retention of the Order

Proponents of the Order have highlighted a number of concerns which they believe will undermine the Irish retailing landscape if the Order were to be repealed. Such arguments include public interest benefits such as increased employment, the protection of consumers and businesses and the protection of small independent shops from larger multiples which it is argued ensures that a retail landscape exists in which all urban and rural areas have food shops.

5.1 *The 'Food Deserts' argument*

Lobby Groups supporting the retention of the Order have claimed that the removal of the Order will result in elimination of small shops from the retail landscape undermining vibrant town centres and creating urban and rural food deserts.¹⁹

Claims that the removal of a restriction on price competition will result in the elimination of small shops are not backed up by any strong evidence. It is not clear that large multiples and local convenience stores compete in the same relevant market. Convenience stores appear to offer a different product and service to consumers than that which is offered by the multiples. Irish consumers appear to use supermarkets for their monthly or weekly shop and 'top-up' daily at local convenience stores which differentiate themselves from supermarkets on location, product range and service and not price, and which charge a premium for the convenience, location, longer hours and shorter queuing times. Demand for convenience has been growing and is expected to grow as consumers become increasingly money rich but time poor.

Since supermarkets and convenience stores compete in separate markets, small shops will only be put out of business if other convenience outlets in the same local market consistently offer consumers a better deal or if consumer preferences shift over time from convenience to supermarket retailing. If small shops are replaced by other small shops in the same local market this will have no effect on the retail landscape. Clearly if another convenience outlet can offer its consumers better value and choice it should be allowed to.

Market trends point to the continued growth of the convenience sector led by the proliferation of symbol group shops.²⁰ Convenience represents a marked divergence from the retail landscape in 1987 and merely reflects the dynamic nature of the retail sector and to the extent that Irish consumers are increasingly time poor, the premium for convenience is likely to rise even in the absence of the Order.

5.2 *The employment argument*

The Order was written into the Irish statute books in the aftermath of the demise of the H. Williams supermarket chain after a period of intense price competition. A clear intention of the Order was to reduce downward pressure on prices in the groceries sector by limiting the occurrence of 'price wars', thereby protecting jobs in the retail groceries sector. Such protection of specific jobs comes at the expense of efficient job creation in the economy generally.

5.3 *The Consumer Protection Argument*

Lobbyists campaigning for the retention of the Order have argued that if the Order were to be revoked, large multiples will initially engage in predatory conduct which will drive smaller shops from the market and ultimately in the absence of competition will harm consumers by charging supra-competitive prices. As discussed above, multiples and convenience stores do not compete in the same relevant market.

Notwithstanding this fact, the Order is no longer necessary to protect consumers from anti-competitive conduct by businesses. Since its enactment in 1987 there have been two pieces of competition legislation, the Competition Act 1991 (amended in 1996) and the Competition Act 2002. The Competition Act 2002 significantly strengthened the public enforcement powers of the Competition Authority. Section 5 of the Act prevents dominant undertakings engaging in predatory pricing.

Proponents of the Order do not share the view that competition law is a superior tool to deal with predatory pricing in the retail groceries market. They contend that the courts would be unlikely to find any of the players in the market to be dominant. This is a flawed argument as it is settled economic theory that predatory pricing is irrational in the absence of dominance. For a firm to rationally engage in a period of predatory pricing and to incur short run losses so as to expel or discipline rivals or potential entrants, such behaviour must significantly reduce competition in the market (or other markets) in the longer term such that the initial sacrifice can be recouped by the exercise of increased market power.

Predatory conduct is dependent on the expectation that short run losses will be recouped and such an expectation in turn depends on barriers to entry. If an undertaking were to successfully expel a competitor from a market and then seek to charge supra-competitive prices so as to recoup the initial losses, in the absence of barriers to entry a potential entrant could enter and compete away these economic rents. The retail market in Ireland is not characterised by high barriers to entry or expansion as evidenced by the recent entry and continued growth of German discounters Lidl and Aldi.²¹

The recoupment test also enables antitrust enforcement bodies to assess whether predation is likely to lead to consumer harm. Recoupment of losses necessitates the charging of excessive prices to consumers thus reducing consumer welfare.²² If there were low entry barriers such that recoupment were unlikely, not only would the period of below cost selling be irrational but it would also be unlikely to harm consumers and would actually raise consumer welfare during the below cost selling period. The effects based approach taken by the Competition Authority to identifying and assessing predatory behaviour can distinguish between real predatory behaviour and intense price competition where consumers are unlikely to be harmed by ex-post recoupment (see appendix 3 for a discussion of the Competition Authority's structured rule of reasons approach to predatory pricing).

In sum it is precisely because none of the current market participants would be likely to be found to be dominant by the courts (largely because of low entry barriers) that predatory pricing would be considered irrational and, if prices were to fall following the removal of the Order it would likely benefit consumers.

6. Other regulations that impede competition in the retail groceries Sector

The Groceries Order is not the only regulation that limits competition in the retail groceries sector. Incumbent retailers in local markets have been able to use the planning process to prevent a rival from making a more attractive offer to their customers, thus delaying or preventing the entry of competing supermarkets.²³ In addition, Ireland's Retail Planning Guidelines ("RPGs") limit the floor space of retail outlets.

In a time of growing aggregate demand this forces additional capacity to be added to smaller units. This slows down how quickly the market can respond to growing demand and changes how it reacts to existing demand. The lack of large scale grocery supermarkets limits shelf space which in turn limits in store competition between different brands. In store competition between manufacturers would also exert downward pressure on prices in the overall groceries sector. Although there has been some expansion in the number of

supermarkets, the Authority is concerned that planning restrictions give unnecessary protection to existing supermarkets from competition.

The Authority is not the only body to identify the anti-competitive and anti-consumer implications of planning laws and the RPGs. The Consumer Strategy Group recommended that local Authorities should demonstrate how the needs of consumers have been taken into account in assessing planning applications. It also suggested that the RPGs should be interpreted in a way that promotes competition.

It is worth noting that barriers to entry such as planning laws do not have to block entry to have a negative impact, it is sufficient that they prevent entry by competitors with more efficient business models or raise the cost of those who do enter so as to reduce their competitive threat. Even where existing demand is met, planning laws may prevent the entry of an innovative new entrant that would offer something different.

7. Conclusion

Weak competition in the Irish groceries market has a wide range of negative impacts with substantial cumulative cost for the economy. Irish consumers pay higher prices for less variety and choice in the market and supply is less responsive to their needs. €577 million is transferred from Irish consumers to groceries retailers as a direct result of the Groceries Order. Lower income households suffer the greatest loss as they spend a higher proportion of their incomes on food. New entrants with innovative ideas and different retail models face higher costs or have to alter their chosen business model. Indigenous food processors face less competition in the domestic market making them less innovative, less customer focused and ultimately less internationally competitive.

Competition in the market could be increased by abolishing the Order and repealing the retail planning guidelines. As experience in such sectors as airlines, airport bus services and taxis in Ireland has shown, removing barriers to competition presents far more opportunities than threats. It generally leads to growth in the market, and makes existing suppliers stronger and more competitive.

NOTES

1. The Restrictive Practices (Groceries) Order, 1987.
2. Report of the Consumer Strategy Group, Making Consumers Count, May 2005, www.irishconsumer.ie
3. This section of the Order has been made obsolete by the Introduction of Competition Law in Ireland in 1991. Section 4 of the Competition Act 2002 prohibits anti-competitive agreements decisions and concerted practices.
4. “Hello money” refers to money given to retailers by suppliers for shelf space.
5. The current director of the ODCA has said publicly on several occasions that the Government agency responsible for consumer affairs should not be responsible for enforcing legislation that prevents consumer from benefiting from lower prices.
6. Restrictive Practices Commission, (1987) ‘Report on the Review of the Restrictive Practices (Groceries) Order, 1981’
7. Dail Eireann Restrictive Practices (Confirmation Order) Bill, 1987: Second Stage. Volume 374, October, 1987.
8. Consumer Strategy Group Report “Making Consumers Count” 2005.
9. www.entemp.ie/publications/commerce/2002/cmrg1.pdf.
10. OECD (2001) Economic Surveys: Ireland.
11. Forfas (2004) National Competitiveness Council – Annual Competitiveness Report.
12. www.consumerassociation.ie.
13. Consumer Strategy Group Report “Making Consumers Count” 2005.
14. www.irishconsumer.ie.
15. www.chambers.ie/news/article.php?newsid=329.
16. These estimates were based on applying the rate of inflation of items not covered by the Order to all food and drink prices included in the Consumer Price Index.
17. Competition Authority Submission to the Joint Oireachtas Committee on Enterprise and Small Business, 10 November 2004, www.tca.ie

18. In 2004, two supermarket chains, Tesco and Dunnes were fined for reducing the price of nappies and baby food in contravention of the Groceries order. In the summer of 2005, Dunnes successfully appealed the nappies case. *Dunnes Stores v ODCA*, Unrep H.C.t. 14th July 2005 Finalay Geoghegan J.
19. See for example www.RGDATA.ie
20. The vast majority of convenience stores are tied to specific "symbol" wholesalers via exclusive distribution agreements.
21. The Authority has identified Ireland's planning laws and the retail planning guidelines as an entry barrier to potential entrants who wish to use a larger model than that which is currently permitted under the existing regulatory framework (discussed below).
22. In examining cases of alleged anti-competitive behaviour the Competition Authority applies a consumer welfare standard.
23. For example, Tesco was prevented from opening a supermarket outside Donegal town in 2003 (an Bord Pleanála PL 05.130965).

APPENDIX 1 – QUOTES FROM INDEPENDENT BODIES SEEKING A REMOVAL OF THE GROCERIES ORDER

Competition Authority

The Competition Authority calls for the removal of the Groceries order under three separate headings;

- 1) The primary objective of the Groceries Order is to restrict competition;
- 2) The effect of the Groceries Order is to reduce competition and increase prices; and,
- 3) The Groceries Order does not meet and is not necessary to achieve the claimed benefits

Submission to the Minister of Enterprise Trade and Employment paragraph 7 2005

Fair Trade Commission 1991 (Majority Lyons and Massey)

“In the view of the two members, the ban on below cost selling, imposed in 1987, clearly reduced the scope for price competition, by imposing a floor, the net invoice price, below which price the majority of grocery goods could not be sold. ... The hope was expressed by the Commission in its 1987 report that other items would be reduced in price to compensate, so that overall margins remained unchanged, and that more products might be sold at cost. In the opinion of the two members these expectations have not been fully borne out. The effect of the ban appears not to have been to benefit consumers but rather the opposite.” Paragraph 7.126 page 85

Competition and Mergers Review Group Final Report 2000

“Ultimately, the argument rests on one’s view of the ability of the consumer to understand what is going on, and whether the consumer will be duped by what is argued to be the device or stratagem of a heavily discounted below invoice price promotion which is more than compensated for by price increases across the a range of other goods in the store where the consumer cannot realistically know or understand that he or she is being charged higher prices by that store.”

Paragraph 10.4.3 Page 317...”

“..the majority [of the Group] felt that whatever imperfections there undoubtedly are in the ability of consumers to perceive prices, the remedy for that should lie in improved consumer information rather than in retaining the ban on below invoice selling.”

Paragraph 10.4.5 page 319

Consumer Strategy Group

“Since 1987, the Groceries Order (GO) has prohibited selling many items at below the invoiced price. This measure was introduced in order to protect smaller independent stores who could not compete efficiently with large multiples directly on cost. The number of independent grocery retail outlets declined considerably between 1977 and 2002.”

“Many arguments have been put forward for both the retention and the abolition of the Groceries Order, but the current situation operates against the interests of consumers.”

Consumer Strategy Group Report 2005

National Consumer Agency

“Consumer demand for convenience shopping indicates that there is no reason to believe that independent shops and chains will not continue to service both rural and urban communities.”

“There have been several reviews of the Groceries Order since 1987, and most have concluded that the Order is a bad deal for Irish consumers. The Groceries Order is now well past its sell by date. It should be abolished so that the consumer can benefit.”

Submission on Groceries Order 2005

National Competitiveness Council

“Ireland’s ascent through the consumer pricing ranks is partly due to fluctuations in the value of the euro, which is out of the control of Irish policy makers. But it also stems from high domestically-generated prices, particularly in the non-traded services sector. Decisions by government, its agencies and regulators have also contributed adversely to inflation. This has damaging implications for the enterprise sector and the ability of Irish firms to compete in foreign markets.”

William Burgess Forward to 2004 NCC Statement on Prices and Costs

Chambers of Commerce of Ireland

“... this is a highly complex issue, the key points of which have been obscured in the debate to date. CCI agrees with retailers that below-cost selling is wrong. However, our analysis suggests that the Groceries Order does not address this issue at all. Rather it is a ban on below invoice cost selling – an anti-competitive practice that prohibits businesses from passing on to the customer, discounts that they receive from suppliers in the form of an end of year invoice.”

John Dunne Chief Executive of the Chambers of Commerce of Ireland (Press release 18 July 2005)

APPENDIX 2 – NEWSPAPER ARTICLES FROM BOTH SIDES OF THE DEBATE

'Below cost' scare stories show there is profit in protection

The Groceries Order row has nothing to do with consumers and everything to do with vested interests, writes Colm McCarthy

There are few more profitable activities for business firms than the mobilisation of politicians to protect them from competition.

Competition from abroad is a particularly popular target, and alliances of business and trades unions regularly conspire to browbeat governments into protectionist measures of one kind or another. Within Europe, and indeed within individual countries, it can be well worthwhile to seek protection from domestic competitors.

As a result, Government interventions which protect businesses from their domestic competitors, and hence damage consumers, are pursued vigorously and can even be dressed up by lobbyists as having something to do with consumer protection!

Enterprise, Trade and Employment Minister Micheal Martin is due to release an important report over the next few weeks from a body called the Consumer Strategy Group. This body was established by the then minister Mary Harney a year ago to deal with the 'rip-off Ireland' controversies and the perception that consumers were not enjoying vigorous competition in various retail markets.

The group has, amongst other matters, been considering the Groceries Order, a requirement that retailers such as supermarkets do not offer products "below cost", a less precise concept than you might imagine.

The lobbying to retain the below-cost selling ban has already commenced, led by RGDATA, the lobby group for smaller retailers. They have been supported somewhat surprisingly by IBEC, which wears the Apostles of Competition mantle with obvious discomfort at times.

Three independent reviews of this issue in recent years have recommended that the Groceries Order should be scrapped. The government-appointed Competition and Mergers Review Group said it should go, as has the Competition Authority and the Paris based inter-governmental think tank, the OECD.

But successive ministers have bottled a decision under intense pressure from two main groups, the smaller shopkeepers and the suppliers to the retail grocery trade, mainly food companies.

Their fear is that the bigger chain retailers would use below-cost selling not just as a promotional tool but also as an instrument to eliminate competition and ultimately to drive prices back up again. This is called predatory pricing, and the lobbyists have been telling scary stories about its consequences, designed to frighten Minister Martin into retaining the Groceries Order.

The basic scary story goes like this. If big bad retailers are free to cut prices, without the restraint of the Groceries Order, they would do so with ferocity, drive out the smaller competitors (ultimately all competitors), just one would survive and this rapacious monopolist would then screw the consumer for ever more.

The story has been around since about the Eighties, and the beginnings of pro-competition and antitrust legislation in the US and Europe.

While not quite as venerable as the Grimms' Fairy Tales, the predatory-pricing bogeyman is out of the same tradition, and has about as much evidence to support it.

Can you think of a single monopoly currently screwing Irish consumers which won its position through a successful predatory pricing campaign? Can you think of one in Britain?

Predatory pricing is a myth, the durability of which is testament to the gullibility of the media and the unwillingness of politicians to face down lobby groups seeking protection from competitors.

In the United States, lawsuits alleging predatory pricing are regularly promoted (by lawyers!) but almost never succeed. US economists who have been studying the issue for decades are extremely sceptical about its very existence, not because firms would not try it on if they thought it would succeed, but because it is a highly risky and costly gamble, with poor prospects of success.

The American economist Harold Demsetz wrote:

"The attempt to reduce or to eliminate predatory pricing is also likely to reduce or eliminate competitive pricing beneficial to consumers."

Another American, Thomas DiLorenzo, put it thus: "The theory of predatory pricing has always seemed to have a grain of truth to it, at least to non-economists. "But research over the past 35 years has shown that predatory pricing as a strategy for monopolising an industry is irrational, that there has never been a single clear-cut example of a monopoly created by so-called predatory pricing, and that claims of predatory pricing are typically made by competitors who are either unwilling or unable to cut their own prices.

"Thus, legal restrictions on price cutting, in the name of combating 'predation', are inevitably protectionist and anti-consumer."

In Ireland, the retail grocery business has four big players: Tesco, Dunnes, Musgrave/Supervalu and Superquinn. But these four do not have the field to themselves. There are numerous small regional chains, and most significantly the new entrants Lidl and Aldi.

Who, apart from the lobby groups, can envisage one of the big chains having the resources and patience to slash prices far enough, and for long enough, to drive all competitors from the field? And then to keep the regulators off their back, and the new entrants out indefinitely? It's a fairy story, folks, used to frighten people.

It has been rumoured that the report of the Consumer Strategy Group now on the Minister's desk has recommended that the Groceries Order should be scrapped. This is the same recommendation made by all previous reviews of the matter.

Indeed, so far as I am aware, no minister in modern times has ever received professional advice to the effect that the restrictions on price-cutting in the Irish Groceries market are to the benefit of consumers.

It is not the function of public policy to protect business firms from their competitors, nor is it their function to diminish cost pressures on the supply companies.

Government should confine itself to combating cartels and collusion, the role of the Competition Authority, and to ensuring that there are no artificial barriers to entry. Minister Martin should resist the lobbyists and scrap the Groceries Order.

Colm McCarthy is MD of 'DKM economic consultants, Sunday Independent, 24/4/05

Consumer must be given voice in debate over Groceries Order

The Groceries Order has once again reared its not so pretty head. The latest body charged with looking at whether the ban on below-cost selling of packaged groceries is a good idea has reached the same conclusion as the previous two; it is anti-consumer and drives up prices.

The real question is whether the recommendation of the Consumer Strategy Group that it be revoked immediately will prove any more effective than the earlier recommendations of the Fair Trade Commission in 1991 and the Competition and Mergers Review Group in 1999.

One thing is for sure, the supporters of the order will stage a vigorous defence of it.

The arguments for and against the retention of the order are summarised neatly in the as yet unpublished report of the strategy group. The arguments for retaining it include:

It contributes to a fair trading environment which is good for producers.

It supports the independent retail sector by preventing predatory pricing by large retailers. This stimulates investment and competition to the benefit of consumers and creates jobs.

Its removal would see the independent retail sector devastated, reducing competition and consumer choice.

Once the big retailers had driven small retailers out of the market by consistently selling below cost they would put up prices.

The case for revoking the order can be summarised as:

It restricts price competition.

It forces retailers to compete in areas other than price, which ultimately works against the consumer,

There is no direct link between the existence of the order and growth in the Irish food industry.

The argument that it is good for the independent sector is not proven.

It is a classic example of a piece of regulation that confers advantage on a number of groups, hence leading to intense lobbying for its retention. You only have to ask who is lobbying for it, suppliers, unions and some retailers, and who is not lobbying for it, consumers, to establish who are the beneficiaries of it.

These arguments for revoking the order clearly held sway with the Consumer Strategy Group. In addition it took into account that the big international multiples that operate here can get around the order - if they wish – through their own inter-company accounting.

It also believes the order works against consumers because it stops retailers passing on the benefits of substantial long-term discounts from suppliers - which can be up to 18 per cent. The money, which runs into the millions is, just pocketed by the retailers. This, in many ways, is "the elephant in the kitchen" in the whole Groceries Order debate and the highlighting of it is probably the biggest contribution of the CSG to the debate.

All of this, however, will not amount to a hill of beans in the coming debate without some one to press the point that it is bad for consumers. In any previous debate over the Groceries Order the voice of the consumer has been conspicuous by its absence. By contrast the proponents of the order have worked away feverishly both behind the scenes and in public.

The Minister for Enterprise Trade & Employment, Micheal Martin, seems intent on engineering a similar situation this time around. He has already indicated that once the group's report is published he will commence a three-month consultation process on whether or not to revoke the order.

Ibec, which champions the order on behalf of food and drinks companies, has already come out swinging and RGDATA - which speaks for the independent retail sector - is also reported to have commenced lobbying. No one has taken, or appears likely to take up, the cudgels on behalf of the consumer in the coming debate. The Consumers Association of Ireland is a busted flush and has been for years.

The only body that could conceivably represent the consumers in the debate – the CSG - will be wrapped up once its report is published.

If Mr Martin is serious about a real debate on this issue - and not just preparing the ground for another cave-in to the pro-Groceries Order lobby – he must find a way for the consumers' voice to be heard in all this. The most obvious course of action is to fast-track the other main recommendation of the group; the establishment of a National Consumer Agency that would incorporate the Office of the Director of Consumer Affairs and be a powerful independent consumer advocate.

He should announce the establishment of an interim board at the NCA - drawn from the members at the CSG - and charge it with putting the consumer case in the debate on the Groceries Order.

Alternatively, and this would show some political courage, he should announce the order is going to be revoked and restrict the consultation period to what measures are needed to allay the genuine fears of its supporters. That would be putting the consumer - and not the suppliers and retailers - at the heart of policy making.

Business Opinion John McManus, Irish Times, 25/4/05

Selling us down the river

Retailers put pressure on suppliers to supply at below production cost.

Consumers are the ones who will suffer if the ban on below-cost selling is lifted, writes Rosemary Garth of the Irish Business and Employers Confederation (“IBEC”).

Picture a small town in the west of Ireland in five years. What was once a bustling town centre with a number of local village shops now has buildings with boarded-up windows. The younger people with families have moved out to be nearer the large town with the superstore, and the older generation are left with no option but to get a taxi to travel the 10 miles to the nearest supermarket to buy their loaf of bread and pint of milk.

This scenario is not just a product of the imagination: it will be the reality for every small town in Ireland if the groceries order and the ban on below-cost selling are removed. In fact it has happened in Britain, where 42 per cent of villages no longer have a local shop.

At the core of the groceries order is the ban on below-cost selling, essentially a tactic whereby retailers lure consumers into their stores on the basis of selling known-value items at knock-down prices, while recouping any loss in margin through adjusting prices elsewhere in the store on less well-known lines.

This practice was banned in 1987 when, following a campaign of below-cost, the H Williams group went into receivership owing over £40 million to suppliers, most of which was never paid.

If this practice was to be allowed again a similar situation would result. Large retailers would reduce the prices of some products to ultimately unsustainable levels. Their deep pockets would allow them to suffer losses in a particular product and/or geographic area for long enough to wipe out smaller retailers or to compel suppliers to continue to supply to them at a loss.

Consumer choice will disappear, and the irony is that the consumers' basket of goods will be no cheaper even in the short term as retailers increase prices on less sensitive items. In the long term, of course, the consumer will have less choice and therefore be forced to pay whatever price the remaining retailers can get away with.

Retailers with super-strong purchasing power will put pressure on suppliers to supply at below the cost of production. Any short-term gains for the consumer will be quickly lost, as the small local supplier goes out of business with consequent loss of jobs.

Again there is a movement towards less choice. Critics of the order tend to base their opinions on abstract economic theory which fails to model accurately the reality of life today.

In particular, they assume retailers and suppliers have an equal relationship. Yet the reality of the grocery market is that the balance of power has shifted in recent years, so that it is now strongly weighted in favour of the retailers. The groceries order acts as a counterbalance to retailer power.

There are no facts to sustain the argument that the groceries order leads to higher food prices. Shopping for food and other needs is an important part of our lives, and it is about time we had political leaders who understand the Irish market and have the honesty to state the real reason prices are high in Ireland: the truth is that all business costs - pay, waste collection, insurance,

rents, energy, transportation, warehousing, local authority charges and others - have risen much faster in Ireland than elsewhere in the eurozone.

Whether it is in a multiple supermarket or a corner shop, the retailer and producer must pay higher charges in Ireland than in other countries. Honesty and a bit of joined-up thinking are what we need, not ideological "quick fixes" that will do nothing for the consumer.

Retailers can in fact already sell some goods at below cost, but rarely do. The order does not apply to fresh meat, fruit and vegetables. Yet since April 1994 inflation in this category of products has been 20 per cent higher than in the category of goods to which the order does apply. Why is this so? Is it because retailers will only engage in below-cost selling as a means of forcing competitors out of business? The order protects against this. It offers a level of protection to consumers because, without it, choice is reduced and prices would be higher.

Analysis by Forfas in 2001 and 2003 showed that the lowest-priced countries for groceries in the then 15 member states were Spain, Portugal and Greece. These countries all have bans on below-cost selling, as do seven other of the 15 states.

If we really want to address the issue of high prices, we need to face and tackle our rapidly deteriorating competitiveness. The recommendation last week by the Oireachtas Committee on Enterprise and Small Business, that a business-costs group be established to address this issue, has a far greater chance of delivering lower prices to consumers.

We need to make a choice about what kind of country we want to live in – a collection of vibrant communities or retail deserts in which those of us who do not live in a city will have to travel 10 miles to buy a pint from the county megastore.

Rosemary Garth is director of Ibec's Food and Drink Industry Ireland, Irish Times, 1/4/05

APPENDIX 3 - THE COMPETITION AUTHORITY'S APPROACH TO PREDATORY PRICING

When examining allegations of predatory pricing the Authority follows a structured rule of reason approach.¹ The Authority applied this approach to an assessment of alleged predatory conduct in a market for local newspaper advertising in the greater Drogheda area by the Drogheda Independent.² When looking at abusive conduct the Authority typically considers whether the alleged conduct harms consumers. For instance has the price risen or has output been restricted. Under this rule consumer welfare enhancing behaviour – competition on the merits – would be permitted, while abusive conduct with no objective justification would not be since consumer welfare would be lowered. The Authority's approach to predation is consistent with an effects based approach and is applied using the following four steps:

- 1) *The plausibility of the alleged predation.* This includes both an ex ante and an ex post analysis. The ex ante part considers whether the alleged predation makes economic sense. In some instances predation would appear to be highly implausible. The ex post part examines the market facts to see if they are consistent with the alleged predation: Did the alleged victim go out of business? Did prices drop dramatically only to be raised subsequently?
- 2) *A business justification.* If there could be a plausible case for predation, then consideration would be given to whether or not there is an alternative business justification. If there is no valid business justification then evidence of intent is likely to be informative as to what motivated the behaviour.³
- 3) *Feasibility of recoupment.* As noted above predatory pricing requires that there is a reasonable expectation that short term losses can be recovered through charging higher prices in the medium to longer term. Recoupment depends on entry conditions in the relevant market: the higher the barriers to entry, the greater the chance of recoupment. Thus examination of the market is necessary to determine if the alleged predator has market power and is thus able to raise prices above the competitive level.
- 4) *Pricing below cost.* Finally, the issue of whether or not pricing below cost has taken place. This involves difficult measurement and definitional issues. If the alleged predation appears to be implausible, there is a sound business justification and the feasibility of recoupment is remote, then there may be no need to deal with the issue of whether prices are below cost.

NOTES

1. In adopting this approach the Authority has drawn upon Joseph F Brodley, Patrick Bolton and Michael H Riordan, 2000, "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy," *Georgetown Law Journal*, Vol 88, No. 8, August, pp.2239-2330.
2. www.tca.ie/decisions/enforcement/e_05_001.pdf
3. Great care needs to be taken in interpreting intent from, for example, documentary evidence in the case of predatory pricing. As Fisher et al remark, "The subjective intent of a company is difficult to determine and will usually reflect nothing more than a determination to win all possible business from rivals – a determination consistent with competition." (See Franklin M Fisher, John McGowan, & Joen E. Greenwood, 1983, *Folded, Spindled, and Mutilated. Economic Analysis and U.S. vs. IBM*. Cambridge, Mass.: MIT Press, p. 272).

APPENDIX 4 – ACADEMIC ARTICLES AND PAST REVIEWS OF THE GROCERIES ORDER

Past Reviews of the Groceries Order

The Order has been the subject of a number of academic articles:

- Collins A, Oustapassidis K. (1997) *Below Cost Legislation and Retail Performance*, Agribusiness Discussion Paper No 15.
- Walsh P.P, Whelan C. (1999) "*A Rationale for Repealing the 1987 Groceries Order in Ireland*", The Economic and Social Review, Vol.30, No.1, pp.71-90.
- Walsh P.P, Whelan C. (1999) "*Loss-Leading and Price Intervention in Multi-Product Retailing: Welfare Outcomes in a Second Best World*", The International Review of Law and Economics, Vol.19, No.3.

A number of groups, appointed by the Government have reviewed the Groceries Order:

- the Competition and Mergers Review Group in 1999,¹
- the National Competitiveness Council in 2004,² and the
- the Consumer Strategy Group, in April of this year³,

The three groups concluded that the Order should be repealed. Following the report of the Consumer Strategy Group, the Minister for Enterprise, Trade and Employment initiated a consultation process on the future of the Order. The outcome of the consultation is expected in October.

NOTES

1. <http://www.entemp.ie/publications/commerce/2002/cmrg1.pdf>
2. Forfas (2004) National Competitiveness Council - Annual Competitiveness Report.
3. Consumer Strategy Group Report “*Making Consumers Count*” 2005.

JAPAN

1. Introduction

The Japan Fair Trade Commission (hereinafter referred to as the “JFTC”) regulates sales below cost which fall under “Unjust Low-price Sales” of Subsection 6 of the “Designation of Unfair Trade Practices” as stipulated in Section 19 of the Antimonopoly Act because such acts may impede fair competition.

The JFTC, while providing guidelines for its approach to unjust low-price sales, promptly deals with matters which may constitute unjust low-price sales. There are also lawsuits by private parties under Section 24 of the Antimonopoly Act, which stipulates that those whose own interests are seriously infringed, or are highly likely to be infringed in the near future, may file for an injunction against the infringement.

The JFTC’s approach to unjust low-price sales and cases of law enforcement are described below.

2. JFTC’s views on unjust low-price sales

2.1 *Unjust low-price sales regulations*

Section 19 of the Antimonopoly Act prohibits behaviors which tend to impede fair competition as “Unfair Trade Practices.” The JFTC can take necessary administrative measures against violations.

Sales below cost comes under “unjust low price sales” in Subsection 6 of “Designation of Unfair Trade Practices” when an entrepreneur supplies a commodity or service continuously at a price which is excessively below cost incurred in the said supply, or otherwise unjustly supplies a commodity or service at a low price, thereby tending to cause difficulties to the business activities of other entrepreneurs without proper justification. For an entrepreneur to acquire customers by working to reduce costs and selling at lower prices than other entrepreneurs is considered proper competition and does not fall foul of competition law; however, to deprive customers of other entrepreneurs by pricing in disregard to profitability is not normal competitive behavior.

Regarding unjust low price sales, in November 1984 the JFTC published “Guidelines concerning Unfair Price Cutting under the Antimonopoly Act.” The publication clearly states the objective of regulating unjust low price sales and provides application guidelines for those cases falling under unjust low price sales.

Three requirements have to be met for conduct to be judged unjust low price sales, i.e., (1) supplying commodities or services at markedly lower prices than the cost of supply; (2) continuing such supply; and (3) tending to cause difficulties to the business activities of other entrepreneurs. The prices in (1) mean those far lower than the gross cost of sales. In normal retail trade, these are generally prices that are lower than purchase prices. Regarding (2), if the conduct is done for a short period of time or as a single conduct, it will have less influence on competition, while generally those conducts that continue for a considerably long period fall under unjust low price sales. So the conduct must continue for a considerably long period of time in order to meet the requirement.

