

Cycle de conférences de la Cour de cassation

LA BAISSÉ DES PRIX : PRATIQUE CONCURRENTIELLE OU ANTICONCURRENTIELLE

27 mars 2006

La concurrence force les offreurs de biens et services à réduire leurs coûts et leurs prix ce qui augmente ce que les économistes appellent « *le surplus des consommateurs* ». Cependant, une entreprise en situation de position dominante confrontée à la possibilité d'une entrée dans le secteur ou à une concurrence par les prix de la part de ses petits concurrents peut réagir en pratiquant des prix extrêmement bas, sélectifs ou non. Ces bas prix peuvent eux-mêmes conduire l'entrant potentiel à renoncer à entrer sur le marché ou les petits concurrents à quitter le marché. Dans quelles circonstances doit-on considérer, au regard du droit de la concurrence, que la baisse de prix par une entreprise ayant une situation de position dominante, l'octroi de ristournes ou de rabais aux clients de ses concurrents, la discrimination constituent des pratiques admissibles, voire pro-concurrentielles et dans quels cas doivent-elles être considérées comme des pratiques anticoncurrentielles ?

RLC 613

LES PRATIQUES DE PRIX BAS SONT-ELLES ANTICONCURRENTIELLES ?

Par Anne PERROT, Vice-présidente du Conseil de la concurrence

La vente de produits ou de services à « *prix bas* » par une entreprise peut revêtir de nombreuses formes (*infra*, bibliographie : Motta [2004] offre un panorama complet de ces pratiques) : prix simplement « *faibles* » ou en dessous des coûts ; remises proposées à des acheteurs conditionnellement au respect de certaines modalités – comme le dépassement de seuils quantitatifs ou bien l'achat simultané d'autres produits –, prix bas offerts à certaines catégories d'acheteurs seulement. Ces pratiques tarifaires soulèvent des problèmes d'appréciation délicats de la part des autorités de concurrence. En effet, les prix bas sont, parmi d'autres facteurs, comme la diversité de l'offre et la capacité des marchés à faire émerger des innovations, l'une des manifestations de l'intensité de la concurrence qui règne sur un marché. Les autorités de concurrence devraient donc *a priori* considérer d'un œil bienveillant des niveaux de prix faibles. Cependant, toutes ces pratiques sont aussi susceptibles, lorsqu'elles sont mises en œuvre dans certaines conditions, de refléter des stratégies anticoncurrentielles de la part de leurs auteurs, qui recherchent alors l'éviction de leur concurrents. Une telle situation requiert que soient mis en œuvre des critères de jugement suffisamment fins : une appréciation trop sévère des pratiques de prix bas risque de conduire les entreprises à augmenter leurs niveaux de prix ou à ne plus proposer d'innovations commerciales, de peur que celles-ci ne soient trop facilement jugées anticoncurrentielles ; une indulgence excessive peut au contraire faciliter des pratiques d'éviction des concurrents, néfastes à terme pour le développement des marchés.

Du point de vue théorique, la recherche de l'équilibre entre ces deux écueils conduit à privilégier une approche de ces pratiques par leurs effets et à abandonner une analyse par catégories qui fait courir deux risques de natures opposées, mais également dommageables pour la collectivité.

D'une part, une approche par catégories (qui sanctionne *per se* des pratiques comme la prédation ou les remises de couplage dès lors qu'elles émanent d'entreprises en position do-

minante) peut conduire à traiter de façon dissymétrique deux pratiques (prix prédateurs et remises de couplage dans cet exemple) qui ont pourtant le même effet recherché : l'éviction des concurrents de l'un des marchés sur lesquels l'entreprise est menacée. D'autre part, une approche par catégories conduit trop facilement à juger per se illégales des pratiques mises en œuvre par une entreprise en position dominante sans tenir compte des gains d'efficacité qui peuvent être à l'origine de la pratique ou en être la conséquence : un même comportement peut ainsi suivant les cas s'expliquer par une volonté d'éviction ou par une transmission aux acheteurs de gains d'efficacité de diverses natures.

Une approche par les effets consiste au contraire à identifier tout d'abord le dommage concurrentiel puis la stratégie menée par l'entreprise. Dans bien des cas en effet, offrir des prix bas n'est pas avantageux pour une entreprise. La détermination du prix résulte en effet d'un arbitrage : des prix élevés garantissent une marge élevée mais réduisent la demande, tandis que des prix plus faibles peuvent compenser les faibles marges par des volumes importants. Cependant, produire est coûteux, tandis que pratiquer des prix élevés ne l'est pas : il est donc en général plus tentant pour les entreprises de trouver les moyens de maximiser leurs profits en augmentant leurs prix plutôt que leurs quantités. Par conséquent, il est naturel de chercher à comprendre la rationalité sous-jacente à une offre assortie de prix bas, et ceci d'autant plus que le marché est peu concurrentiel et que les mécanismes de marché qui tendraient à rapprocher les prix des coûts sont absents.

Certaines pratiques de prix bas peuvent avoir une rationalité pour une entreprise qui serait pourtant en monopole et, de ce fait, non soumise à une pression concurrentielle, même de la part de rivaux potentiels ; c'est ainsi le cas d'une entreprise offrant un « *bien réseau* », c'est-à-dire un bien dont l'utilité pour les consommateurs croît avec le nombre des consommateurs déjà présents dans le réseau (la « *base installée* ») : comme ces consommateurs seront prêts à payer demain un

>

prix d'autant plus élevé que la base installée est grande, une entreprise offrant un tel bien a intérêt à pratiquer très tôt des prix bas, de façon à attirer une base installée qui sera ensuite mieux valorisée. L'intérêt de la mise en œuvre d'une telle stratégie d'attraction précoce des consommateurs est indépendant de la présence de concurrents (à ses débuts, le Minitel, qui n'était concurrencé par aucune autre technologie, a été offert gratuitement aux abonnés) et donc de la volonté de les évincer, puisqu'un monopole non menacé aurait intérêt à offrir un tel profil de prix : prix d'abord faibles pour attirer les clients, puis élevés pour exploiter la disponibilité à payer des consommateurs rattachés au réseau.

D'une façon générale, les travaux de l'école de Chicago, en posant systématiquement la question des gains d'efficacité attachés à tel ou tel type de comportement a poussé les économistes à construire de nouveaux modèles pour comprendre le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques. Bien souvent ces modèles ont recours à des hypothèses d'information imparfaite ou asymétrique entre les acteurs, étudient des situations de concurrence dynamique complexes, mais fournissent des cadres analytiques cohérents pour comprendre dans quel contexte concurrentiel une pratique peut avoir effectivement des effets anticoncurrentiels.

Face à ces pratiques de prix bas, le rôle des autorités de concurrence est donc difficile à jouer ; il nécessite une vision fine des stratégies à l'œuvre de la part des entreprises et la mise en œuvre d'une appréciation au cas par cas. Certains juristes voient dans une telle approche une source d'insécurité juridique. C'est ignorer que des principes théoriques sous-tendent cette évaluation des pratiques par les effets. Il est donc possible de faire la liste des questions que les autorités de concurrence – mais aussi les entreprises – doivent apprendre à se poser lors de l'évaluation de pratiques présumées d'abus de position dominante se manifestant par des prix bas. La méthode qui devrait guider la décision sera d'abord exposée (cf. pour une analyse plus approfondie, le rapport de l'EAGCP [2005] cité en bibliographie), puis nous illustrerons à l'aide de quelques exemples la façon dont pourraient être abordées certaines pratiques de prix bas.

I. – ÉVALUATION DES EFFETS DES PRIX BAS : ESQUISSE D'UNE MÉTHODE

Une approche par les effets repose sur deux piliers qui recourent largement à l'analyse économique : tout d'abord, l'identification du dommage causé par la pratique. Ensuite, la production d'une « *histoire microéconomique* » convaincante pour expliquer le comportement observé de l'entreprise, histoire qui doit s'appuyer à la fois sur la théorie économique et sur les faits.

A. – À la recherche du dommage

À première vue, des prix bas sur un marché profitent au consommateur, dont les autorités de concurrence cherchent à protéger les intérêts (« *l'intérêt* » des consommateurs est mesuré quantitativement par le « *surplus* » qu'ils obtiennent sur un marché donné). Une partie des difficultés vient de ce que des prix bas, qui traduisent a priori une forte intensité concurrentielle sont, en général, nuisibles aux concurrents. Certes, le droit de la concurrence ne cherche pas à protéger les concurrents, mais l'éviction de ces derniers du marché, si elle ne trouve pas son origine dans une concurrence par les mérites, nuit aussi à la concurrence : autrement dit, si les consommateurs profitent à court terme de l'intensité de la concurrence par les prix, ils finiront par en pâtir à moyen terme si certains concurrents sont évincés par des pratiques tenant à la seule mise en œuvre du pouvoir de marché d'autres acteurs. En effet, la sélection des entreprises actives dans un secteur doit

résulter, et c'est sans doute l'une des conséquences les plus positives du fonctionnement normal des mécanismes de marché, d'une concurrence par les diverses dimensions des produits, et non des possibilités qu'ont certaines entreprises de mettre en œuvre des stratégies anticoncurrentielles.

La première étape du raisonnement face à une pratique de prix bas doit être l'identification du dommage causé par la pratique, ce dommage devant évidemment être apprécié non seulement à court terme, mais en tenant compte des conséquences prévisibles sur la structure du marché (entrée, sortie de concurrents). Identifier le dommage signifie donc, en premier lieu, identifier le marché sur lequel la pratique est susceptible de produire des effets. Ainsi, une pratique de prédation a-t-elle *a priori* un effet sur le marché même sur lequel les prix prédateurs sont offerts. Mais une entreprise peut aussi vouloir, par des prix en dessous des coûts sur un marché donné, se forger une réputation d'agressivité, pour prévenir l'entrée de concurrents sur des marchés futurs ou connexes sur lesquels elle pourrait être attaquée. Dans ce cas, la pratique de prédation mise en œuvre sur un marché donné est destinée à avoir des effets sur d'autres marchés (les marchés futurs du même bien dans le cas d'appels d'offres successifs sur un produit donné par exemple, ou d'autres marchés... sur lesquels l'entreprise est aussi présente). Ainsi, dans un tel cas, les pertes que l'entreprise fait sur un marché ne peuvent s'expliquer autrement que par la volonté de dissuader l'entrée sur d'autres marchés. Il s'agit d'un « *investissement en réputation* », coûteux aujourd'hui, qui sera compensé par l'effet de dissuasion d'entrée dans le futur.

