Concurrences
Antitrust Publications & Events

CLEARY GOTTLIEB

ANALYSIS GROUP
ECONOMIC, FINANCIAL and STRATEGY CONSULTANTS

Emmanuel Combe
Vice-Président, Autorité de la concurrence, Paris

Frédéric de Bure
Counsel, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, Paris

Antoine Chapsal
Principal, Analysis Group, Paris/Bruxelles

ABUS D'EXPLOITATION : QUELS SONT LES NOUVEAUX RISQUES POUR LES ENTREPRISES ?

6 mars 2018 - Cleary Gottlieb, Paris

EMMANUEL COMBE*

Il existe trois types d'abus de position dominante : (i) l'abus d'exclusion qui consiste à empêcher l'entrée d'un concurrent sur le marché ou l'en exclure, (ii) l'abus d'exploitation qui consiste à profiter d'une position dominante pour pratiquer, par exemple, des prix excessifs, et (iii) l'abus de discrimination qui consiste à désavantager un partenaire commercial placé dans une situation similaire aux autres. Cette catégorisation intellectuelle figure en partie dans l'article 102 du traité, avec la notion de « prix non équitables » par exemple. Cependant, la frontière entre l'abus d'exclusion et l'abus d'exploitation n'est pas toujours étanche en pratique, puisque l'un des effets de l'abus d'exclusion est de permettre à l'entreprise de pratiquer des prix excessifs, c'est-à-dire un abus d'exploitation. De plus, l'abus d'exploitation peut être l'une des formes de l'abus d'exclusion, c'est par exemple le cas du ciseau tarifaire.

> **« IL EST […] PARADOXAL DE REPROCHER À UNE ENTREPRISE, DÈS LORS QU'ELLE A ACQUIS SA POSITION DOMINANTE PAR LES MÉRITES, D'EN RETIRER PLEINEMENT LES FRUITS, PAR EXEMPLE SOUS LA FORME D'UN PRIX ÉLEVÉ. »**
>
> EMMANUEL COMBE

Les prix excessifs sont la principale forme d'abus d'exploitation. Il en existe d'autres, comme la dégradation de la qualité des produits, le traitement discriminatoire des clients ou encore « l'extorsion » des données personnelles des clients sans leur consentement explicite. La notion de prix excessif peut être problématique d'un point de vue économique en raison de la dimension normative liée au caractère « excessif » du prix. En économie, il est possible de caractériser un prix élevé par rapport à un niveau de coûts ou encore un prix irrationnel (qui est souvent excessivement bas, c'est-à-dire en-dessous du coût variable), mais pas de caractériser un prix « excessif » qui fait appel à une dimension morale. Il est en outre paradoxal de reprocher à une entreprise, dès lors qu'elle a acquis sa position dominante par les mérites, d'en retirer pleinement les fruits, par exemple sous la forme d'un prix élevé. Dans ses conclusions dans l'affaire *AKKA/LAA,* l'avocat général Nils Wahl a d'ailleurs précisé que des prix monopolistiques, pratiqués pendant une courte période (c'est-à-dire de manière transitoire), sont la récompense de l'esprit d'entreprise.

De nombreuses variables peuvent influer sur le niveau de prix d'un produit, comme sa rareté, l'élasticité prix, le contre-pouvoir des clients, le niveau de la demande, les possibilités de discrimination, la taille du marché, le niveau des coûts ou encore l'intensité de la concurrence. Pour faire baisser un prix jugé « élevé », la régulation peut parfois être plus efficace que le droit de la concurrence. En cas de barrière légale à l'entrée, il appartient par exemple plutôt aux pouvoirs publics de permettre l'entrée

> VIDÉOS INTERVIEWS DES INTERVENANTS ET PHOTOS CONSULTABLES SUR LE SITE DE LA REVUE CONCURRENCES (CONFÉRENCES > 6 MARS 2018)

* Les opinions ici exprimées n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle il appartient.

de nouveaux concurrents sur le marché. De même, en cas de monopole naturel ou pour préserver l'intérêt général (par exemple en matière de santé), il appartient aux pouvoirs publics de réguler les prix.

Dans les décisions *Aspen* de l'autorité de concurrence italienne et *Pfizer* de la CMA, il existe un faisceau d'indices, dont la hausse forte du prix du médicament n'est qu'un élément : nous sommes bien dans une approche en termes de plan global, visant à abuser de la position dominante. La démonstration du « prix excessif » s'appuie en effet sur une analyse temporelle du comportement du laboratoire vis-à-vis de l'autorité de santé, sur une étude de la structure du marché, sur une comparaison du prix et des coûts pertinents, sur l'absence de justification objective de la hausse de prix, etc.

FRÉDÉRIC DE BURE

Les exemples d'abus d'exploitation sont nombreux dans les textes applicables (article L. 422 du Code de commerce et article 102 du traité) : conditions de transaction non équitables, discrimination, limitation de la production au préjudice du consommateur, conditions commerciales injustifiées… La volonté initiale du législateur était de sanctionner les abus d'exploitation. Néanmoins, un glissement s'est opéré au profit des abus d'exclusion depuis les années 1970. Le célèbre arrêt *Continental Can* de 1973 a confirmé que l'article 102 s'appliquait aux abus d'exclusion, dont l'objectif est de protéger la structure de la concurrence effective. Ce glissement est assumé par la Commission : dans un rapport de 1994, elle a affirmé que son rôle est de préserver le mécanisme de formation du prix, et non de contrôler les prix.