As mentioned above, continuous selling below the purchase price is a typical case of unjust low price sales. In view of the characteristics of commodities or the purpose and effect of unjust low price sales, selling at slightly above the purchase price or a single conduct of unjust low price sales could be regarded as a problem. This is because some cases that do not meet the requirements of (1) and (2) may still be likely to impede fair competition.

The result of a conduct falling under (3) is required. This requirement does not mean that retailers who handle commodities subjected to unjust low price sales find that their business has caused difficulties as a result; the intent is to include cases where such a result is likely to arise in consideration of the various circumstances.

Any conduct that meets the above requirements is prohibited in principle as an unjust low price sale. Nevertheless, if there is proper justification objectively, the conduct does not fall under unjust low price sales. A good example is selling commodities at marked-down prices, such as perishable food which could deteriorate quickly.

Regarding the distribution of liquors and gasoline, for which licensing regulations are gradually being eased, the JFTC has clearly stated the viewpoint of the Antimonopoly Act through the following publications in order to maintain fair competition in the markets after deregulation: “Approach to Unjust Low-Price Sales and Discriminatory Pricing in the Distribution of Liquors” (November 2000), “Clarification of the View on Unfair Low Price Sales of Liquors” (April 2001), and “Approach to Unjust Low-Price Sales and Discriminatory Pricing in the Distribution of Gasoline, etc.” (December 2001).

2.2 *Other regulations concerning unjust low-price sales regulations*

Regarding other regulations concerning restrictions on sales below cost, the Antimonopoly Act specifies discriminatory pricing in Subsection 3 of “Designation of Unfair Trade Practices,” and prohibits entrepreneurs from unjustly supplying or accepting a commodity or service at prices which discriminate between regions or between the other concerned parties.

For trade prices that are determined based on supply and demand, trade volume, settlement terms, characteristics of products and other conditions, price differences among regions or concerned parties do not matter provided they reflect or are the result of such competition. The Antimonopoly Act, however, considers cases to be problematic when the price difference is not a reflection or the result of competition and an influential entrepreneur sells at a lower price only in a region or to customers where the entrepreneur competes with other entrepreneurs in order to exclude them.

In addition, from the perspective of the Antimonopoly Act, it is also a problem if an influential entrepreneur practices discriminatory treatment in transaction prices and other trade conditions for the same commodities without due reason, thus adversely affecting the fair and competitive order by having a direct and important impact on the competitive system of the parties suffering such discrimination.

Regarding the distribution of liquors and gasoline, the JFTC clearly stated its view on discriminatory pricing which constitutes a problem under the Antimonopoly Act in the above-mentioned “Approach to Unjust Low-Price Sales and Discriminatory Pricing in the Distribution of Liquors” (November 2000) and “Approach to Unjust Low-Price Sales and Discriminatory Pricing in the Distribution of Gasoline, etc.” (December 2001).

Under other regulations concerning unjust low-price sales issues, an influential retailer which abuses its purchasing power by forcing wholesalers to supply products at extremely low prices, requesting contribution money for support which results in an unreasonable loss, etc. may fall under Subsection 14 of the “Designation of Unfair Trade Practices” (Abuse of Dominant Bargaining Position). The JFTC

established “Specified Unfair Trade Practices in Transactions with Suppliers by Large-Scale Retailers” in May this year (to be enforced from November 2005), to strictly regulate the abuse by such influential retailers of dominant bargaining position against wholesalers.

2.3 *Future review of regulations on unjust low-price sales*

To strengthen the existing system of measures, the amended Antimonopoly Act was enacted in April of this year. The diet resolutions thereof provide that acts of unfair trade practices, including unjust low-price sales, etc., which inflict unreasonable loss on smaller companies, etc. should be considered promptly in a forward-looking manner, including the application of surcharges to such practices.

In addition, the “Group Study of Basic Problems of the Antimonopoly Act,” which has been conducted under the aegis of the Chief Cabinet Secretary, will be held for approximately two years beginning on July 1 of this year. This Study Group will discuss measures for eliminating unjust low-price sales.

3. *Enforcement in response to unjust low-price sales*

3.1 *JFTC’s application of the Antimonopoly Act to unjust low-price sales*

3.1.1 *Situation of application*

Between April 2003 and March 2004, the JFTC issued warnings to four liquor retailers individually because they were found to be engaging in practices suspected of supplying commodities continuously at prices which were excessively below cost incurred in the said supply, or otherwise unjustly supplying commodities at low prices, thereby tending to cause difficulties to the business activities of other neighboring entrepreneurs. The JFTC also issued warnings to two construction companies, an information system company and design service company, respectively, in connection with low-price bids. They were suspected of making it difficult for other companies to win a bid at a price significantly below the cost necessary for supply to government and other public offices’ orders.

3.1.2 *Major Cases of Unjust Low-price Sales under the Antimonopoly Act*

a) *Liquor retailers*

Case against Toyama Kawasaki Group Co., Ltd. (Warning as of July 30, 2004)

Toyama Kawasaki Group Co., Ltd. located in Izumi-gun, Toyama, Japan, sold beer and low-malt beer (a case of 24 350-ml cans of beer) at prices below actual cost or at prices hardly covering the sales cost in order to compete with Fujiokaen Co., Ltd. and another liquor retailer when, in the trading zone of Toyama Kawasaki Group Co., Ltd., that liquor retailer opened a new shop and began to sell beer at lower prices, or Fujiokaen Co., Ltd. opened a new shop and sold low-malt beer one after another at progressively lower prices. Toyama Kawasaki Group Co., Ltd., together with selling at lower prices by Fujiokaen Co., Ltd., etc., thus hindered the business of other liquor retailers operating in the same trading zone.

Case against Fujiokaen Co., Ltd. (Warning as of July 30, 2004)

Fujiokaen Co., Ltd., after opening a new shop in Izumi-gun, Toyama, Japan, sold beer and low-malt beer at prices below actual cost to compete with Toyama Kawasaki Group Co., Ltd., whose shops were already selling beer (a case of 24 350-ml cans of beer) at low prices in the same trading zone where the new shop had opened because Toyama and Kawasaki Group’s shops began to lower the prices of low-malt beer (a case of 24 350-ml cans of beer). Fujiokaen Co., Ltd., together with the conduct of Toyama

Kawasaki Group, by conducting unjust low-price sales, thus hindered the business of other liquor retailers operating in the same trading zone.

b) Retailers of oil products

Case against Hamaguchi Petrol Inc. (Warning as of December 17, 2003)

Hamaguchi Petrol Inc. continued to offer regular gasoline at a filling station located in Arida-gun, Wakayama, Japan, at prices significantly below the cost of supply, thus hindering the business of other retailers of oil products in the neighboring areas.

Case against Ishibashi Petrol Co., Ltd. (Warning as of December 17, 2003)

Ishibashi Petrol Co., Ltd. offered regular gasoline at a filling station located in Arida-gun, Wakayama, Japan, at unjust low prices, thus hindering the business of other retailers of oil products in the neighboring areas.

c) Low-price bid

Case against Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. (Warning as of December 14, 2004)

Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. tendered and won a bid at prices significantly below the cost of providing the required business when the National Police Agency, for the purpose of drawing up a standard specification to be presented to prefectural police departments for reference at the time of procuring, “the system for handling carelessly and illegally parked cars,” had conducted general competitive bidding particularly for the procurement of trial production of mobile devices, etc., core equipment of the system, and the formulation of a proposed standard specification based on the results of an evaluation test conducted by a police officer in charge of business by using the trial devices. As a result of the conduct, Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. hindered the business of competitors in general competitive bidding for “systems for handling carelessly or illegally parked cars” ordered by prefectural police departments from FY 2005 onward.

3.2 *Actions by private parties*

The Antimonopoly Act amended in 2000 allows persons who are now suffering considerable damage or are likely to endure serious damage in the near future from a violation of the provision concerning “unfair trading practices” stipulated in Section 19 of the Antimonopoly Act to file for an injunction to stop the infringement of his/her own interests (Section 24 of the Antimonopoly Act). As of the end of July 2005, there are two pending actions in connection with unjust low-price sales mentioned in Section 24 of the Antimonopoly Act.

4. Conclusion

Although some consider that the provisions of the Antimonopoly Act should be applied to cases of unjust low-price sales more readily for the political reason of protecting medium- and small- size companies, when a company tries to lower costs as part of proper business activities, such action that stems from proper competition is not detrimental to the interests of consumers. Since the Antimonopoly Act aims to promote fair and free competition, below-cost sales fall under “unjust low-price sales,” a type of “unfair trading practice” as well as a requirement under other regulations concerning unjust low-price sales. If below-cost sales are carried out, the JFTC will apply the Antimonopoly Act after determining whether or not such conduct impedes fair competition in the market.

NETHERLANDS

1. Introduction

There is no law in the Netherlands that prohibits the selling of goods below cost price or purchase price as such. However, selling below cost price may come into conflict with the prohibition on the abuse of a position of economic power as laid down in Article 24 of the Dutch Competition Act. This national prohibition is derived from the prohibition on the abuse of a position of economic power as laid down in Article 82 of the EC Treaty, and European case law is guiding in applying the national prohibition. This also applies to the answer to the question when selling below cost price or purchase price leads to an abuse of a position of economic power, where European case law is therefore guiding.

There has been political discussion for some time in the Netherlands on the desirability of introducing a statutory prohibition on selling below purchase price. The reason for this discussion is the intensified price competition between the supermarket chains which has been going on in the Netherlands since October 2003. In particular the interest groups for small supermarkets, SMEs and brand name manufacturers are urging for the introduction of such a prohibition. However, the Minister of Economic Affairs and the Minister of Agriculture, Nature and Food Quality wrote to the Lower House on 1 July 2005 that they did not see any reason for introducing such a prohibition. They base their reasoning partly on the comparative study carried out by research and consultancy organisation EIM into statutory prohibitions on selling below purchase price in other EU countries, the study by economics consultancy Oxera into the effects of any prohibition for the consumer, and a letter from the Director-General of the Netherlands Competition Authority. The Lower House has yet to reply to this.

2. Consequences of the price wars between supermarket chains

According to the EIM report, the causes of the intensified price competition must be sought above all in the downturn in the economy during the past few years, a more price-aware consumer and changing market relationships, whereby above all the position of the market leader has found itself under greater pressure. This market leader had apparently priced itself out of the market among a section of the public and could not allow this to continue. Far-reaching measures, including price reductions, were necessary if it did not want to lose any more ground to the discounters on the one hand and the strong regional chains on the other hand. The market leader's price-reduction campaigns were followed by price-reduction campaigns among its competitors, in order to maintain the price gap between the competitor and the market leader. As a result of this price war, a situation of action and reaction has been created, with a downward spiral trend for consumer prices. According to the EIM report and the Oxera report, it is difficult to establish the extent to which there has been selling below purchase price.

In the period of this intensified price competition between the supermarkets, the consumer prices in the retail food sector have fallen. According to the Oxera report, there was a price reduction averaging 3% during this period. The more intense price competition between the supermarkets is clearly to the advantage of the consumer. Apart from the question whether the introduction of a prohibition will lead once again to higher consumer prices, the interests of the consumer will at any rate not demand the introduction of such a prohibition. This is also in line with the principle that competition in general is precisely to the advantage of the consumer, not only because it leads to lower prices, but also because it encourages companies to respond to the wishes and preferences of the consumer.

The EIM report shows that the number of small (floor area 100-400 m²) and medium-sized (floor area 400-1,000m²) supermarkets in the Netherlands in 1995 was still 3,972, but had fallen to 3,031 in 2003. This falling trend in the number of small and medium-sized supermarkets had already begun before the intensified price competition, and has not accelerated since the start of the price war. The difficult position of the small and medium-sized supermarkets, according to the EIM report, exists in all the countries studied, even in those countries that have a prohibition on selling below purchase price. The EIM report also states that shop density in the Netherlands is high compared to other countries. For example, the market share of small and medium-sized supermarkets in the Netherlands is three times as high as in France.

In the EIM report, the researchers conclude that so far the price war has had few or no repercussions among farmers and market gardeners. Price falls in the retail food trade have hardly been passed on at all to the primary producers. The prices that the Dutch primary producers receive are determined above all by international developments in supply and demand. The price war only has a limited effect on this. Entrepreneurs who work together in cooperatives may however find their income position harmed if the processing industry (i.e. cooperatives too) absorb part of the price reductions.

The above brings the Minister of Economic Affairs and the Minister of Agriculture, Nature and Food Quality to the conclusion that, without trivialising the consequences of the intensified price competition between supermarkets for individual entrepreneurs and employees, the market situation in the retail food trade does not provide a reason for the government to intervene in competitive relations in this sector of industry.

3. Selling below purchase price and Article 24 of the Competitive Trading Act

In its letter of 11 April 2005, the Lower House asked the Minister of Economic Affairs to ask the Director-General of the Dutch Competition Authority (NMa) to investigate whether supermarkets violate the prohibition on the abuse of a position of economic power by selling products at a loss ('loss leaders'). As already noted, in interpreting this prohibition, European case law is the guide (European Court of Justice 3 July 1991, AKZO Chemie versus Commission, C-62/86, Case law, 1991, I-3359; European Court of Justice 14 November 1996, Tetra Pak II, C-333/94P, Case law, 1996, I-5987). According to this case law, an enterprise with a position of economic power acts in contravention of that prohibition if it sells goods or services for less than its average variable costs. This enterprise is also guilty of abuse if it sells goods or services above its average variable, but below its average total costs as part of a plan to drive a competitor out of the market. This is also known as 'predatory pricing'.

In his letter of 23 June 2005, the Director-General of the Dutch Competition Authority came to the conclusion that at present there is no reason for investigating the abuse by supermarkets of an economic position of power. What he basically says is that an enterprise only has a position of economic power if it can adopt a stance that is largely independent of its competitors, and that the intensified price competition in fact shows that supermarket chains cannot actually do that. In so far as supermarket chains have a position of economic power on their purchasing market, abuse is not plausible because the price competition in their selling market forces them to pass on the purchasing benefits to the consumer in the form of lower retail prices.

This does not alter the fact that if a case of predatory pricing does arise, Article 24 of the Competitive Trading Act provides the facility for combating it. The Dutch Competition Authority will remain alert to this.

Incidentally, the EIM report shows that in all countries studied, there are hardly any complaints and procedures, especially in the food sector, in respect of the abuse of positions of economic power in the form of predatory pricing.

4. Effect and enforceability of a prohibition on selling below purchase price

When answering the question of the feasibility and practicability of a prohibition on selling below purchase price in the Netherlands, both the expected effect and the enforceability of such a prohibition was examined, specifically drawing on the experiences in other EU countries.

An important conclusion from the EIM report is that on the basis of the comparison made between a few EU member states, no clear link can be shown or calculated between a prohibition on selling below purchase price and the position of small and medium-sized supermarkets. The EIM points out that the level of amenities and the number of small and medium-sized supermarkets are determined above all by exogenous factors such as the standard of living and population density. Furthermore, the available information does not give an unambiguous picture of the development of the number and share of turnover of small and medium-sized supermarkets in those countries where a statutory prohibition on selling below purchasing price exists. In countries with a separate prohibition (France and Belgium), the position of small supermarkets was under less pressure (in terms of numbers and market share) than in the other countries. Taking the small and medium-sized supermarkets together, the decline in this segment as far as share of turnover is concerned is in fact greater in France than in other countries. In countries where such a prohibition is derived from the prohibition on the abuse of a position of economic power (Germany and Austria), the number of small supermarkets is declining at more or less the same rate as in countries without a prohibition, but the decline in the share of the small supermarkets' turnover is faster than elsewhere (especially in Germany).

What the effect of a prohibition on selling below purchase price would be in the Netherlands is difficult to predict, according to the EIM report and the Oxera report, because it is not clear to what extent supermarkets sell articles below purchase price. If a large number of articles are involved, a prohibition would lead to a rise in prices of a substantial part of the range, which would not be to the benefit of the consumer. What is more plausible, however, is that only a limited part of the range is sold below purchase price and that if such a prohibition were to be introduced, supermarkets would only need to raise some of their selling prices to the purchasing price level. Since they purchase articles at (much) lower prices, they would still be able to sell the articles concerned more cheaply than the small and medium-sized supermarkets. Given the competitive situation, however, one consequence of a prohibition could be that supermarket chains that sell articles at prices that are now (well) above the purchase price would lower them in order to keep competing aggressively with small and medium-sized supermarkets. They will spread, as it were, the margin of loss more evenly across the range, without actually competing any less intensely.

As already mentioned above, the price war has only had a limited effect so far in the primary agricultural and market gardening sector. After all, agricultural and market gardening prices are largely determined by the prices on the international market, and all the developments that take place there. The prices charged by the Dutch retail food trade only have a very limited effect on the prices received by the farmers and market gardeners. According to the EIM report, it is therefore unlikely that a prohibition on selling below purchase price will have a positive effect on the average prices received by the farmers and market gardeners.

When considering the effects of a prohibition, we assume the situation of a properly functioning, effectively enforced prohibition. Compliance and enforcement, however, prove to be a problem according to the EIM report. In the countries studied, it is often difficult to establish the correct price, below which an

article may not be sold. This creates a problem in enforcing the prohibition. The perception of compliance with the prohibitions varies from country to country. Compliance in Germany would be limited, particularly in food retail, whereas in Belgium too there are doubts about compliance. We would like to add that compliance and enforcement are complicated by the exceptions made to the prohibition. One could think in this respect of exceptions for sales, the introduction of new articles, the sale of articles with a limited shelf life and situations in which a (small) supermarket is forced to lower its selling price below the purchase price because of competition. A problem in submitting a complaint is that small supermarkets have no insight into the purchase prices of their bigger competitors. A regulator may be faced with the problem that he has to establish whether or not the price charged by a supermarket for an article is below purchase price, whereas the actual purchase price of that article can only be determined at the end of the year when the end-of-year discount is known.

Partly based on experiences outlined for other EU member states, it is unlikely that the decline in the number and fall in market share of small and medium-sized supermarkets can be countered through a prohibition on selling below purchase price. Furthermore, compliance with and enforcement of such a prohibition would be problematical. A prohibition on selling below purchase price would consequently be largely symbolic, which does not tally with government policy to reduce unnecessary regulations. The government is therefore not in favour of introducing such a prohibition.

5. Policy focusing on the position of small and medium-sized enterprises

The above does not detract from the importance of small and medium-sized supermarkets for the level of amenities. Their position, however, must not be approached through competition-restricting measures, but by safeguarding an attractive enterprise climate, in particular for the SMEs. It is precisely competition that encourages enterprises to achieve greater efficiency, to seek new market opportunities and provide services. Within the context of the general business climate, we mention the following provisions.

As far as the funding of the independent retailer is concerned, this business sector can make use of the credit facility through the Government-guaranteed Loan Scheme for Small and Medium-sized Enterprises Decree (*Besluit Borgstellingsregeling Midden en Kleinbedrijf - BBMKB*). This scheme is implemented by the commercial banks, which can provide credit to enterprises under a partial government guarantee where there is no or insufficient security available. If the enterprise does badly, the bank may first decide to modify the repayment schedule before consulting the Ministry of Economic Affairs' agency SenterNovem as the implementation organisation. Recently the facility for starting entrepreneurs needing credit up to €100,000 has been broadened, because the percentage for which the State will act as guarantor has been raised from 67% to 80%. In addition, the Ministry of Economic Affairs has been involved in drawing up a covenant between the Dutch Federation of Small and Medium-sized Enterprises (*MKB-Nederland*) and the Netherlands Bankers' Association, the aim of which is to safeguard transparency from banks to customers and vice-versa. The *BBMKB* will be simplified and brought under a broader capital market scheme which also contains a 'growth enterprise facility' for SMEs. The Spatial Policy Memorandum (*Nota Ruimte*), part 3A, states that the location policy for businesses and amenities, including peripheral and large-scale retail establishments, has contributed to the fact that, contrary to other countries abroad, there are hardly any out-of-town hypermarkets in the Netherlands and the dense network of retail outlets has remained intact. Partly at the request of the Lower House, the government is adopting the following starting points. Provinces and municipalities are responsible for ensuring a sufficient and varied range of retail facilities. New business locations for retail trade may not be at the expense of the existing retail structure in the town and city centres and neighbourhood shopping centres. The provinces together will draw up guidelines on sector restrictions for peripheral retail outlets, which will then be approved by the national government.

During the past few years, the Government has made a concerted effort to tackle crime against the business sector through its Safety Programme and the Safe Business Action Plan. For example, as part of the Safe Business Action Plan, a covenant was entered into with the retail trade in 2003 that specifically aims to reduce crime in the retail trade. Actions as a result of this covenant have already led to a sharp reduction in crime. In order to tackle shop crime, the Ministry of Economic Affairs has made € 800,000 available for innovative projects and a subsidy will be available to about 25 shopping districts over a period of 3 years to improve safety. SMEs in particular will benefit from this, because unlike the large stores, they find it difficult to guarantee their own safety independently. The aim is to conclude a series of follow-up meetings soon. This government policy helps to support the continuity of SMEs in the retail trade.

Just as with the supermarkets, the farmers and market gardeners should not seek to strengthen their competitiveness through protection from competition. Primary businesses too are encouraged by competition to achieve greater efficiency and seek out new market opportunities and service formulas. The Ministry of Agriculture, Nature and Food Quality is therefore working on a policy aimed at giving scope to entrepreneurs where possible, while potential initiatives and changes are encouraged and facilitated. Assistance in developing professional enterprise is also part of this. The perspective letter 'Growing in competition' of the Minister of Agriculture, Nature and Food Quality (Parliamentary Papers II 2004/05, 29 939) sets out how this will be achieved. In the future vision of agriculture that will be published after the summer, the Minister of Agriculture, Nature and Food Quality will set out his vision on developments in the agrofood complex and the significance of this for agriculture and market gardening in our country.

This more generic policy does not act as a barrier to competition and the benefits arising from it, particularly for the consumer. On the other hand, this policy does contribute to a healthy business climate and fair opportunities for small and medium-sized enterprises in particular.

SWITZERLAND

1. Current Resale-below-Cost Laws and Regulations

In addition to the Swiss Federal Act against Cartels (CartelAct), which addresses resale below cost only in case of a dominant position, also the Swiss Federal Act against Unfair Competition (Unfair Competition Act UCA) contains a provision dealing with this issue.

The conditions that have to be met in order to apply this provision are, however, rather different from the CartelAct. Below-cost-selling is regarded as an unfair business practice according to the UCA if:

- selected goods or services are sold below the wholesale price (price that the retailer had to pay minus discount plus VAT plus transport costs)¹;
- are repeatedly advertised; and
- thus deceive consumers about the retailer's or its competitors' competitiveness.

There is a presumption of deception if the price charged is below the cost (wholesale price) of similar goods or services. From a procedural point of view, this legal presumption facilitates the commencement of an action against the alleged below-cost seller but can be reversed by proving that the actual wholesale price is indeed below the average of similar goods or services.

The UCA covers all goods and services at all levels of the production chain.

2. Determination of Resale-below-Cost Prices and of Business Justification Exemptions

As indicated above, the resale-below-cost price consists of any price charged below the wholesale price, including VAT and transport costs. Advertisement and fixed costs are, however, excluded. This solution is the result of the discussion in Parliament where it was argued that the absolute minimum price charged to the consumer should be relevant, any price below this threshold being senseless from an economic point of view. Although there may be many exceptions to this rather simplistic rule, the law does not provide for any explicit exemptions. Since the criterion of deception is decisive for its applicability, below-cost-selling is, however, not considered illegal if it is justified by objective reasons. This is typically the case with perishable food or outdated goods. The reason why such products are sold at very cheap prices is comprehensible for all consumers. Moreover, the consumer is not deceived either if the advertisement states clearly that the offer is only an exceptional one.

3. Economic and other Rationales for Current Laws and Regulations pertaining to below-Cost-Sales at the Retail Level

Recently, public awareness about high prices in Switzerland has grown as a result of a large political debate with the slogan "Switzerland – an island of high prices". Seen from that angle, low prices should in principle be welcomed and not banned. An aggressive low price policy encourages other businesses to adopt low price strategies themselves. As a result, competition is stimulated. Furthermore, a restriction of

economic freedom by a *de facto* attempt to fix minimum prices is certainly to be avoided as this would amount to a clear violation of constitutional rights.

Before explaining the rationale behind the Swiss resale-below-cost provision in some detail, it might be useful to recall the general context in which the UCA is situated. The main policy objective of the Act is to protect good faith in trade, i.e. it determines the *conditions* within which (fair) competition may take place and aims at keeping a balance between the interests of the economy, consumers and the society in general. In other words, it has been designed to ensure equal conditions for all players and not to privilege those having recourse to “unfair” means.

As a result, also the ban on below-cost-selling is meant to contribute to this general policy objective. An important aspect of the ban thus concerns consumer protection. The consumer shall not be deceived by extremely cheap offers about the actual competitiveness of the retailer and thus be induced to buy also other products which are more expensive. In such a situation, the consumer believes that he pays less but actually pays too much. Furthermore, by defining the limits of permissible price competition the provision on below-cost sale aims at avoiding that too many SME's are “unfairly” driven out of the market. It was considered that systematic below-cost-selling can in most cases only be practiced by large and powerful retailers, since it is only they that dispose of the necessary variety of goods and are able to benefit from economies of scale. It is thus easier for them to cross-subsidise their products and to bear short-term losses in one product line.

Finally, it is worth mentioning that the UCA provision in question was hotly debated both in Parliament and among the experts who prepared the draft bill. In the debate in Parliament, proponents of two different sets of opinion came forward: those in favour of a stricter regulation protecting economically weaker businesses, on the one side, and, on the other, the “liberalists” who rejected any attempt to interfere with free market mechanisms in determining the price of a product. The provision now in force is a compromise which does not completely renounce on regulating below-cost-sales but fully respects economic freedom and liberal pricing mechanisms. The deception element of the provision is therefore rather difficult to meet but the legal presumption (see above) was meant to facilitate the provision's actual application and enforcement.

Whether the resale-below-cost provision has actually helped to achieve its goals is rather difficult to assess. There have been only very few cases in which the violation of this provision has been alleged and possible preventive effects are difficult to measure - no studies have been carried out so far (see also below the section on enforcement).

4. Changes in Resale-below-Cost Laws and Regulations

The provision described above was introduced in 1986. No changes are envisaged in the near future.

5. Enforcement of Resale-below-Cost Laws and Regulations

The UCA is a so-called private law act, i.e. it is not enforced by public authorities but relies on private economic players taking legal action if they consider themselves to be the victim of unfair business practices. Anybody participating in the economic process, including e.g. competitors, customers, trade associations and consumer organisations, may commence proceedings. The Swiss administration may bring an action as well, but only if unfair business practices having their origin in Switzerland threaten to, or damage Switzerland's reputation and if the plaintiffs are domiciled outside Switzerland. The competent authority is situated in the seco (State Secretariat for Economic Affairs), which is part of the Ministry of Public Economy. The law is enforced by the Swiss civil and penal courts at the cantonal and federal level.

An example of one of the very few cases at the cantonal level (1989) concerns a “video discount club” that sent a brochure to all Swiss households advertising membership of the club. To become members of the club, applicants had to buy 3 videotapes for 9.90 CHF each, which they could choose among the “initial” offers of the club. It was less clear from the advertisement that, following the initial offer, membership implied the acquisition of videotapes for a price of 600.- CHF over three years. The wholesale price for the “initial offer” videotapes being between 15 to 23 CHF and the recommended retail price between 30 to 50 CHF, the court came to the conclusion that the resale- below-cost provision of the UCA had been violated. The court did not accept the argument of the video club that overall it would still obtain profits from the sales of more expensive tapes, arguing that this behaviour corresponds exactly to what is actually forbidden by the sales-below-cost provision: a deception of the customer by advertising certain extremely cheap offers and thus make him believe that prices of the club are generally at a very low level.

While the Swiss Federal Court – the supreme court of Switzerland – had to rule on a resale-below-cost case prior to the entry into force of the UCA, no case alleging violation of the provision discussed above has been presented to it under the Act.

Expertise in resale-below-cost laws exists only with a few specialists in the field of unfair business practices and those can primarily be found in the Swiss federal administration and consumer organisations. Signs of retailers engaging in preventive actions to ensure that no violation of the law occurs are rare. Once in a while, the federal administration receives information requests by retailers, in particular in the electronics, DVD/CD and grocery sectors. On the whole, however, most efforts of a preventive nature emanate from the federal administration on its own initiative in the form of more detailed information about the law in force and encouragements of trade associations to organise seminars for their staff.

6. Relationship of Resale-below-Cost Laws and Regulations to other Laws and Regulations affecting Resellers

It is rather difficult to distinguish clearly between the resale-below-cost ban of the UCA and predatory pricing according to the CartelAct. As indicated above, despite the fact that the resale-below-cost ban also applies to non-dominant undertakings, in reality only businesses with a certain degree of market power or a very solid financial basis have the possibility to engage in below-cost selling.

Unlike the UCA, the deception element is, of course, not decisive in the application of the CartelAct. Instead, the predatory pricing has to be directed against one or more competitors with the intention to drive them out of the market and to recoup the losses by charging monopoly prices afterwards.

So far, however, the unclear relationship between the two provisions has been rather of a theoretical nature.

7. Conclusion

After nearly 20 years since the entry into force of the resale-below-cost provision in the UCA, the conclusion can be drawn that the “liberalist” views seem to have won the political struggle against the “protectionists”, despite the compromise character of the law. This conclusion is primarily based on the fact that all the conditions necessary for the provision to become applicable are very hard to fulfil, in particular the deception element which is decisive. There are only very few cases in which this provision has been invoked and, so far, the Swiss Federal Court has never found any violation thereof. The preventive effects remain rather unexplored but they are unlikely to be too great since the UCA is not applied *ex officio* but only on complaint. Given the fact that legal proceedings are very risky and often time consuming, potential plaintiffs – which are most likely to be SME's – will presumably think twice before commencing legal action. Finally, there are no signs that retailers take any particular precaution on their

own initiative; encouragements to take preventive measures predominantly emanate from the federal administration. These initiatives, however, concern also other aspects of consumer protection and do not focus only on the resale-below-cost issue.

Further reading:

SUTTER, GUIDO, *Das Lockvogelverbot im UWG (Art. 3 lit. f)*, Dissertation, Haupt Verlag, Bern/ Stuttgart / Wien 1993;

http://www.seco.admin.ch/themen/spezial/wettbewerb/unlauterer_wettbewerb/index.html?lang=en (Homepage seco)

- 1 *Not* included are advertisement costs, fixed costs (e.g. staff, rent, other administrative costs) and profit margins.

TURKEY

1. Introduction

Resale below cost by in particular by large stores has been an important issue claimed to be dealt with in the retailing market. In particular in line with the increasing importance of the so-called hypermarkets and/or markets chains, the issue of resale below cost has been raised by small retailers and small business owners. They not only registered complained with the Turkish Competition Authority (TCA) but also asked for a specific law which regulates the practices of the large stores. The increasing concentration in retailing market and increasing importance of market chains and large stores have kept the issue on the agenda of Turkish economy.

In this submission, first of all, the issue will be examined under competition law. Then a picture of the market regarding the issue will be taken on the basis of a recent study¹ conducted in co-sponsorship of the Turkish Competition Authority, the World Bank and the Union of Chambers and Stock Exchanges of Turkey. Thirdly, the draft bill on large stores will be discussed. Lastly, some questions thrown within the letter sent by the OECD Competition Committee will be answered.