De la même façon, une pratique de couplage anticoncurrentiel est traditionnellement vue comme la recherche de l'extension d'une position dominante d'une entreprise à partir de son marché d'origine (A) sur un marché connexe (B). Il faut d'ailleurs noter que la « *connexité* » ne fait pas nécessairement intervenir la complémentarité technique des produits A et B, mais peut simplement découler du fait que ce sont les mêmes acheteurs qui sont en présence sur les différents marchés. Les réactions d'un même acheteur aux offres présentées par l'entreprise sont ainsi interdépendantes, quand bien même les biens seraient indépendants du point de vue de leur usage c'est-à-dire, au sens de la théorie économique ni substituables, ni complémentaires. Leur lien provient alors du fait que la « *contrainte budgétaire* » fait en revanche intervenir un seul agent, l'acheteur.

Toutefois, au lieu de viser à étendre la position dominante de A vers B, le couplage peut parfois chercher à protéger la position détenue sur le marché A. C'est le cas, par exemple, si un concurrent offre un produit de très bonne qualité sur le marché B, ce qui pourrait lui permettre dans le futur de venir par ce biais prendre des parts sur le marché A. Dans ce cas, l'entreprise dominante sur A cherche à évincer le concurrent du marché B pour éviter son entrée future sur son marché A. On le voit, dans ces exemples, une même pratique peut produire des effets d'éviction sur différents marchés. Il importe donc de détailler précisément la nature des dommages anticoncurrentiels présumés de la pratique en question, ce qui est un premier pas vers la sécurité juridique réclamée à juste titre par les entreprises. Sur quel marché et par le biais de quel mécanisme l'effet anticoncurrentiel s'exerce-t-il ? La réponse à une telle question ne peut être étayée que par la compréhension des stratégies à l'œuvre de la part de l'entreprise.

B. – À la recherche d'une stratégie

« *L'effet d'apprentissage* », mis en évidence empiriquement dans l'industrie de l'aviation aux États-Unis dans les années

cinquante, traduit l'idée qu'indépendamment des économies d'échelle, les coûts de production baissent lorsque l'entreprise a déjà produit beaucoup. Contrairement aux économies d'échelle, qui mettent en jeu la taille de la production aujourd'hui, c'est dans le cas des effets d'apprentissage la production cumulée passée qui permet d'accéder à ces niveaux de coûts plus faibles. Dans ces conditions, accumuler une production importante, le plus vite possible au cours du temps, abaisse les coûts et est favorable à la fois à l'entreprise et aux acheteurs. Pour cela, susciter la demande correspondante en abaissant les prix est une stratégie dont la rationalité prévaudrait même en l'absence de concurrents. Interdire la mise en œuvre d'une telle stratégie à une entreprise reviendrait ici à priver les consommateurs de l'efficacité productive future accrue de l'entreprise.

On voit donc, pour s'en tenir à la prédation, que des prix bas peuvent se trouver justifiés par des gains d'efficacité de diverses natures. Joint à la remarque selon laquelle les stratégies de prix bas sont à court terme peu profitables aux entreprises qui les mettent en œuvre et favorables à court terme au bien-être des consommateurs, ce facteur incite à rechercher attentivement les fondements stratégiques des comportements observés et leur absence d'infirmité par les faits.

Une stratégie de prédation financière (« *deep pocket strategy* ») par exemple, repose sur l'existence de diverses asymétries entre le prédateur et la proie : asymétries de puissance financière, mais aussi asymétries d'information. Ainsi la proie exploite-t-elle le fait que le concurrent à éliminer dépend d'un financement externe, que l'investisseur externe octroie son financement sur la base de l'observation des performances de l'entreprise qu'il finance, mais qu'il ne peut identifier les facteurs explicatifs de ces performances – ainsi, dans notre exemple, le fait que la proie est victime d'une stratégie de prédation. De ce fait, le prédateur peut par la dégradation des résultats de sa proie amener l'investisseur à couper son financement et à faire sortir la proie.

Une stratégie de prédation par la construction d'une « *réputation d'agressivité* » repose sur un mécanisme tout à fait différent : le prédateur cherche à faire croire que face à toute menace d'entrée future sur des marchés où il est présent, il réagira par une concurrence très intense, se traduisant par des prix très faibles. Pour bâtir cette réputation, le prédateur fait des pertes sur un marché donné, de préférence d'ampleur limitée, de façon à montrer sa détermination à combattre les entrants sur les autres marchés où il pourrait être concurrencé. Les entrants pourront ainsi renoncer à venir sur des marchés où ils pourraient être soumis à des pressions concurrentielles auxquelles ils ne pourraient pas résister.

Les autorités de concurrence doivent donc identifier le type de stratégie à l'œuvre : dans le cas de la prédation qui nous a servi à illustrer cette démarche, elles doivent étayer par des faits les divers éléments de la stratégie mise en œuvre par le prédateur.

Toutes les pratiques de prix bas (et pas seulement la prédation) ont un point commun : s'il s'agit bien d'une pratique qui vise l'éviction des concurrents, c'est que l'entreprise « *investit* » dans l'exclusion des rivaux. Cette stratégie ne s'expliquerait pas en l'absence des effets de la pratique sur la « *démographie* » du marché (entrée et sortie de concurrents).

Chercher à identifier la rationalité de la stratégie à l'œuvre implique une rupture assez nette avec la démarche consistant à n'admettre les gains d'efficacité que pour « *racheter* » une pratique *a priori* dommageable, comme c'est le cas de « *l'efficacité défense* » : ici, il s'agit au contraire de s'interroger dès le départ sur la stratégie à l'œuvre, et pas seulement sur les

gains d'efficacité venant compenser une pratique vue à l'origine comme anticoncurrentielle.

Du point de vue de la charge de la preuve, enfin, s'il revient aux autorités de concurrence d'étayer par les faits leur « *histoire* » anticoncurrentielle, c'est sur les entreprises que repose la nécessité de montrer que leur comportement s'explique par d'autres raisons, et d'apporter les éléments nécessaires à conforter cette affirmation.

II. – APPROCHE PAR LES EFFETS DE QUELQUES PRATIQUES DE PRIX BAS

Illustrons l'approche décrite précédemment par quelques exemples où les entreprises proposent des prix bas aux acheteurs.

A. – La prédation

Jusqu'à l'article fondateur d'Areeda et Turner en 1975, un grand nombre de plaintes pour prédation (77 %) ont été accueillies favorablement aux USA. Après la parution de cet article, qui discute à la fois de la façon dont les autorités de concurrence devraient aborder la question de la prédation et des concepts de coûts pertinents pour comparer les prix, seules 8 % des plaintes en matière de prédation sont finalement suivies d'une condamnation. Ce travail a permis par la suite une approche beaucoup plus fine du concept de coût à prendre en compte dans les tests de prédation selon la nature de l'activité économique considérée (coût marginal ou coût moyen variable comme le proposent Areeda et Turner, coût moyen total comme le proposent Joskow et Klevorick [1979], coût incrémental pour Bolton, Brodley et Riordan [2000]), mais les développements récents mettent plutôt l'accent sur la nécessité pour les autorités de concurrence d'étayer l'histoire microéconomique sous-jacente à l'aide d'éléments convaincants sur la stratégie suivie par l'entreprise et confirmés par des faits. Le canevas classique d'une stratégie de prédation est le suivant : une entreprise dominante sur son marché et qui peut supporter des pertes sacrifie des profits en proposant des prix très faibles. Les rivaux actuels ou potentiels sortent du marché ou n'y entrent pas parce qu'ils ne peuvent exercer profitablement leur activité dans de telles conditions de concurrence. Une fois les rivaux sortis, le prédateur récupère ses pertes grâce à l'exercice de son pouvoir de marché. Mais en réalité chaque étape de cette histoire apparemment simple est un problème pour les autorités de concurrence. Tout d'abord, le sacrifice des profits théoriquement nécessaire pour faire sortir des concurrents pourrait se limiter au fait de proposer des prix plus faibles que le prix optimal pratiqué par l'entreprise en l'absence de volonté d'exclusion, c'est-à-dire celui qui maximiserait son profit de courte période. En théorie, on pourrait en effet imaginer que le niveau de prix en dessous duquel les concurrents ne peuvent supporter l'intensité de la concurrence et sortent du marché est bien inférieur à celui qui serait choisi en l'absence de volonté stratégique d'élimination des concurrents, mais qui reste au-dessus du coût. Mais on voit en pratique la limite de ce raisonnement : il y aurait prédation dès que l'entreprise offrirait un prix au dessous de ce prix optimal, valeur impossible à calculer pour une autorité de concurrence. On est ainsi amené à restreindre le champ de la prédation à des prix inférieurs aux coûts : une stratégie prédatrice engendre donc des pertes pour l'entreprise au regard d'un certain concept de coût, ce qui ouvre à son tour la question du niveau pertinent des coûts à prendre en considération pour définir le seuil de prédation. Reste que pour comprendre pourquoi une entreprise fait volontairement des pertes, il convient de rechercher la stratégie à l'œuvre. Les théories modernes de la prédation mettent

>

toutes l'accent sur les imperfections informationnelles qui rendent une telle stratégie rationnelle.