2. Resale Below Cost and Turkish Competition Law

Resale below cost is a pricing practice, which should be considered carefully under competition law. Unless resale below cost is practiced by a group of company by an agreement, this issue can only be evaluated as a single firm practice. For a pricing practice to be as a single firm infringement under competition law, it should be conducted by a dominant firm and importantly it should be either excessive or predatory. Unless these two conditions are met, generally pricing practices are legal under competition law. Resale below cost can only be considered in association with predatory pricing. It is necessary to tell here that if the pricing below cost is not predatory in competition economics term, then it can not be dealt with under Competition law. This general proposition represents the application under the Act on the Protection of Competition No. 4054 (Turkish competition law). In other words, the existing Turkish competition law does not allow the TCA to deal with and investigate pricing practices under below cost unless they are predatory and conducted by dominant firms.

The TCA has been in operation since 1997. In this process, the TCA has had to deal with many files in which below cost resale by certain local/national large stores are complained about. However, as the practices examined are not predatory and the firms are not in dominant position, the TCA rejected almost all of these complaints.

3. Recent Situation Regarding Resale Below Cost in the Retailing Market

Recently a working paper² has been prepared with a view to seeing the role of competition policy regarding the nexus between foreign direct investment and retailing market as part of a joint project co-sponsored by the Turkish Competition Authority, the World Bank and the Union of Chambers and Stock Exchanges of Turkey. Among the issues dealt with within the paper, below cost resale is also handled. This working paper provides us with empirical data on what the market players consider about this issue. According to this working paper, below-cost reselling is a practice used by some retailers to attract the attention of consumers. For the purposes of this study, interviews were conducted by all relevant parties of

retailing market. During these interviews, it is argued that below cost reselling is used as an anticompetitive practice by some large retailers. According to the study, below-cost selling seems to be quite common. It is seen that more than half of retailers have applied below-cost selling once a month. However, interestingly, it is witnessed that it is applied more frequently by small retailers rather than large retailers. Almost all retailers believe that this practice is applied by other retailers at least once a month. The finding of the working paper is that this practice is quite common but it is not used by all retailers to eliminate their competitors.

According to the said study³, most of the firms (about 90 percent of retailers and suppliers) believe that below-cost selling causes unfair competition, but a large majority of them (74 percent of retailers and 84 percent of suppliers) suggest that it can not be used systematically. A small group of firms (around 30 percent) claims that below-cost selling is used to push competitors out of the market and/or makes the market more competitive. However, this practice is claimed to be harmful for suppliers likely because of the fact that suppliers in some cases are required to accept lower prices.

4. Draft Bill on Large Stores

Turkey does not have any law, which specifically regulates the competitive conditions in retailing market. However, as known, many European countries have specific laws in this respect. In particular, against the raising complaints by the small retailers as well as the producers, the Ministry of Trade and Industry has prepared a draft bill regarding the operations of the so-called large stores. The main idea behind this bill is to bring a control over the activities of the large stores and to attempt to protect basically the producers which are desperate against the large stores and small businesses. Up until today, there have been three versions of this draft bill. The very first draft contained an article which prohibits among other things the following practices by the large stores:

- the foreclosing of the markets by extremely low prices for the new comers,
- by applying a short term lower price policy with a to driving competitors out of the market in an expectation of a long run profit.

Later on this article of draft bill was revised and a new draft has been prepared. It is realized that in the new bill, there are improvements in certain issues as compared with the previous bill. Namely; among the improvements that are important for competitive conditions in retailing market, it is seen that the above mentioned article was re-formulated and the prohibitions have been excluded from the bill.

The TCA formed an opinion on the first version of the bill. In this opinion, it is specifically expressed that the wording of the article is very similar to the wording of competition law and therefore, competition law is most suitable instrument to deal with them. In other words, the TCA is in the opinion that the pricing practices of large stores should be dealt with only by competition law and no other pricing practice other than prohibited by this system of law should not be banned by the bill on large stores.

The first version contained also a requirement to get permission for the discounted sales campaign to be applied by the large stores. The current version has however a refined version of the previous requirement. In article 10 of the former bill, an obligation was imposed on large stores for discounted sales practices, with regard to receiving, before the practice, the authorization of the chambers with which they were affiliated. In the new bill, the scope is narrowed by means of stating that sales campaigns may only be held in bairams and on special days, in cases of the liquidation of commercial activities and the change of workplace, by the end of the summer and winter season, and by the end of seasons, provided that again an authorization be received.

Regarding this requirement, the TCA is in the opinion that primarily, Turkish Competition Act stresses free decision-making by undertakings while defining competition. Within this framework, those practices of undertakings that shall distort or adversely affect the market conditions may be considered under the Act. This draft bill proposed to be introduced in relation to discounted sale has the likelihood of setting an obstacle to dynamic competition of the said undertakings. It should be taken natural that large stores reflect on their prices, through making discounted sale, the opportunities, and cost and efficiency advantages obtained by them in the conditions of free market economy. Subjecting this sales strategy to authorization may harbour the risk of eliminating dynamism which is the distinctive quality of the private sector. Moreover, the fact that consumers benefit from such discounts should not be overlooked.

It is our opinion that if the reason for restricting discounted sales campaigns is the concern that these discounts would harm the other enterprises in the market (rather the small enterprises), and these undertakings would be pushed out of the market, it should be mentioned that this concern is irrelevant. Because, a practice to this end shall have the nature of the abuse of dominant position and shall be prohibited under article 6 of the Act No. 4054, in case of the existence of the conditions. Therefore, it is considered that discounted sales campaigns are not required to be regulated in this bill.

The bill has not been passed by the Parliament yet. And we expect that it is not passed by the Parliament as it contains some other restrictions over the operations of the large stores.

5. Answers for Some Questions

5.1 *Do these prohibitions protect competitors rather than protect competition?*

The concentration of large stores has been a new phenomenon for the retailing market that is important for consumers. In other words, the competitive conditions of this market directly affect the money in the pocket of consumers. It is the opinion of the TCA that the first concern of the competition agencies should be to protect the competitive process and not the competitors. In line with this approach, the TCA believes that intervention into the pricing policies of the large stores should not be acceptable and should be considered as being distortive for competition. It is our belief that such interventions should be regarded as artificial and thus should not be approached with leniency. In short, the large stores should determine their overall marketing policies freely and this marketing may well contain pricing of certain goods at below cost. However this below cost selling is part of a general marketing policy and should be evaluated on the basis of general competitive conditions of the market. In this regard, it is witnessed in Turkish practice that the marketing strategy of the large stores are basically in favour of consumers and any artificial intervention into their marketing strategy may significantly harm the consumer welfare. If the idea is to protect small business. It is not the best way to intervene in the marketing strategy of the large stores and some other ways should be sought for better solution for all.

5.2 *Do they create administrative burdens on government and firms that are greater than the social benefits?*

We don't have any empirical data to support our position in this regard as Turkey does not have a law which control pricing policies of large stores. However, considering the fact that there are many goods to be able to be sold at below cost and there are a quite great number of local large stores together with the national ones, to follow up for resale below cost will really require the government to allocate a significant deal of resource in the form of money and staff. Also, the legal procedures to be followed up might be quite time consuming and it might be that the large stores may be in uncertainty with respect to their marketing strategy. Thus it is possible to consider that such a ban or control will certainly increase the administrative burden for both government and the firms.

5.3 *Do they create rigidities in the behaviour of firms that retard productivity growth and slow the diffusion of innovation?*

The retailing market is one of the sectors that is sensitive to innovations and new ideas. In other words, know-how is quite important for this market. An important requirement to keep this sensitivity higher enough is to eliminate as much as possible the rigidities faced by firms. It is our belief that any ban or control over the pricing policies of the large stores will reflect certain rigidities for their overall marketing strategies.

5.4 *Do they prevent or slow the displacement of less efficient retail approaches by more efficient retail approaches?*

As the ban or control over pricing policies of large stores is a direct intervention on marketing strategy of firms, it should be regarded as affecting the competitive conditions in the market. As the idea behind it is to protect small business, as a corollary of this motivation it is possible to state that the intervention into resale below cost will serve the preservation of less efficient firms in a manner that is in direct contrast with the heart of competition, that is survival of the fittest.

6. Conclusion

It is our belief that the market should be free from artificial intervention into the competitive dynamics. In this regard, any law which bans or control over resale below cost that might be a significant part of overall marketing strategy of the firm, should be regarded as unacceptable and should be avoided. The pricing policies should only be caught by competition act, if all conditions necessary for an infringement are met. Considering the fact that even it is not so easy to consider a pricing practice as an infringement under competition law, then it is possible to think that the practical application of such a ban will be quite difficult. Also, it is important to keep in mind that such interventions might create unexpected other burdens for the government and firms which ultimately harm the social welfare.

With these considerations in mind, the TCA has reacted negatively against the provisions which attempt to regulate the pricing policies of large stores in the first version of the draft bill on large stores. Then the available version of the draft bill does not contain such a ban and it only contains a refined clause regarding the discounted sales by the large stores, we believe that the opinion of the TCA was quite effective for the removal of the said provision from the draft bill as well as the refining of the clause regarding discounted sales.

NOTES

1. Çelen A, Erdoğan T and Taymaz E, “Fast Moving Consumer Goods Competitive Conditions and Policies” ERC Working Papers in Economics 05/03, June 2005. <http://www.erc.metu.edu.tr/menu/series05/0503.pdf>
2. Ibid p.23-24
3. Ibid.24

UNITED STATES

1. Introduction

In the United States, there is no federal law that broadly prohibits below-cost sales (“BCS”). A majority of U.S. states, however, have some type of BCS laws, which prohibit retailers from setting prices below a statutorily mandated level of cost. The primary concern with these laws is that they deter firms from lowering their prices, and thus deprive consumers of the benefits of competition. BCS laws may apply generally to all retail sales or may apply only to sales of specific items, such as milk, alcohol, gasoline, or tobacco. Most BCS laws define cost in a way that includes both fixed and variable costs. Although many of these laws require a plaintiff to show that the defendant’s pricing had an adverse effect on “competition,” most courts interpreting BCS laws have found that evidence of sales being diverted from a competitor to the price-cutting defendant satisfies this adverse effect requirement. Accordingly, a plaintiff can prevail under BCS laws even if there is no proof of harm to competition. This contrasts with courts’ treatment of predatory pricing claims under federal antitrust laws, where plaintiffs must show that the defendant’s price-cutting is likely to harm consumers.

Because there is no necessary relationship between liability under BCS laws and effects on consumer welfare, BCS laws almost certainly condemn competitive conduct. Enforcement of BCS laws varies among states, but recent court cases and press reports suggest that they are likely to constrain firms’ pricing decisions in some places. To the extent that firms adjust their behaviour to avoid liability, BCS laws are likely to deter firms from cutting their prices below the statutory minimum. Because these price cuts are unlikely to threaten competition, consumers are worse off.

There are relatively few empirical studies of the effects of BCS laws. There is no consensus among the studies that have been conducted of how BCS laws affect market outcomes. Some early studies that focus on industry structure as opposed to market outcome variables, such as price or margins, find contradictory results with regard to the relationship between BCS laws and market concentration or the presence of small businesses. More recent studies of gasoline-specific BCS laws also arrive at mixed results. Although some studies find that BCS laws are associated with higher gasoline prices, others have found no effect or evidence that BCS laws are associated with lower long-run gasoline prices. The inability to control for the vigour of enforcement of a state’s BCS law – and thus whether the BCS law is a binding constraint on pricing decisions – may be partially responsible for these varied results.

This paper provides an overview of state BCS laws and how they are likely to affect competition. It also discusses relevant empirical work and competition advocacy by the Federal Trade Commission involving BCS laws.

2. State Below-Cost Sales Laws

While federal antitrust law prohibits predatory pricing, there is no specific federal prohibition on below-cost sales. There are two types of state BCS laws – laws of general application that apply to all retail merchandise; and laws that apply only to the sales of specific products, such as gasoline, cigarettes, alcoholic beverages, or milk. Twenty-five states currently have general BCS laws and thirty-one states have laws that cover the sale of specific items (see Table 1).

BCS laws make it illegal for a retailer to sell below some statutorily defined measure of cost with the intent to injure competition. State laws define cost differently, but most rely on a measure that includes both fixed and variable costs. For example, Alabama's Motor Fuel Marketing Act ("AMFMA"), which is typical, defines "cost" to include the lesser of "the invoice or replacement cost of the motor fuel . . . less all trade discounts except customary discounts for cash," plus applicable taxes and fees and "the cost of doing business."¹ The cost of motor fuel is defined as the lower of "(i) the invoice cost of the motor fuel . . . or (ii) the lowest replacement cost of motor fuel . . . within five days prior to the date of sale, in the quantity last purchased."² The Act defines the "cost of doing business" to include:

labour (including salaries of executives and officers), rent (which rent must be no less than fair market value based on current use), interest on borrowed capital, depreciation, selling cost, maintenance of equipment, transportation or freight cost, losses due to breakage or damage; credit card fees, or other charges; credit losses, all types of licenses, taxes, insurance, and advertising.³

Other states define cost to include a minimum mark-up over incurred costs. For example, for cigarettes, alcoholic beverages, and gasoline, Wisconsin's Unfair Sales Act defines "cost to retailer" as invoice or replacement cost plus a mark-up ranging from 3 percent to 9.18 percent, depending on the product and type of seller involved in the transaction.⁴

Many BCS laws allow plaintiffs to present evidence of below-cost sales to satisfy the "intent" element of the violation as well.⁵ Some BCS statutes require that the defendant's conduct have an adverse effect on competition⁶ or allow a fact finder to infer intent to injure competition from evidence of actual effect.⁷ BCS laws, however, typically define harm to competition with regard to how a defendant's below-cost sales affect its competitors.

For example, although Alabama's Motor Fuel Marketing Act makes it illegal to sell gasoline below cost "where the effect is to injure competition," judicial interpretation of the statute has made it clear that evidence that the below-cost sales in question caused one competitor to lose business will suffice.⁸ Likewise, the Tenth Circuit has held that evidence that the defendant's sales increased while its competitor's sales decreased satisfies the requirement that a below-cost sale must "substantially lessen competition" to violate the Oklahoma Unfair Sales Act.⁹

Some courts, however, have attempted to bring state BCS laws into closer harmony with predatory pricing jurisprudence by requiring plaintiffs to show likely harm to competition. For example, in *Wal-Mart Stores, Inc. v. American Drugs, Inc.*, the Supreme Court of Arkansas overturned a Chancery Court finding that Wal-Mart had violated the Arkansas Unfair Practices Act ("AUPA") by selling certain health and beauty products below cost.¹⁰ The court noted that Wal-Mart's "loss-leader strategy . . . is readily justifiable as a tool to gain a competitive edge," and that as opposed to threatening competition, Wal-Mart's pricing "simply enhanced competition in the area" and accordingly prevented the plaintiffs from "making the profits that they once did."¹¹ The court concluded that "[a] competitor that has been injured by legitimate competitive pricing . . . should not be permitted to use the [AUPA] as a fountain for recouping its losses."¹²

Most BCS laws allow for various defences to a *prima facie* case. Wisconsin's Unfair Sales Act is representative, providing that the prohibition against below-cost sales "shall not apply" to sales when:

1. merchandise is sold in bona fide clearance sales;
2. perishable merchandise must be sold promptly in order to forestall loss;

3. merchandise is imperfect or damaged or is being discontinued;
 4. merchandise is sold upon the final liquidation of any business;
 5. merchandise is sold for charitable purposes or to relief agencies;
 6. merchandise is sold on contract to departments of the government or governmental institutions;
 7. the price of merchandise is made in good faith to meet an existing price of a competitor and is based on evidence in the possession of the retailer ... in the form of an advertisement, proof of sale or receipted purchase, price survey or other business record maintained by the retailer . . . in the ordinary course of trade or the usual conduct of business;
- Merchandise is sold by any officer acting under the order or direction of any court.
 - Motor vehicle fuel is sold by a person to a wholesaler of motor vehicle fuel, who may sell the motor vehicle fuel at either retail or wholesale.¹³

General BCS laws explicitly are concerned with “fair” treatment of businesses and consumers rather than the protection of consumer welfare. Enacted earlier in the century, against the backdrop of the Depression, most states passed general BCS laws to protect small businesses from “unfair” competition from chain stores. Thus, by contrast with the current view of the goals of competition law, states designed BCS laws specifically to protect small competitors from larger rivals. An additional goal behind BCS laws was to protect consumers from being deceived by retailers that use loss-leaders to lure customers into their stores and then charge the unwary customers “unfairly” high prices for other goods.¹⁴ For example, Wisconsin’s Unfair Sales Act, enacted in 1939, states that:

The practice of selling certain items of merchandise below cost in order to attract patronage is generally a form of deceptive advertising and an unfair method of competition in commerce. Such practice causes commercial dislocations, misleads the consumer, works back against the farmer, directly burdens and obstructs commerce, and diverts business from dealers who maintain a fair price policy.¹⁵

Similarly, in 1959 the U.S. Supreme Court said the following about loss leaders while commenting on the constitutionality of the Oklahoma Unfair Sales Act:

One of the chief aims of state laws prohibiting sales below cost was to put an end to “loss leaders” selling. The selling of selected goods at a loss in order to lure customers into the store is deemed not only a destructive means of competition; it also plays on the gullibility of customers by leading them to expect what generally is not true, namely, that a store which offers such an amazing bargain is full of other such bargains.¹⁶

Clearly, this statement runs counter to the Supreme Court’s current view that because “low prices benefit consumers regardless of how those prices are set,” below-cost sales “are of no moment to the antitrust laws if competition is not injured.”¹⁷

BCS laws that specifically concern gasoline generally are of a more recent vintage, and may have been enacted as a way to protect small independent station owners from vertically integrated refiners and other high-volume competitors, such as warehouse clubs.¹⁸ Increased competition from these new business models has caused a steady erosion in the number of gasoline stations – especially small independent stations – in the U.S. since the 1970s.¹⁹ Some modern proponents of gasoline BCS laws try to connect the

protection of small businesses to increased consumer welfare by arguing that prohibitions on below-cost sales by multi-product retailers and vertically integrated refiners is likely to make entry more probable, and thus lead to more competitors and lower prices.²⁰

3. Competitive Impact of BCS Laws

The primary concern with BCS laws is that they will deter firms from lowering their prices, thus depriving consumers of the benefits of competition. In the U.S., below-cost pricing that is likely to harm competition is addressed by Section 2 of the Sherman Act²¹ and the Robinson-Patman Act.²² To maximize the likelihood that only pricing behaviour that is likely to harm competition is subject to antitrust challenge, the U.S. Supreme Court has imposed a heavy burden on plaintiffs trying to make a predatory-pricing claim. In states with BCS laws, however, the bar for plaintiff is set much lower; firms risk liability for cutting prices below the statutorily defined measure of cost, even when their actions have no possibility of harming competition.

3.1 Predatory Pricing Under US Antitrust Law

All legal rules have costs associated with falsely convicting the innocent (“type-I errors”) and letting the culpable go free (“type-II errors”). The expected cost of error associated with a particular rule has two components: the probability of committing an error and the cost that making an error imposes on society. When legal rules have high type-I error rates, legal conduct that is erroneously being condemned is deterred, and the more valuable the deterred conduct, the larger the social cost.

In the context of antitrust law, a rule with a high type-I error rate deters firms from engaging in procompetitive conduct. It is widely recognized that competition provides consumers with tremendous benefits in terms of lower prices, better quality, and greater variety.²³ Accordingly, legal rules that reduce firms’ incentives to compete impose costs upon consumers.

The Supreme Court’s jurisprudence under Section 2 of the Sherman Act, which is concerned with unilateral conduct, shows a keen awareness of type-I error costs.²⁴ This concern has been most pronounced in predatory pricing jurisprudence, where the conduct under scrutiny – lowering prices – is the hallmark of competition; a legal rule that condemns price-cutting too easily is likely to deter firms from competing on price as vigorously as they otherwise would, to the detriment of consumers. In *Matsushita Electric Industries Co. v. Zenith Radio*, for example, the Court observed that “cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition,” and stated that “mistaken inferences” in cases involving generally procompetitive conduct, “are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect.”²⁵ In its most recent decision concerning predatory pricing, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Co.*, the Court again expressed concern with the error costs associated with legal rules that attempt to distinguish predatory pricing from procompetitive price-cutting: “[T]he costs of an erroneous finding of liability are high. The mechanism by which a firm engages in predatory pricing – lowering prices – is the same mechanism by which a firm stimulates competition.”²⁶

To minimize error costs, the Supreme Court set out a two-part test to detect price-cutting that is likely to harm consumers. First, a necessary (but not sufficient) condition for pricing to be unlawful is that the low prices must be “below an appropriate measure of [the defendant’s] cost for the purpose of eliminating competitors in the short run and reducing competition in the long run.”²⁷ Although the Court has not stated what the measure of cost should be, prominent antitrust scholars and several federal circuit courts have concluded that the price-cutter’s marginal costs, or a close proxy such as average variable costs, should be the criterion.²⁸ This rule prevents firms from facing antitrust scrutiny for prices that, even though below cost, are likely to make business sense regardless of any strategic effect they may have on rivals.

Second, even if prices are below appropriate costs, courts examine whether the defendant is likely to be able to recoup its investment through future supracompetitive pricing.²⁹ The rationale is that even if a defendant were pricing below cost, if recoupment is unlikely consumers unambiguously benefit; they enjoy lower prices in the short-run without the risk of supracompetitive prices in the long run. As the Supreme Court has noted, “unsuccessful predation is in general a boon to consumers[;] . . . [t]hat below-cost pricing may impose painful losses on its target is of no moment to the antitrust laws if competition is not injured.”³⁰

To determine the likelihood of recoupment, courts examine factors such as the defendant’s market share, entry barriers, and capacity constraints.³¹ As a practical matter, some courts have examined recoupment first to avoid the complex determination of whether costs are “predatorily” low.³²

3.2 *Liability Standards under State BCS Laws*

In contrast to federal predatory pricing jurisprudence, under most states’ BCS laws, a plaintiff can prevail in cases in which the defendant’s actions have no potential to harm competition. First, BCS laws prohibit pricing below a benchmark that includes both fixed and variable costs. Prices below these statutory minimums, however, are likely to make business sense without regard to any strategic effect on competitors. Second, even if BCS laws used appropriate cost benchmarks, these laws impose liability without regard to anticompetitive effect. As discussed above, even if the statute requires a showing of harm to competition, courts have held that this requirement is satisfied by a mere showing of harm to a single competitor.³³

Because there is no relationship between liability under BCS laws and consumer welfare, BCS laws almost certainly condemn competitive conduct. To the extent that retailers adjust their behaviour to comply with these laws, they are likely to be deterred from cutting their prices below the statutory minimum, even though this conduct is unlikely to have a negative impact on consumers in the long run. The degree to which retailers adjust their pricing to avoid liability is likely to be a positive function of how vigorously enforcement officials and private parties enforce their states’ BCS laws. We lack empirical data on the level of enforcement, but recent court cases and press accounts suggest that these laws may act as binding constraints on firms’ pricing in at least some states.³⁴

When they affect firm behaviour, BCS laws are likely to deprive consumers of low prices and protect inefficient firms without providing any countervailing long-run benefits such as protection from future anticompetitive prices. Further, such laws may lead firms to engage in inefficient competition by providing extra services for which consumers otherwise would not be willing to pay.

4. Empirical Evidence

Empirical studies of the effect of BCS laws on market outcomes are sparse and differ with respect to their results.

Two studies from the 1980s examine the effect of general BCS laws on retail structure. Houston examines the relationship between the presence of BCS laws and the number of single proprietorships and partnerships in a state in 1977.³⁵ Controlling for other factors, he finds no statistical evidence that BCS laws have led to a greater number (or proportion) of small businesses. Mueller & Paterson examine the relationship between general BCS laws and various measures of retail grocery concentration in 237 metropolitan areas in 1977 and find a negative relationship between BCS laws and concentration.³⁶ The authors attempt to control for vigour of enforcement and find that in states with BCS laws that allocate a portion of their budget to BCS enforcement, concentration is lower than for states that merely have a law on the books but did not report a specific budgetary allocation to enforcement activities. One study from

the 1980s examines the effect of BCS laws and gasoline prices and margins.³⁷ The authors control for vigour of enforcement and other exogenous factors and find that self-service and full-service gasoline prices were 0.9 and 2.67 cents more expensive, respectively, in states with BCS laws than in states without them.

More recent empirical work has concentrated on gasoline-specific BCS laws. Anderson & Johnson study forty-three metropolitan areas from 1992-1993 and find that margins and prices for gasoline retailers are positively related to the presence of BCS laws.³⁸ Further, the authors find some evidence that inflated margins resulting from BCS laws attract entry: states with gasoline-specific BCS laws have more retail outlets, each of which on average sells less gasoline than outlets in states without BCS laws. In a report prepared for the Canadian Competition Bureau, Johnson examines the relationship between BCS laws and the number and size of gasoline stations in a state.³⁹ Using data from 1987 and 1992, Johnson's results suggest that gasoline-specific BCS laws have had no statistically significant impact on the number of stations in a state, but may be weakly associated with smaller average station size. Vita does not examine the effect of BCS laws directly but controls for the presence of BCS laws when comparing prices in states that require divorcement (restricting the integration of gasoline refiners and retailers) versus those that do not.⁴⁰ His results suggest that the presence of BCS laws do not affect retail gasoline prices. Skidmore, Peltier & Alm study state-level retail prices and margins from 1983-2002.⁴¹ They find that five years after the enactment of a gasoline-specific BCS law prices fall by about one cent and that states with such laws have larger numbers of large and medium-sized competitors than states without them.

These mixed findings are, at least partially, a likely result of an inability to control for the extent to which BCS laws are a binding constraint on firms' pricing decisions. As discussed above, these laws are likely to have an adverse competitive effect only when they affect firms' behaviour; if a state has a law on the books, but neither public officials nor private parties enforce it, firms almost certainly will not take the law into account when setting prices.⁴²

5. FTC Advocacy

Congress has charged the FTC with enforcing laws prohibiting unfair methods of competition and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.⁴³ The FTC's competition advocacy program helps fulfil this mission by drawing on its expertise to encourage federal and state legislators, courts, and other agencies to consider how certain policies that they are considering are likely to affect consumers and markets. Competition advocacy most often takes the form of letters from FTC staff or the full Commission to interested regulators but also consists of testimony, formal submissions to regulatory agencies, and *amicus curiae* briefs to courts.

During the last two years, the Commission staff has commented on five proposed and existing gasoline-specific BCS laws.⁴⁴ For the reasons discussed in the previous sections of this paper, the Commission staff argued in its comments that these laws are likely to result in higher prices for consumers. After receiving FTC comments, proposed laws in Kansas, Michigan, and North Carolina never left committee and the governor of New York did not sign the proposed BCS bill.

6. Conclusion

Unlike claims of predatory pricing under federal antitrust laws where plaintiffs must show a likelihood of harm to competition, plaintiffs can show a violation of a BCS law when the defendant's conduct poses no threat to competition. To the extent that firms adjust their pricing to conform with state BCS laws, these laws are likely to have an adverse effect on consumer welfare by discouraging firms from competing as vigorously on price than they otherwise would and by protecting high-cost firms from competition from more efficient rivals. Empirical work on the effect of BCS laws on prices, margins, and

market structure has arrived at different results, likely in large part due to an inability to control accurately for the extent to which BCS laws affect firms' pricing decisions. Given the likelihood that BCS laws, where binding on firms' pricing, will negatively impact consumer welfare, the FTC's competition advocacy program has tried – successfully in some cases – to persuade state legislators not to enact these laws.

General BCS Laws

Arkansas

ARK. CODE ANN. § 4-75-209

California

CAL. BUS. & PROF. CODE ANN. §§ 17030, 17043, 17044, 17071.5

Colorado

COLO. REV. STAT. § 6-2-105(1)-(3)

Hawaii

HAW. REV. STAT. §§ 481-3, 481-5

Idaho

IDAHO CODE § 48-104

Kentucky

KY. REV. STAT. ANN. § 365.030

Louisiana

LA. REV. STAT. ANN. § 51:422

Maine

ME. REV. STAT. ANN. tit. 10, §§ 1202-1207

Maryland

MD. CODE ANN., COM. LAW §§ 11-401, 11-404

Massachusetts

MASS. GEN. L. ch. 93, §§ 14E, 14F

MASS. GEN. L. ch. 94A § 14

Minnesota

MINN. STAT. ANN. §§ 325D.01-325D.04

Mississippi

Mississippi Unfair Cigarette Sales Law, MISS. CODE ANN. § 75-23-7

Montana

MONT. CODE ANN. §§ 30-14-209 to 30-14-211

Nebraska

NEB. REV. STAT. § 59-805

North Dakota

N.D. CENT. CODE §§ 51-10-01 to 51-10-04

Ohio

Unfair Cigarette Sales Act, OHIO REV. CODE ANN. §§ 1333.11, 1333.12

Product-Specific BCS Laws

Alabama

ALA. CODE § 8-22-6 (gasoline)

Arkansas

Unfair Cigarette Sales Act, ARK. CODE ANN. § 4-75-701

Colorado

COLO. REV. STAT. § 6-2-105(1)(b) (gasoline)

Delaware

Unfair Cigarette Sales Act, 6 DEL. C. § 2601

District of Columbia

Cigarette Sales Below Cost Act of 1994, D.C. STAT. § 28-4522

Florida

FLA. STAT. § 526.304 (gasoline)

Georgia

GA. CODE ANN. § 10-1-254 (gasoline)

Iowa

IOWA CODE § 421B.3 (cigarettes)

Indiana

Cigarette Fair Trade Act, IND. CODE § 24-3-2

Kansas

KAN. CODE § 41-2726 (cereal malt beverages)

Kentucky

Unfair Cigarette Sales Law, KY. REV. STATE. ANN. § 365.280

Maine

ME. REV. STAT. ANN. tit. 10, § 1209 (gasoline)

ME. REV. STAT. ANN. tit. 7, § 2983 (milk)

Maryland

MD. CODE ANN., COM. LAW § 10-304.1 (gasoline)

Cigarette Sales Below Cost Act, §§ 11-501 - 510

Massachusetts

MASS. GEN. L. ch. 94 § 295P (gasoline)

Minnesota

MINN. STAT. ANN. § 325D.71

Minnesota Dairy Industry Unfair Trade Practices Act, MINN. STAT. ch. 32 § 72

Minnesota Unfair Cigarette Sales Act,

MINN. STAT. ANN. ch. 64C § 13

Missouri

Missouri Motor Fuel Marketing Act

MO. REV. STAT. § 416.615

Unfair Milk Sales Practices Act,

MO. REV. STAT. § 416.415

Montana

MONT. CODE ANN. § 16-10-301 (cigarettes)

Oklahoma

Oklahoma Unfair Sales Act, 15 OKLA. STAT. tit. 15, § 598.1 et seq.

Pennsylvania

P.A. Cons. Stat. Ann. § 73:21

Rhode Island

R.I. GEN. LAWS §§ 6-13-1 to 6-13-8

South Carolina

S.C. CODE ANN. § 39-3-150

Tennessee

TENN. CODE. ANN. § 47-25-201 to 47-25-206

Utah

UTAH CODE ANN. § 13-5-7

West Virginia

W. VA. CODE § 47-11A-2

Wisconsin

WIS. STAT. ANN. § 100.30(1)

Wyoming

WYO. STAT. § 40-4-107

Nebraska

Unfair Cigarette Sales Act,
NEB. REV. STAT. § 59-1501 to 59-1518

Nevada

NEV. STAT. § 370.371 (cigarettes)
NEV. STAT. § 584.583 (dairy products)

New Hampshire

N.H. REV. STAT. ANN. § 178:21 (on-premises
liquor and beverages)

New Jersey

N.J. STAT. ANN. § 56:6-2(b) (gasoline)
Unfair Cigarette Sales Act of 1952, N.J. STAT.
ANN. § 56:7-20

New York

Motor Fuel Marketing Practices Act,
GEN. BUS. § 370
TAX § 484, 485(b) (cigarettes)

North Carolina

N.C. GEN. STAT. § 75-82 (gasoline)
N.C. GEN. STAT. § 106-266.19 (milk)

Oklahoma

Unfair Cigarette and Tobacco Products Sales
Act, OKLA. STAT. tit. 68, § 333

Pennsylvania

Cigarette Sales and Licensing Act, P.A. CONS.
STAT. ANN. § 72:218-A

Rhode Island

R.I. Division of Taxation Regulation CIG 91-11
(cigarettes)

South Carolina

S.C. CODE ANN. § 39-5-325 (gasoline)

South Dakota

S.D. CODIFIED LAWS § 37-10-14 (cigarettes)

Tennessee

TENN. CODE. ANN. § 47-25-611 (gasoline)
TENN. CODE. ANN. § 47-25-303 (cigarettes)
TENN. CODE. ANN. § 53-3-202 (milk products)

Utah

UTAH CODE ANN. § 13-16-4 (gasoline)

Washington

WASH. REV. CODE § 19.91.300 (cigarettes)

NOTES

1. Ala. Code § 8-22-4(15) (cost to wholesaler); Ala. Code § 8-22-4(16) (cost to retailer).
2. *Id.* at § 8-22-4(14).
3. *Id.* at § 8-22-4(17). *See also* Cal. Bus. & Prof. Code § 17029 (same).
4. Wis. Stat. § 100.30(2)(am). *See also* Md. Code § 11-401(b) (cost to retailer is defined as invoice and transportation costs plus a 5-7% markup); Cal. Bus. & Prof. Code § 17026 (cost to distribution is invoice or replacement cost plus a 6 percent markup in absence of proof of “cost of doing business.”).
5. *See, e.g.*, Wis. Stat. § 100.30(3); Okla. Stat. 15 § 598.5(c); Md. Code § 11-404(b).
6. *See* Ala. Code § 8-22-6.
7. *See* Cal. Prof. & Bus. Code § 17071.
8. Alabama’s Supreme Court has held that “injury to a competitor suffices to establish a violation of the AMFMA” because “the legislature specifically defined ‘competition’ for the purposes of the AMFMA to include *any person who competes*.” *McGuire Oil*, 612 So.2d at 422. *See also* *Star Service & Petroleum Co. v. Alabama*, 518 So. 2d 126, 129 (Ala. Civ. App. 1986) (affirming the trial court’s finding that the defendant’s below-cost pricing had injured competition when competitors testified that they were “actually losing money” and that defendant’s pricing “definitely injured my business”); *Home Oil Co. Inc. v. Sam’s East, Inc.*, 252 F. Supp. 2d 1302, 1308-11 (M.D. Ala. 2003) (interpreting Alabama law and holding that a genuine issue of material fact exists as to whether defendant’s actions injured competition under the AMFMA when plaintiff adduced evidence that its sales volumes were lower every month for the 12-month period after defendant opened than they were for the corresponding month during the 12-month period prior to defendant’s opening); *Campbell & Sons Oil Co. v. Murphy Oil USA, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 25127, at * 29 n.40 (N.D. Ala. May 7, 2001) (reaffirming the rule in *Star Service* that testimony that defendant’s competitors were injured by below-cost pricing is sufficient to support a finding that the defendant had injured competition.)
9. *Star Fuel Marts, LLC v. Sam’s East, Inc.*, 362 F.3d 639, 648-49 (10th Cir. 2004).
10. 891 S.W.2d 30 (Ark. 1995). *See also* *Gowan Car Care Ctr. v. Murphy Oil USA, Inc.*, 2000 U.S. App. LEXIS 24867 (6th Cir. 2000) (interpreting Tennessee’s BCS law to require a showing of harm to competition rather than just to individual competitors, and dismissing claim where plaintiff had at most 14% of the retail gasoline market).
11. *Id.* at **35-36.
12. *Id.*
13. Wis. Stat. § 100.30(6)(a). *See also* Ala. Code §§ 8-22-8(b), 8-22-12, 8-22-13; Md. Code § 11-402.
14. *See* William H. Jordan, *Predatory Pricing After Brooke Group: The Problem of State “Sales Below Cost” Statutes*, 44 Emory L.J. 267, 304 (1995).
15. Wis. Stat. § 100.30(1).
16. *Safeway Stores v. Oklahoma Retail Grocers Ass’n*, 360 U.S. 334, 340 (1959).
17. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 223-24 (1992).
18. *See* R. Anderson & R. Johnson, *Antitrust and Sales-Below-Cost Laws: The Case of Retail Gasoline*, 14 Rev. Ind. Org. 189 (1999).

19. See Ronald N. Johnson, The Impact of Sales-Below-Cost Laws on the U.S. Retail Gasoline Market, Report Prepared for Industry Canada, Competition Bureau (Feb. 1999).
20. See Mark Skidmore, James Peltier & James Alm, *Do State Motor Fuel Sales-below-cost Laws Lower Prices?*, 57 J. Urban Econ. 189, 192-93 (2005); Willard F. Mueller & Thomas W. Paterson, *Effectiveness of State Sales-Below-Cost Laws: Evidence from the Grocery Trade*, 62 J. Retailing 166, 168-69 (1986).
21. 15 U.S.C. § 2.
22. 15 U.S.C. § 13(a).
23. See *Nat'l Soc'y of Prof'l Eng'rs v. United States*, 435 U.S. 679, 695 (1978) ("The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognises that all elements of a bargain — quality, service, safety, and durability — and not just the immediate cost, are favourably affected by the free opportunity to select among alternative offers.") (citation omitted).
24. See *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 458-59 (1993) ("[T]his Court and other courts have been careful to avoid constructions of § 2 which might chill competition, rather than foster it. It is sometimes difficult to distinguish robust competition from conduct with long-term anticompetitive effects; moreover, single-firm activity is unlike concerted activity covered by § 1, which "inherently is fraught with anticompetitive risk."); *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398, 414 (2004).
25. 475 U.S. 574, 594 (1986).
26. 509 U.S. at 226 (internal quotation omitted). See also *id.* at 223 ("Low prices benefit consumers regardless of how those prices are set. . . . To hold that the antitrust laws protect competitors from the loss of profits due to such price competition would, in effect, render illegal any decision by a firm to cut prices in order to increase market share.") (internal quotations and citations omitted); *AA Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1400 (7th Cir. 1989) ("a price 'too low' for an inefficient rival may be just right from a consumers' perspective, showing only that the defendant's costs of production are lower than those of the plaintiff – for which it should receive a reward in the market rather than a penalty in the courthouse.").
27. *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 117 (1986).
28. Marginal costs are those costs associated with producing an additional unit of output. See *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109, 1116 (10th Cir. 2003) (marginal cost and average variable cost are relevant in determining whether prices are predatory); *Kelco Disposal, Inc. v. Browning-Ferris Indus.*, 845 F.2d 404, 407 (2d Cir. 1988), *aff'd on other grounds*, 492 U.S. 257 (1989) (finding that "[p]rices that are below reasonably anticipated marginal cost, and its surrogate, reasonably anticipated average variable cost . . . are presumed predatory"); *MCI Communications Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1122-23 (7th Cir. 1983) (holding that no predatory intent can be presumed from prices at or above long-run incremental cost); P. Areeda & H. Hovenkamp, *Antitrust Law* ¶ 724; P. Areeda & D. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975). In *Brooke Group*, the parties both agreed that average variable cost should be the appropriate measure.
29. *Brooke Group*, 509 U.S. at 224 ("The second prerequisite to holding a competitor liable under the [federal] antitrust laws for charging low prices is a demonstration that the competitor had a reasonable prospect, or, under § 2 of the Sherman Act, a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices.").
30. *Brooke Group*, 509 U.S. at 224 (internal quotations and citations omitted).
31. See *id.* at 226.
32. See *Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d at 1401.
33. See, e.g., *Star Fuel Marts, LLC v. Sam's East, Inc.*, 362 F.3d 639, 648-49 (10th Cir. 2004); *Gross v. Woodman's Food Market, Inc.*, 655 N.W.2d 718 (Wis. 2002).
34. See *Star Fuel Marts, LLC v. Sam's E., Inc.*, 362 F.3d 639 (10th Cir. 2004) (Oklahoma); *Richmond Pharmacy & Surgical, Inc. v. Therasense, Inc.*, 2004 U.S. Dist LEXIS 22152 (N.D. Cal. 2004); *Orion*

- Flight Serv., Inc. v. Basler Flight Serv.*, 692 N.W.2d 804 (Wis. 2004); *State ex rel. Nixon v. QuikTrip Corp.*, 133 S.W.3d 33 (Mo. 2004); *Fisherman's Wharf Bay Cruise Corp. v. Superior Court of San Francisco*, 7 Cal. Rptr. 3d 628 (Cal. 2003); *Lorillard Tobacco Co. v. Roth*, 786 N.E.2d 7 (N.Y. 2003); *Gross v. Woodman's Food Mkt.*, 655 N.W.2d 718 (Wis. 2002); *Village Food & Liquor Mart v. H & S Petroleum, Inc.*, 647 N.W.2d 177 (Wis. 2002); *Home Oil Co. v. Sam's E., Inc.*, 2002 WL 857391 (M.D. Ala. 2002); *R.L. Jordan Oil Co. of N.C., Inc. v. Boardman Petroleum, Inc.*, 572 S.E.2d 288 (S.C. 2002); *Campbell & Sons Oil Co., Inc. v. Murphy Oil USA, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 25127 (N.D. Ala. 2001); *Trade 'N Post, LLC v. World Duty Free Am., Inc.*, 628 N.W.2d 707 (N.D. 2001); *Ports Petroleum Co., Inc. v. Nixon*, 37 S.W.3d 237 (Mo. 2001); *Eby-Brown Co., LLC v. Wis. Dept. of Agric., Trade, & Consumer Prot.*, 213 F.Supp.2d 993 (7th Cir. 2001) (Wisconsin); *Associated Wholesalers, Inc. v. Commonwealth*, 780 A.2d 759 (Pa. 2001); *Gowan Car Care Ctr. v. Murphy Oil USA, Inc.*, 2000 U.S. App. LEXIS 24867 (6th Cir. 2000) (Tennessee); *Cel-Tech Communications, Inc. v. Los Angeles Cellular Telephone Co.*, 83 Cal. Rptr. 2d 548 (Cal. 1999); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Am. Drugs, Inc.*, 891 S.W.2d 30 (Ark. 1995). See also Susan R. Miller, *Bill Aims to Repeal Law on Gas Price*, Palm Beach Post, at 1B (Aug. 23, 2005) (reporting on Florida enforcement); Steve McMillan, *Gas Deals Fuel Legal Battle*, Denver Post at K1 (July 3, 2005) (reporting on Colorado enforcement); Ben Jones & Steve Wideman, *State's Markup Law Taps Wallet*, Post Crescent, at 1A (June 5, 2005) (reporting on Wisconsin enforcement); Justin Blum, *Maryland Hits Brakes on Fleeting Gasoline Price War*, Washington Post, at A1 (May 6, 2005) (reporting on Maryland enforcement); Donna Walter, *State, Quick Trip Headed Back to Court Over Below-cost Gas*, St. Louis Daily Record (Apr. 1, 2004) (reporting on Missouri enforcement); Bruce Mohl, *Midland Farms Releases Milk-Price Data to State Move May Clear Path to Resolving Allegation of Below-Cost Sales*, Boston Globe, at E1 (Nov. 27, 2002).
35. Michael J. Houston, *Minimum Markup Laws: An Empirical Assessment*, 57 J. Retailing 98 (1981).
 36. Willard F. Mueller & Thomas W. Paterson, *Effectiveness of State Sales-Below-Cost Laws: Evidence from the Grocery Trade*, 62 J. Retailing 166 (1986).
 37. Robert N. Fenili & William C. Lane, *Thou Shalt Not Cut Prices! Sales-Below-Cost Laws for Gas Stations*, 9 Regulation 31 (Sept./Oct. 1985).
 38. Anderson & Johnson, *supra* note 18.
 39. Johnson, *supra* note 19.
 40. Michael G. Vita, *Regulatory Restrictions on Vertical Integration and Control: The Competitive Impact of Gasoline Divorcement Policies*, 18 J. of Reg. Econ. 217 (2000). Vita is an economist with the FTC's Bureau of Economics.
 41. Skidmore *et al.*, *supra* note 20.
 42. There may be little or no private enforcement in a state when the BCS statute provides no private right of action or when state courts have interpreted the BCS statute to require a plaintiff to show that the defendant's conduct is likely to threaten competition.
 43. Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. § 45.
 44. Letter from the FTC Staff to Michigan State Representative Gene DeRossett (June 18, 2004), at <http://www.ftc.gov/os/2004/06/040618staffcommentsmichiganpetrol.pdf>; Letter from the FTC Staff to Kansas State Senator Les Donovan (Mar. 12, 2004), at <http://www.ftc.gov/be/v040009.pdf>; Letter from the FTC Staff to Alabama State Representative Demetrius Newton (Jan. 29, 2004), at <http://www.ftc.gov/be/v040005.htm>; Letter from the FTC Staff to Wisconsin State Representative Shirley Krug (Oct. 15, 2003), at <http://www.ftc.gov/be/v030015.htm>; Letter from FTC staff to New York Attorney General Eliot Spitzer (July 24, 2003), at <http://www.ftc.gov/be/nymfmpa.pdf>; Letter from the FTC Staff to North Carolina State Senator Daniel G. Clodfelter (May 19, 2003), at <http://www.ftc.gov/os/2003/05/ncclsenatorclodfelter.pdf>.

ISRAEL

1. **Current Resale-Below-Cost Laws and Regulations**

Israel has no law or regulation that forbids resale below cost.

There are a few heavily regulated sectors where the relevant regulator determines the prices to customers or consumers as fixed prices and the relevant firm may not reduce the prices below the tariff that was decided by the regulator. The most relevant examples of this are the Israeli Electricity Company Ltd., that is the only firm providing electricity in Israel, “Bezeq” the Israeli Telecommunication Company Ltd. – until recently the sole provider of telephony services in Israel, and Bazan – Oil Refineries Ltd. - the single refinery of oil in Israel. In all these cases the reason for determination of fixed prices to the monopolistic firm is the concern that the monopolistic firm will use its power to discriminate among different customers.

2. **Economic and Other Rationales for Current Laws and Regulations Pertaining to Below Cost Sales at the Retail Level**

See above the rationales regarding fixed prices in specific sectors where there is a monopolistic firm that is the sole provider of goods.

3. **Changes in Resale-Below-Cost Laws and Regulations**

Not applicable.

4. **Enforcement of Resale-Below-Cost Laws and Regulations**

Not applicable.

5. **Determination of Resale-Below-Cost Prices and of Business Justification Exemptions**

Not applicable.

6. **Relationship of Resale-Below-Cost Laws and Regulations to Other Laws and Regulations Affecting Resellers**

According to the Israeli Restrictive Trade Practices Law, which is enforced by the Israel Antitrust Authority (“the IAA”), the practice of resale price maintenance (RPM) is considered a restrictive arrangement, and therefore forbidden unless specifically approved by the Israeli Antitrust Tribunal or the General Director of the IAA.

7. **The IAA’s Experience with the Practice of Resale Below Cost**

As can be learned from above the practice of resale below cost is not only fully allowed in Israel, but also an agreement forbidding such a practice is not allowed according to the Restrictive Trade Practices Law.

The scope of the commercial practice of resale below cost was clarified to the IAA while dealing with the food retail chain market.

The food retail chain market has been under examination by the IAA for the last several years. Following an extensive investigation that the IAA has conducted, the IAA published on January 2005 **“The Final Position of the General Director of the Antitrust Authority Regarding Commercial Practices Between Dominant Suppliers in the Food Industry and Large Retail Chains”**.

When the IAA’s investigation began in April 2000, two main national food retail chains that held approximately 65% of the retail chain market dominated the Israeli retail chain market. (The retail chain market does not include small local grocery stores and convenience stores that were defined by the IAA as a different market). Since then the IAA has witnessed constant improvement in competition among the retail chains. Several local chains were established or developed and expanded drawing a reduction in prices and in some areas fierce and extensive competition among the relevant stores including the national retail chains. Throughout the investigation that was carried out by the IAA, the major suppliers of food to the retail chains claimed to the IAA, that they face substantial commercial difficulty resulting from the retail chains’ practice of “loss leader” – products are sold by the retail chains below cost. The major food suppliers claimed that this practice was anticompetitive for several reasons:

- a) It jeopardizes the ability of small local retail chains to be able to compete with the large national retail chains. According to this argument, if the “price war” among the retail chains will continue, dragging all participants to sell below cost, the first to fall will be the small local retail chains. The argument then continues to say that if the small retail chains will fall, the suppliers and the consumers will face an even more concentrated market than before – the big retail chains will have market power over the suppliers and the consumers.
- b) It harms the ability of the suppliers to position and differentiate their products. Products that the suppliers wish to position as premium products are sold below cost and are considered by the public as low-end products.
- c) It encourages stores to buy the suppliers’ products in other retail stores, which sell them below cost, and therefore reduces the sales of the suppliers to such stores.

Suppliers have frequently asked the IAA to interfere in this practice and to forbid it. Alternatively, the IAA was asked to allow suppliers that are being “the victims” of “loss leader” prices to adopt resale price maintenance provisions in their agreements with retail chains, thus allowing them to enforce the minimum price that will be decided by the supplier and avoiding resale below cost.

The IAA’s policy has been not to interfere with the practice of “loss leader”. The IAA’s view has been that the “loss leader” is a well-known commercial practice in the retail market. It encourages low prices for consumer in the short run, and there are no indications that the practice is harmful to competition in the long run.

As to the first argument that was raised by the suppliers, the IAA noted that no small retail chains complained to the IAA that the ‘loss leader’ practice that was adopted by their national competitors is driving them out of the market. In fact, the small retail chains themselves adopted “loss leader” prices as part of their competition policy. As small retail chains function typically as mavericks they would usually be the first to adopt “loss leader” practice. Therefore, the IAA found no merit in that argument.

As to the second argument, the IAA was of the opinion, that if it would allow RPM practice due to the wish of the suppliers to position their products and differentiate them, then it will have to allow the RPM

practice in every other market. The desire to position products is frequently mentioned as one of the main reasons to allow RPM. In this respect, the suppliers of the retail chains are no different than any other supplier who wishes to position its products.

As to the third argument, the IAA found no damage to the suppliers if their goods are sold below cost to other retail stores. The practice of selling below cost did draw pressure over the suppliers of food, by other stores and chains, to reduce their prices in order to allow other stores to compete with the low prices. However, such pressure over the suppliers to reduce their prices was not considered by the IAA as anticompetitive.

In keeping with its view, in its final position regarding commercial practices between dominant suppliers in the food industry and large retail chains, the IAA deliberately avoided interfering in the “loss leader” practice.

Recently the retail chain market renewed the public debate regarding the “loss leader” practice. This was due to a new marketing initiative led by the biggest retail chain in Israel - “Super-sol”. According to its new marketing initiative, Super-sol resold in few of its heavy discount shops **more than 300 products** at prices below cost. This led the third national retail chain to react and to convert a few of its shops to heavy discount shops also with hundreds of products sold below cost. Three months later the third retail chain went bankrupt and entered “Chapter 11” proceedings leaving debts of over 1,500 million NIS (approx. 350 million USD).

During the period until the collapse of the third retail chain and afterwards, several major food suppliers renewed their request that the IAA forbid the retail chains to resell below cost. Some of them even claimed that had they been allowed to adopt RPM practices in reaction to resale below cost, the collapse of the third retail chain would have been avoided. Some of the food suppliers are monopolies in their market. (“Monopoly” according to the Restrictive Trade Practices Law is a firm that holds a market share over 50%). Section 29 to the Restrictive Trade Practices Law forbids a monopolist to unreasonably refuse to supply the goods over which a monopoly exists. The major food suppliers requested the IAA’s clearance, that their refusal to provide the retail chains that sell their products below cost with their products, will not be considered unreasonable refusal to supply.

In view of the unprecedented scope of the practice of resale below cost, the IAA undertook an investigation of the new resale below cost practice that was adopted by Super-sol. Specifically, the IAA wanted to inquire whether such a practice was adopted in order to push small competitors out of the market. Following a few inquiries, the IAA came to the conclusion that it will not be able to show that such a practice is predatory for several reasons:

- a) There was no evidence that Super-Sol is a monopolist, since it held a market share of less than 30% of the food retail chain market. With such market share the ability to push a competitor out of the market by predatory pricing is far fetched. In addition the IAA was not clear on how Super-sol will recoup with market share of less than 30%.
- b) The retail chains offer a cluster of products. There was no evidence that the cluster is sold below cost.
- c) There was no clear evidence that the prices below cost were targeted to attack specific competitors.

BIAC

BIAC welcomes the opportunity to provide the business community's views on the topic of resale below cost laws ("RBC" laws).

1. RBC laws are not in consumers' interests

RBC laws generally prohibit retailers and other resellers from selling products at a price below some appropriate measure of cost to the reseller.

RBC laws are distinct from prohibitions of predatory pricing in that RBC laws generally do not require evidence of harm to competition. In contrast, a competitor engaging in predatory pricing must have a market position that would enable that competitor to effectively use predatory pricing as a tool to force other competitors from the market and eventually raise prices.

While the concept of predation is not applied homogeneously throughout the world¹, there is widespread consensus that a prohibition of predatory pricing by dominant undertakings in general provides an adequate means to prevent consumers from being harmed by abusive low pricing strategies. Outside these circumstances, low prices can be expected to deliver benefits for consumers. RBC laws are designed to prevent businesses from offering consumers the lowest prices they can possibly offer. Not surprisingly, therefore, the Secretariat's background note on RBC laws comes to the conclusion that RBC laws are more likely to harm consumers than to benefit them. BIAC agrees with this conclusion. While RBC laws may protect inefficient competitors in the short run by sheltering them from more efficient competition, they do so at the expense of higher short-term prices for consumers, and are unlikely to offer long-term benefits to consumers or to enhance the competitiveness of the industry which is regulated by such laws.

The Irish Competition Authority has recently estimated, for example, that removing the RBC restrictions imposed by the Groceries Order would have saved Irish consumers "up to €577 million over the 12 months between June 2004 and June 2005".² The United States Federal Trade Commission similarly has noted that minimum mark-up laws likely deter pro-competitive price cutting and ultimately can lead to higher prices for consumers.

2. Low prices are nearly always good for consumers

Consumers almost always benefit from low prices. In most cases, low prices are the result of vigorous, effective and efficient competition.

Consequently, low pricing by a firm should raise competition concerns only when it is a temporary phenomenon, designed, as part of a longer-term strategy, to allow the firm in question to increase prices above competitive levels in the future. For this to occur, the low pricing must cause the exit or substantial weakening of existing competitors and/or deter the entry of new competitors in the future, such that the ongoing competitive constraints faced by the firm are rendered ineffective. Evidence that some competitors are harmed by low pricing is not evidence that the competitive process is harmed.

EU Competition law recognises the dangers from abusive low pricing. Predation is well established as a form of conduct that may be an abuse of dominance under provisions such as the provisions of Article

82 and analogous national laws. The United States federal antitrust laws similarly prohibit predatory pricing, below-cost pricing that has a reasonable prospect or dangerous probability of leading to monopoly. The United States Supreme Court has defined predatory pricing as “pricing below an appropriate measure of cost for the purpose of eliminating competitors in the short run and reducing competition in the long run.”³ Under U.S. law, two criteria must be satisfied to establish predatory pricing: 1) that the prices complained of are below an appropriate measure of the defendant’s costs, and 2) that the defendant had a reasonable prospect or a dangerous probability of recouping its investment in below-cost prices.⁴

In contrast, RBC laws frequently extend the constraints imposed on low pricing beyond these legitimate boundaries by:

- a. applying controls to (non-dominant) firms that would not be caught by the abuse of dominance standard;
- b. raising the floor on the pricing that a dominant firm can undertake above the predation standard; and
- c. simply preventing firms from offering low prices without requiring any evidence of a negative impact on competition or consumers.

Laws that incorporate these characteristics are likely to impair legitimate competition and deprive consumers of the benefits of genuine price competition.

3. RBC laws affect competitive firms and markets

The theory of predatory pricing holds that unless firms possess significant market power – as measured by the concept of dominance, for instance – they will be subject to effective competitive constraints. In these circumstances, low pricing should not be a concern.

However, RBC laws often apply to non-dominant firms.

- a. In Germany, for instance, RBC laws apply to undertakings with ‘superior market power’. This is a much lower standard than dominance. It is sufficient to show that the undertaking in question is larger, in terms of size, resources and/or product portfolio, than its small and medium-sized competitors.
- b. In Belgium and France, RBC laws apply to all undertakings regardless of size or market position.

As such, these laws apply in circumstances where competition is effective and to firms who face vigorous competitive constraints. Indeed, firms operating in highly competitive environments, where the downward pressures on prices are considerable, are liable to be especially exposed to the operation of RBC laws.

In the discussions preceding the recent modification of RBC laws in France it was acknowledged that resale below cost is not per se harmful to competition. The Canivet Report which prepared the reform underlined that in the absence of RBC laws RBC practices would undoubtedly restore price competition among retailers, and would still fall under Article 82 EC in appropriate cases.⁵ While the French legislator considered that a return to free competition (that is by allowing RBC practices) could only be achieved progressively in order not to disrupt economic stability, the reform is seen as a first step towards the abolition of RBC laws in France.⁶

When faced with interest groups' requests for protection against low prices offered by competitors, legislators have reason to assess with great care the impact of such strategies on consumers and on the competitiveness of the economy as a whole. Concerns that the imposition of RBC laws would unnecessarily deter resellers from lowering prices, and thus deprive consumers of the benefits of lower prices, have caused several countries in the world to reject the adoption of RBC laws. These nations either have not considered it necessary or advisable to enact specific RBC laws, or have abolished this kind of law. Indeed, a law preventing competitive firms from offering consumers the lowest prices would be regarded as counter-productive in numerous jurisdictions. In the United States, for example, even though several states have enacted RBC laws in an effort to level the competitive playing field among participants in their respective regional markets, there is no national law prohibiting below-cost sales or mandating minimum mark-ups. Such jurisdictions recognize that, other than the narrowly defined prohibitions against predation, economies do not benefit from restricting price competition.

4. Rbc laws hinder the normal process of competition

As noted above, a number of states in the United States have introduced laws that either impose retailer minimum mark-up requirements or prohibit retail sales below cost. The United States Federal Trade Commission, in providing comments to state regulators on laws and proposed laws that would regulate the price at which retailers could sell gasoline to consumers, consistently has taken the position that such regulations hinder the normal process of competition by deterring pro-competitive price cutting. Commenting on proposed laws introduced by state legislators in Michigan, Wisconsin and Kansas, the Federal Trade Commission indicated that such laws are likely to discourage competitive pricing by subjecting vendors to civil liability for cutting prices even if there is no likelihood of harm to competition. In order to forestall the possibility of litigation, vendors avoid pro-competitive price cutting and may, in order to deter complaints from competitors, choose to set prices well above the minimum set by state regulation.

Some RBC laws, such as those in Germany, effectively prohibit vigorous competition even between larger firms. As such they impose arbitrary and undesirable constraints on the process of competition itself. For example, in 2000 WalMart lowered its price for long-life milk in Germany below the price of its two most powerful competitors, Lidl and Aldi. Those two companies reacted by lowering their own prices below the respective purchase prices. At this point WalMart's milk supplier increased its prices, but WalMart left its resale price unchanged and sold below purchase price. While this might be judged to be a consequence of strong and effective competition, the German Federal Supreme Court regarded it as irrelevant, under the provisions of the RBC laws, that WalMart was a relatively new entrant and was only reacting to RBC practices by its larger competitors.⁷

As illustrated by the example above, RBC laws may have a disproportionate negative impact on certain categories of market participants, including new entrants to the market, small firms and firms benefiting from annual rebates and volume discounts. RBC laws that apply to all firms risk a particularly severe impact on the development of competition from new entrants. In many instances, entrants must overcome the 'first mover' advantages of incumbents, such as the consequences of customer switching costs and brand awareness, in order to establish themselves. A prohibition on RBC will limit the instruments with which entrants can begin to compete. The effect on small firms also may be pronounced, especially where economies of scale arise in purchasing. An RBC regime that required all firms to price above their own purchase costs would then tend to prevent such firms from competing on level terms with larger, established competitors, thereby denying them the opportunity to attain viable scale. Finally, the negative impact of RBC laws to consumers can be exacerbated if the relevant measure of purchase price does not include annual bonuses and rebates, advertising subsidies and similar factors which effectively lower the reseller's costs of obtaining the product. In such cases, the reseller will be prevented from pricing at a level that reflects its actual purchase costs. For example, the Irish Groceries Order prohibits

retailers from “passing on to their customers, discounts that they receive from their suppliers in the form of an end-of-year off-invoice discount”.⁸

In these circumstances, RBC laws actively neutralise the desirable competitive pressures which ensure that prices reflect costs.

5. Protecting inefficient competitors is rarely desirable

RBC laws, particularly when they require low-cost firms to price above their true costs, offer protection to inefficient competitors. The circumstances in which such protection is desirable are exceptional. They do not apply where effective competition is established.

Such temporary protection arguably may be warranted, however, in special settings where competition has the potential to develop but has yet to do so. Liberalised utility industries provide a potential example. In these cases, when incumbents benefit from significant ‘first-mover’ advantages, such as economies of scale and large customer switching costs, it is possible to identify circumstances in which long-run efficiency and consumer welfare can be enhanced by allowing inefficient ‘infant’ competitors some protection for a period to allow them to reach viable scale, if this protection opens up an industry that would otherwise be entrenched. This possibility is sometimes summarised by the comment that “inefficient competitors may be better than no competitors at all.”

Crafting a statutory regime to provide temporary protection to infant competitors presents significant challenges. It is one thing to sketch a theoretical possibility along these lines, and another to identify regulatory action that can confidently predict that it will do more good than harm. The dangers that well-meaning intervention on protecting competitors can lead to adverse outcomes, and the risk that regulators become ‘captured’ by competitors and special interest groups, argue against intervention of this nature [in other than very unusual circumstances].

Regulators also should be mindful of the fact that while some justification arguably exists for protecting inefficient competitors in an uncompetitive market, there is no competition, efficiency or consumer welfare justification for protecting inefficient competitors when competition is effective. Indeed, such protection serves to harm the competitive process and should therefore be regarded as anti-competitive itself. The prospect of failure is an important source of dynamic pressure on firms. Offering protection for inefficient firms merely serves to ossify markets and destroy dynamic incentives.

6. RBC laws are not a means to eliminate inefficiencies

Considered in simple isolation, below cost pricing is liable to be inefficient. When the price of a good is set below the true resource costs involved in consumption, consumers will tend to consume too much of the good in question. These inefficiencies will be made worse if the prices of other goods are raised above cost to provide an effective cross-subsidy.

However, as the Secretariat’s background note identifies, there are many reasons why RBC pricing can deliver efficiencies in practice. For example, the UK Competition Commission recognised such possibilities in its 2000 report on supermarket retailing.⁹ Leading supermarket chains were found to price some items below cost to encourage shoppers to visit their stores. Such a (loss leading) strategy can be profitable for multi-product retailers if the losses made on the RBC items are offset by an increase in overall sales, e.g. because of the complementarities created by the attractions of ‘one-stop’ shopping. Even efficient small or specialist retailers may find it difficult to compete on price in such circumstances.

It is far from clear that prohibiting RBC would result in a more efficient outcome, or would benefit consumers in any way. Given the existence of informational imperfections which prevent consumers from

observing and processing an extensive list of product prices, supermarkets will have little incentive to refocus price reductions on other items if RBC is prohibited. Indeed, the Competition Commission cited research from Ireland which suggested that such re-balancing had not occurred there in response to the introduction of RBC laws.¹⁰

In this case, prohibiting RBC simply may relax the intensity with which supermarkets compete against one another, causing prices to rise and consumers to lose out. Measures to provide greater price information to consumers might then provide a more effective mechanism for intervention to overcome the original imperfections.