On a vu précédemment quelques unes des stratégies de prédation possible : construction d'une réputation, prédation financière ou bien stratégie de signal : dans cette dernière situation, en faisant des pertes elle-même, l'entreprise tente de faire croire à un entrant potentiel que le marché n'est pas rentable. La prédation peut s'accompagner d'une discrimination par les prix qui la rend d'ailleurs moins coûteuse à mettre en œuvre : c'est le cas si l'entreprise ne propose des prix en dessous des coûts qu'aux clients susceptibles d'aller chez les concurrents (sur la discrimination par les prix : Perrot [2005], cf. *infra*, bibliographie) Étayer une « *histoire* » microéconomique de prédation financière suppose qu'une série de faits soit examinée : la dépendance de la proie vis-à-vis de son financement externe, l'incapacité de l'investisseur à identifier les raisons des mauvaises performances de la proie etc.

Dans le cas de stratégies de prédation reposant sur la construction d'une « *réputation d'agressivité* », l'autorité de concurrence doit mettre en évidence plusieurs facteurs : la multiplicité des marchés sur lesquels l'entreprise est active, le fait que les concurrents futurs ou présents sur d'autres marchés observent l'agressivité de l'entreprise sur le marché sur lequel elle pratique la prédation, le fait que les concurrents sont bien évincés par des prix prédateurs et, enfin, le fait que ces concurrents peuvent croire réellement que l'entreprise se comportera à nouveau avec cette agressivité si elle est à nouveau concurrencée.

Dans le cas d'une stratégie de signal, l'entrant potentiel doit être incapable d'identifier la raison pour laquelle le prédateur fait des pertes et croire au fait que l'activité n'est pas rentable. Pour refléter la volonté de l'entreprise d'éliminer ses concurrents, les caractéristiques du marché doivent aussi permettre la récupération des pertes consenties au moment de la phase de prédation. Des éléments théoriques et factuels suffisamment cohérents doivent donc prouver que les concurrents exclus du marché ne risquent pas d'y rentrer trop facilement et ne peuvent pas empêcher l'entreprise de récupérer ses pertes. Cette possibilité de récupération des pertes doit être évaluée ex ante puisque si l'entreprise cherche effectivement à exclure ses concurrents, elle a elle-même fait ce calcul inter-temporel au moment de la mise en œuvre de sa stratégie prédatrice. La récupération des pertes ne découle pas nécessairement d'une hausse des prix franche après la sortie du concurrent. L'entreprise peut se contenter de récupérer les parts de marché des concurrents ou simplement profiter du fait que l'entrée de rivaux sur des marchés futurs a été découragée. Enfin, le fait que l'évaluation de cette possibilité de récupération ait lieu *ex ante* et *non ex post* implique *a contrario* que l'argument selon lequel « *l'entreprise n'a pas pu récupérer ses pertes* » ne puisse être admis en défense. De la même façon, le fait que les consommateurs n'aient pas subi de pertes de surplus (et puissent même avoir profité de la stratégie prédatrice) ne peut non plus être admis comme une défense puisque c'est seulement à plus long terme que la sortie des concurrents fera sentir ses effets sur la concurrence.

Au-delà de la comparaison du prix au coût, la recherche d'une stratégie crédible, étayée par des faits, doit permettre de départager entre une pratique de prix bas liée à une volonté d'exclusion des concurrents et une tarification découlant de gains d'efficacité. Ces gains peuvent, par exemple se manifester du fait des effets de réseaux déjà mentionnés. Dans ce cas, l'entreprise peut avoir intérêt même en l'absence de tout effet sur les concurrents, à proposer initialement des prix bas afin d'attirer un grand nombre d'acheteurs qui une fois rattachés au

réseau seront prêts à payer d'autant plus cher qu'ils sont nombreux : une entreprise en monopole, protégée de toute atteinte des concurrents, aurait donc intérêt à appliquer une telle tarification dynamique (prix d'abord bas puis augmentant au cours du temps). De la même façon dans certains secteurs se manifestent des effets d'apprentissage, par lesquels la production cumulée de grandes quantités de bien conduit à une réduction des coûts. Dans un tel contexte une entreprise peut vouloir accroître sa production en proposant des prix très bas qui augmenteront la demande qui s'adresse à elle. Ces deux exemples très différents (économies de réseaux et effets d'apprentissage) montrent qu'il existe des circonstances dans lesquelles une entreprise peut avoir intérêt à proposer des prix très bas pour des raisons liées à la recherche d'efficacités.

B. – Remises de couplage, rabais de fidélité

D'autres pratiques consistent, pour une entreprise qui produit deux biens, à les offrir à un prix plus bas lorsqu'ils sont achetés ensemble (remise de couplage) ou à proposer aux acheteurs des remises conditionnelles soit à un montant d'achat soit à une progression de celui-ci au cours d'une période déterminée (cf. *infra*, bibliographie : Rey et Tirole [2003], pour une approche de ces pratiques dans le cadre de relations verticales).

Le premier type de pratique (offre de couplage avec remise sur les deux produits) peut apparaître, là encore, soit dans le cadre d'une stratégie d'éviction des concurrents, soit du fait de gains d'efficacité (cf. *infra*, bibliographie : Tirole [2004], pour une analyse des stratégies de ventes liées). Il convient donc de rechercher les éléments factuels et théoriques (compréhension de la stratégie à l'œuvre) qui permettent d'accréditer l'une ou l'autre de ces possibilités. Par ailleurs, le contexte dans lequel l'offre de couplage est mise en œuvre peut varier considérablement d'un marché à l'autre : ces pratiques de couplage peuvent être le fait d'un lien purement commercial, ou bien technologique, les deux produits étant alors liés par leur processus de fabrication et ne pouvant être vendus séparément pour des raisons technologiques (comme une fonctionnalité particulière intégrée à un logiciel par exemple). Lorsque le couplage entre deux biens A et B résulte d'une pratique commerciale, il se peut que l'entreprise laisse subsister les offres séparées (il s'agit alors de « *bundling mixte* », par opposition au « *bundling pur* » qui apparaît lorsque les biens A et B ne sont plus accessibles séparément). Dans ce cas, les consommateurs bénéficient finalement d'une offre commerciale supplémentaire (l'offre couplée), à un prix attractif, ce qui revient en fait à opérer une discrimination entre les consommateurs : suivant les préférences de ceux-ci pour le bien A, le bien B ou les deux ensemble, les acheteurs ne paieront pas le même prix. En général cette offre supplémentaire bénéficie aux consommateurs pris dans leur ensemble.

L'effet classique anticoncurrentiel attendu d'une offre de couplage est l'extension du pouvoir de marché d'une entreprise d'un marché A où elle est dominante sur un marché B : le bien B offert sur un marché concurrentiel est vendu avec le bien A, incontournable, et moyennant une offre de prix joint incitative pour les acheteurs. Un concurrent absent du marché A et qui voudrait vendre le bien B devrait ainsi proposer un prix très bas pour attirer les acheteurs. Il est aussi possible que l'entreprise dominante sur le marché A craigne l'arrivée d'un concurrent sur ce marché à partir du marché connexe B. Ce peut être le cas si le concurrent se trouve être plus efficace ou s'il offre un bien de meilleure qualité sur le marché B, venant ainsi avec une réputation favorable s'installer plus facilement sur le marché A (c'est le cas formalisé par Carlton et Waldman [2002]). Les biens A ou B liés par l'offre couplée peuvent être

substituables, complémentaires ou bien indépendants, le lien entre eux existant alors du simple fait que ce sont les mêmes acheteurs qui sont présents sur les deux marchés. Les conséquences concurrentielles de ces offres liées dépendent en partie du degré de substituabilité ou de complémentarité entre les biens. L'une des conséquences les plus intéressantes des offres couplées est qu'elles transforment la concurrence que les entreprises se livreraient sinon produit par produit en une concurrence entre des systèmes de biens liés. Or certains travaux (cf. *infra*, bibliographie : Matutes et Régibeau [1988]), montrent que lorsque les biens sont des compléments, la concurrence est plus intense lorsqu'elle s'exerce entre des systèmes plutôt qu'entre des biens. Dans ce cas le couplage intensifie donc la concurrence et les consommateurs en profitent.

Par ailleurs, le couplage peut aussi engendrer des économies de coût ou bien en résulter. Ainsi, une entreprise peut réaliser des gains d'efficacité lorsqu'elle sert ensemble à un même consommateur les deux biens qu'elle produit : elle peut n'avoir qu'un seul abonnement à traiter au moyen d'une facturation unique, obtenir des réductions de coûts de prospection des clients, etc. Dans ce cas, interdire le couplage reviendrait à empêcher les consommateurs de bénéficier des gains ainsi réalisés par l'entreprise.

Comme les pratiques de prix bas analysées plus haut, les offres de couplage peuvent donc être pro ou anticoncurrentielles. Les autorités de concurrence doivent donc identifier correctement l'histoire microéconomique qui leur semble la plus plausible et en particulier le marché que l'entreprise cherche à protéger : veut-elle empêcher l'entrée sur son marché d'origine à un concurrent déjà implanté sur le marché connexe, ou bien étendre son pouvoir de marché là où elle n'est pas dominante? Par quel mécanisme un tel résultat peut-il être escompté? La concurrence en biens systèmes est-elle plus intense qu'une concurrence entre biens vendus séparément? Existe-il des explications alternatives nourries par des faits convaincants?

Le même type d'analyse doit être mené en ce qui concerne les rabais quantitatifs qu'un offreur peut octroyer à ses acheteurs. Comme les offres de couplage, les rabais peuvent prendre différentes formes : ils peuvent s'appliquer aux quantités achetées au-delà d'un seuil ou bien, une fois ce seuil atteint, à toutes les unités achetées, le seuil qui déclenche le rabais peut être exprimé en valeur absolue ou en taux de croissance des achats sur une période contractuelle... Les rabais quantitatifs peuvent intégrer ou non des rabais de fidélité ou d'exclusivité.