The UK Competition Commission rejected the imposition of RBC curbs in its supermarkets report.

7. Extraneous social objectives impose real costs on consumers

It might be argued that RBC laws serve useful purposes that have nothing to do with competition. For example, they may serve to preserve a particularly valued institutional and social structure in a country. The pressure imposed by industry or interest groups to impose RBCs to achieve social or economic objectives can be intense. The case of the United States is illustrative of these pressures. As noted previously, the United States has no national law prohibiting below cost sales or mandating a minimum mark-up. According to the United States' note, however, twenty five states currently have RBC laws of general application, i.e. the laws apply to all retail merchandise; and thirty-one states have laws that cover the sale of specific items, such as fuel and petroleum products, farm and dairy products, cigarettes, alcoholic beverages and prescription drugs. These statutes have been enacted largely to level the playing field by protecting small, independent stores from competition by chain and big-box stores and to protect consumers that might conclude erroneously that the margin of discount applied to loss leaders is representative of the discount applied to all or most other products carried by that retailer. We cannot judge the merits of these claims, save to note that RBC laws cannot be seen as in some way distinct from restraints of competition since they have direct anti-competitive effects.

Moreover, it is essential that the full costs of maintaining RBC laws, which are borne by consumers, are recognised. As noted above, the Irish Competition Authority, for example, recently estimated that maintaining the RBC provision of the Groceries Order cost consumers approximately €577 million in one year.

8. Conclusion

In conclusion, because RBC laws tend to deter retailers from engaging in legitimate price competition, protect inefficient resellers by sheltering them from competition and inhibit market participation by new entrants, smaller competitors and firms whose expenditures are offset by supplier incentives or year-end rebates, BIAC believes that the adoption of such laws generally is not in the best interest of consumers or the economy as a whole. To the extent that RBC laws may provide some limited utility, as in the case of infant industries, such laws must be carefully tailored to minimize anti-competitive effects.

NOTES

- 1 *See* October 2004 Roundtable on Predatory Foreclosure,
<http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf> . For instance, the EU concept does not require
evidence of recoupment while the US concept does, in Canada it is a self standing criminal offence under
Section 50(1)(c) of the Canadian Competition Act.
- 2 The Competition Authority: Submission to the Minister for Enterprise, Trade and Employment on the
Groceries Order', July 2005, paragraph 4.
- 3 *Cargill, Inc. v. Montfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 104,117 (1986).
- 4 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222-224 (1993); *see also*
Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 594 (1986).
- 5 *Rapport du groupe d'experts constitué sur les rapports entre industrie et commerce*, so-called *Rapport*
Canivet, available at http://www.finances.gouv.fr/minefi/pratique/consommation/rap_canivet.pdf .
- 6 . As a result, the new legislation has maintained RBC laws but has lowered the RBC threshold. *See* Act
n°2005-882 of 2 August 2005, Loi en faveur des petites et moyennes entreprises, OJ of 3 August 2005.
One may question the real risk of economic instability in case of a potential abolition of RBC laws in
France, as well as the efficiency of the regime in force which provides for complicated calculations in
order to determine the RBC threshold.
7. Bundesgerichtshof, decision of 12 Nov. 2002, KVR 5/02.
8. The Competition Authority: Submission to the Minister for Enterprise, Trade and Employment on the
Groceries Order', July 2005, Appendix A.
9. *See* Competition Commission (2000): Supermarkets – A report on the supply of groceries from multiple
stores in the UK, pages 83-87, for example.
10. CC Supermarkets report, para 2.560.

CONSUMERS INTERNATIONAL

Consumers International welcomes this discussion on resale below cost laws because of the detrimental impact such legislation can have on consumers. CI supports price competition because it forces producers to operate efficiently in order to minimise costs and enhance consumer welfare through lower prices. Nevertheless, CI also recognises that national jurisdictions may in certain special circumstances have laws prohibiting resale below cost pricing for justifiable reasons. This could be to reduce the price risk to which smaller firms are exposed to, and ultimately to produce price competition by preventing concentration and increasing choice. This may also be in the interests of consumers because it can enhance both choice and access.

However, CI is concerned that there is no coherent approach to resale below cost laws. Some countries permit below cost pricing unless it infringes cartel law. Others admit sales at a loss only under certain conditions, sometimes on the basis that they distort rational purchasing decisions and thus work against the consumer's best interest. In France for example, below cost pricing is permitted for some shops depending on their sales space, and if the resale price is the same legal price as that of another retailer in the same business area. In the Netherlands, retailers can offer two products for the price of one as a special promotion, Belgium only permits three for the price of two, while in France, the value of a gift premium must not exceed 7% of the cost of the goods it is attached to.

Thus, although many national jurisdictions have enacted varying laws that prohibit below cost pricing, there are no general criteria by which to judge whether below cost pricing is justifiable. Consumers International believes that any law restricting price competition needs to be justified using transparent criteria that reflect a balance of interests. In each case all legitimate interests should be protected and respected by the regulatory or enforcement authorities. Any measure that reduces competition needs to be justified if it is to avoid consumers paying unnecessarily high prices while protecting unnecessarily inefficient firms.

The potentially detrimental consequences of prohibiting below cost pricing is highlighted in research undertaken by Consumers Union (USA) in the state of California.¹ The study indicates that California retailers often used the below cost pricing prohibition as an excuse for their high milk prices. Large retail chains charged much less for milk in other states where there were no laws prohibiting selling milk for below cost. The report concludes that the below cost pricing law that had been enacted in California for over three decades was an added deterrent to retail competition for milk. Without this prohibition consumers would benefit from increased competition for milk sales and lower milk prices in California.

In principle below cost pricing will almost always benefit consumers unless there are sustained above cost prices later on, or if there is a negative impact on choice or access. Nevertheless, Consumers International also recognises that market imperfections may occur and need to be addressed through appropriate competition laws and regulation. There may be types of destructive competition other than predatory pricing, and these other forms of destructive competition may require targeted and effective legislation, as with predatory pricing.

In these particular cases greater discussion is required between regulators and competition policy makers as to when prohibitions on below cost pricing is an appropriate instrument to ensure market pluralism and adequate choice and access for consumers. It may be the case that in some markets although

price competition is restricted, either non price competition is enhanced to the overall benefit of consumers, or these restrictions have no effect on retail pricing. A 2004 study of gas prices in USA indicated that average gasoline prices were about 1% lower in areas with prohibitions on below cost sales five years after the prohibition was imposed. The total number of gasoline outlets was also greater in the presence of such laws.² The study suggests that such laws may in special cases be able to preserve both price competition and market plurality.

Consumers International therefore recognises that while in most circumstances laws prohibiting below cost pricing will be harmful for consumers, in certain special cases it might be pro-competitive. Increased discussion and consultation between competition authorities, regulators and consumer organizations is required to ensure that these laws and policies reflect the balance of interests in each case are protected.

The burden of proof should be placed on those proposing to prohibit below cost pricing. This should be in the context of a generally agreed criteria by which to judge whether such prohibitions are justified are required. Criteria that address the consumer interest must determine whether below cost pricing has caused or is likely to cause a substantial reduction in competition and will impact on the choice and access to markets that consumers have, as well as the price they must pay.

NOTES

1. Elisa Odabashian, The Land of Milk and Money; San Francisco Bay Area Retailers Charge Too Much for Milk. Consumers Union West Coast Regional Office. May 1998.
2. Mark Skidmore, James Peltier, James Alm. Do State Motor Fuel Sales-Below-Cost Laws Lower Prices? University of Wisconsin-Whitewater, September 2004.

SUMMARY RECORD OF THE DISCUSSION

The Chairman opened the discussion in announcing that 12 submissions were received for this roundtable and made three introductory remarks. First, delegations seem to have sorted themselves in three different groups: a group of delegations that view Resale Below Costs (RBC) in fact as a useful component of competition law; a second set of countries that generally view RBC laws as being contrary to the consumer interest and to the competition interest and are trying to reform or eliminate such laws, some of them with success some of them without much success; then a third group, those who do not have a RBC law and are trying to discourage the government or various parts of the government from contemplating the possibility of establishing such a law. A second aspect of the introduction was to point out that RBC is not defined same way in all countries. This may explain some of the differences in the views of the delegations. Some delegations were generally critical of RBC prohibitions. They view RBC laws as the closest available substitute for mandatory retail price maintenance. Yet others do not seem to be considering this close connection between resale price maintenance and reselling at a loss. Most delegations that have predatory foreclosure laws or provisions on predatory foreclosure in competition law appear to believe that they are vast improvement over RBC laws in a sense that predatory foreclosure provisions have fewer false positives. And it is clear that in some countries, and maybe in most countries, RBC laws have become more active or at least the proponents of such laws have become more active when competition has increased in the retail sector. So the good news is that competition has increased and the bad news is that the RBC laws may hinder this competition.

The Chair invited John Hilke who prepared the background note for the discussion to summarise it as an introduction to this roundtable.

John Hilke focused his remarks on 10 points. First, RBC laws are one of the 3 constraints on resale prices that a government sometimes enforces. The other 2 are predatory pricing laws and mandatory resale price maintenance. Ironically the evidence seems to suggest that RBC laws serve as a substitute for RPM, but RPM is often illegal in the same areas that have embraced RBC laws.

Second point, RBC laws are more likely to harm consumers than to benefit them, mostly because they are too blunt a policy instrument to effectively separate pro competitive from anti competitive behaviour. RBC laws tend to contravene the general economic conclusion that consumers benefit from lower prices. And the exceptions to that rule that occurred with predatory pricing theory, free riding and consumer deception approaches require some nuanced economic evaluations that are difficult to reconcile with the way RBC laws are usually instituted.

Third point, there are a wide variety of legitimate business justifications for loss leader sales. Several of them involve conveying information to consumers that will generally improve consumer welfare. For instance an important component of retail competition is generally encouraging consumers to visit a particular store. RBC prices may in fact be a cost effective way to draw consumers and can substitute for more costly and less efficient marketing approaches.

Fourth, one of the most deleterious effects of RBC laws is the potential to reduce the dispersion of resale prices. This can cause consumers in later periods to engage in less search behaviour and consequently this can reduce the price sensitivity demand---which then creates opportunities for resellers to exercise market power.

Fifth, there is evidence that consumers do pay more when they are subject to RBC prohibitions and the Irish delegation is invited to tell a little more about their work on that regard.

Sixth, the RBC laws raised three other concerns :

- a) horizontal unfairness between different types of resellers; because firms that follow a low price high volume strategy tend to be more at risk for RBC prosecutions;
- b) the potential to raise rivals' costs by using government intervention in the market---the intervention is effectively to remove one of the most cost effective means that low-cost, high-volume retailers have to attract consumers;
- c) distortions in vertical integration decisions because low price vertically integrated firms are less likely to be prosecuted for RBC violations.

Number 7, RBC laws may blunt incentives for resellers to aggressively pursue efficiencies and innovations from their manufacturing suppliers. This is sometimes called the Walmart effect. This may reduce efficiencies and innovation at that level of the chain of production.

Number 8, RBC laws are likely to contribute to regulatory stagnation that leads to slower economic growth and higher unemployment rates.

Number 9, RBC laws may be good candidates for sunset reviews by OECD members particularly if that country has already adopted some sort of predatory foreclosure law.

Number 10, when you look at the effects of RBC laws some of them seem more closely to resemble other types of regulations such as historic preservation laws, land use or social externality laws rather than other competition laws.

The Chairman put his first question to Japan, referring to a question raised about a year ago when the Committee previously discussed the issue of the consistency between the RBC laws in Japan and the consumer welfare standard generally associated with competition laws. Japan has (within its competition law) provisions whereby pricing which is lower than the cost of supply, continuing for a certain amount of time and causing difficulties to businesses is considered to be a violation of the law. Now this seems to be fairly extensive and it seems even to cover not only RBC but selling below cost in a general way. Against this background 1) Is there any idea that this kind of provision may in fact lower or limit the consumer welfare of Japanese consumers? 2) In the contribution from Japan there is an interesting development on the Matsushita Electric Company case, could Japanese delegation tell us more about this case. 3) A study group on basic problems of the Antimonopoly Act seems to have begun working in July this year. Is it going to address possible contradiction between the Antimonopoly Act and the provisions on below cost pricing?

The Japanese delegation recalled its position regarding RBC sales which has not changed since the roundtable on "Predatory Foreclosure" in October 2004. If the following three requirements are met without any significant justification, basically such conduct would be judged unjust low price sales and as such should be regulated as one of the forms of Unfair Trade Practice. The three conditions are :

- a) supplying commodities or services at significantly lower prices than the cost of supply;
- b) continuing such supply;
- c) tending to cause difficulties to the business activities of other competitors or entrepreneurs.

These three criteria are to be considered in their totality.

Second question regarding the Matsushita Electric case, when those conducts are related to public procurement project, JFTC generally speaking examines the following factors on a case -by-case basis.

- a) the position of the company which bids in extremely low price in the relevant market;
- b) the frequency of the low-price bidding;
- c) the degree of the low price;
- d) impact of the low-price bidding to the other procurement;
- e) the number of the companies which will be affected by low-price bidding.

Those factors were taken into consideration for the Matsushita Electric case and therefore the learning curve effects on costs or the promotional value you raised in your enquiries were not directly or explicitly considered by the JFTC for that particular case. Also, in this case, Matsushita's bidding price was 40,000 yen, the average of bidding price of all bidders including Matsushita was about 40,000,000 (40 million) yen, 1000 times as much as the Matsushita's bidding price. This extremely cheap bidding price of Matsushita was another factor which we actually took into account on those occasions.

On the group study, the Japanese delegate explained that when the Diet discussed the amendment to the Antimonopoly Act early this year, members of the Parliament expressed their intention or hope that more forceful measures be considered for deterring or eliminating unfair trade practices, including unjust low-price sales, which inflict unmeasurable damages on smaller companies. It is expected that this study group will take into account this Diet resolution, but it is chaired by the Chief Cabinet Secretary and the members of that group are scholars, representatives of economic circles, consumers and other members, and the JFTC is not a regular member. Also this study group is supposed to consider various matters including the issues raised by such a Diet resolution in the next two years.

In response to the chair, the delegate confirmed that the law on unfair pricing applies not only to resale but also to the original sale of products which do not cover that cost

Chairman noted that this is the difference with France who is the next speaker. In France, the resale below cost law only concern the distribution sector and the actual resale of products. This law has been the subject of intense debate in France, which has led to a revision of the law in August 2005 that has partly amended the definition of resale below cost. Several important elements has to be borne in mind in connection with this debate:

- Firstly, how is resale below cost calculated in France: how has it been calculated previously and how is it calculated now?
- Secondly, to what extent is this law compatible or incompatible with the prohibition of resale price maintenance under competition law?
- Thirdly, could France give a somewhat fuller description of an interesting case that has come before the *Conseil de la Concurrence*, i.e. the Texas Instruments case, which has involved many different kinds of practices, in particular collective vertical practices that in fact used the prohibition on reselling below cost to promote horizontal collusion?

The French Delegate began by pointing out that in France there is – or at least that there was – a political consensus as to the need to prohibit reselling below cost. In France, the ban on resale below cost applies to the act of reselling a product, i.e. it is forbidden to resell a product at a price lower than its purchase price. In recent months this consensus has begun to erode as a number of abuses has come to light regarding the implementation of this concept of a ban on reselling at a loss and this has led to passing a new law aimed at correcting these unwanted effects.

The various aspects of the consensus that had enabled France to adopt legislation prohibiting resale below the purchase cost has no doubt been based on three lines of argument. The first has reflected a concern for fair competition. Something had to be done to prevent or correct the structural advantage that large distributors could have over small distributors and that general distributors could have over specialised distributors. A second important aspect that underlay the consensus, which was no doubt more related to the market structure, understood as the relations between distributors and suppliers, was aimed at laying down clear rules for peaceful relations between distributors and suppliers. Lastly, a third aspect underlying the consensus and the arguments in favour of the ban on reselling below cost was more related to the benefits that consumers could supposedly derive from this situation. Consumers would somehow be protected from the risks that loss-leader pricing would be used for certain products for a very short time in order to eliminate competition and attract consumers and then of course the resale prices of these or other products would be raised either gradually or suddenly.

However, over the past few years some abuses has come to light. First, even though the first argument has been aimed at ensuring fair competition between distributors, there has been real or potential abuses stemming from the fact that all major distributors has gradually come to align their prices with the “resale below cost threshold”. (In France this threshold is calculated with reference to the purchase price of the product, to which transport costs and taxes are added, and it is prohibited for retailers/distributors to resell a product below this resale price calculated by adding the purchase price of the product + transport costs + taxes). This has naturally given rise to doubts about whether the market was functioning properly: since the market has become totally transparent, everyone knew the authorised resale price for the product and simply aligns their prices with those of their competitors.

Secondly, with regard to more peaceful relations between distributors and suppliers, the practice of off-invoice charges (“*marges arrière*”) has appeared; this refers to the fact that distributors, since they were more or less compelled by the law to fall in line with a resale price and do not have a practical or commercially competitive margin on this resale price, have sought to regain margins by reselling or themselves selling services to suppliers that are not included in calculating the resale price. This is the practice known as “*marges arrière*”. Ultimately, it means that distributors and suppliers negotiate twice: first they negotiate the purchase of the product by the distributor and then they negotiate the services that the distributor would provide to the supplier, such as promotional arrangements and marketing campaigns to sell the products placed on the retailer’s shelves. This has given rise to dubious practices and to the development of services that are often fictitious, and since distributors, who are often highly concentrated, are in a stronger position than the very large number of suppliers, some very serious abuses have often come to light. Lastly, the aspect of the consensus concerning the benefits to consumers has also been called into question, since the ban has resulted in higher retail prices for consumers once new commercial negotiations have been developed to include payments for services provided to suppliers by distributors. Following the gradual erosion of these three pillars of the consensus in France, an amended version of the law was passed, characterised by its very great complexity. It introduces a system of percentages and advantages that could be deducted from the resale below cost threshold as calculated previously.

According to the French Delegate, the following lessons could be learned from the French experience:

- a) It is very difficult to argue in favour of the advantages of a system for prohibiting resale below cost. Whenever a regulatory measure is taken, it has perverse or negative effects, which means that one should be very cautious about promoting these kinds of systems.
- b) Once a country has set up a system prohibiting resale below cost, it is very difficult to change since it affects the structure of commercial relations and afterwards both suppliers and distributors are very reluctant to shift from a structured, regulated system to one in which reselling below cost would no longer be prohibited.

- c) In France, there are almost no civil cases involving the concept of prohibiting resale below cost; this means that professionals, such as distributors, even though they are attached to this legislation, are very reluctant to initiate civil action when one of their competitors fails to comply with this rule.

In the French Delegate's view, these conclusions shows the need to relax a system of regulation that is largely fictitious in order to give players a clear direction that would ultimately make it possible to eliminate the prohibition against reselling below cost.

The Chairman turned to Germany which seems to have quite a different situation in the sense that the level of RBC is defined differently from what it is in France and seems to be closer to the economic concept of price used in predatory pricing cases. He requested the German representative to explain how RBC is defined in Germany. Also, it seems that the law applies to anybody who has a "superior market power," which is short of dominance and, therefore, may apply more widely than to dominant firms. Why should that be legitimate, in other words if you do not have a dominant position if you hurt some competitors but there are no barriers to entry why should one bother with outlying RBC?

The delegate from Germany made 2 preliminary remarks. First, the German retail market is one of the most competitive in the world with the cheapest market price in Europe due to the very aggressive price strategy of the big discount chains like Aldi and Lidl, which are now expanding to the rest of Europe. So an effect-based approach shows that German RBC provisions have not restricted competition in the market. Second remark, although German RBC provisions are assessed very critically by the OECD and other competition agencies and maybe also by some German economists, German consumer associations welcome and endorse these RBC provisions because they think it protects the small and medium sized enterprises to keep them in the market and does not let the market concentration get too high. So views whereby the RBC laws are more likely to harm consumers are definitely not shared by German consumer associations.

The delegate then turned to the chair's first question on the definition of selling below cost price: calculable reductions are deducted directly as cash discounts, rebates and other conditions such as bonuses, including annual ones, advertising subsidies and sales promotion payments and also subtracted from the invoice price to determine the transaction price.

On the second question about the definition of superior market power, legally defined, it's a threshold below the market dominance threshold. It is analysed under the same criteria as market dominance and the most important elements in the assessment are market share, entry barriers, financial strength and the access to supply in the sales market. Typically superior market power is found in narrow oligopolies, and the very large retail chains typically have superior market power as defined by German antitrust law. What Bundeskartellamt does not care about is whether Lidl, Aldi or Walmart make high profit. This is for historical and political reasons that superior market power test exists in the German law: the legislator thought that market dominance is too high to address the problems in the retail market and there is a need to have a threshold below the market dominance to address this problem on the market.

On market entry barriers, theoretically it is possible to establish a shop everywhere in Germany as well as in other countries, but in practice, experience shows that the small shops decrease and that there are few new shops established.

The Chair noted that, according to its contribution, Ireland seems to be in the midst of public debate on whether to abolish its RBC prohibitions, the Groceries Order. Among the several interesting aspects of the Irish contribution, one is the tables and graphs trying to show that there is a direct relation between RBC or resale price maintenance provisions and inflation of prices in particular sectors. He asked the Irish

delegation to describe the methodology which was followed to establish this close connection between the price of grocery or food products, and those practices. The second one is a suggestion that there is a very close relationship between prohibition of off invoice discounts and resale price maintenance and coordinated interaction so there seems to be a relationship between diminished horizontal competition and RBC laws. He was curious to know the current state of the debate in Ireland on this issues.

The Irish delegate stated that the RPM concern relates to facilitation of collusion the convenience distribution market where there are several layers of production and distribution. At the bottom there are convenience stores and just above that, convenience distribution. Now in convenience distribution, there is a very high concentration of the market 80% of the market counted for by just two firms, and below a lot of retailers who are essentially price takers from the convenience distributors. The existing rules create a bar against selling below invoice price not below the transaction cost. So the invoice price acts as a kind of information mechanism that helps coordination between the convenience distributors. So the possibility is that RBC laws may be facilitating collusion by making prices very transparent (easy to monitor). The main harm may not be at that level but rather at the retail level because the order prohibits loss leader price competition between retailers. Not just the retail level in the convenience sector is affected, but also the retailers from the supermarket sector, for instance. The Groceries Order prevents large supermarkets from passing on their own discounts to their consumers as well as discounts that they might receive from their manufacturers and so on. There might be an RPM concern in the sense that they are buying branded goods from the manufacturers and selling them on downstream, but there is a floor in place on the price at which they can resell them.

As for the particular table on the different trends in prices for foods under the Groceries Order versus other foods, a representative basket of goods was taken - and the information was supplied by Irish central statistics office - for the average household, the cost calculated at the moment and then adjusted to see what the cost of the same basket of goods would have been if items covered by the order had inflated at the same rate as items not covered by the order. There was a clear distinction between the rates of inflation for items covered by the order and those not covered by the order. The gap in prices as a result of the differing rates of price inflation was about 9% over the reviewed period. So the savings were calculated for an average household per week and it turned out to be about 9-10 Euros or so. Annualised that turned out to be almost 500 euro per average household and then aggregated that over all households in the state which is about 1.2 million, it worked out that nearly 600 million Euros. This represents a transfer from consumers back to producers. Also the same calculation was made in that table for the different income deciles to demonstrate that it was actually the lowest income decile that was suffering most from the restriction on competition. While the methodology might not be exactly correct in that it doesn't take into account certain price effects that might occur, it's just indicative of the costs to consumers that are arising from the Groceries Order. The numerical calculation helped focus debate on this issue as did a widespread negative consumer sentiment. Against this background, a new national consumer agency was created and a popular TV program called "Rip off Republic" took the figures and invited consumers to send in submissions to their sponsoring department who received about 3 000 or 4 000 submissions. This brought the whole issue to a head and led to the possibility of a removal or at least a modification of the Grocery Act, according to a schedule which at the moment remains unclear.

Chairman said that the Irish situation is quite interesting because it suggests that Ireland should ship a few consumers to Germany to change the mood in Germany! But also in terms of who represents consumers. It was said that the national consumer agency took a stand against this as being adverse to the interest of consumers while in Germany, according to the German delegate, consumer organisations are very much in favour of such laws. There seems to be a little bit of confusion at least across countries on who represents customers by saying what is really in the interests of consumers.

The Chair turned to the contribution of Switzerland which is a different case in the sense that the basis for enforcement of RBC laws in Switzerland is deception of consumers and the justification for the laws is that consumers could be deceived by low prices in some way. It would be interesting if the Swiss delegate could explain exactly what the underlying reasoning is, why consumers would be deceived by the fact that the prices are lower than they would be otherwise. What is the spirit of the law and why is it linked to deception and then of course when it comes to enforcing the law what are the criteria for establishing this deception? What does one have to prove to establish that consumers have actually been deceived by those low prices?

The Swiss delegate said that in the light of the recent political debate on high prices in Switzerland, actually low prices even very low prices are welcome. In terms of the groupings of countries, Switzerland belongs to the category of countries that have removed RBC provisions, in this case by simply by not applying them.

The deception element, it was meant to prevent retailers tricking consumers into buying expensive items by displaying some items at very low prices---consumers might think that because there is one very cheap offer, the other products are very cheap as well, although in fact they are not. Regarding the enforcement question, there can be an assumption of deception if the price charged to the consumer is below the average wholesale price of comparative products.

So deception provision was actually introduced after a hot discussion in Parliament which pitted 2 different groups against each other: one liberalist group and one protectionist group. It appears that the deception provision was introduced to please the protectionist group, but the result actually favours the position of the liberalist group. The reason is that an accusation can be turned aside if either the actual wholesale price was above the average wholesale price **or** if it can be proved that the cheap offer is made transparent to the consumers. For instance, if there is a very cheap offer to make consumers buy in an off-peak period, if the off-peak nature of the offer is made transparent to consumers, then the deception element is not met. The rationale behind this rule is also a kind of consumer protection element but in a different sense than in other countries.

Because this rule has not been applied very often there are no empirical studies about when the deception element is met.

The Chair referred to the Hungarian contribution which described the efforts, apparently unsuccessful, of the Hungarian competition authority to oppose RBC provisions in the agricultural regime that took effect in 2003. Apparently there was a big push to establish RBC provisions following a change or shift in the bargaining position of food processors in their dealings with retailers. So of course that raises the question of whether the competition regime could address this perceived problem through a monopsony or abuse of monopsony inquiry directed by resellers? A second question is whether this provision in the agricultural regime is really consistent with the EU stand on predation which states: "Predatory pricing is a concern not because it harms competitors but because it harms competition". Is competition lost or are we talking only about the relative situation of competitors on this issue?

The delegate from Hungary replied that in theory the Competition Act could deal with monopsony problems in the context of abuse of dominant position. Of course bargaining power issues which otherwise would not be an abuse of dominant position are not covered by the Competition Act. There were some buyer power or monopsony cases during the 90's but they were cases involving food processing and farmers and not supermarkets or RBC issues. There were some supermarket mergers and cooperation or joint-venture cases regarding supermarkets. Buyer power issues or monopsony issues were considered in those cases but, in the end, no real problems were found which would have required the authority to block the merger or apply any other remedies. So basically Hungarian experience with cases doesn't support the

need for such regulation in Hungary and this is partly why the Authority opposed the RBC prohibition in the agriculture regime.

The Hungarian delegate explained that the Authority has developed quite extended competition advocacy activities to convince decision makers against further RBC laws. The advocacy effort has notably used OECD materials such as a Committee roundtable on buyer power. The Hungarian Competition Authority has been relatively successful so far in its fight against a new wave of RBC regulation in other sectors. The proposal of the new Commercial Act is under discussion in Parliament and in the latest version the proposed expansion of RBC prohibitions was not included. But there are a lot of misperceptions and confusion on this issue right now in Hungary.

The delegate agreed that there was a disharmony between this prohibition and the predatory pricing principle. This is basically not a predatory pricing provision--- it is something else. At this point he wondered whether the EU could do some sort of competition advocacy in this field similar to the competition advocacy project which is done in the context of liberalising the professions.

The Chair turned to the Netherlands which is considering adopting a provision on RBC, and where the Competition Authority has been trying to fight like others against this initiative. The Netherlands Competition Authority has undertaken wide ranging European studies on the effect and the administrative issues of enforcing RBC laws. The results are interesting. According to the research, consumers, with the exception possibly of German consumers, have benefited from increased competition between retailers. The number and share of small sized groceries has declined regardless of the presence or absence of RBC laws. The Chair asked the Dutch delegate what are the counter arguments raised by the proponents of RBC who opposed to the study? He also asked what was found in the study that was interesting or surprising?

The Netherlands delegate described first the state of affairs in the Netherlands on this issue. As pointed out, RBC law is nowadays a very politically important topic in the Netherlands because of a very strong price competition going on between supermarkets, which started in 2003 . The issue is heavily debated and has received a lot of media attention. There is a strong plea both by the organisations of small and medium sized supermarkets as well as by the big food companies in the food processing industry, to introduce the RBC laws. Last week in Parliament was held a public hearing at which this point of view was communicated by these organisations. Proponents of RBC laws would like to introduce those laws together with the bill to amend the Competition Act. As indicated in the written submission, the Dutch government is not in favour of such a prohibition on selling below cost price.

Two economic consultancy firms have tried to find a solid economic ground for introducing such prohibitions. They have studied the legal situation in several European countries with RBC laws in place as well as those in countries without. They found – which was a very important conclusion– that in all the countries examined, it's not easy for the small and medium sized supermarkets to keep their position in the market. This is the case in the Netherlands of course, but also in those countries where RBC laws are in place. Another important factor that appeared from the research paper was the likely difficulties in enforcing the RBC prohibition and the effects of these difficulties. In practice it seems quite difficult to enforce such rules in other countries. Compliance with and enforcement will be problematic. In addition it's not simple to determine the purchase price or the cost price when one has to deal with rebates and how those rebates are measured and determined. The Competition Authority will continue to argue that the statutory prohibition of selling below cost price will not solve the problem of the decline of small and medium sized supermarkets, which is the main argument from the food industry sector as well as from the supermarket sector.

On the specific question on insights found, it appears when one looks at the effects of such laws from a comparative perspective that there is no direct effect. In the countries where those laws exist, there is a strong decline as well of supermarkets in suburban as well as rural and urban areas.

On the last question raised by the Chair --the extent or type of rebuttal to the study which the proponents of the RBC laws have developed--, their main counter argument was that according to them, there is a too much focus on reaching the lowest prices possible. In their view, it is in the interest of consumers to have a diversity of products on the shelves in the supermarkets and high service levels. They say : if you balance everything, it is worth it to have a higher price for some products, if in return there are higher service levels and greater diversity of products on the shelves. The competition Authority feels differently: it's up to the consumers to decide whether they prefer a discounter with low prices or a high end supermarket where there is a higher service level and greater diversity of products on the shelves.

In practice in the Netherlands, more and more high end supermarkets appear especially in urban areas; so there will always be a need for high service level supermarkets, so where the consumers indicate that there's a need, those supermarkets will survive.

The Chairman understood the argument of the proponents of RBC not exactly as a rebuttal of the study because if the study finds that the rate of decline of small stores is about the same irrespective of whether there are RBC laws or not, it would indicate that the variety of products or retail services that consumers get is the same in countries where there are RBC laws and in other countries. But, in any case, it would be quite interesting to see what happens with this debate.