Ces rabais peuvent, suivant le contexte, avoir un effet plus ou moins verrouillant sur le marché : c'est le cas s'ils sont proposés préférentiellement aux clients susceptibles d'aller voir un concurrent par exemple et si certaines unités de bien sont vendues à un prix prédateur. Les rabais quantitatifs, comme les remises de couplage, modifient la nature de la concurrence : celle-ci, qui s'exerce normalement sur le marché, unité par unité, se transforme en une concurrence client par client. Comme un acheteur à qui ce système de remise est proposé a intérêt à concentrer ses achats sur un vendeur unique (ce qui, en outre, lui procure des économies de coût de transaction), un tel système engendre une forme de captivité des acheteurs. Un entrant qui veut pénétrer le marché doit maintenant tenter d'attirer chaque client, plutôt que vendre son produit unité par unité. Un tel déplacement de la forme de la concurrence peut contribuer à l'intensifier ou non suivant les cas : par exemple, ceci peut forcer les entrants à avoir une taille supérieure, ce qui rend l'entrée plus difficile, mais peut s'avérer plus efficace ensuite. Par ailleurs, le test de surplus des consommateurs est ambigu même à court terme puisque

certaines consommateurs (ceux qui ont une élasticité de la demande élevée) profitent du système de rabais, tandis que les autres perdent.

Les rabais quantitatifs sont souvent rencontrés dans le cadre d'une relation verticale entre producteurs et distributeurs. Dans ce contexte, ils peuvent servir au fournisseur à donner des incitations aux distributeurs pour qu'ils vendent efficacement les produits du producteur par des promotions ou des efforts commerciaux spécifiquement dirigés vers ses produits. On le voit, à nouveau, face à de tels systèmes de rabais, les autorités de concurrence devraient se poser une série de questions : quelles sont les raisons qui poussent les acheteurs à accepter ces remises? Quelle est l'ampleur de la pénalité imposée à l'entrant? Les concurrents sont-ils de fait maintenus en dehors du marché? Une concurrence qui s'exerce pour chaque acheteur est-elle plus efficace qu'une concurrence pour chaque unité? Existe-t-il des gains d'efficacité à la concentration des achats chez un seul fournisseur et qui, du vendeur ou des acheteurs, en bénéficie?

Comme ces exemples le soulignent, la complexité de l'analyse des pratiques de prix bas vient de ce que chacune d'elle peut, suivant le contexte, provenir d'une volonté d'exclusion anticoncurrentielle ou bien refléter des gains d'efficacité de diverses natures et ces deux aspects pro et anticoncurrentiels ne sont pas toujours si faciles à départager. Les acheteurs profitent à court terme de ces diverses pratiques et n'en souffriront que si, à long terme, les concurrents de l'entreprise en place sont sortis du marché. Toutes les pratiques qui intensifient la concurrence et, au premier chef des prix bas, rendent aussi l'entrée plus difficile pour les concurrents. La question de savoir si de tels prix résultent d'une stratégie d'éviction ou d'une efficacité plus grande se traduisant par des coûts et donc par des prix plus bas est donc délicate à trancher. La réponse repose sur l'examen soigneux des faits, sur la compréhension des stratégies à l'œuvre et sur la cohérence entre la stratégie présumée et les circonstances de l'espèce : nature des produits, forme de la concurrence, nombre des concurrents et structure de leur offre. L'identification du dommage créé pour l'économie est l'étape préliminaire de cette analyse et se substitue dans cette analyse fondée sur les effets des pratiques à celle de l'appréciation de la position dominante de l'entreprise.

Bibliographie

- Areeda P., Turner D. (1975), Predatory pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, *Harvard Law Review*, vol. 88, n° 4;
- Bolton P., Broadley J., Riordan M. (2000), Predatory Pricing : Strategic Theory and Legal Policy, *Georgetown Law Journal*, 88 : p. 2239-330;
- Carlton D.W. et Waldman M. (2002), The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, *Rand Journal of Economics*, 33 : p. 194-220;
- Joskow P., Klevoric A. (1979), A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, *Yale Law Journal*, 89, 213-270;
- Matutes C., Régibeau P. (1988), Mix and Match : Product Compatibility without Network externalities, *Rand Journal of Economics*, vol. 19, p. 219-234;
- Motta M. (2004), *Competition Policy : Theory and Practice*. Cambridge University Press;
- Perrot A. (2005), Towards an Effects-based Approach to Price Discrimination, in *Pros and Cons of Price Discrimination*, Publication de l'Autorité de la concurrence suédoise, Konkursverket, déc. 2005;
- Rey P. et Tirole J. (2003), A Primer on Forclosure, à paraître dans *Handbook of Industrial Organization*, Armstrong M. et Porter ed R.-H.;
- Tirole J. (2004), *The Analysis of Tying Cases : A Primer*, Document de travail IDEI, déc.;
- An Economic Approach to Article 82. Rapport de l'Economic Advisory Group for Competition Policy, Commission Européenne, Gual J., Hellwig M., Perrot A., Polo M., Rey P. (co-ordinateur), Schmidt K. Stenbacka R., juin 2005.



PRIX BAS : OBJECTIF OU ABUS? LA RÈGLE DE DROIT FACE À L'INDÉTERMINATION ÉCONOMIQUE

Antoine WINCKLER, Avocat associé, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP

Un large consensus existe aujourd'hui sur l'idée que le droit de la concurrence a pour objet de protéger la concurrence et non les concurrents et, partant, de faire bénéficier les consommateurs des prix les plus bas possibles. Des prix bas sont en principe synonymes d'une concurrence dynamique et vertueuse, même lorsqu'ils sont le fait d'opérateurs dominants. Dans l'affaire Eurofix-Bauco/Hilti relative à un cas d'abus de position dominante, la Commission européenne avait ainsi indiqué qu'une « *stratégie agressive en matière de prix est un instrument essentiel de la concurrence* » (Déc. Comm. CE n° 88/138/CEE, 22 déc. 1987, Eurofix-Bauco/Hilti, JOCE 11 mars 1988, n° L 65, p. 19, § 81). Dans un discours du 23 septembre 2005, la Commissaire en charge de la concurrence Neelie Kroes a rappelé que l'objectif de l'article 82 du Traité CE était « *la protection de la concurrence sur le marché en vue de renforcer le bien-être du consommateur et permettre une meilleure allocation des ressources* » et que les prix bas et les remises étaient en principe bénéfiques au consommateur (Discours de Neelie Kroes, Preliminary thoughts on Policy Review of Article 82, SPEECH/05/537, 23 sept. 2005 (traduction libre)).

Ce constat de bon sens ne s'est pourtant imposé que bien tardivement en Europe où le « *mythe* » de la prédation (expression utilisée par Koller [1971]) a longtemps prévalu, alors qu'en droit américain les économistes avaient déjà porté un coup d'arrêt à la théorie de la prédation dès le milieu des années 1970. Les auteurs de Chicago avaient, en effet, déjà abondamment critiqué le concept de prédation par les prix, consistant pour une entreprise dominante à accepter des pertes aux seules fins d'évincer un concurrent du marché. Selon eux, la prédation était dans la plupart des cas impossible pour un acteur économique rationnel puisqu'une telle stratégie repose sur un double pari – presque toujours irréaliste – (i) que les pertes subies seront limitées dans le temps et conduiront bien à l'exclusion définitive d'un concurrent aussi efficace que l'opérateur dominant (ou à un affaiblissement tel que celui-ci ne constituera plus une contrainte concurrentielle) et (ii) que le prédateur pourra augmenter ses prix et « *refaire* » ses pertes sans provoquer l'entrée de nouvelles firmes sur le marché. Lorsque l'entreprise dominante pratique des prix bas, y compris des prix à perte, c'est donc dans la plupart des cas pour des raisons légitimes (lancement d'un nouveau produit, incitation commerciale pour développer un circuit de distribution, adaptation à une demande spécifique qui sans cela n'obtiendrait pas satisfaction) et bénéfiques pour les consommateurs. Le problème a donc pendant longtemps été qu'en adoptant une politique exagérément restrictive sur les prix bas, les autorités de concurrence ont sans doute interdit des pratiques commerciales positives pour les consommateurs et pénalisés les entreprises les plus efficaces. L'enjeu est beaucoup plus important qu'on ne le pense d'habitude sachant que les entreprises susceptibles d'être considérées (ou de se considérer elles-mêmes) comme dominantes peut comprendre toutes celles, assez nombreuses, qui ont des parts de marché quelconque supérieures – si l'on se réfère à la règle du « *doigt mouillé* » habituelle – à 40 %.

Toutefois, la théorie économique récente a démontré que, contrairement à ce que pensaient les théoriciens de l'École de Chicago, il existe bien des cas exceptionnels où une entreprise en position dominante peut avoir un intérêt rationnel à consentir des pertes de prix avec le but unique d'exclure un concu-

rent aussi efficace/innovant que l'opérateur dominant ou de fermer l'accès au marché (notamment dans des industries de réseau pour défendre des positions sur des marchés de biens complémentaires, ou pour créer un effet de réputation). Dans ce cas, les effets bénéfiques à court terme de la baisse des prix seront annulés par la hausse des prix mise en œuvre par l'entreprise dominante une fois le concurrent évincé. La difficulté de l'exercice réside dans la détermination d'un test économique-juridique permettant de mettre fin rapidement et efficacement aux pratiques d'éviction susceptibles de porter atteinte à la concurrence future tout en n'affaiblissant pas la concurrence par les prix actuels. Une telle approche suppose de s'attacher principalement aux effets (à la fois négatifs et positifs, réels et probables) des pratiques de prix bas.

Pour les autorités de concurrence qui sont amenées à statuer sur des pratiques de prix bas mises en œuvre par des opérateurs dominants (le présent article ne traite pas des pratiques de prix abusivement bas mises en œuvre par des entreprises non dominantes relevant en droit français en dehors de toute constatation d'une position dominante, soit de l'article L. 420-5 du Code de commerce, soit par le biais d'une action en concurrence déloyale de l'article 1382 du Code civil), deux paradoxes doivent être surmontés :

– **sur quel test économique se fonder pour déterminer le caractère abusif d'un prix bas ?** Le premier paradoxe auquel les autorités de concurrence sont confrontées tient à la tension qui existe entre, d'une part, l'indétermination scientifique sur la définition et la démonstration du caractère prédateur d'un prix bas et, d'autre part, la nécessité de s'appuyer sur une règle suffisamment claire et utilisable pour éviter l'arbitraire tout en offrant au marché un degré de sécurité suffisant. En effet, toute entreprise – qui en raison de parts de marché significatives peuvent être regardées comme dominante – doit pouvoir anticiper la ligne de démarcation entre les pratiques de prix qui leur sont interdites et celles qui sont jugées légitimes. Or, outre le choix du « *bon* » standard (coût total, coût marginal, coût « *évitable* », pour l'entreprise dominante ou du « *challenger* » efficace) se pose également la question de la légitimité d'une approche purement au cas par cas que demanderait la logique économique ;

– **comment réconcilier le traitement des différentes formes de prix bas ?** Le deuxième paradoxe que doivent en effet surmonter les autorités de concurrence concerne l'application d'un traitement uniforme ou tout du moins cohérent aux nombreuses différentes formes que peut revêtir les prix bas qui présentent un risque d'éviction. Si la forme la plus évidente de prix abusivement bas est le prix prédateur, des pratiques d'éviction peuvent également se cacher derrière un rabais ou une réduction de prix, une vente liée ou encore une remise de gamme. Il est juridiquement nécessaire et économiquement logique d'appliquer la même approche à l'ensemble des pratiques aboutissant in fine à une baisse des prix de l'entreprise dominante, dès lors qu'elles sont susceptibles de générer des effets d'éviction sur des concurrents également efficaces. Ces deux questions revêtent un intérêt tout particulier au moment où la Commission s'interroge sur la réforme de l'article 82 du Traité CE et plus particulièrement sur les pratiques d'éviction. L'avancée essentielle du Discussion Paper publié par la Commission en décembre 2005 est de proposer une approche

axée sur les effets économiques des pratiques en cause, qui ne sont plus considérées comme abusives per se (Document de réflexion sur l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction : <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>). Selon la Commissaire Neelie Kroes, une approche possible pour examiner les pratiques de prix abusives serait de considérer que seule l'exclusion des concurrents « aussi efficaces » que l'entreprise dominante serait abusive, en prenant comme « benchmark » les coûts supportés par l'entreprise dominante (discours de Neelie Kroes, Preliminary thoughts on Policy Review of Article 82 », SPEECH/05/537, 23 sept. 2005). Le présent exposé examine les contradictions de la pratique décisionnelle des autorités communautaires et françaises de concurrence en matière de prix bas. Le traitement des pratiques des prix prédateurs montre que les régulateurs ont abouti à une synthèse acceptable, bien que perfectible, entre analyse économique et règle juridique (I). À l'inverse, le traitement des autres formes de « prix bas » souffre d'un manque évident de cohérence économique et juridique (II).

I. – LE TRAITEMENT DES PRIX PRÉDATEURS : LA SYNTHÈSE IMPARFAITE ENTRE RÈGLE DE DROIT ET ANALYSE ÉCONOMIQUE

Un comportement de prix prédateur consiste, pour une entreprise en position dominante sur un marché donné, à baisser temporairement ses prix dans le but d'évincer un concurrent ou de prévenir l'arrivée d'un nouvel entrant, pour ensuite relever ses prix à un niveau supra-concurrentiel une fois le concurrent exclu.

Les autorités communautaires et françaises de concurrence considèrent généralement qu'un prix ne peut être considéré comme prédateur du seul fait qu'il est inférieur à celui pratiqué par un concurrent. En effet, la position inverse conduirait à renverser sur sa tête le droit de la concurrence et à accorder au concurrent le moins performant ou plus petit une rente garantie aux dépens des consommateurs. La détermination d'un prix prédateur doit partir de la constatation d'un « sacrifice » économique consenti par l'opérateur dominant (sous forme d'une perte ou d'une marge négative) dont la seule explication possible est la volonté d'éviction. C'est donc tout naturellement que les autorités européennes ont adopté un standard de coût directement inspiré du test d'Areeda-Turner publié en 1975 et utilisé par les cours et régulateurs américains.

A. – Précédents récents en droit communautaire et français de la concurrence

L'approche des autorités communautaires en matière de prix prédateurs a été définie pour la première fois dans l'arrêt *Akzo* de la Cour de justice des Communautés européennes (la « Cour de justice »; CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-621/86, AKZO Chemie B.V., Rec. CJCE 1991, I, p. 3359). Dans cette affaire, Akzo avait mis en œuvre une politique sélective de baisses de prix massives et prolongées sur le marché des additifs pour la farine sur lequel elle était en concurrence avec d'autres opérateurs, afin d'amener l'un de ses concurrents (ECS) à renoncer à entrer sur le marché en amont des peroxydes organiques sur lequel elle détenait une position dominante.

La Cour de justice a repris à son compte le test d'Areeda-Turner, ce qui l'a amené à distinguer deux types de situations. Première hypothèse : lorsque les prix pratiqués par l'entreprise dominante sont inférieurs aux coûts variables moyens (« CVM »), il existe une présomption de prédation – que l'entreprise concernée pourra néanmoins combattre en apportant la preuve de l'existence de justifications objectives, ainsi qu'il a été précisé dans des décisions ultérieures. En effet, un tel niveau de prix permet de présumer le caractère éliminatoire

de la pratique : la réalisation de pertes aussi importantes ne saurait obéir à aucune rationalité économique autre que celle d'évincer des concurrents. Deuxième hypothèse : lorsque les prix pratiqués par l'entreprise dominante sont supérieurs aux CVM mais inférieurs aux coûts totaux moyens (« CTM »), ils ne seront qualifiés de prédateurs que si cet élément se double de la preuve de l'intention d'éliminer un concurrent.

Dans l'affaire *Akzo*, la Cour de justice a considéré que les prix pratiqués par l'entreprise dominante, qui étaient supérieurs aux CVM mais inférieurs aux CTM, s'inscrivaient de plus dans une stratégie globale d'élimination d'un concurrent. Pour caractériser la volonté de nuire de l'entreprise dominante, la Cour de justice s'est fondée sur plusieurs indices, parmi lesquels (i) la durée, la constance et l'ampleur des pertes supportées par l'entreprise dominante et (ii) la possibilité pour l'entreprise de compenser les pertes éventuelles subies une fois le concurrent éliminé sur le marché du peroxyde organique (*ibid.*, § 43).

L'affaire *Tetra Pak II* est venue préciser les critères permettant de déterminer l'intention d'éviction d'un concurrent. La Cour de justice a jugé que *Tetra Pak* avait abusé de sa position dominante sur le marché italien des cartons aseptiques en pratiquant une politique de prix prédateurs sur le marché italien des cartons non aseptiques, en distinguant deux périodes successives (CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-333/93, *Tetra Pak*, Rec. CJCE 1996, I, p. 5951). Pour la période comprise entre 1976 et 1981, la Cour a considéré que *Tetra Pak* était présumée abuser de sa position dominante, dans la mesure où elle pratiquait des prix inférieurs aux CVM. Pour l'année 1982, la Cour de justice a constaté que les prix pratiqués par *Tetra* étaient prédateurs après avoir relevé que ces prix étaient inférieurs aux CVM et manifestaient une intention d'éliminer un concurrent.

La Cour de justice a déduit cette intention éliminatoire des éléments suivants : (i) la durée, la constance et l'ampleur des ventes à perte opérées sur l'ensemble de la période considérée; (ii) l'existence de preuves documentaires au siège social de la société évoquant « la nécessité de consentir des sacrifices financiers importants en matière de prix et de conditions de fourniture pour lutter contre la concurrence »; et (iii) l'augmentation des ventes de *Tetra Pak* sur le marché italien et le ralentissement corrélatif de la croissance des ventes de ses concurrents. Curieusement et en contradiction avec la jurisprudence américaine contemporaine en la matière, la Cour de justice a toutefois indiqué qu'il « ne serait pas opportun d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que *Tetra Pak* avait une chance réelle de récupérer ses pertes » (*ibid.*, § 44).

Les autorités françaises de concurrence ont adopté une approche similaire en matière de prix prédateurs avec une dichotomie CVM/CTM directement inspirée du test d'Areeda-Turner. À certains égards, les autorités françaises de concurrence se sont récemment avérées plus proches de l'analyse économique majoritaire que les autorités communautaires en exigeant plus de preuves de l'intention éliminatoire et en s'appuyant plus systématiquement sur les effets concrets des pratiques de prix en dessous des coûts sur le marché concerné. Dans sa décision *Béton prêt* à l'emploi, premier cas d'application de la théorie des prix prédateurs en France, le Conseil de la concurrence a constaté que les prix pratiqués par *Béton* de France sur le marché du béton prêt à l'emploi dans le Tarn étaient inférieurs aux CTM. Au terme d'une analyse des effets de la pratique sur le marché concerné, il a toutefois écarté la qualification d'abus, au motif que l'intention d'éliminer un concurrent n'était pas rapportée (Cons. conc., déc. n° 94-D-30, 24 mai 1994, BOCCRF 14 juill. 1994, p. 272) relative à une saisine de la SARL Sobéa concernant la situation de la concurrence sur le marché du béton prêt à l'emploi dans le département du Tarn. Pour caractériser l'absence d'intention de

>

nuire, le Conseil a relevé que la part de marché du concurrent de Béton de France était restée stable au cours de la période considérée. Par ailleurs, il a constaté qu'en dépit des luttes de prix, le concurrent de Béton de France avait réalisé un bénéfice pendant la période de l'infraction alléguée. Enfin, le Conseil a estimé qu'aucun élément n'était de nature à établir que les baisses de prix sélectives pratiquées par Béton de France avaient pour but d'éliminer le nouvel entrant du marché.