The Chairman continued with Israel where an investigation was started by the Israel Antitrust Authority into whether or not there were RBC sales, and the leading supermarket chain was investigated after complaints from the food processors who wanted to be able to cut off retailers that were reselling their products at a loss. From the Israeli contribution it seems that it was difficult finding a lot of loss leaders. This contribution also tends to establish a relationship between resale price maintenance and the existence or non-existence of laws on RBC. Why is that?

The Delegate from Israel welcomed an opportunity to share a particularly relevant discussion: before flying to Paris, she had a debate with the food producers in Israel, who repeated once more their continuing request to have RBC rules. More generally, the debate over the RBC law heated up when the biggest food retail chain in Israel decided on a new marketing initiative about 6 months ago---it started selling more than 300 products below cost. They said they would do so the whole year round. This caused immediately the 3rd retail chain in Israel to adopt a similar practice; but the 3rd retail chain, which was already in deep financial trouble, after 3 months of adopting this practice, collapsed leaving a debt of over 350 million dollars. This was a big financial loss in the context of the Israeli economy.

The traditional view of the Israeli Antitrust Agency was not to interfere with the loss leader practice. But when the biggest retail chain adopted its new initiative, IAA wanted to see if it was a practice aimed at eliminating small competitors. And it was concerned specifically about the private retail shops that were mavericks in this market. At the end of the examination IAA found no ground for interference and in fact it was the 3rd national retail chain that collapsed and not the small private chains which didn't collapse or even come up to complain to IAA about the loss leader policy that was initiated by the first retail chain. So the Authority had no ground for interference. One of IAA's conclusions was that although there are 300 products that are sold below cost by the 1st retail chain in Israel, one should look at this market as a cluster market, so it is not sufficient to see that the diapers or coffee are sold below cost. What should really be examined is whether the regular cart that is sold by this retail chain is sold below cost---this approach is consistent with defining a cluster market. So of course if someone comes to the retail chain and buy exactly the 300 products sold below cost he will get out with a cart that is sold below cost. But that is not

necessarily the outcome in most carts; it may very well be that most of the carts are coming out of the supermarket when they are not sold below cost averagely and we had no indication otherwise. Since IAA had no indication otherwise it saw no reason to start any initiative of its own.

On the connection between RBC and minimum resale price maintenance, The delegate from Israel explained that in her country it is forbidden to agree on resale price maintenance clause, unless it is specifically approved by the General Director of the Israeli Antitrust Authority or by the Antitrust Tribunal. It could be said that allowing minimum price RPM in some cases and on the other hand forbidding RBC is somewhat of a contradiction, because either one wishes to promote intrabrand competition or one wishes to limit it. RBC rules do not abolish intrabrand competition totally, but they do limit it.

Concerning the 3rd question put by the Chair -- when resale price maintenance is allowed? IAA will probably look to see if there are justifications for the RPM such as avoiding free riding or the wish to brand new products that have entered into the market. But IAA will probably not allow RPM on minimum prices to companies that are monopolists (or near monopolists) in their respective markets or where it can be shown that they have market power. IAA feels that intrabrand competition is an important form of competition. So coming back to the case of the retail chain, many of the food producers in Israel are indeed monopolists and if they are not monopolists they do enjoy some market power. So should they have come to us with requests to allow retail price maintenance IAA probably would not have allowed it.

The Chair briefly referred to the contribution of Consumers International which was not present for the roundtable. In its contribution CI suggests that the burden of proof be placed on the proponents of RBC laws, in other words they should have to prove that such laws are favourable to consumers both on the diversity of products that the consumers can get and that they don't have any negative impact on consumers. It's an interesting idea which goes back to what was said about the perception of consumers in Germany, and obviously CI seems to have a slightly different view than the consumer organisations in Germany and in other countries, France included.

The Chair continued with Turkey where there is a bill in Parliament on large supermarket stores with one provision which would prohibit among other things (1) the foreclosing of the market by extremely low prices for new commerce and (2) applying short term lower price policy with a view to drive competitors out of the market in the expectation of a long run profit. This wording is slightly ambiguous and it is vaguely reminiscent of predatory pricing laws, but not quite the same.

The Turkish Competition Authority has waged a battle against this type of provision and also seems to have been reasonably successful in its advocacy effort against this. The chair asked the Delegate from Turkey to tell the Committee why there is this debate in Turkey? Is it limited to the food sector? Did it originate in the food sector and if so why? What is the state of play? What is the current state of play with the bill?

The delegate from Turkey described the situation of the large retail superstores in his country, which were under fire from 2 different sides: from the small food producers who were complaining about large retailers' buying power and from the small grocery stores which insisted that they could not compete against those large retail stores because they were able to finance RBC sales. However the Turkish Competition Authority has undertaken together with the World Bank and the Union of Chambers and Stock exchanges of Turkey a comprehensive study which covers the so-called fast moving consumer goods--a basket of 150 to 200 goods involving food, cleaning and other types of goods with very limited shelf life. According to the result of the survey, food and personal care cleaning products in the basket, have been 3 to 4% more expensive in grocery shops than in the discount outlets and large retailer chains. With respect to price data on personal products, the grocery shops were again relatively more expensive by

1 or 2% on average. Cleaning products were found to be prices at roughly the same level in different types of stores. The price research also shows that there are significant geographic price differentials for items in the basket of products. It was about 14 to 15% in all products or baskets considered in 2004. Since there are quite thin profit margins in the retail sector, this price differentiation is quite significant. The study found that consumers were fairly price sensitive in food products especially.

The large discount store chains and local supermarkets have increased their market shares for all consumer categories whereas the smaller grocery shops have lost substantial market share in the last 5 years. The large retail stores and large supermarkets with sales areas exceeding 1000m² are approximately 21% of the retail market as a whole as of 2004. There are price deductions undertaken by these large stores usually done through promotions at least once a month. Small retailers adjust prices more frequently to respond to the pricing policies of those large retailers, but the competition takes place in the local market in the first instance. The location problem is one of the problems that the draft bill has tried to address. The government tries to take those large retailer chains out of towns and it brings severe pricing regulations on them, regulating their promotions and other discount sales activity. The Turkish Competition Authority has argued against a separate law. The competition law already exists and should be enforced.

For the 3rd question, the draft bill is still being examined by various state bodies and it is still unclear what will be the outcome, but TCA maintains its position opposing new RBC provisions.

The Chair noted that it's becoming increasingly clear through the contributions that the consumers do not understand that Competition Agencies are in their favour, bringing them this surplus. Competition Authorities seem to have a massive communication problem that extends to businesses as well as to final consumers.

The Chair asked the US delegation about state RBC laws. The U.S. contribution observed that the RBC issue arises not just in the food sector, but also in gasoline and cigarettes. What is the relationship between milk, cigarettes and gasoline that you can see? Why is it particularly in those sectors that those laws seem to be more prevalent? The second question related to the argument whereby this is an issue for the States when the US is the country of the world where the competition culture is the most developed, where the power of the antitrust authorities and the power of advocacy as well is the most developed. The third question is do those laws provide for the possibility for a retail shop which wants to meet the competition from a bigger store to resell below cost or is there a per se prohibition, and how strongly are these laws enforced by the states?

The US Delegate (US DOJ) explained that in the US about 40 of the 50 states have general RBC laws, some kind of specific RBC law or both. 16 states have a specific law relating to cigarettes and six of them do not have a general law. 14 states have a specific law relating to gasoline and 8 of them do not have a general law. The reason why so many states have specific laws relating to gasoline is that they are not there to protect consumers but to protect small businesses. In the gasoline industry in the US there are a very large number of independent retailers. They may carry the brands of the major companies, but they are independent businesses. They have a well organised lobby to protect their interests---which is in limiting competition from low price gasoline stations. In particular, over the last quarter century, refiners have established high volume, company-owned stations that provide no repair services or anything like that, may have convenience stores but many of them, or may be gasoline only operations with high volumes and very low margins. These refiner-owned stations can make it difficult for the small businessman to make a living.

For cigarettes, the case is not quite as easy to understand. There are a large number of small convenience stores in the US. Cigarettes are a major source of revenues for these stores; in addition

cigarettes are products that bring people into the stores. It is not clear how well organised the small store lobby is or why they think they are particularly threatened on cigarettes versus other products they carry.

As for advocacy, traditionally the Department of Justice has done very little advocacy at the state level, a fair amount has been done in recent years on the unauthorised practice of law situation. The Federal Trade Commission however has been very active in competition advocacy at the state level and very active in this area in particular.

The US (FTC) representative continued discussing advocacy against state RBC laws saying that this is an area where the FTC has been involved to a much greater degree than the Department of Justice. At its core, competition advocacy is about representing consumers in the political system. Due to consumers' relatively high costs of political action, consumer interests are underrepresented in relation to industry interests when policies are formed. Competition provides consumers with lower prices, higher quality, and greater variety. Thus, by promoting policies that allow market forces to work to the greatest degree possible – as opposed to protecting certain industries from competition – competition advocacy promotes consumer welfare. The FTC's ability to influence states' policy decisions depends on a variety of factors. For example, success appears to be positively related to there being an effective and organised interest group already in place that is supporting the FTC position. The US DOJ representative spoke about how well organised the independent gas station owners' lobby is at the local level. Although very large stores are well represented at the national level – the RBC laws are often enforced against the “big box” stores like Wal-Mart and Costco – at the local level, these stores often have less political influence than the independent gas stations.

It is important to let consumers know that these laws are harming them. If there is an organised group in place, it often has local press contacts who can write stories on the topic, which inform consumers and ultimately help to put pressure on the politicians that are considering these laws. Additionally, it is helpful if the executive branch of the state is supportive. Generally, the State Attorneys General Offices, especially those in charge of enforcing competition laws at the state level, have views similar to those of the FTC – that RBC laws are bad for consumers. Whether there is already an RBC law in place also will make some difference in the probability that competition advocacy will be successful; it is more difficult to change the status quo than to oppose a bill that is going to impose an RBC law.

On the meeting competition defence, the US delegate said it is not clear how common this defence is for RBC laws. The Robinson-Patman Act allows the defendant to raise this defence as long as the defendant has a “good faith” belief that they are meeting competition. RBC laws, on the other hand, typically impose a higher evidentiary requirement on defendants claiming this defence. A business usually must have some sort of document or written evidence; for example, a journal that shows in the normal course of business, one kept track of competitors' prices and could show on a specific day that this competitor indeed was charging this price and in order to match it the defendant had to charge a below-cost price. Another thing with the application of the meeting competition defence in a below cost sales law is that it is not legal to meet a below cost sale with a below cost sale, because this will lead a “chicken and egg” sort of problem where one person sells below cost and the other stations sell below cost, setting off a chain of below-cost sales. That sort of exception, in practice, would eviscerate the law – a state authority would have to untangle everything to figure out who set off the chain. In fact something similar to this happened in the state of Maryland this summer, where one discounter began selling below cost and that set off a chain until one service station decided that it did not want to sell below cost. Accordingly, it called the state authority, which made the gas stations raise their prices to conform to the statutory requirement.

The Chair then gave the floor to Greece and BIAC.

The Greek Delegate reported that the Greek Competition Authority has recently dealt with a case directly relevant, as it is a good example of how the enactment of RBC law can provoke anticompetitive pricing behaviour by firms in the retail grocery sector. The case drew great media publicity and the intervention of the Hellenic Competition Authority gained the support of the consumers.

In Greece, the retailers cannot sell below their invoice cost that is the purchasing price on the invoice, plus all the taxes and transportation costs and less all the invoice discounts. This forms a sort of mandatory RPM, but it doesn't necessarily affect the freedom that the supplier and the retailer have to bilaterally negotiate and agree on the percentage of the invoice discount according to the size and the volume of sales of the retailer. The legislation was enacted in 2001 just a few months before the introduction of the Euro. At that time it was the result of a successful lobbying of the association of retail stores chains and grocery industry to the Ministry. The Minister at that time was very worried about future price increases in view of the introduction of the Euro; that's why after the enactment of the law he entered into a gentlemen's agreement with the association of retailers and the association of the food industry. They all agreed to include in the invoices all the excessive amount of discounts and offers that the suppliers at that time grant to the retailers and they were going to pass this discount on to consumers.

In this context, the board of the association of retailers took the initiative to draw up a list where it fixed the exact amount of discount that each food industry separately had to grant to all of its members. The amount of discounts was the same for all retailers and they didn't vary according to the size or the volume of sales of the retailers, so they were fixed percentages of discount. Then the association of retailers circulated this list by way of a recommendation to all of its members and asked for its implementation. The Hellenic Competition Authority investigated this case in 2004. It came to the conclusion that this list constitutes a decision that has as its object indirect price fixing and that's why it infringes national legislation as well as article 81 of the treaty. The fine that was recently imposed in July 2005 on the association of retailers amounted to 15 million Euro, that is a record fine for the Greek standards, and now, of course, the case is under appeal. The retailer association argues that they complied with the legislation and with the gentlemen's agreement with the Ministry and now it's up to the Court to decide whether that's true or not.

The representative from BIAC introduced his remarks stating that from a competition point of view, laws which are designed to prevent businesses from offering the lowest prices they can possibly offer are counter intuitive. Low prices are almost always good for consumers and the prohibition to charge particularly low prices, i.e. prices below cost should be regarded with a high degree of scepticism. Last year's roundtable on predatory foreclosure has shown that the prohibition of predatory pricing by dominant undertakings properly drafted and applied may be very useful or even necessary mechanism to prevent consumers from being harmed by abusive low pricing strategies. The example the Israeli representative just gave is a very telling one with respect to the difference between the 2 concepts. RBC laws go beyond the prohibition of predatory pricing in various respects. RBC laws raise the floor on the pricing that a dominant firm can undertake above the predation standard. They also often apply to non-dominant firms which are not subject to the abuse of dominance standard (Germany; France, Belgium are examples). And finally RBC laws simply prevent firms from offering low prices without requiring any evidence of a negative impact on competition or consumers. In most cases RBC laws are drafted as *per se* restrictions and as such are rather blunt and unsophisticated instruments.

The last aspect is probably the most troublesome. *Per se* rules can only be justified in situations where the negative impact of a certain practice is clear. If there is no evidence of negative impact of RBC on competition or consumers, consumers arguably benefit from below cost pricing strategies. From the Dutch research it seems that there is no evidence for a negative impact. The Secretariat's background paper quite rightly describes the significant number of situations in which it may be perfectly reasonable for firms to engage in below cost pricing strategies. The introduction of new products or the arrivals of new entrants

into an established market are but 2 examples. In these circumstances RBC laws are likely to harm consumers by denying them the low prices resulting from loss leader strategies. At the same time they are likely to protect inefficient competitors. This is not only true for RBC laws of general application, i.e. laws applying to all retail merchandise. They are also examples of RBC laws covering the sale of specific items such as fuel and petroleum products (i.e. the US example - cigarettes and other products). In many cases, the economic sectors concerned are not exactly newly liberalised industries where RBC laws may attempt to give new inefficient commerce some temporary protection to allow them to reach viable scale. It's more or less the result of a lobbying exercise in many cases. Quite often the explicit purpose of such laws is to protect smaller competitors. This obviously comes at a price for consumers as pointed out in the Secretariat's background note as well as in the BIAC paper, and the Irish Competition Authority has recently estimated that removing RBC restrictions, (restrictions imposed by the grocery order), would have saved an average household up to 500 Euro over 12 months. This is an enormous amount of money and looking at the damage, even if it's only 200 Euro, this is a very serious amount of money, and comparing this to the damage done by cartels it's not easy to tell the difference. Again the key issue is whether there is evidence that the strategies prohibited by RBC laws such as the grocery order have a negative impact on the consumers or competition as such. That is of course not the same as a negative impact on individual competitors. In the absence of such evidence RBC laws are likely to harm consumers. The Irish example shows that RBC laws should be monitored and assessed as to whether they actually deliver benefits to consumers and to competition as such, in particular where there is a parallel prohibition abuse of dominance by predatory pricing. With respect to new projects for RBC laws it might be worth thinking about shifting the burden of proof regarding the impact of such laws to those constituencies who would benefit from the introduction of RBC laws. It seems that the positions of consumers and the business community are very much in line on this issue and that RBC laws are more likely to harm consumers than to benefit them.

Chairman wondered what the representation of the agro food sector is in BIAC.

The delegate from Italy commented in stating that an additional effect of sales below cost laws is that they tend to increase collusion, they reduce rivalry among suppliers as well, which is quite an important effect and in particular because without the law when a supermarket sells something at a very low price, rivals do not know whether that price is below cost or not. Therefore, they tend to compete more aggressively to get the manufacturer discounts to that supermarket as well. This is why in many countries including in Italy, manufacturer associations and especially branded goods manufacturing associations are quite in favour of RBC laws. Nobody says of course that below sales cost law reduces rivalry. What they say is that sales below cost reduce the degree of reputation of their high quality products, which should be perceived as high quality by consumers. These products are sold at very low price reducing thus the image and the reputation of this product that they have so strongly built through advertising. According to this view, the RBC laws are important for keeping up that reputation and making such investments worthwhile. These arguments are pushed aggressively on the part of the manufacturing sector and of the retailers.

The delegate from The Czech Republic described the situation in his country, which is characterised by a significant concentration of supermarkets. Almost 70% of goods in the Czech Republic are sold in supermarkets located in historical centers of towns with small shops going bankrupted. More than 90% of the production of food is sold in supermarkets and this has triggered a very strong problem between producers of food and supermarkets. A special law about economic dependency is under discussion in Parliament, which should prevent the destruction of the Czech agriculture and the Czech food producing industry.

The Chairman said that in France such a law on abuse and dependency exists. It has turned out to be rather disappointing for everybody for people who are competition prone but also for the lobbies who were in favour of this. There are several types of issues, one of them is to define dependency; the second one is

to find remedies and the third one is the fact that when there is in fact a situation of dependency however that's defined, it's very seldom that the dependent agent will complain because he worries about retaliation.

The European Commission representative responded to the Hungarian delegate's request to see the EC doing some advocacy against RBC laws. The EC has tried to tackle this issue not from the perspective of its antitrust authority but from the perspective of the rules in the EU treaty about free movement of goods between member states. There's some case law which dates from around 1990-91 where the Court of Justice of the European Union declared – and the Commission intervened in that sense in the proceedings – that these kinds of laws, the RBC laws, were against EU rules on free movement of goods even if the law didn't discriminate between products of different member states, national products or products from other member states. Unfortunately, a couple of years later in 1993-94, the Court of Justice of the EU reviewed these decisions and decided that these kinds of laws were not against the treaty, they didn't discriminate between national products and products from other member states.

If the EC could do some advocacy from the field of antitrust (from the field of Director General of Competition), it's probably difficult to tackle this issue because EC provisions don't provide necessary acts with appropriate legal basis, but it is worth exploring the possibilities.

The delegate from Brazil drew from the discussion the conclusion that probably the key is not the legal and academic research about why this is bad and welfare reducing but really it seems to be advocacy and referred to 2 very particular issues about Brazil that clearly point to the importance of advocacy.

Brazil doesn't have any RBC or RPM kind of law. According to him, the reason is the competition situation in the retail sector between the large and the small retailers: the small retailers by not paying taxes compete on an unfair basis with the large retailers; and if there was an RBC law one would have to look into how much is actually being paid for the goods not only on the invoice but also on taxes and so forth. Such a law could potentially be used in favour of the large supermarkets against the small ones so that's why the small ones aren't pressuring the government to put in place such legislation.

He made another point in saying that in Brazil consumers do clearly understand the value of not having this kind of law and reported the following anecdote. 2 years ago in the city of Sao Paulo the municipal government implemented a system whereby one could use the same bus tickets for as many as four different rides within a period of 4 hours to make it easier for people to commute, especially poor people. Right after this new bus ticket was implemented, 2 different people going to work looked at the supermarket newspaper inserts with loss leader announcements from different supermarkets comparing prices and then using the fact that they could jump off the bus at different points on their way home, jumping off at one supermarket chain, buying the loss leaders in that place then taking the bus again with the same ticket, then jumping off at the second place on the way home and buying the other loss leaders! So they were showing extreme price sensitivity because of income problems; consumers understand these things, they get the signal.

Also, in many supermarket chains in Brazil right at the entrance there are two carts that are the average baskets consumed by the people who frequent those supermarkets and one will show: "Don't be fooled by the loss leader announcements! This is what your average purchase is going to cost you here, and this is what it'll cost at the competitor's which is down the street". So the cluster idea is being taught to consumers by the supermarket chains and they get it. This points clearly to the fact that it's not about having consumers to understand the concept or having the right arguments on a theoretical basis, but it's really how to get to the consumers and get them organised so that the real average consumer does have a voice in the process to avoid the lobby by the special interest that would be favoured by this kind of law.

Another delegate from Brazil reacted to the barriers to entry comment made by the delegate from Germany. There are a lot of cases to illustrate that in Brazil barriers to entry in supermarkets were overvalued because after the merger or during the merger analysis there were entries. Surprisingly what happened was that the average price of the food declined; the people were very concerned about the merger wave because they thought that if the smaller business went out the prices could go up. This did not happen, but most interesting, after this merger there was an increase of the independent supermarkets, medium supermarkets in most of the towns. The traditional stores increased in number although they had declined in market share and also the independent supermarkets in some regions have been a lowering prices more than the big chains. It appears that the food industry are putting in place a lot of strategies to maintain alive the medium retailers giving them discounts equal to the net price they offer the bigger retailers. So the fringe of competitors in retailer can survive because the food industry transfers to them some discounts. It is important to pay attention not only to discounts but other strategies that are in place in the retailing and food industry especially in developing countries where food prices are so important relative to income. If the German consumer can afford to have higher prices it's ok, but it's not possible in countries like Brazil.

The Chairman returned to the Czech Republic delegate to clarify the point he made. Is the problem in the Czech Republic really a problem of sales below cost or is it a problem of the fact that the large market chains do not necessarily sell below cost but have lower costs because they buy on the international market as opposed to buying locally, and that creates a difficulty for the small retailers? As he understood his explanation, there was a difficulty for the small retailers but the delegate seemed to imply that the supply of the large market chains could come from outside the country and, therefore, was cheaper than what was locally produced. Is that where the problem is? If that's the case it may indeed be an important issue both sociologically and politically and possibly even economically in trying to organise a transition but not necessarily something which is directly what the Committee is talking about in the RBC sense.

According to the Czech delegate the main problem in his country is that the purchasing power of supermarkets against the producers of food is extremely high. The prices for the producers are lower and lower and Czech producers are going bankrupt. There is no abuse of dominant position since there are 15 big networks of supermarkets in the Czech Republic, and there aren't any cartel agreements among them, although they behave the same.

The Chairman concluded the roundtable by noting that one of the important things that came out of the discussion was the fact that there have been some systematic studies on the impact of those laws both to try to show that the assumed benefits by the proponents do not necessarily show up and also showing that some of the costs to the consumers are probably much higher than one thought, and this is possibly one of the best answers. However, the Chairman felt, there may be other issues, worthwhile revisiting in the future such as the issue of buyer power. Maybe one should also consider that what one is up against is very often groups that get displaced very rapidly, and there is a social issue which is the reason why the lobbying by those groups is so powerful. And certainly the Committee has lessons to learn about how one advocates effectively because this seems to be a relatively clear case where there is unanimity of thoughts on the fact that those laws are just unsound, they don't solve the problem that they are supposed to solve and they cost a lot.

COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION

Le Président ouvre la discussion en annonçant que douze contributions avaient été reçues pour cette table ronde et en faisant trois remarques introductives. Premièrement, il semble que les délégations se soient réparties en trois groupes : un groupe de délégations qui considèrent que la Revente à Perte (RAP) est en fait une composante du droit de la concurrence; un second groupe de pays qui estiment en général que les lois sur la RAP vont à l'encontre des intérêts du consommateur et de la concurrence, et tentent de réformer ou d'éliminer de telles lois, quelquefois avec succès, quelquefois sans grands résultats; il y a enfin un troisième groupe, celui des pays qui n'ont pas de loi et où l'on s'efforce de dissuader le gouvernement ou diverses administrations d'envisager la possibilité de disposer d'une telle loi. Un deuxième aspect de l'introduction a consisté à souligner que la définition de la RAP n'est pas la même dans tous les pays. Cela peut expliquer en partie les différences que l'on constate dans les points de vue des délégations. Certaines d'entre elles ont été en général critiques à l'égard des interdictions visant la RAP. A leurs yeux les lois sur la RAP sont le plus proche équivalent des prix imposés. D'autres pays ne semblent cependant pas prendre en considération ce lien étroit entre prix imposés et revente à perte. La plupart des délégations qui ont des lois sur les prix d'éviction anticoncurrentiels ou des dispositions équivalentes dans le droit de la concurrence semblent considérer qu'elles constituent un énorme progrès par rapport aux lois sur la RAP. Il est clair par ailleurs que dans certains pays, peut-être même dans la plupart, les lois sur la RAP sont devenues plus actives, ou du moins les partisans des dites lois sont devenus plus actifs lorsque la concurrence a augmenté dans le commerce de détail. Dès lors la bonne nouvelle est que la concurrence s'est intensifiée, et la mauvaise nouvelle est que les lois sur la RAP peuvent freiner cette concurrence.

Le Président invite John Hilke, auteur de la note de référence ayant servi de base à la discussion, à la résumer à titre d'introduction à cette table ronde.

John Hilke centre ses remarques sur 10 points. Premièrement, les lois sur la RAP sont l'une des trois contraintes sur les prix de revente qu'un gouvernement fait parfois appliquer. Les deux autres concernent les lois sur les prix d'éviction anticoncurrentiels et celles sur les prix imposés. Paradoxalement, les faits observés semblent montrer que les lois sur la RAP servent de substituts aux prix imposés, mais les prix imposés sont souvent illégaux dans les mêmes domaines où des lois sur la RAP ont été adoptées.

En second lieu, les lois sur la RAP sont davantage susceptibles de léser les consommateurs que de les avantager, la principale raison étant qu'il s'agit d'un instrument trop brutal pour faire la distinction entre comportement pro concurrentiel et comportement anticoncurrentiel. Les lois sur la RAP ont tendance à aller à l'encontre de la conclusion, générale en économie, selon laquelle les consommateurs bénéficient de la baisse des prix. Les exceptions à cette règle qui sont apparues avec la théorie des prix d'éviction et les approches en termes de parasitisme et de tromperie du consommateur exigent des évaluations économiques nuancées que l'on a du mal à concilier avec la façon dont les lois sur la RAP sont mises en place.

Troisièmement, il y a toute une série de justifications commerciales légitimes aux ventes à perte. Plusieurs d'entre elles font intervenir une transmission aux consommateurs d'informations qui amélioreront généralement leur bien-être. Par exemple, un élément important de la concurrence dans le commerce de détail réside en général dans le fait d'encourager les consommateurs à visiter tel magasin. Pratiquer des prix de RAP peut être en fait une manière efficace d'attirer les consommateurs et peut se substituer à des méthodes de marketing plus coûteuses et moins efficaces.

Quatrièmement, l'un des effets les plus nocifs des lois sur la RAP réside dans la possibilité qu'elle recèle de réduire la dispersion des prix de vente. Les consommateurs peuvent à cause de cela être amenés ultérieurement à adopter un comportement moins investigateur, ce qui peut avoir pour effet de diminuer la sensibilité de la demande aux prix – et offrir donc aux revendeurs des opportunités d'exercer un pouvoir sur le marché.

En cinquième lieu, l'observation montre que les consommateurs paient plus cher lorsqu'ils sont soumis à des interdictions de RAP, et la délégation Irlandaise est invitée à s'exprimer un peu plus sur ses travaux en ce domaine.

Sixièmement, les lois sur la RAP ont fait naître trois autres préoccupations :

- a) Manque d'équité horizontale entre différents types de revendeurs, dans la mesure où les firmes qui adoptent une stratégie combinant bas prix et volume de ventes élevé risquent davantage d'être poursuivies au titre des lois sur la RAP.
- b) La possibilité de majorer les coûts des concurrents en se servant de l'intervention de l'administration sur le marché, puisque la dite intervention a pour conséquence de supprimer l'un des moyens les plus efficaces qu'ont les détaillants à bas prix et gros volumes de ventes d'attirer les consommateurs.
- c) Les distorsions dans les décisions d'intégration verticale, parce que les firmes à bas prix intégrées verticalement ont moins de chances d'être poursuivies pour violations des lois sur la RAP.

Septièmement, les lois sur la RAP peuvent affaiblir les incitations qui poussent les détaillants à réclamer de leurs fournisseurs industriels toujours plus de preuves d'efficacité et d'innovation – ce qu'on appelle parfois l'effet Wal-Mart. Cela peut diminuer l'efficacité et l'innovation à ce niveau de la chaîne de production.

Huitièmement, les lois sur la RAP contribuent vraisemblablement à une stagnation de la réglementation qui aboutira à un ralentissement de la croissance et à une montée des taux de chômage.

Neuvièmement, les lois sur la RAP peuvent être de bonnes candidates pour une éventuelle déclaration de caducité, notamment si un pays de l'OCDE a déjà adopté un certain type de loi sur les prix d'éviction.

Dixièmement, lorsque l'on examine les effets qu'ont les lois sur la RAP, certaines d'entre elles semblent plutôt se rapprocher de formes de réglementations telles que les lois sur la protection du patrimoine historique, l'aménagement du territoire ou les externalités sociales plutôt que des autres lois sur la concurrence.

Le Président pose sa première question au Japon, en se référant à un point soulevé il y a un an environ, lorsque le Comité venait de discuter du problème de la cohérence entre les lois du Japon sur la RAP et la norme du bien-être du consommateur généralement liée aux lois sur la concurrence. Le Japon a (dans le cadre de son droit de la concurrence) des dispositions selon lesquelles le fait de pratiquer des prix inférieurs au coût d'approvisionnement pendant un certain temps en créant ce faisant des difficultés à des entreprises est considéré comme une violation de la loi. Cela paraît très large et semble même couvrir non seulement la RAP mais le fait de vendre d'une manière générale en dessous du coût. Dans ce contexte, 1° Peut-on penser que ce genre de disposition risque en fait de réduire ou de limiter le bien-être des consommateurs japonais ? 2° La contribution du Japon contient un développement intéressant sur le cas de la Matsushita Electric Company. La délégation japonaise pourrait-elle nous en dire davantage sur ce cas ? 3° Un groupe d'études sur les principaux problèmes de la Loi sur la lutte contre les monopoles semble avoir commencé à travailler en juillet dernier. Va-t-il se pencher sur l'éventuelle contradiction entre cette dernière loi et les dispositions relatives à la tarification à perte ?

La délégation Japonaise a rappelé sa position en ce qui concerne la revente à perte, qui n'a pas changé depuis la table ronde sur "Les Stratégies d'Eviction Prédatrice" en octobre 2004. Si les trois critères suivants sont remplis et en l'absence de justification sérieuse, un tel comportement serait jugé comme constituant une vente à bas prix injuste, et serait à ce titre qualifié de Pratique Commerciale Déloyale. Les trois critères sont les suivants :

- a) fourniture de biens ou de services à des prix sensiblement inférieurs au coût de l'approvisionnement ;
- b) caractère continu d'une telle fourniture ;
- c) tendance à causer des difficultés aux activités d'autres concurrents ou entrepreneurs.

Le troisième critère vise en fait à vérifier si la concurrence sur le marché est compromise par autre chose qu'une considération d'efficacité.

La seconde question est relative à l'affaire Matsushita Electric : lorsque ces comportements ont trait à un projet de marché public, la JFTC examine en général au cas par cas les facteurs suivants :

- a) la position de l'entreprise qui soumissionne à un prix extrêmement bas sur le marché concerné ;
- b) la fréquence de la soumission à bas prix ;
- c) l'ampleur du rabais ;
- d) l'impact du bas prix proposé sur les autres marchés ;
- e) le nombre d'entreprises qui seront affectées par le bas prix proposé.