La même attitude prudente a été adoptée par les autorités françaises de concurrence dans l'affaire des vedettes de l'Île d'Yeu (Cons. conc., déc. n° 04-D-79, 23 déc. 2004, BOCCRF 31 mars 2005, p. 272) relative à des pratiques mises en œuvre pour la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée). En l'espèce, le Conseil avait été saisi d'une plainte relative aux prix pratiqués par la Régie des passages d'eau de Vendée sur le marché du transport maritime de passagers entre l'Île d'Yeu et le continent. La Régie exploitait seule la ligne de transport pendant la période hivernale en vertu d'une mission de service public et se trouvait en concurrence avec d'autres sociétés pendant la période estivale. Pour déterminer l'existence de prix prédateurs au cours de la période estivale, le Conseil a considéré que les coûts à prendre en compte dans l'analyse comparative recettes/coûts devaient se limiter aux seuls coûts marginaux « *incrémentaux* » strictement liés à l'activité concurrentielle de la Régie. Les coûts fixes communs à la mission de service public et à l'activité concurrentielle ont ainsi été exclus de l'analyse comparative. Au terme de cette analyse, le Conseil a constaté que les tarifs du transport de passagers étaient fixés à un niveau supérieur à celui des coûts incrémentaux et que l'abus de position dominante n'était donc pas établi.

L'affaire AOL/Wanadoo du 11 mai 2004 est emblématique de l'attention particulière portée par le régulateur français, au-delà du test de coûts, aux effets des prix d'éviction. Le faisceau de critères sur lequel le Conseil de la concurrence se fonde pour établir l'existence d'une pratique de prix prédateurs y est résumé dans les termes suivants : « *le constat d'une telle pratique [prédatrice] doit [...] se faire au travers d'une série d'éléments comme l'analyse des marges* (il y a prédation si l'entreprise vend en dessous de ses coûts de production), *la possibilité d'éviction* (la prédation n'a de sens que si elle permet l'élimination ou l'affaiblissement de certains concurrents), *les potentialités de récupération des pertes* (la présence de barrières à l'entrée garantit la possibilité de récupération des pertes et l'élimination durable des concurrents), *l'effet structurant de la baisse tarifaire sur le marché, ou la présence ou non de marques* » (nous soulignons; Cons. conc., déc. n° 04-D-17, 11 mai 2004, AOL France SNC et AOL Europe SA, BOCCRF 6 sept. 2004, p. 568, § 66 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés).

En l'espèce, bien que Wanadoo semblait pratiquer des prix inférieurs à ses coûts variables, le Conseil a rejeté la demande de mesures conservatoires du plaignant, au motif que le prédateur perdait régulièrement des parts de marché au détriment de certains concurrents (qui s'étaient alignés sur les prix du prédateur en proposant un service plus élaboré). Le Conseil a également pris en compte le fait que le marché de l'accès à Internet était en forte expansion et que le développement rapide de nouveaux entrants et de certains concurrents suggérerait qu'« *il n'existe [ait] pas de barrières insurmontables à l'entrée sur le marché [...], ce qui rendrait problématique la récupération ultérieure de ses pertes par Wanadoo* » (*ibid.*, § 71).

B. – Analyse critique de la pratique en matière de prix prédateurs

En dépit d'une indétermination persistante sur le « *meilleur* » indicateur de coût, l'approche adoptée jusqu'ici par les autori-

tés communautaires et françaises de la concurrence en matière de prédation a le mérite de présenter une certaine cohérence économique et juridique. Elle repose, en effet, sur des critères relativement simples d'application (encore que l'analyse comparative des prix pratiqués et des coûts supportés par l'entreprise est souvent très complexe à mettre en œuvre) et ne néglige pas de vérifier que les pratiques de prix prédateurs ont de réels effets d'exclusion, même si la charge de la preuve pèse sur l'entreprise dominante et non plus sur l'autorité de concurrence lorsque les prix sont en dessous des CVM. La théorie des prix prédateurs reflète à cet égard une synthèse plutôt réussie entre rationalité économique et sécurité juridique.

Toutefois, si l'on compare l'approche des autorités communautaires et françaises de concurrence en matière de prix prédateurs avec celle des autorités américaines de concurrence, cette synthèse semble encore insuffisante au moins à trois égards. Premièrement, l'utilisation du critère relatif à « *l'intention* » d'éliminer un concurrent est contestable et source d'insécurité juridique. Alors qu'aux États-Unis, les autorités de concurrence privilégient une approche objective exclusivement fondée sur la relation prix-coûts, les autorités communautaires et françaises prennent en compte non seulement l'analyse de la structure de coût mais aussi, sous certaines modalités, l'intention subjective de l'entreprise dominante d'éliminer ses concurrents du marché. En effet, l'intention d'éliminer un concurrent est un élément constitutif de l'infraction dans la « *zone grise* » qui se situe en dessous du CMT mais au-dessus du CMV. Cette approche est cependant contestable dans la mesure où l'intention d'éliminer ou d'affaiblir ses concurrents est en pratique inhérente au processus concurrentiel. De plus, l'élément intentionnel établit une certaine insécurité juridique dans la mesure où elle conduit le régulateur à se concentrer sur des éléments intuitifs (par exemple, l'utilisation de telle ou telle expression agressive ou guerrière par l'entreprise dominante).

Deuxièmement, l'analyse des effets d'exclusion des prix prédateurs est encore balbutiante, notamment en droit communautaire où il n'est pas requis de vérifier la récupération des pertes. Ainsi, dans l'affaire *Tetra Pak II*, la « *chance réelle* » pour l'entreprise de récupérer ses pertes après l'élimination d'un concurrent n'a pas été considérée comme un critère pertinent pour caractériser l'abus. La Cour de justice a ainsi jugé qu'« *une pratique de prix d'éviction doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a risque d'élimination des concurrents* » (Arrêt *Tetra Pak II* préc., § 44). Cette position semble malheureusement confirmée dans le Discussion Paper, qui vient de refermer la brèche qui avait été ouverte dans la décision Wanadoo (Déc. Comm. CE n° COMP/38.233, 16 juill. 2003, Wanadoo Interactive, §§ 332-367. Tout en rappelant que la démonstration d'une récupération des pertes n'est pas un préalable à la constatation d'un abus de prix prédateur en droit communautaire, la Commission consacre de longs développements à l'analyse des barrières à l'entrée et des coûts d'entrée qui caractérisent le marché en cause. Après avoir démontré que « *la récupération des pertes initiales constitue un scénario vraisemblable* », elle en conclut que la stratégie prédatrice mise en place par Wanadoo depuis 2000 est pertinente. Cette décision a fait l'objet d'un recours – pendant – devant le Tribunal). Selon la Commission, le constat préalable de dominance permet de présumer que les barrières à l'entrée sont suffisamment importantes pour que l'entreprise dominante puisse récupérer ses pertes, sans qu'il soit nécessaire d'examiner spécifiquement cette question (Discussion paper, § 122). Or la démonstration de la récupération devrait systématiquement être prise en compte par les autorités de concurrence dans leur appréciation d'une stratégie prédatrice; à tout le moins l'entreprise dominante devrait pouvoir réfuter la présomption de récupération.

À l'inverse, les autorités de concurrence aux États-Unis et au Royaume-Uni analysent beaucoup plus en détail les risques

réels d'exclusion du marché par une analyse de la crédibilité de la tactique d'éviction alléguée (la « *harm theory* »). Hormis la question de la récupération, elles examinent notamment (i) s'il existe des barrières à l'entrée importantes qui permettraient à l'entreprise de compenser ses pertes postérieurement à la période de prédation; et (ii) s'il existe des circonstances exceptionnelles, par exemple d'éventuels « *effets de réseau* », susceptibles de démultiplier l'effet d'éviction de certaines pratiques de prédation. Les autorités de concurrence examinent également la situation du marché afin de déterminer si le recul éventuel des concurrents ne s'explique pas par l'efficacité de la l'entreprise en position dominante ou les erreurs des concurrents plutôt que par le niveau prédateur des prix pratiqués.

Troisièmement, les gains d'efficacité d'une pratique de prix bas sont à ce jour insuffisamment pris en considération par les autorités communautaires et françaises de la concurrence. Certaines pratiques ayant des effets d'exclusion peuvent en effet être contrebalancées par des efficiences économiques (par exemple, le lancement d'un nouveau produit). Il en va de même des prix prédateurs, y compris en dessous des CVM, en dépit de la formulation en apparence péremptoire des arrêts *Akzo* et *Tetra Pak II* (Dans ces deux affaires, la Cour de justice avait semblé exclure toute possibilité de justification objective en cas de présomption d'abus (i.e., prix inférieurs aux CVM). Toutefois, il ressort de décisions ultérieures que cette présomption peut être réfutée en apportant la preuve que la tarification en dessous des coûts est justifiée par des objectifs légitimes étrangers à une volonté d'éviction de la concurrence). Toutefois, en matière de prix prédateurs, les autorités communautaires et françaises de concurrence ont à ce jour souvent retenu une approche particulièrement restrictive des éventuels gains d'efficacité, réduites en général aux économies d'échelle pour le fournisseur (voir par exemple, la décision *Wanadoo Interactive* précitée, §§ 305-331).

Le *Discussion Paper* de la Commission ouvre la voie à une meilleure prise en compte des efficiences.

II. – LE TRAITEMENT DES AUTRES FORMES DE « PRIX BAS » : UNE COHÉRENCE JURIDIQUE ET ÉCONOMIQUE ENCORE INCERTAINE

À l'opposé des pratiques de prix prédateurs à propos desquels on voit se dessiner une approche plus structurée et crédible, se trouvent les rabais dits « *de fidélité* », dont le traitement actuel par les autorités de concurrence traduit un manque total de cohérence économique et juridique. Quant aux ventes liées et aux rabais de gamme, l'évolution récente de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence semble indiquer une meilleure prise en compte des effets réels sur le marché.

A. – Les remises de fidélité : des infractions per se

Alors que l'effet fidélisant est en fait inhérent à toute forme de réduction de prix, la pratique décisionnelle de la Commission suggère qu'une remise de fidélité – c'est-à-dire un rabais calculé sur une longue durée et/ou une part significative du chiffre d'affaires du bénéficiaire – est interdite à un opérateur dominant quelle que soit sa rationalité économique et ses effets sur le marché. Ainsi, dans la décision *Virgin/British Airways*, la Commission indique qu'un fournisseur en position dominante « *peut octroyer des rabais en contrepartie de gains d'efficience, par exemple des rabais pour les grosses commandes qui permettent au fournisseur de produire des lots de produits importants, mais ne peut consentir de remises ni d'incitations pour s'assurer la fidélité de la clientèle, c'est-à-dire pour éviter que ses clients ne s'approvisionnent auprès d'un fournisseur concurrent* » (Déc. Comm. CE n° 2000/74/CE,

14 juill. 1999, *Virgin/British Airways*, JOCE 4 févr. 2000, n° L 30, p. 1, §§ 97 et 101). Les seuls rabais qui semblent trouver grâce aux yeux de la Commission sont ceux qui correspondent strictement aux économies de coût ou d'échelle réalisées par l'entreprise fournisseur grâce aux achats supplémentaires induits par le rabais. Dans l'affaire *Michelin II*, la Commission soutient en effet que « *le simple fait d'acheter une quantité supplémentaire infime de produits Michelin fait bénéficier le revendeur d'un rabais sur la totalité du chiffre d'affaires réalisé avec Michelin et est donc supérieur à la juste rétribution marginale ou, autrement dit, linéaire de l'achat supplémentaire, ce qui produit à l'évidence un fort effet incitatif à l'achat. La Cour insiste sur le fait qu'un rabais ne peut que correspondre aux économies d'échelle réalisées par l'entreprise grâce aux achats supplémentaires induits des consommateurs* » (Déc. Comm. CE n° 2002/405/CE, 20 juin 2001, *Michelin II*, JOCE 31 mai 2002, n° L 143, p. 1, § 216). C'est à l'occasion des recours introduits par les opérateurs dominants concernés contre ces deux décisions que le Tribunal de première instance des Communautés européennes (le « *Tribunal* ») a posé pour la première fois les principes d'une théorie des remises de fidélité, à partir de la doctrine juridique exposée dans le cas *Michelin I* et les autres cas initiaux.

Dans l'affaire *Michelin II*, le Tribunal a confirmé l'analyse de la Commission selon laquelle les systèmes de rabais mis en place par Michelin dans ses relations avec ses revendeurs constituaient, du fait de leur effet fidélisant, un abus de la position dominante détenue par Michelin sur les marchés français du pneumatique (TPICE, 30 sept. 2003, aff. T-203/01, *Michelin II*, Rec. CJCE, II, p. 4071). Le Tribunal a dégagé quatre critères cumulatifs pour l'appréciation de l'effet fidélisant : (i) les rabais étaient calculés non pas sur les quantités supplémentaires achetées mais sur la totalité du chiffre d'affaires réalisé par le revendeur avec Michelin; (ii) le calcul du montant du rabais était effectué sur une longue période de référence (1 an); (iii) il existait une variation importante des taux de remise entre les échelons inférieurs et supérieurs; et (iv) la complexité du système de remise plaçait les revendeurs dans une situation d'incertitude et de dépendance vis-à-vis de Michelin.

L'approche adoptée dans l'affaire *Michelin* a été confirmée à l'occasion de l'arrêt *British Airways* (TPICE, 17 déc. 2003, aff. T-210/99, *British Airways*, Rec. CJCE, II, p. 5917). Le Tribunal a considéré que *British Airways*, en position dominante sur le marché britannique des services d'agences de voyage aérien, avait commis un abus de cette position dominante en accordant des primes de résultat à ses agents de voyage. Le caractère abusif des primes résultait du fait que ces primes étaient calculées selon un barème progressif ayant un fort effet à la marge. Par ailleurs, le Tribunal a constaté qu'aucune autre entreprise ne pouvait instaurer efficacement un système de prix similaire. Enfin, il a été jugé que le système de primes n'avait pas de contrepartie économique justifiée, les primes n'étaient pas strictement égales au nombre de billets supplémentaires vendus par les agents. Le Tribunal a estimé que ces éléments suffisaient à établir le caractère abusif du comportement de *British Airways*, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner les effets concrets (*ibid.*, § 293 : « *BA ne saurait reprocher à la Commission de ne pas avoir démontré que ses pratiques produisaient un effet d'exclusion [...] Il suffit à cet égard de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet* »).

Dans sa pratique décisionnelle récente, le Conseil de la concurrence a repris à son compte les critères énoncés par le Tribunal dans les arrêts *Michelin II* et *British Airways*. Ainsi dans le cadre il est vrai d'une affaire de prix imposés, le Conseil a considéré que les rabais mis en œuvre par la société *Royal Canin*, en

>

position dominante sur le marché des aliments secs pour chien, étaient fidélisants (Cons. conc., déc. n° 05-D-32, 22 juin 2005, Royal Canin, non encore publiée). Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil s'est fondé sur plusieurs indices. Il a tout d'abord relevé que les rabais étaient calculés sur une période de référence d'un an (comme dans l'affaire Michelin II). Il a également souligné que les rabais octroyés par Royal Canin ne pouvaient être combattus qu'au prix d'efforts « disproportionnés » par les concurrents. De même, il a pris en compte le fait que les remises étaient personnalisées, accordées sur la totalité du chiffre d'affaires et calculées sur une gamme variée de produits.

Contrairement aux autres pratiques de prix bas (en particulier les prix prédateurs) visées par l'article 82 du Traité CE et son équivalent en droit français, l'approche adoptée par les instances communautaires et françaises en matière de remises ne présente aucune cohérence juridique ni n'est fondée sur aucun postulat économique rationnel (cf. Winckler A., *Entre chien et loup, ou la loyauté mal récompensée*, RLC 2005/5, n° 113).

Du point de vue juridique, l'analyse des autorités conduisant à considérer les rabais fidélisants comme des infractions per se va à l'encontre de l'évolution actuelle du droit de la concurrence, de plus en plus tourné vers une analyse économique des effets des pratiques sur un marché donné, et conduit à traiter de manière différente des pratiques de même nature (prix bas). L'approche des autorités de concurrence aboutit également à exclure toute prise en compte des gains d'efficience au profit d'une approche formaliste des abus tournée vers une définition abstraite de la concurrence « par les mérites ».

Cette approche formaliste présente par ailleurs une légitimité économique douteuse. Tout d'abord, le préjugé écrasant en faveur des systèmes de tarification linéaire, c'est-à-dire les rabais qui augmentent proportionnellement au volume acheté, ne semble pas justifié économiquement dans la mesure où les systèmes de tarification non linéaires peuvent générer des efficacités non négligeables. Ainsi, le Chief Economist de la Commission a récemment publié une étude démontrant que dans le secteur des télécommunications, les coûts subis par les consommateurs seraient trois fois plus importants si les opérateurs de télécommunications avaient adopté un système de tarification linéaire (Eugenio Miravete J., Lars-Hendrik Roller, *Competitive Non-linear Pricing in Duopoly Equilibrium : The Early Cellular Telephone Industry*).

Le deuxième aspect critiquable de la jurisprudence réside dans l'assimilation quasi-automatique entre rabais non linéaire, exclusivité et exclusion du concurrent. Ce glissement d'un concept à un autre, sans que l'on en perçoive exactement les articulations logiques, est particulièrement gênant dans la mesure où il conduit les autorités à ne tenir aucun compte des effets réels d'une pratique sur le marché mais à les déduire de la nature même du rabais. Par exemple, dans l'affaire British Airways, le juge européen n'examine pas si les principaux concurrents transporteurs aériens ont effectivement perdu des parts de marché au point de risquer de sortir du marché (l'inverse a eu lieu pendant la période considérée), ni si une partie significative du marché restait ouverte aux concurrents. De même, dans la décision Royal Canin, le Conseil de la concurrence n'a pas pris en compte la présence de concurrents multinationaux suffisamment puissants ou la part des circuits de distribution effectivement concernés par les rabais dans son analyse des remises pratiquées par l'opérateur dominant.

Enfin, les décisions françaises et communautaires ébauchent à peine l'analyse des éventuelles efficacités économiques pouvant découler des rabais de fidélité. Le seul fait que l'opérateur soit dominant sur un marché ne devrait pas conduire les autorités de concurrence à rejeter sans examen préalable les possibles gains d'efficacité de ces rabais. À ce jour, les seuls rabais

fidélisants susceptibles d'être autorisés comme ayant une « contrepartie économiquement justifiée » sont ceux qui créent chez le fournisseur des économies d'échelle. En pratique, cela conduit à n'autoriser que les systèmes non personnalisés strictement liés aux économies de coût réalisées par le producteur dominant. Or il existe un certain nombre d'autres efficacités qui justifient une politique de rabais, comme celles créées au sein de la chaîne de distribution, par exemple, par l'incitation des distributeurs à mettre en place un enseignement de la force de vente, à accepter une rotation rapide des gammes ou à développer les capacités de distribution localement.

Dans son *Discussion paper*, la Commission semble vouloir poser les bases d'une nouvelle approche en matière de remises, en proposant un test de coût permettant de mesurer l'effet de forclusion d'une remise de loyauté, ainsi que des exemples de justifications objectives susceptibles de contrebalancer les effets restrictifs de concurrence. Cette refonte pourrait permettre d'accroître la marge de manœuvre des entreprises en position dominante dans la mise en œuvre d'une politique de remises, qui est aujourd'hui bridée.

B. – Les remises de couplage ou de gamme : vers une meilleure appréciation des effets d'éviction

Jusqu'à une date récente, les autorités communautaires et françaises de concurrence faisaient totalement abstraction de l'analyse des effets réels ou potentiels des remises de gamme pratiquées par une entreprise dominante, considérant que de telles pratiques étaient abusives per se, au même titre que les remises de fidélité.