Ces facteurs ont été pris en considération pour l'affaire Matsushita Electric, de sorte que les effets en termes de courbe d'apprentissage sur les coûts ou la valeur promotionnelle que vous avez mentionnés dans vos questionnements n'ont pas été directement ou explicitement pris en compte par la JFTC pour ce cas précis. En outre, dans ce cas, le prix offert par Matsushita était de 40 000 yens, alors que le prix moyen offert par les autres sociétés était d'environ 40 millions de yens, soit 1000 fois le prix offert par Matsushita. Le caractère extrêmement modique du prix proposé par Matsushita a été un autre facteur que nous avons en fait pris en compte à cette occasion.

S'agissant du groupe d'étude, le délégué japonais a expliqué que lorsque la Diète a discuté de l'amendement à la loi contre les Monopoles au début de cette année, les membres du Parlement ont exprimé leur intention ou leur espoir de voir des mesures être envisagées pour décourager ou faire disparaître les pratiques commerciales déloyales, notamment les ventes à bas prix injustes, qui infligent des dommages aux petites entreprises. On s'attend à ce que ce groupe d'étude prenne en considération la résolution de la Diète, mais il est présidé par le Chief Cabinet Secretary, et se compose d'experts, de représentants des milieux économiques, de consommateurs et autres, et la JFTC n'en fait pas régulièrement partie. Ce groupe d'étude est en outre supposé examiner divers problèmes, notamment les questions soulevées par cette résolution de la Diète dans les deux prochaines années.

Dans sa réponse au président, le délégué a confirmé que la loi sur les prix inéquitables s'applique non seulement à la revente, mais également à la vente initiale des produits qui ne couvrent pas leur coût.

Le Président note que ceci est différent dans le cas de la France.

En France la loi sur la revente à perte est une loi qui ne concerne que le secteur de la distribution et en fait la revente des produits. Cette loi a été le sujet d'un débat intense en France qui a conduit d'ailleurs à une révision de la loi au mois d'août 2005, et qui a changé pour partie la définition de la revente à perte. Plusieurs éléments importants sont à prendre en considération pour ce débat :

- Premièrement, comment est-ce qu'on calcule la revente à perte en France : Comment est-ce qu'on la calculait avant et comment est-ce qu'on la calcule maintenant ?
- Deuxièmement, en quoi est-ce que cette loi est compatible ou incompatible avec l'interdiction au nom du droit à la concurrence des prix de revente imposés ?
- Troisièmement, est-ce que la France pourrait nous décrire de façon un peu plus précise un cas intéressant qu'a connu le Conseil de la Concurrence, à savoir le cas Texas Instrument dans lequel il y avait une variété de pratiques, mais notamment des pratiques collectives verticales utilisant l'interdiction de revente à perte pour, en fait, favoriser une entente horizontale ?

Le délégué de la France commence par rappeler qu'il existe – où il existait en tout cas – en France un consensus politique sur la nécessité d'interdire la revente à perte. L'interdiction de la revente à perte s'appliquait en France pour l'acte de revente d'un produit; il était interdit de revendre un produit à un prix inférieur à son prix d'achat. Ces derniers mois ont vu ce consensus s'effriter au fur et à mesure qu'apparaissaient un certains nombres de dérives dans la mise en oeuvre de ce concept d'interdiction de la revente à perte et qui a donc amené à la mise en place d'une nouvelle loi destinée à corriger ces effets pervers.

Les éléments du consensus qui avaient permis en France la mise en place d'une législation interdisant la revente en dessous du coût d'achat étaient liés sans doute à 3 arguments. Le premier était un argument qui trouvait sa source dans la loyauté de la concurrence. Il fallait en quelque sorte prévenir ou corriger l'avantage structurel que de gros distributeurs pouvaient avoir face à des petits distributeurs ou que des distributeurs généralistes pouvaient avoir face à des distributeurs spécialistes. Il y avait un deuxième élément fort du consensus qui, là, renvoie sans doute d'avantage à la structure du marché, entendu dans le sens des relations entre les distributeurs et les fournisseurs, et qui visait à donner une règle du jeu claire pour des relations pacifiques entre distributeurs et fournisseurs. Et il y avait un troisième élément qui sous-tendait le consensus ou l'argumentation en faveur de l'interdiction sur seuil de vente à perte, qui était lié à l'avantage que soit disant le consommateur pouvait tirer de cette situation. Le consommateur se retrouvait en quelque sorte protégé des risques des prix d'appel pratiqués sur certains produits pendant une période très courte destinés à éliminer la concurrence ou à attirer le consommateur pour ensuite naturellement progressivement ou rapidement relever les prix d'achat dudit produit ou d'autres produits.

Or, ces dernières années des dérives sont apparues. Premièrement alors que le premier argument était la loyauté de la concurrence entre distributeurs, on a vu apparaître des dérives ou des risques de dérives liés au fait que progressivement l'ensemble des grands distributeurs s'est aligné sur le seuil de revente à perte. (Le seuil de revente à perte en France est calculé en référence au prix d'achat du produit auquel est ajouté le prix du transport et les taxes et il est interdit pour le revendeur, le distributeur de revendre un produit en dessous de ce prix de revente calculé par l'addition du prix d'achat du produit + le prix du transport + les taxes). Cela a naturellement nourri des doutes sur le bon fonctionnement du marché : le marché étant devenu totalement transparent; chacun connaissait le prix de revente autorisé pour le produit et ne faisait que s'aligner sur ses concurrents.

Deuxième élément, concernant la pacification des relations entre les distributeurs et les fournisseurs, le phénomène des marges arrière est apparu; c'est à dire que les distributeurs, se retrouvant en quelque sorte obligés par la loi de respecter un prix de revente, n'ayant pas de marge pratique ou de compétition commerciale sur ce prix de revente, ont cherché à regagner des marges, en revendant ou en vendant eux-mêmes des services aux fournisseurs, services qui n'entraient donc pas dans le calcul du prix de revente. C'est ce qu'on a appelé le phénomène des marges arrière. Il y avait donc 2 discussions finalement : la discussion d'achat du produit par le distributeur et puis une deuxième discussion toujours entre le distributeur et le fournisseur qui consistait pour le distributeur à fournir des services aux fournisseurs, par

exemple la mise en avant des produits, des actions de marketing en faveur de ces produits distribués dans les rayons. Cela a donné lieu à des pratiques douteuses et au développement de services souvent fictifs, et la relation étant déséquilibrée entre des distributeurs souvent très concentrés et des fournisseurs en très grand nombre, des dérives très graves ont souvent été mises en évidence. Et enfin, l'élément du consensus relatif à l'avantage pour le consommateur a également été remis en question dans la mesure où il en est résulté une élévation des prix de revente aux consommateurs; à partir du moment où un nouvel espace de discussion commerciale s'est développé entre les distributeurs et les fournisseurs visant notamment à faire rémunérer des services offerts aux distributeurs par les fournisseurs. Suite à l'effritement progressif de ces 3 piliers du consensus français une modification de la loi est intervenue qui se caractérise par sa très grande complexité. Elle met en place un système de pourcentages, d'avantages qui peuvent être déduits du seuil de revente à perte tel qu'il était calculé précédemment.

Selon le délégué de la France, plusieurs enseignements peuvent être tirés de l'expérience française :

- a) il est très difficile d'argumenter positivement sur les avantages d'un dispositif d'interdiction de revente à perte. On voit chaque fois qu'on réglemente apparaître des effets pervers ou négatifs qui doivent amener à être très prudents dans l'encouragement de ces dispositifs.
- b) une fois qu'un pays est doté d'un système d'interdiction de revente à perte, il est très difficile de le remettre en cause car cela structure les relations commerciales et à ce moment là, les fournisseurs comme les distributeurs sont très inquiets du passage d'un système architecturé, réglementé à un système où n'existerait plus l'interdiction de revente à perte.
- c) Il existe en France extrêmement peu d'affaires civiles mettant en jeu le concept d'interdiction de revente à perte; c'est à dire que les professionnels, les distributeurs entre eux par exemple, tout en étant attachés à cette réglementation, sont très réticents à engager des actions civiles lorsque l'un de leurs concurrents ne respecte pas cette règle.

Ce tableau montre selon le délégué français la nécessité d'assouplir une réglementation en grande partie fictive pour donner une direction claire aux acteurs qui permette à terme d'arriver à une suppression de l'interdiction de revente à perte.

Le Président se tourne vers l'Allemagne, qui semble être dans une situation tout à fait différente, en ce sens que le niveau de RAP est défini de façon différente de ce qu'il est en France, et semble être plus proche du concept économique de prix utilisé dans les affaires de prix d'éviction. Il a demandé au représentant allemand d'expliquer comment la RAP est définie en Allemagne. Il semble également que la loi s'applique à quiconque « possède un pouvoir de marché supérieur », qui exclut la domination et peut dès lors s'appliquer plus largement qu'aux seules firmes dominantes. Pourquoi cela serait-il légitime ? En d'autres termes si, sans disposer d'une position dominante, vous nuisez à des concurrents en l'absence de barrières à l'entrée, pourquoi faudrait-il prendre la peine de tracer les contours de ce qu'est une revente à perte ?

Le délégué de l'Allemagne fait deux remarques préliminaires. Premièrement, en Allemagne le commerce de détail est le marché le plus concurrentiel du monde, avec les prix les plus bas d'Europe du fait de la stratégie très agressive en matière de prix pratiquée par de grandes chaînes de magasins discount comme Aldi et Lidl, qui sont maintenant en train de s'étendre dans le reste de l'Europe. Une approche par les effets montre ainsi que les dispositions allemandes concernant la RAP n'ont pas limité la concurrence sur le marché. Seconde remarque : bien que ces dispositions fassent l'objet de jugements très critiques de la part de l'OCDE et d'autres organismes s'occupant de la concurrence, et peut-être aussi de la part de quelques économistes allemands, les associations allemandes de consommateurs apprécient et approuvent ces dispositions concernant la RAP parce qu'elles estiment que cela protège les petites et moyennes

entreprises en les maintenant en activité sans laisser la concentration du marché devenir excessive. Les opinions selon lesquelles les lois relatives à la RAP sont plus susceptibles de nuire aux consommateurs ne sont absolument pas partagées par les associations allemandes de consommateurs.

Le délégué aborde ensuite la première question du président, portant sur la définition de la vente en dessous du prix coûtant ; les réductions calculables sont soustraites directement, comme les escomptes de caisse, rabais et autres conditions telles que les primes, y compris les primes annuelles, les aides à la publicité et les versements accordés pour promotion des ventes, qui sont également soustraits du prix facturé pour déterminer le prix de la transaction.

Sur la seconde question portant sur la définition légale d'un pouvoir de marché supérieur, il s'agit d'un seuil qui est en dessous du seuil de domination du marché. Il est analysé selon les mêmes critères que ceux de la domination du marché; les éléments d'appréciation les plus importants sont la part de marché, les barrières à l'entrée, la puissance financière et l'accès à l'offre sur le marché aval. Le pouvoir de marché supérieur se trouve habituellement dans des oligopoles étroits, et les très grandes chaînes de détaillants ont en général un pouvoir de marché supérieur tel qu'il est défini par la loi allemande antitrust. En revanche, le Bundeskartellamt ne se soucie point de savoir si Lidl, Aldi ou Wal-Mart font beaucoup de bénéfices. S'il existe dans la loi allemande un test de pouvoir supérieur de marché, c'est pour des raisons historiques et politiques : le législateur a pensé que la domination du marché constitue un seuil trop élevé pour traiter les problèmes du commerce de détail, et qu'à cet effet il faut disposer d'un seuil situé en dessous du seuil précédent.

En ce qui concerne les barrières à l'entrée, il est théoriquement possible d'installer un magasin n'importe où, en Allemagne comme dans d'autres pays, mais dans la pratique, l'expérience montre que le petit commerce décline et qu'il se crée peu de nouveaux magasins.

Le Président fait observer que l'Irlande d'après sa communication, semble être en plein débat public sur le point de savoir s'il faut mettre fin aux interdictions de la RAP formulées dans le Groceries Order. Parmi les multiples aspects intéressants de la communication irlandaise, il y a les tableaux et graphiques essayant de montrer l'existence d'un lien direct entre les dispositions relatives à la RAP ou aux prix imposés et l'inflation constatée dans certains secteurs. Il demande à la délégation irlandaise de décrire la méthodologie suivie pour faire apparaître ce lien étroit entre les prix de l'épicerie ou des produits alimentaires et de telles pratiques. Un autre aspect intéressant est l'idée qu'il y a une relation très étroite entre l'interdiction des rabais hors facture et les prix imposés, de sorte qu'il semble y avoir un lien entre un affaiblissement de la concurrence horizontale et les lois sur la RAP. Quel est l'état actuel du débat en Irlande sur ces questions ?

Le délégué irlandais déclare que les préoccupations que suscite la RAP concernent le fait qu'elle facilite les phénomènes de collusion dans les magasins de proximité où il existe plusieurs strates de production et de distribution. A la base on trouve les magasins de proximité et, juste au dessus, les distributeurs qui les approvisionnent. Or le taux de concentration de ces distributeurs est très élevé puisque deux firmes seulement représentent 80% du marché ; en dessous on trouve une masse de détaillants qui sont essentiellement des preneurs de prix vis-à-vis de leurs distributeurs. Les règles existantes font obstacle à la vente en dessous du prix facturé, mais non à la vente en dessous du coût de transaction. Le prix facturé opère donc comme une sorte de mécanisme d'information qui aide à assurer une coordination entre les distributeurs. Il y a ainsi une possibilité que les lois sur la RAP facilitent la collusion en rendant les prix très transparents (donc faciles à suivre). Le principal inconvénient peut se situer non pas à ce niveau, mais plutôt au niveau du détaillant, parce que le texte officiel interdit aux détaillants de se faire concurrence en vendant à perte. Ce n'est pas seulement le commerce de détail des magasins de proximité qui est affecté, ce sont également les détaillants du secteur des supermarchés, par exemple. Le Groceries Order empêche en effet les grands supermarchés de répercuter sur leurs consommateurs à la fois leurs propres remises et

celles dont ils peuvent bénéficier de la part des industriels qui les approvisionnent, et le reste à l'avenant. On pourrait aussi craindre que la RAP leur permette d'acheter aux industriels des produits de marque pour les vendre en aval, mais il existe un plancher pour le prix auquel ils peuvent les revendre.

Quant au tableau qui vise les différentes évolutions des prix des produits alimentaires couverts par le Groceries Order par rapports aux autres produits alimentaires, on a construit un panier représentatif des produits consommés par un ménage moyen – les informations ayant été fournies par l'Office central de Statistiques irlandais – et le coût présent a été calculé puis corrigé pour voir ce qu'aurait été le même panier de biens si les articles couverts par le Groceries Order avait été gonflé par l'inflation au même rythme que les articles non couverts par le même texte. Il est apparu une nette différence entre les taux d'inflation pour les articles couverts par l'Order et ceux qui n'étaient pas couverts par lui. L'écart de prix résultant des différences de taux d'inflation a été d'environ 9% au cours de la période examinée. Les économies réalisées ont donc été calculées pour un ménage moyen par semaine, et il est apparu qu'elles se montaient à 9 à 10 € environ. Sur une année cela a représenté près de 500 € par ménage moyen; pour l'ensemble des ménages, dont le nombre avoisine 1.2 millions, la somme approche les 600 millions €. D'où un transfert de ce même montant des consommateurs au profit des producteurs. Le même calcul a été effectué dans ce tableau pour les différents déciles de revenus, et il montre que c'est en fait le décile le plus bas qui a pâti le plus des entraves à la concurrence. S'il est vrai que la méthodologie n'est peut-être pas d'une correction rigoureuse dans la mesure où elle ne prend pas en compte certains effets - prix susceptibles de se manifester, elle indique quels sont les coûts qui résultent du Groceries Order pour les consommateurs. Ce calcul numérique a permis, tout comme les attitudes négatives très répandues chez les consommateurs, de concentrer le débat sur cette question. Dans un tel contexte, on a créé une nouvelle agence nationale chargée de la consommation, et lancé une émission de télévision à grand succès intitulée "Rip off Republic" qui s'est emparée des chiffres et a invité les consommateurs à envoyer leurs témoignages, environ 3 000 ou 4 000 témoignages ont été reçus. Tout cela a fait mûrir la question et a conduit à la possibilité d'une abolition ou au moins d'une modification du Grocery Act, selon un calendrier qui pour l'instant reste à préciser.

Pour le Président, la situation irlandaise est tout à fait intéressante. D'abord parce qu'elle amène à penser que l'Irlande devrait transporter quelques consommateurs en Allemagne pour y provoquer un changement d'état d'esprit ! Ensuite, parce qu'elle pose la question : qui représente les consommateurs ? On a dit que l'agence nationale chargée des problèmes de consommation avait pris une position défavorable à la législation en vigueur parce qu'elle était contraire aux intérêts des consommateurs alors qu'en Allemagne, d'après le délégué allemand, les organisations de consommateurs sont très favorables à de telles lois. Il semble qu'il y ait un certain degré de confusion, du moins entre pays, quant à savoir qui représente les clients lorsqu'il dit en quoi consistent vraiment les intérêts des consommateurs.

Le Président se réfère à la communication de la Suisse, qui constitue un cas différent en ce sens que l'application des lois sur la RAP en Suisse a pour base la tromperie des consommateurs, la justification des lois étant que les consommateurs pourraient d'une certaine manière être trompés par des prix bas. Il serait intéressant que le délégué suisse puisse expliquer exactement en quoi consiste le raisonnement sous-jacent, et pourquoi les consommateurs seraient trompés par le fait que les prix sont inférieurs à ce qu'ils pourraient être. Quel est l'esprit de la loi, pourquoi est-il lié à la tromperie et, bien sûr, lorsqu'il s'agit de faire appliquer la loi, quels sont les critères permettant d'établir qu'il y a tromperie? Que doit-on prouver pour établir que les consommateurs ont effectivement été induits en erreur par ces bas prix ?

Le délégué de la Suisse déclare qu'à la lumière du récent débat politique qui a eu lieu sur les prix élevés que l'on connaît en Suisse, des prix bas, voire très bas, sont les bienvenus. En termes de groupes de pays, la Suisse appartient à la catégorie des pays qui ont supprimé les dispositions concernant la RAP, en l'occurrence en s'abstenant simplement de les appliquer.

La référence à la tromperie était destinée à empêcher les détaillants d'induire trompeusement les consommateurs à acheter des articles coûteux en étalant des articles à très bas prix : les consommateurs pourraient croire que comme il y a une offre à très bon marché, les autres produits sont également très bon marché alors qu'en fait ce n'est pas le cas. En ce qui concerne la question de la mise en application, il peut y avoir présomption de tromperie si le prix demandé au consommateur est inférieur au prix de gros moyen de produits comparables.

La disposition concernant la tromperie a été introduite après un débat parlementaire animé qui a opposé deux groupes, un groupe libéral et un groupe protectionniste. Il apparaît que la disposition en question a été introduite pour plaire au groupe protectionniste, mais en fait le résultat est favorable à la position du groupe libéral. La raison en est qu'une accusation peut être repoussée si le prix de gros effectif est supérieur au prix de gros moyen ou si on peut prouver que l'offre à bon marché faite aux consommateurs est transparente. Par exemple, si l'on fait une offre très bon marché pour amener les consommateurs à acheter dans une période hors saison, si le caractère hors saison de l'offre est rendu transparent aux yeux des consommateurs, le critère de la tromperie n'est pas présent. Le raisonnement qui sous-tend cette règle est également une forme de protection du consommateur, le mot étant toutefois pris dans un sens différent de celui qu'il a dans d'autres pays.

Comme cette règle n'a pas été appliquée très souvent, il n'y a pas d'études empiriques sur les cas où le critère de la tromperie s'applique.

Le Président mentionne ensuite la communication hongroise qui a décrit les efforts faits, apparemment sans succès, par l'autorité hongroise en charge de la concurrence, pour s'opposer aux dispositions en matière de RAP dans le régime de l'agriculture qui sont entrées en vigueur en 2003. Il y a eu apparemment une action vigoureuse menée pour introduire des dispositions en matière de RAP, à la suite d'un changement de position de négociation des industriels de l'agroalimentaire dans leurs relations avec les détaillants. La question se trouve naturellement posée de savoir si le régime de concurrence pourrait s'attaquer au problème perçu ici par le biais d'une enquête sur monopsonie ou abus de monopsonie menée à l'initiative des revendeurs ? Une seconde question porte sur la compatibilité de cette disposition du régime de l'agriculture avec la position prise par l'UE sur la prédation, qui énonce : "Les prix d'éviction sont préoccupants non parce qu'ils portent atteinte aux concurrents, mais parce qu'ils portent atteinte à la concurrence". Est-ce que la concurrence disparaît, ou est-ce qu'il est seulement question ici de la situation relative des concurrents ?

Selon le délégué de la Hongrie, en théorie la loi sur la Concurrence pouvait traiter des problèmes de monopsonie dans le cadre de l'abus de position dominante. Naturellement les questions de pouvoir de négociation qui, au demeurant, ne constitueraient pas un abus de position dominante ne sont pas couvertes par la Loi sur la Concurrence. Il y a eu au cours des années 90 quelques affaires de monopsonie, mais elles impliquaient des industriels de l'agroalimentaire et des agriculteurs et non des supermarchés ou des questions de RAP. Il y a eu quelques fusions de supermarchés, ainsi que des affaires de coopération commerciale ou de coentreprise en matière de supermarchés. Des problèmes de puissance de l'acheteur ou de monopsonie ont été examinés à ce propos, mais finalement on n'a pas trouvé de véritables problèmes qui auraient exigé que la puissance publique bloque la fusion ou fasse appel à d'autres remèdes. En définitive l'expérience hongroise en la matière ne confirme pas la nécessité d'une telle réglementation en Hongrie, et c'est en partie pour cette raison que l'Autorité opposée à ce que l'on interdise la RAP dans le régime de l'agriculture.

Le délégué hongrois explique que l'Autorité a organisé toute une série de plaidoyers en faveur de la concurrence afin de convaincre les décideurs de ne pas prévoir d'autres lois en matière de RAP. Cet effort de plaidoirie s'est notamment fondé sur des documents de l'OCDE tels qu'une table ronde du Comité de la Concurrence sur la puissance d'achat. L'Autorité hongroise en charge de la concurrence a relativement

réussi jusqu'ici dans sa lutte contre une nouvelle vague de réglementation dans d'autres secteurs. Le projet de loi sur le Commerce est en discussion au Parlement et la proposition d'extension des interdictions de la RAP ne figure pas dans sa version la plus récente. Mais à l'heure actuelle il y a sur cette question beaucoup d'idées fausses et de confusion en Hongrie.

Le délégué convient qu'il existe une discordance entre cette interdiction et le principe des prix d'éviction. Elle n'est nullement une disposition relative aux prix d'éviction – elle est quelque chose d'autre. L'UE ne pourrait-elle pas mener dans ce domaine des actions visant à plaider en faveur de la concurrence et semblables au projet en cours de réalisation dans le contexte de la libéralisation des professions libérales ?

Le Président donne ensuite la parole aux Pays-Bas, qui envisagent d'adopter une disposition sur la RAP, et où l'Autorité en charge de la concurrence a tenté comme d'autres organismes similaires de combattre cette initiative. Ladite Autorité a lancé toute une série d'études européennes sur les incidences et les problèmes de mise en œuvre administrative d'une législation sur la RAP. Les résultats sont intéressants. D'après ces recherches, les consommateurs, sauf peut-être les consommateurs allemands, ont bénéficié d'une plus grande concurrence entre les détaillants. Le nombre et la taille des petites épiceries ont diminué, qu'il y ait ou non des lois sur la RAP. Le Président a demandé au délégué néerlandais quels avaient été les contre arguments invoqués par les partisans d'une loi sur la RAP qui ont contesté l'étude ?

Le délégué des Pays-Bas décrit d'abord la situation aux Pays-Bas sur cette question. Comme on l'a souligné, la loi sur la RAP est actuellement un sujet politiquement très important à cause d'une très vive concurrence sur les prix, commencée en 2003, qui se déroule entre les supermarchés. La question est vigoureusement débattue et elle a reçu beaucoup d'attention de la part des médias. Les organisations regroupant les petits et moyens supermarchés plaident avec force en faveur de lois sur la RAP, tout comme les grandes sociétés de l'agroalimentaire. Début octobre 2005, le Parlement a tenu une audition publique au cours de laquelle ce point de vue a été formulé par les organisations précitées. Les partisans de lois sur la RAP souhaiteraient que ces lois soient introduites en même temps que le projet de loi amendant la loi sur la Concurrence. Comme il est indiqué dans la communication écrite, le gouvernement néerlandais n'est pas favorable à une telle interdiction de la vente à perte.

Deux cabinets de consultants en économie ont essayé de trouver un fondement économique solide à l'introduction de telles interdictions. Ils ont étudié la situation juridique dans plusieurs pays européens ayant des lois sur la RAP et également dans des pays où ces lois n'existent pas. Ils ont constaté – et c'est une conclusion très importante – que dans tous les pays examinés, les petits et moyens supermarchés ont du mal à maintenir leur position sur le marché. C'est naturellement le cas aux Pays-Bas, mais il en est de même dans les pays où il existe des lois sur la RAP. Un autre important facteur qui est apparu dans la recherche a concerné les difficultés que l'on rencontrera vraisemblablement dans l'application de l'interdiction de la RAP et les effets que susciteront ces difficultés. Pratiquement il semble fort difficile de faire appliquer de telles règles dans d'autres pays. Le respect de ces règles et les sanctions à mettre en œuvre poseront des problèmes. En outre ce n'est pas une tâche simple que de dégager le prix d'achat ou le prix coûtant lorsque l'on a affaire à des rabais et qu'il faut dire comment les mesurer et les déterminer. L'Autorité en charge de la concurrence continuera à faire valoir que l'interdiction par la loi de la vente en dessous du prix coûtant ne résoudra pas le problème du déclin des supermarchés petits et moyens, qui constitue le principal argument avancé par le secteur de l'agroalimentaire et par celui des supermarchés.

Sur la question particulière de ce que l'on trouve comme idées dans l'étude, quand on examine les effets de ces lois dans une optique comparative, il apparaît qu'il n'y a pas d'effet direct. Dans les pays où ces lois existent, on constate un fort déclin tant dans les banlieues que dans les zones rurales et urbaines.

Sur la dernière question posée par le Président, à savoir l'ampleur ou la nature de la réfutation que les partisans des lois sur la RAP ont élaborée, leur principal contre argument a consisté à dire qu'à leur avis on insistait trop sur l'obtention des prix les plus bas possibles. Selon eux, l'intérêt des consommateurs est d'avoir une diversité de produits sur les rayons des supermarchés et un haut niveau de service. Tout bien pesé, cela vaut la peine d'avoir un prix plus élevé pour certains produits si, en contrepartie, il y a des niveaux de service plus élevés et une plus grande variété de produits sur les rayons. Le sentiment de l'Autorité en charge de la concurrence est différent : c'est aux consommateurs de décider s'ils préfèrent un discounter pratiquant des prix bas ou un supermarché haut de gamme offrant des niveaux de service plus élevés et une plus grande diversité de produits sur les rayons.

En pratique, on voit apparaître aux Pays-Bas de plus en plus de supermarchés haut de gamme, en particulier dans les zones urbaines ; il y aura donc toujours un besoin de supermarchés offrant un haut niveau de service, de sorte que là où les consommateurs indiquent qu'un tel besoin existe, ces supermarchés survivront.

Le Président estime que l'argument avancé par les partisans de lois sur la RAP n'est pas exactement une réfutation de l'étude, parce que si cette dernière constate que le rythme de déclin des petits magasins est le même que l'on ait ou non des lois sur la RAP, cela indique que la variété des produits ou des services offerts qu'obtiennent les consommateurs est la même dans les pays où ces lois sont présentes et dans les pays où elles sont absentes. Mais il sera en tout cas fort intéressant de voir ce que ce débat va devenir.

Le Président poursuit avec Israël, où une enquête a été lancée par l'Autorité Antitrust d'Israël sur l'existence éventuelle de RAP, et la principale chaîne de supermarchés a été mise en examen après que des plaintes aient été déposées par des firmes de l'industrie alimentaire voulant cesser tout rapport avec des détaillants revendant leurs produits à perte. D'après la communication israélienne, il semble que l'on ait eu du mal à trouver beaucoup de revendeurs à perte. Cette communication a par ailleurs tendance à établir une relation entre la pratique des prix imposés et l'existence ou la non-existence de lois sur la RAP. Pourquoi ?

La déléguée d'Israël se félicite d'avoir l'occasion de participer à un débat tout particulièrement d'actualité : avant de prendre l'avion pour Paris, elle a eu une discussion avec les industriels de l'agroalimentaire en Israël, qui ont une fois de plus réitéré leur demande de lois sur la RAP. D'une manière plus générale, le débat sur cette question est devenu plus animé lorsque la plus importante chaîne de magasins d'alimentation d'Israël a décidé il y a environ six mois de lancer une nouvelle initiative marketing, et a commencé à vendre à perte plus de 300 produits, en ajoutant qu'elle comptait le faire tout au long de l'année. Cela a amené immédiatement la troisième chaîne de détaillants d'Israël à adopter une pratique similaire; mais la troisième chaîne, qui avait déjà de graves ennuis financiers, a fait faillite au bout de trois mois d'une telle pratique, laissant derrière elle une dette de plus de 350 millions de \$. Dans le contexte de l'économie israélienne, il s'agit d'une grosse perte financière.

Le point de vue traditionnel de l'Agence Antitrust d'Israël est de ne pas intervenir dans la pratique des reventes à perte. Mais lorsque la plus importante chaîne de détaillants a lancé sa nouvelle initiative, l'AAI a voulu voir s'il s'agissait d'une pratique visant à éliminer des petits concurrents. Elle s'est préoccupée en particulier des commerces de détail qui représentaient sur ce marché des cas aberrants. A la fin de son examen l'AAI a constaté qu'il n'y avait pas de raison pour elle d'intervenir; en fait c'était la troisième chaîne nationale de détaillants qui avait fait faillite, et non les petites chaînes privées, qui non seulement n'avaient pas sombré mais n'étaient même pas venues se plaindre auprès de l'Agence Antitrust de la politique de revente à perte de la première chaîne de magasins de détail. L'AAI n'avait donc aucune raison d'intervenir. L'une de ses conclusions a été que s'il y a certes eu 300 produits vendus à perte par la première chaîne de détaillants en Israël, il faut considérer ce marché comme un marché, de sorte qu'il ne suffit pas de regarder si les couches -culottes ou le café sont vendus à perte. Ce que l'on doit réellement

examiner, c'est si le contenu habituel d'un chariot vendu par cette chaîne l'est à perte – une approche cohérente avec la définition d'un marché. Naturellement si quelqu'un vient faire ses courses dans cette chaîne et achète exactement les 300 produits vendus à perte il en repartira avec tout un chariot vendu à perte. Mais ce n'est pas nécessairement ce qui se passe dans la plupart des chariots; il se peut très bien que la majorité des chariots quittent le supermarché avec un contenu qui en moyenne n'a pas été vendu à perte, et nous n'avons aucune indication suggérant le contraire. Puisque l'Agence Antitrust n'en a pas eu non plus, elle n'a vu aucune raison d'agir de son propre chef

Sur le lien entre la RAP et l'imposition d'un prix minimum, la déléguée d'Israël a expliqué que dans son pays il est interdit d'insérer une clause de prix imposés, à moins qu'elle n'ait été expressément approuvée par le Directeur Général de l'Autorité Antitrust d'Israël ou par le Tribunal Antitrust. On pourrait dire qu'il y a une certaine contradiction entre d'une part le fait de permettre dans certains cas l'imposition d'un prix minimum et d'autre part des règles interdisant la RAP, parce que de deux choses l'une : ou bien on souhaite promouvoir la concurrence entre marques, ou bien on désire la limiter. Les règles concernant la RAP ne suppriment pas totalement la concurrence entre marques, mais elles la limitent bel et bien.

En ce qui concerne la troisième question posée par le Président (quand les prix imposés sont-ils autorisés ?), l'Autorité Antitrust cherchera probablement à voir s'il existe des justification à des prix imposés, comme par exemple le souci d'éviter le parasitisme, ou le désir de labelliser de nouveaux produits qui viennent d'arriver sur le marché. Mais l'AAI ne permettra probablement pas de pratiquer des prix imposés à des sociétés qui sont des monopoleurs (ou des quasi-monopoleurs) sur leurs marchés respectifs ou dans les cas où l'on peut montrer qu'elles ont un pouvoir de marché. L'AAI a le sentiment que la concurrence intra marques est une forme importante de concurrence. Donc pour en revenir au cas de la chaîne de détaillants, beaucoup d'industriels de l'alimentation en Israël sont en fait des monopoleurs et, s'ils n'en sont pas, ils disposent d'un certain pouvoir de marché. Dès lors s'ils étaient venus nous demander l'autorisation de pratiquer des prix imposés, l'IAA ne l'aurait probablement pas permis.

Le Président évoque brièvement la communication de Consumers International, qui n'est pas présent à la table ronde. Dans sa communication CI émet l'idée que la charge de la preuve incombe aux partisans de lois sur la RAP ; en d'autres termes ils doivent prouver que de telles lois sont favorables aux consommateurs quant à la diversité des produits que les consommateurs peuvent obtenir, et qu'elles n'ont pas d'incidence négative sur les consommateurs. C'est une idée intéressante qui renvoie à ce qui a été dit sur la perception des consommateurs en Allemagne, et il est évident que CI semble avoir une idée légèrement différente que celle que l'on trouve dans les organisations de consommateurs en Allemagne et dans d'autres pays comme la France.

Le Président poursuit avec la Turquie, où il y a un projet de loi au Parlement sur les grands supermarchés, dont une disposition interdirait entre autres choses (1) d'accaparer le marché par des prix extrêmement bas pour les nouveaux commerces et (2) de mettre en œuvre une politique de prix plus bas à court terme afin de chasser du marché les concurrents en tablant sur un bénéfice à long terme. La formulation est quelque peu ambiguë, et elle rappelle vaguement les lois sur les prix d'éviction, mais ce n'est pas tout à fait pareil.

L'Autorité turque chargée de la concurrence a livré bataille à ce type de disposition et elle semble aussi avoir raisonnablement réussi contre elle dans ses plaidoyers. Le Président demande au délégué de la Turquie pourquoi y a-t-il un tel débat en Turquie ? Est-il limité au secteur de l'industrie alimentaire ? A-t-il pris naissance dans ce secteur et si oui, pourquoi ? Où en est le projet de loi ?

Le délégué de la Turquie a décrit la situation des grands supermarchés dans son pays, qui se trouvent sous le feu croisé à la fois des petites producteurs de l'industrie alimentaire qui se plaignent de la puissance d'achat des gros détaillants et des petits détaillants qui ont insisté sur le fait qu'ils ne pouvaient

pas soutenir la concurrence de la grande distribution parce que celle-ci a la possibilité de financer des ventes à perte. Cependant l'Autorité turque de la Concurrence a entrepris avec la Banque Mondiale et l'Union des Chambres de Commerce et de la Bourse Turque une grande étude qui couvre ce qu'on appelle les biens de consommation à rotation rapide – un panier de 150 à 200 produits concernant l'alimentation, les produits d'entretien et autres types de biens avec une durée de présence très limitée sur les rayons. D'après les résultats de l'enquête, les produits alimentaires, les produits d'hygiène et les produits d'entretien figurant dans le panier ont été 3 à 4% plus chers dans les épicerie que dans les discounts et les grandes chaînes de détaillants. En ce qui concerne les prix des produits d'hygiène, les épicerie étaient aussi relativement plus coûteuses de 1 ou 2% en moyenne. On a constaté que les prix des produits d'entretien étaient grosso modo au même niveau dans les différents types de magasins. La recherche sur les prix montre également qu'il y a des différences géographiques significatives en matière de prix pour les articles figurant dans le panier de l'enquête. Elles atteignaient environ 14 à 15% pour tous les produits ou tous les paniers examinés en 2004. Puisque les marges bénéficiaires sont tout à fait faibles dans le commerce de détail, cette différenciation des prix est fort significative. L'étude a constaté que les consommateurs étaient très sensibles au prix, en particulier pour les produits alimentaires.

Les grandes chaînes de discount et les supermarchés locaux ont accru leurs parts de marché pour toutes les catégories de consommateurs alors que les plus petits détaillants ont perdu une part de marché substantielle au cours des cinq dernières années. Les grands magasins de détail et les grands supermarchés qui disposent d'espace de vente de plus de 1000 m² représentent approximativement 21% du commerce de détail. Habituellement ces grandes surfaces pratiquent des baisses de prix sous forme de promotions opérées à un rythme au moins mensuel. Les petits commerçants adaptent leurs prix plus fréquemment à la politique des prix de la grande distribution, mais c'est sur le marché local que la concurrence se fait sentir au départ. Le problème de la localisation est l'un de ceux que le projet de loi a tenté de régler. Le gouvernement s'efforce d'amener ces grandes chaînes de détaillants à s'installer en dehors des villes, et en matière de prix il réglemente strictement leurs promotions et autres formes de rabais. L'Autorité turque de la Concurrence a pris position contre l'idée d'une loi spécifique, en faisant valoir que le droit de la concurrence existe déjà et qu'il faudrait l'appliquer.

S'agissant de la troisième question, le projet de loi est encore en cours d'examen pour différents organes et on ne voit pas encore nettement ce que sera le résultat, mais l'Autorité de la Concurrence maintient sa position hostile à l'égard de mesures nouvelles concernant la RAP.

Le Président note qu'à travers les communications il devient de plus en plus clair que les consommateurs ne comprennent pas que les Autorités de concurrence leur sont favorables et leur apportent un surplus. Ces Autorités ont semble-t-il un énorme problème de communication qui concerne aussi bien les entreprises que les consommateurs.

Le Président interroge ensuite la délégation américaine sur les lois des états relatives à la RAP. Selon la communication des États Unis, les questions de RAP ne se posent pas seulement dans le secteur alimentaire, mais également à propos de l'essence et des cigarettes. Quelle relation peut-on voir entre le lait, les cigarettes et l'essence ? Pourquoi est-ce particulièrement dans de tels secteurs que les dites lois semblent être plus répandues ? La seconde question est liée au débat sur l'existence d'un problème en la matière pour les États Unis, alors que c'est le pays au monde où la culture de la concurrence est la plus développée, et où le pouvoir des autorités antitrust et celui du plaidoyer est également le plus développé. La troisième question est la suivante : ces lois prévoient-elles la possibilité pour un détaillant voulant affronter la concurrence d'un magasin de plus grande taille de revendre à perte, ou cela lui est-il intrinsèquement interdit ? Avec quelle vigueur ces lois sont-elles appliquées par les états ?

Le Délégué américain (ministère de la Justice) explique qu'aux États Unis environ 40 des 50 états ont des lois générales sur la RAP, des lois spécifiques ou les deux. Il existe 16 États qui ont une loi spécifique

concernant les cigarettes et 6 d'entre eux n'ont pas de loi générale. On compte 14 États qui ont une loi spécifique concernant l'essence et 8 qui n'ont pas de loi générale. La raison pour laquelle il y a tant d'États qui ont des lois spécifiques concernant l'essence est que ces lois ne sont pas là pour protéger les consommateurs mais pour protéger les petites entreprises. Dans le secteur de l'essence il y a aux États Unis un très grand nombre de détaillants indépendants. Ils peuvent afficher les marques des *majors*, mais ce sont des firmes indépendantes. Elles disposent d'un lobby bien organisé pour protéger leurs intérêts – protection qui consiste à limiter la concurrence des stations service à bas prix. Au cours du dernier quart de siècle, en particulier, les raffineurs ont créé de grandes stations-service dont ils sont propriétaires n'assurent aucune sorte de réparations mais sont des magasins de proximité, et un grand nombre d'entre elles ne vendent que de l'essence en combinant gros volumes et marges très faibles. L'existence de ces stations-service possédées par les raffineurs peut avoir pour conséquence que le petit entrepreneur a du mal gagner sa vie.

Le cas des cigarettes n'est pas tout à fait aussi facile à comprendre. Il existe aux États Unis un grand nombre de petits magasins de proximité. Les cigarettes sont pour eux une source importante de revenu; en outre les cigarettes sont des produits qui font venir les gens dans ces magasins. On ne voit pas clairement dans quelle mesure le lobby des petits commerçants est bien organisé, ni la raison pour laquelle ils s'estiment particulièrement menacés en matière de cigarettes par rapport à d'autres produits qu'ils commercialisent.

En ce qui concerne les actions de persuasion, le Ministère de la Justice en a peu fait dans le passé ; dans les années récentes, il a beaucoup agi en ce qui concerne les pratiques non autorisées. La Federal Trade Commission a cependant plaidé très activement en faveur de la concurrence au niveau des États, en particulier dans ce domaine.

Le représentant américain a poursuivi à propos des arguments à l'encontre des ventes à perte en disant que c'est un domaine où la FTC est beaucoup plus impliquée que le Département de la justice. A la base, militer en faveur de la concurrence c'est représenter les consommateurs dans le système politique. En raison des coûts relativement élevés de l'action politique pour les consommateurs, leurs intérêts sont sous représentés par rapport à ceux des industries, au moment de l'élaboration des politiques. La concurrence donne aux consommateurs des prix plus bas, une qualité plus élevée et une plus grande variété. . Donc en favorisant des politiques qui permettent aux forces du marché de fonctionner au mieux, plutôt que de mettre à l'abri certaines industries de la concurrence, le plaidoyer en faveur de la concurrence promeut le bien être du consommateur. La capacité de la FTC d'influencer les décisions politiques des états dépend d'une variété de facteurs. Par exemple, le succès semble dépendre sensiblement de l'existence d'un groupe d'intérêt en place, efficace et bien organisé qui apporte son soutien à la FTC. Le représentant du département de la Justice a dit combien était bien organisé au niveau local le lobby des propriétaires indépendants de stations service. Quoique les grands magasins soient bien représentés au niveau national, les lois sur les ventes à perte sont souvent appliquées à l'encontre des grosses boites comme Wal-Mart et Costco ; au niveau local, ces magasins ont moins d'influence que des stations d'essence indépendantes.

Il est important de faire savoir aux consommateurs que ces lois les pénalisent. Dans le cas d'un groupe organisé sur place, il a souvent des contacts, localement, avec la presse qui peut écrire des histoires sur la question, informer les consommateurs et en fin de compte contribuer à exercer une pression sur les hommes politiques qui examinent ces lois. Il est également important que l'exécutif d'un état soit un allié. En général, les bureaux des procureurs généraux locaux (State attorneys general offices), particulièrement ceux qui mettent en œuvre la loi au plan local, partagent les vues de la FTC, à savoir que les lois sur la vente à perte sont mauvaises pour les consommateurs. Le succès de l'argument concurrentiel dépendra aussi de l'existence ou non d'une loi sur la revente à perte ; il est plus difficile de modifier le statu quo que de s'opposer à une loi sur la revente à perte.

Sur l'argument en faveur de la concurrence, le délégué américain a indiqué qu'il n'était pas évident de savoir si cet argument était habituel dans le cas des lois sur les reventes à perte. Le Robin Patman Act permet à l'accusé de l'invoquer aussi longtemps qu'en toute bonne foi il croit que ces lois sont compatibles avec les principes de concurrence. Ces lois, par ailleurs, imposent une exigence de preuve plus élevée à ceux qui invoquent cet argument. Un homme d'affaire devra fournir un document quelconque ou toute preuve écrite. Par exemple, un carnet attestant que dans le cadre normal de son activité, il tient un compte des prix pratiqués par ses concurrents et peut montrer un jour donné que pour faire face au prix d'un concurrent, il a dû appliquer un prix inférieur au prix de revient. Mais cela conduit à un cercle vicieux : une personne vend en dessous du prix de revient parce qu'une autre personne vend en dessous du prix de revient, et ainsi de suite... Ce type d'exception, en pratique, vide la loi de sa substance- il faudra démêler l'écheveau pour comprendre qui est à l'origine de la chaîne. En fait quelque chose de similaire s'est produit l'été dernier dans le Maryland avec un « discounter » qui a commencé à vendre à perte et cela a créé un effet en chaîne jusqu'à ce qu'une station service décide qu'elle ne voulait pas vendre à perte et en appelle aux autorités locales, ce qui a conduit les stations services à relever leurs prix pour se conformer à la loi.

Le Président donne la parole à la Grèce et au BIAC.

Le délégué de la Grèce signale que l'Autorité grecque de la Concurrence a récemment traité une affaire directement pertinente qui illustre bien la manière dont la mise en œuvre de la loi sur la RAP peut susciter un comportement anticoncurrentiel en matière de prix chez des détaillants du secteur de l'épicerie. L'affaire a fait l'objet de beaucoup de publicité de la part des médias, et l'intervention de l'Autorité grecque de la Concurrence a obtenu l'appui des consommateurs.

En Grèce, les détaillants ne peuvent pas vendre en dessous du prix facturé, qui est le prix d'achat figurant sur la facture majoré de toutes les taxes et des frais de transport, et diminué des escomptes prévus sur la facture. Cela forme une sorte de prix minimum imposé, sans affecter nécessairement la liberté qu'ont le fournisseur et le détaillant de négocier bilatéralement et de se mettre d'accord sur le pourcentage de l'escompte prévu sur la facture en fonction de la taille et du volume des ventes du détaillant. La législation est entrée en vigueur en 2001 juste quelques mois avant l'introduction de l'Euro. A cette époque, elle a été le résultat d'un lobbying efficace de l'association des chaînes de détaillants et du secteur de l'industrie alimentaire auprès du Ministère. A l'époque le Ministre était très préoccupé par l'évolution des prix à l'avenir compte tenu de l'introduction de l'Euro; c'est pourquoi après l'entrée en vigueur de la loi, il a conclu un accord officieux avec l'association des commerces de détail et celle des industriels de l'alimentation. Tous les intéressés ont été d'accord pour faire figurer dans les factures la masse excessive des escomptes et réductions qu'offraient à l'époque les fournisseurs aux détaillants, et qui seraient répercutée aux consommateurs.

Dans ce contexte, le conseil de direction de l'association des commerces de détail a pris l'initiative d'établir une liste qui fixerait le montant exact de l'escompte que chaque industrie alimentaire devait accorder à chaque membre de l'association. Le montant des escomptes serait le même pour l'ensemble des détaillants, sans aucune différenciation en fonction de la taille ou du volume des ventes des détaillants, ce qui en faisait donc des pourcentages fixes. L'association des détaillants a ensuite diffusé cette liste à titre de recommandation auprès de tous ses membres et elle a demandé qu'elle soit appliquée. L'Autorité de la Concurrence a enquêté sur cette affaire en 2004. Elle a abouti à la conclusion que cette liste constitue une décision ayant pour objet la formation d'une entente indirecte sur les prix, et qu'elle constitue donc une infraction à la législation nationale ainsi qu'à l'article 81 du traité. L'amende qui a été récemment infligée en Juillet 2005 à l'association des détaillants s'est montée à 15 millions d'€, ce qui est une amende record par rapport aux normes grecques, et il a été naturellement fait appel de la décision. L'association des détaillants fait valoir pour sa part qu'elle s'est conformée à la législation et avec l'accord officieux conclu avec le ministre. C'est maintenant au juge de trancher et de dire si cela est vrai ou non.

Le représentant du BIAC déclare que du point de vue de la concurrence, des lois qui sont conçues pour empêcher les entreprises d'offrir les prix les plus bas possible sont contre intuitives. Des prix bas sont toujours bons pour les consommateurs et l'interdiction de faire payer des prix particulièrement bas, c'est à dire des prix inférieurs aux coûts devrait être examinée avec un haut degré de scepticisme. La table ronde de l'année dernière sur les stratégies d'éviction prédatrice a montré que l'interdiction des prix d'éviction par des entreprises dominantes, si elle est adéquatement formulée et appliquée peut être un mécanisme très utile ou même nécessaire pour empêcher les consommateurs d'être lésés par des stratégies de prix bas abusifs. L'exemple que le représentant israélien vient de donner est très éclairant quant à la différence entre les deux concepts. Les lois concernant la RAP vont à divers égards au-delà de l'interdiction des prix d'éviction. Les lois sur la RAP relèvent le plancher des prix qu'une firme dominante peut pratiquer au dessus de la norme d'éviction. En outre elles s'appliquent souvent à des firmes non dominantes qui ne sont pas soumises à la norme définissant la domination (c'est le cas par exemple de l'Allemagne, de la France et de la Belgique). Enfin les lois sur la RAP empêchent tout simplement les entreprises d'offrir des prix bas sans exiger la moindre preuve d'une incidence négative sur la concurrence ou sur les consommateurs. Dans la plupart des cas, les lois sur la RAP sont rédigées pour être purement et simplement des entraves, et en tant que telles elles constituent des instruments assez abrupts et dépourvus de nuances.

Ce dernier aspect est probablement le plus gênant. Des règles pures et simples ne peuvent être justifiées que dans des situations où l'incidence négative d'une certaine pratique est claire. S'il n'y a pas de preuve de l'existence d'une incidence négative de la RAP sur la concurrence ou sur les consommateurs, on peut soutenir que les consommateurs bénéficient de stratégies de revente à perte. Les recherches néerlandaises semblent montrer qu'il n'y a pas de preuve de l'existence d'une incidence négative. Le document de référence du Secrétariat a tout à fait raison de décrire le nombre significatif de situations dans lesquelles il peut être parfaitement raisonnable de se lancer dans des stratégies de revente à perte. Le lancement de nouveaux produits ou l'arrivée de nouveaux entrants dans un marché constitué ne sont que deux exemples parmi d'autres. Dans ces circonstances les lois sur la RAP sont vraisemblablement de nature à nuire aux consommateurs en leur déniaient les bas prix qui résultent de stratégies de vente à perte. En même temps elles risquent de protéger des concurrents inefficients. Ce n'est pas vrai seulement pour les lois sur la RAP d'application générale, c'est-à-dire des lois s'appliquant à toutes les marchandises au détail. Il y a aussi des exemples de lois sur la RAP qui couvrent la vente d'articles spécifiques comme les produits pétroliers (cf. l'exemple américain des cigarettes et autres produits). Dans de nombreux cas les secteurs économiques concernés ne sont pas exactement les branches nouvellement libéralisées où les lois sur la RAP peuvent tenter d'offrir à de nouveaux commerçants inefficients une protection temporaire pour leur permettre d'atteindre une taille viable. C'est plus ou moins dans bien des cas le résultat d'un exercice de lobbying. Il est très fréquent que l'objectif explicite de telles lois soit de protéger les petites entreprises concurrentes. De toute évidence il y a un prix à payer par les consommateurs, comme l'ont souligné la note de référence du Secrétariat et la communication du BIAC, et l'Autorité irlandaise de la Concurrence a estimé que supprimer les restrictions concernant la RAP (celles qu'impose le Grocery Order) aurait fait économiser à un ménage moyen jusqu'à 500 € sur 12 mois. Il s'agit d'une somme énorme, et même s'il ne s'agissait que de 200 €, le préjudice causé est très sérieux, et si on le compare à celui causé par les cartels, la différence est difficile à apprécier. Ici encore le problème majeur est de savoir s'il y a des raisons de penser que les stratégies interdites par des lois sur la RAP telles que le Grocery Order ont un impact négatif sur les consommateurs ou sur la concurrence en tant que telle. Ce n'est évidemment pas la même chose qu'une incidence négative sur tel ou tel concurrent. En l'absence de telles preuves, les lois sur la RAP sont probablement nuisibles aux consommateurs. L'exemple irlandais montre que les lois sur la RAP devraient être surveillées et évaluées pour voir si elles apportent effectivement des avantages aux consommateurs et à la concurrence en tant que telle, notamment là où il y a une interdiction parallèle des abus de position dominante par des prix d'éviction. En ce qui concerne les nouveaux projets de législation sur la RAP il pourrait être utile de réfléchir à l'intérêt de reporter la charge de la preuve concernant l'impact de ces lois sur les groupes qui bénéficieraient de leur introduction. Il semble qu'il y ait un très

large accord entre les positions des consommateurs et des milieux d'entreprises sur cette question, et que des lois sur la RAP aient plus de chances d'être nuisibles que politiques aux consommateurs.

Le Président se demande si le secteur agro-alimentaire est représenté au BIAC.

Le délégué de l'Italie déclare qu'un effet supplémentaire des lois sur les ventes est qu'elles tendent à accroître la collusion entre les entreprises ; elles diminuent également la rivalité entre fournisseurs, ce qui est un effet tout à fait important dans la mesure où, lorsqu'il n'y a pas de loi, si un supermarché vend quelque chose à un prix très bas, les concurrents ne savent pas si ce prix est inférieur au coût ou non. Dès lors ils ont tendance à se livrer à une concurrence plus agressive pour obtenir eux aussi de l'industriel les remises accordées à ce supermarché. C'est pourquoi dans de nombreux pays, y compris l'Italie, les associations d'industriels, en particulier ceux qui fabriquent des produits de marque, sont très favorables à des lois sur la RAP. Naturellement personne ne va dire que les lois sur les ventes à perte diminuent la concurrence. Ce qu'ils disent tous, c'est que les ventes à perte portent atteinte à la réputation de leurs produits de haute qualité, qui devraient être perçus comme tels par les consommateurs. Le fait que ces produits soient vendus à très bas prix nuirait à l'image et à la réputation de ces produits qu'ils se sont donnés tant de mal à construire par la publicité. Selon cette manière de voir, les lois sur la RAP sont importantes pour maintenir cette réputation et rentabiliser ces investissements. Ces arguments sont avancés de façon agressive tant par le secteur industriel que par celui des détaillants.

Le délégué de la République Tchèque décrit la situation dans son pays, qui se caractérise par une importante concentration de supermarchés. Près de 70% des produits en République Tchèque sont vendus dans des supermarchés situés dans le centre historique des villes, tandis que les petits commerces font faillite. Plus de 90% de la production d'aliments est vendue dans les supermarchés, ce qui a provoqué un très sérieux problème entre producteurs de denrées alimentaires et supermarchés. Une loi spéciale sur la dépendance économique est en discussion au Parlement ; elle devrait empêcher la destruction de l'agriculture et de l'industrie agroalimentaire tchèque.

Le Président a déclaré qu'en France il existe une telle loi sur les abus et la dépendance économique. Elle s'est révélée décevante pour tout le monde, pour ceux qui sont favorables à la concurrence mais également pour les lobbies qui étaient partisans de la loi. Cela pose plusieurs types de problèmes, à savoir la définition de la dépendance, l'identification des remèdes, à quoi s'ajoute en troisième lieu le fait que lorsqu'il y a une situation de dépendance, de quelque manière qu'on la définisse, il est très rare que l'agent dépendant porte plainte parce qu'il craint des représailles.

Le représentant de la Commission Européenne répond à la déléguée hongroise concernant l'idée d'un plaidoyer de la Commission à l'encontre des lois sur la RAP. La Commission s'est efforcée d'aborder ce problème non point dans l'optique de ses pouvoirs antitrust, mais dans l'optique des règles du traité de l'UE relatives au libre mouvement des biens entre États membres. Il existe une jurisprudence qui remonte aux années 1990-91, lorsque la Cour de Justice des communautés européennes a déclaré – et la Commission est intervenue en ce sens dans la procédure – que de telles lois concernant la RAP étaient contraires aux règles de l'UE relatives au libre mouvement des biens même si ces lois ne font pas de discrimination entre les produits nationaux et les produits en provenance d'autres États membres. Malheureusement deux ans plus tard, en 1993-94, la Cour de Justice a examiné ces décisions et a déclaré que ce type de lois n'était pas contraire au traité puisqu'il n'y avait pas de discrimination entre produits nationaux et produits provenant d'autres États membres.

Si la Commission pouvait d'une manière ou d'une autre émettre un plaidoyer dans le domaine de compétence du Directeur Général de la Concurrence, la question serait probablement difficile à aborder parce que les dispositions existantes ne fournissent pas la base juridique appropriée, mais les possibilités méritent d'être explorées.

Le délégué du Brésil retire de cette discussion la conclusion que l'élément clé ne se trouve probablement pas dans les recherches juridiques et universitaires montrant pourquoi les lois sur la RAP sont mauvaises et diminuent le bien-être ; le point essentiel semble réellement résider dans la persuasion, et il mentionne deux problèmes propres au Brésil qui en montrent clairement l'importance.

Le Brésil n'a pas de lois portant sur la RAP ou les prix imposés. La raison, selon l'intervenant, tient à la situation de concurrence qui existe dans le commerce de détail entre les grands et les petits détaillants : en ne payant pas d'impôts les petits détaillants font une concurrence déloyale aux gros détaillants ; s'il y avait une loi sur la RAP il faudrait examiner ce qui est effectivement payé – non seulement le prix facturé, mais également les impôts dus, etc. Une telle loi pourrait être utilisée en faveur des grands supermarchés à l'encontre des petits commerçants, c'est pourquoi ces derniers ne font pas pression sur le gouvernement pour qu'il mette en place une telle législation.

L'intervenant ajoute qu'au Brésil les consommateurs voient très clairement l'intérêt de ne pas avoir ce genre de loi, et il fait état de l'anecdote suivante. Il y a deux ans, dans la ville de Sao Paulo la municipalité a mis en oeuvre un système grâce auquel on pouvait utiliser les mêmes tickets d'autobus pour quatre déplacements différents dans un intervalle de 4 heures, afin de faciliter les déplacements quotidiens, notamment chez les plus pauvres. Dès que ce nouveau ticket d'autobus est entré en vigueur, deux personnes différentes se rendant à leur travail ont examiné dans le journal les annonces de ventes à perte dans les supermarchés et comparé les prix, pour utiliser ensuite le fait de pouvoir sur le trajet du retour descendre du bus en différents endroits et aller dans un supermarché acheter les articles vendus à perte en reprenant ensuite le bus avec le même ticket une seconde fois pour acheter d'autres articles vendus à perte ! Les problèmes de revenus que connaissent les consommateurs les rendent donc extrêmement sensibles aux prix, et ils comprennent le signal qui leur est adressé.

En outre dans de nombreuses chaînes de supermarché au Brésil, on trouve dès l'entrée deux chariots qui correspondent aux paniers consommés en moyenne par les gens fréquentant ces supermarchés, et l'un d'eux annoncera : "Ne vous laissez pas abuser par les annonces d'articles vendus à perte ! Voici ce que vos achats vont vous coûter en moyenne, et voici ce qu'ils vous coûteront chez le concurrent qui se trouve dans la même rue". Donc le concept de marché est enseigné par les chaînes de supermarchés aux consommateurs, et ces derniers ont bien compris la leçon. Voilà qui montre clairement qu'il ne s'agit pas d'amener les consommateurs à comprendre le concept, ou de disposer des bons arguments sur le plan théorique, ce qu'il faut en fait, c'est avoir le contact avec les consommateurs et les amener à s'organiser de façon à ce que le vrai consommateur moyen ait voix au chapitre pour échapper au lobbying des intérêts particuliers qui seraient avantagés par ce type de loi.

Un autre délégué du Brésil réagit aux commentaires sur les barrières à l'entrée formulés par le délégué de l'Allemagne. Il existe de nombreux cas illustrant le fait qu'au Brésil les barrières à l'entrée dans les supermarchés ont été surestimées parce qu'après les fusions ou pendant l'analyse du processus il y a eu des entrées dans le secteur. Chose étonnante, le prix moyen des produits alimentaires a baissé ; les gens ont été très préoccupés par les fusions parce qu'ils ont pensé que si les petites entreprises disparaissaient les prix pourraient augmenter. Cela n'a pas eu lieu, mais ce qui est très intéressant, c'est qu'après ces fusions il y a eu une augmentation du nombre des supermarchés indépendants de taille moyenne dans la plupart des villes. Les magasins traditionnels sont devenus plus nombreux bien que leur part de marché ait baissé ; en outre, dans certaines régions les supermarchés indépendants ont diminué leurs prix plus que les grandes chaînes. Il apparaît que l'industrie alimentaire est en train de mettre en place toute une série de stratégies pour maintenir en activité les détaillants de taille moyenne en leur offrant des remises égales au prix net qu'ils proposent aux plus gros détaillants. Dès lors la frange des concurrents dans le commerce de détail peut survivre parce que l'industrie alimentaire leur transfère certaines remises. Il importe d'être attentif non seulement aux remises, mais également aux autres stratégies mises en place dans le commerce de détail et dans l'industrie alimentaire, en particulier dans les pays en développement où les prix alimentaires ont une

telle importance par rapport aux revenus. Si le consommateur allemand peut se permettre de payer des prix plus élevés, c'est bien, mais ce n'est pas possible dans des pays comme le Brésil.

Le Président est revenu au délégué de la République Tchèque pour clarifier l'un de ses propos. Est-ce que le problème en République Tchèque est vraiment un problème de vente à perte, ou est-ce un problème lié au fait que les grandes chaînes de supermarchés ne vendent pas forcément à perte, mais ont des coûts plus bas parce qu'elles achètent sur le marché international au lieu de s'approvisionner sur le marché local, mettant ainsi en difficulté les petits détaillants ? Telle qu'il comprenait l'explication fournie, il y avait une difficulté pour les petits détaillants, mais le délégué semblait impliquer que l'approvisionnement des grands supermarchés pouvait provenir de l'extérieur, si bien qu'il était moins cher que ce qui était produit localement. Est-ce là que gît le problème ? Si tel est le cas, il peut effectivement y avoir là une question importante, sur le plan sociologique et politique, voire même sur le plan économique, si l'on tente d'organiser un processus de transition, mais ce n'est pas forcément quelque chose qui corresponde directement à ce dont le Comité discute lorsqu'il parle de vente à perte.

Selon le délégué tchèque le principal problème dans son pays est que la puissance d'achat des supermarchés est extrêmement élevée sur les producteurs de denrées alimentaires. Les prix offerts aux producteurs sont de plus en plus bas et les producteurs sont en train de faire faillite. Il n'y a pas d'abus de position dominante puisqu'il y a 15 grands réseaux de supermarchés en République Tchèque, et il n'y a pas entre eux d'accords de cartel, bien qu'ils se comportent de façon identique.

Le Président conclut la table ronde en notant qu'une des choses importantes qui ressort de la discussion est le fait qu'il y a eu des études systématiques de l'impact de ces lois tentant de montrer que les avantages supposés exister selon leurs partisans ne sont pas forcément apparents, et montrant également que certains des coûts pesant sur les consommateurs sont probablement beaucoup plus élevés qu'on ne le pense— ce qui est peut-être l'une des meilleures réponses. Le Président a eu cependant le sentiment qu'il y a peut-être d'autres questions sur lesquelles il vaudrait la peine de revenir dans le futur, comme par exemple la puissance d'achat. Peut-être faudrait-il également songer au fait que l'on a souvent affaire à des groupes qui se retrouvent très vite privés d'emploi, et il y a là un enjeu social qui explique que le lobbying que pratiquent ces groupes possède une telle force. Le Comité a certainement des leçons à apprendre sur la manière de plaider avec efficacité, parce que la situation est claire : l'opinion unanime est que ces lois sont mal fondées, elles ne règlent pas le problème qu'elles sont supposées résoudre et elles coûtent cher.