Ainsi, le Conseil de la concurrence a considéré à plusieurs reprises qu'une remise de couplage « était assimilable à une prime de fidélité » et que « le fait pour une entreprise dominante sur un marché d'offrir une prime de fidélité à ceux de ses clients qui pourraient être tentés de devenir également clients d'une entreprise concurrente plutôt que de jouer le jeu d'une concurrence par les mérites en abaissant sans discrimination son tarif unitaire de vente ou en améliorant la qualité de ses produits pour les rendre plus compétitifs » constituait nécessairement un abus de position dominante.

Dans l'affaire ODA relative à des pratiques de remises de couplage mises en œuvre par l'Office d'annonces (« ODA »), régisseur exclusif de la publicité dans les Pages jaunes départementales de France Télécom également présent sur le segment concurrentiel des annuaires locaux, le Conseil a indiqué que l'effet d'éviction à l'égard du nouvel entrant était d'autant plus fort que le taux de remise était élevé (50 % du prix de l'espace publicitaire) et que 60 % des clients annonceurs étaient présents sur les deux types d'annuaires (Cons. conc., déc. n° 96-D-10, 20 févr. 1996, BOCCRF 23 avr. 1996, p. 147 concernant des pratiques mises en œuvre par France Télécom et l'Office d'annonces dans le secteur de l'édition et de la diffusion d'annuaires locaux).

Ce faisant, l'analyse omet de tenir compte d'un certain nombre d'éléments factuels qui suggéraient pourtant l'absence d'effet d'éviction. En effet, il était établi que le chiffre d'affaires et le nombre d'espaces publicitaires du concurrent avait augmenté au cours de la période incriminée, que le support proposé par ce concurrent était aussi efficace que les Pages jaunes locales et que ses tarifs unitaires étaient compétitifs par rapport à ceux des Pages jaunes locales (la Cour d'appel de Paris a néanmoins confirmé la décision du Conseil, au motif qu'« il suffit de retenir la potentialité [d'un] effet anticoncurrentiel » (CA Paris, 18 févr. 1997, BOCCRF 23 avr. 1996, p. 185)). De même, le Conseil a écarté l'ensemble des considérations objectives avancées par ODA pour justifier la pratique de remises liées.

Cette absence de prise en compte des effets réels des pratiques

de remises de couplage est également observable dans une affaire où le laboratoire pharmaceutique Lilly avait octroyé des remises sur des spécialités dont il détenait le monopole pour tout achat d'un autre médicament vendu sur un marché concurrentiel (Cons. conc., déc. n° 96-D-12, 5 mars 1996, BOCCRF 17 juin 1996, p. 320, relative aux pratiques de la société Lilly France dans le secteur des spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux, (confirmée par la Cour d'appel et la Cour de cassation). Le Conseil de la concurrence a jugé que lesdites remises (comprises entre 7 % et 15 % du prix du médicament sous monopole) dissuadaient les pharmacies de s'adresser aux concurrents de Lilly et présentaient donc un caractère abusif, sans étudier leur impact concret sur les concurrents, en particulier sur l'évolution des ventes de ces derniers. En 2004, le Conseil de la concurrence a semblé adopter une approche plus prudente en matière de remises de gamme. Dans sa décision Roquefort, le Conseil, statuant sur les remises de gamme accordées aux enseignes de la grande distribution par l'entreprise dominante sur le marché français du roquefort, a indiqué qu'« un système de rabais sera considéré comme abusif si les critères et les modalités de son attribution font apparaître que le système de remise ne repose pas sur une contrepartie économiquement justifiée mais tend, à l'instar d'un rabais de fidélité, à limiter l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents » (Cons. conc., déc. n° 04-D-13, 8 avr. 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée, §§ 57-67, soulignement ajouté). Ce faisant, le Conseil semble ouvrir la voie à une meilleure prise en compte des possibles efficacités des remises de gamme. Dans une autre décision, le Conseil a par ailleurs écarté la qualification d'abus s'agissant d'une remise de couplage consentie par France Télécom, compte tenu du caractère peu attractif de la remise (durée limitée, modalités d'octroi compliquées et absence de publicité; Cons. conc., déc. n° 04-D-22, 21 juin 2004 relative à la saisine de l'Association française des opérateurs privés en télécommunications [AFOPT] et de l'Association des opérateurs de services de télécommunications [AOST] portant sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel « *Primaliste longue distance* »). L'évolution la plus frappante concerne toutefois la jurisprudence communautaire.

Dans une décision Poste Belge, la Commission a examiné les pratiques d'offres liées mises en œuvre par la Poste Belge consistant à octroyer un tarif préférentiel pour les services « B to C » sous monopole aux clients acceptant d'avoir recours à ses services sur le marché « B to B » ouvert à la concurrence (Déc. Comm. CE n° COMP/37.859, 5 déc. 2001, De Post-La Poste, JOCE 2 mars 2002, n° L 61, p. 32, cf. notamment les §§ 70-73). Pour évaluer le risque d'éviction des concurrents et qualifier l'existence d'un abus, la Commission a notamment tenu compte des « effets de réseau » inhérents aux systèmes des services en groupe fermé d'utilisateurs, et de l'absence de viabilité d'un service postal en-deçà d'une certaine « masse critique ».

Encore embryonnaire dans la décision Poste Belge, l'approche économique en matière de ventes liées a véritablement été développée à l'occasion de l'affaire Microsoft (Déc. comm. CE, 24 mars 2004, aff. COMP/C-3/37.792, Microsoft, non encore publiée). Dans sa décision, la Commission a considéré que Microsoft avait abusé de son quasi-monopole sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC, d'une part, en limitant, de propos délibéré, l'interopérabilité entre les PC Windows et les serveurs de groupe de travail de ses concurrents et, d'autre part, en liant la vente de son lecteur Windows Media (WMP) avec Windows, son système d'exploitation présent sur la quasi-totalité des PC dans le monde. Pour parvenir à cette conclusion, la Commission s'est livrée à une analyse approfondie et détaillée des effets d'éviction réels et potentiels occasionnés par l'incorporation du lecteur WMP dans le système d'exploitation Windows sur le marché des lecteurs. Refusant de considérer que les ventes liées du

lecteur et du système d'exploitation constituaient « *par nature* » un abus, la Commission a analysé en détail les données économiques sur les positions respectives de Microsoft et de ses concurrents tout en anticipant sur l'évolution du marché. Elle a analysé les effets de fermeture à l'égard de plusieurs types d'opérateurs économiques, examinant notamment les « effets de réseau » susceptibles d'influer sur le comportement des fournisseurs de contenus et les concepteurs de logiciels d'application et les « effets de débordement » à l'entrée sur d'autres marchés émergents. La Commission a enfin examiné avec attention les éventuels gains d'efficacité présentés par Microsoft comme étant de nature à compenser la distorsion de concurrence résultant de cette pratique (*ibid.*, §§ 835-984).

III. – CONCLUSION OU COMMENT SORTIR DU « MYTHE » DE LA PRÉDATION

L'indétermination économique sur la notion de « *prix abusivement bas* » s'est traduite au plan juridique par une jurisprudence protéiforme et souvent incohérente. Pour un même phénomène, les décisions des autorités communautaires et françaises de concurrence apparaissent ainsi souvent contradictoires. S'agissant des prix prédateurs, les autorités de concurrence privilégient un standard de coût relativement bien établi en jurisprudence. À l'opposé, les remises de fidélité sont généralement considérées comme abusives *per se* et font l'objet d'un préjugé très fort, non rationalisé, en faveur des tarifications linéaires. Enfin, les remises de gamme et les remises couplées sont appréhendées dans les décisions récentes par le biais du sacrifice consenti par l'entreprise dominante sur le marché.

Dans la plupart des cas, à l'exception de l'affaire Microsoft qui pourrait marquer un tournant en la matière, les autorités de concurrence n'examinent pas ou que peu les effets concrets et/ou probables d'exclusion des pratiques de prix bas mises en œuvre par des opérateurs dominants. Assurément, c'est en matière de remises de fidélité que la conciliation entre théorie économique et sécurité juridique a été la moins bien réalisée à ce jour. Dans ses arrêts récents Michelin II et British Airways relatifs à des rabais de fidélité, le Tribunal a même souligné qu'il n'était pas nécessaire de démontrer une restriction concrète de la concurrence du fait du comportement abusif et qu'il suffisait de démontrer que ce comportement était susceptible d'avoir un tel effet (Arrêt Michelin II précité, § 239; arrêt British Airways précité, § 293).

Une manière de concilier l'exigence de crédibilité économique et l'impératif de sécurité juridique pourrait consister à établir une grille de critères assez complète sur laquelle les autorités de concurrence se fonderaient pour apprécier de manière soignée les effets concrets de la politique tarifaire des entreprises dominantes. Parmi ces critères pourraient notamment figurer la structure du marché concerné, les critères (prix, quantité) sur lesquels l'entreprise dominante se fonde pour prendre des décisions, l'existence d'effets de réseau, l'analyse des barrières à l'entrée ainsi que l'importance des efficacités. La Commission européenne s'est d'ores et déjà attelée à un travail de refonte des règles d'application de l'article 82 CE et semble déterminée à se concentrer dorénavant sur les pratiques abusives qui ont un impact sur les consommateurs, par opposition à une définition formaliste des abus (Discours de Neelie Kroes, Preliminary thoughts on Policy Review of Article 82, SPEECH/05/537, 23 sept. 2005 : « *L'application de l'article 82 devrait se concentrer sur les problèmes de concurrence réels : en d'autres termes sur des pratiques ayant un effet restrictif concret ou probable sur le marché au préjudice des consommateurs* » [traduction libre]). La difficulté juridique importante que ces efforts rencontreront découle de l'effet des jurisprudences passées : ils ne seront couronnés de succès que si les cours françaises et européennes accompagnent ce mouvement nécessaire de réforme. ♦