Cependant, ces dernières années, l'abus d'exploitation revient sur le devant de la scène, surtout dans la pratique des autorités de concurrence nationales (en France et dans d'autres pays européens). En 2016, la commissaire Vestager a reconnu que dans certaines situations, l'intervention sur le prix lui-même est nécessaire pour protéger les consommateurs. D'ailleurs, à la suite de l'affaire *Aspen* en Italie, la Commission a ouvert une enquête pour déterminer si un abus d'exploitation avait été commis au niveau européen.

Au niveau national, l'industrie pharmaceutique et les plateformes en ligne semblent être les principaux secteurs ciblés par les autorités de concurrence. Dans les affaires *Aspen* et *Pfizer* précitées, qui concernent le secteur pharmaceutique, les autorités ont constaté des prix très élevés en comparaison des coûts ainsi qu'une forme de stratégie d'exploitation de l'entreprise dominante. Dans le cas italien, Aspen Pharma avait une stratégie agressive vis-à-vis de l'agence de santé italienne en menaçant notamment de retirer le médicament en question du marché. Dans le cas britannique, la CMA a souligné l'existence d'une « stratégie délibérée » d'augmentation des prix par Pfizer. Dans le secteur des plateformes en ligne, l'Autorité de la concurrence a développé une jurisprudence autour de la discrimination de second rang par l'entreprise Google. Tandis que la discrimination « de premier rang » est dirigée à l'encontre des concurrents, la discrimination « de second rang » vise des entreprises avec lesquelles l'entreprise dominante n'est pas en concurrence sur un marché aval : c'est une

> **LES ABUS D'EXPLOITATION DEVIENNENT UN OUTIL JURIDIQUE D'INNOVATION JURIDIQUE PAR LES AUTORITÉS DE CONCURRENCE ET DE « COLONISATION » D'AUTRES CORPUS JURIDIQUES TELS QUE LE DROIT DE LA CONSOMMATION OU LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE."**
> FRÉDÉRIC DE BURE

Revue Concurrences | Conférences | Tous droits réservés à l'auteur ou à l'éditeur auquel il appartient.

discrimination entre les clients. Le cas *Navix* de 2010, qui concernait Adwords, la plateforme publicitaire de Google, a été suivi de plusieurs décisions jusqu'à une décision de mesures conservatoires dans l'affaire Gibmedia en 2015.

Ainsi, les abus d'exploitation deviennent un outil juridique d'innovation juridique par les autorités de concurrence et de « colonisation » d'autres corpus juridiques tels que le droit de la consommation ou le droit de la propriété intellectuelle. En l'absence de lignes directrices dédiées aux abus d'exploitation et d'une pratique décisionnelle étoffée, cette évolution peut être source d'insécurité juridique car les critères d'identification de cet abus ne sont pas clairs.

Pour la première fois, dans l'affaire lettone *AKKA/LAA*, l'avocat général Nils Wahl a défini la méthode d'appréciation des prix excessifs dans ses conclusions. Il considère que la théorie des abus d'exploitation doit rester d'application exceptionnelle. Néanmoins, dans une situation de monopole légale, il estime qu'il peut être justifié de sanctionner une pratique d'exploitation. Deux critères, issus de l'arrêt *United Brands* de 1968, sont détaillés : (i) un prix excessif, c'est-à-dire un écart significatif entre le prix concurrentiel théorique et le prix réel, et (ii) un prix non-équitable. Des critères complémentaires, comme l'absence de régulateur sectoriel ou l'absence de pouvoir de négociation des cocontractants, permettent de compléter l'appréciation du prix excessif. Cependant, la grille proposée par l'avocat général ne s'applique qu'aux prix excessifs, sans régler la question des autres abus d'exploitation.

Pour pallier cette insuffisance, on pourrait imaginer trois critères pour constater un abus d'exploitation : (i) la dépendance du cocontractant vis-à-vis de l'entreprise dominante, (ii) le profit pour l'entreprise dominante et (iii) la justification objective. Les deux premiers critères devraient être établis par l'autorité de concurrence, et le troisième serait classiquement à la charge de l'entreprise dominante pour lui permettre d'échapper à une sanction.

Tout d'abord, la notion de dépendance, si elle recoupe en partie celle de dominance, établit l'impossibilité du client à échapper au comportement de l'entreprise. En droit français, en matière d'abus de dépendance économique, la dépendance est définie notamment par l'absence de solutions alternatives. L'application du critère de la dépendance est particulièrement intéressante dans l'affaire Facebook en Allemagne : en effet, le consommateur a le choix de s'inscrire ou non sur ce réseau social. Le deuxième critère du profit est essentiel : en matière d'exploitation, si l'entreprise ne tire aucun avantage, l'existence même d'un comportement abusif peut être incertaine. Ce critère semble évident en matière de prix excessif, mais il l'est moins en matière de données personnelles ou de discrimination de second rang. La justification objective permet à l'entreprise dominante d'expliquer son comportement par des motifs légitimes. L'entreprise pourrait expliquer le profit par des raisons différentes de l'exploitation abusive, comme des investissements par exemple.

La juxtaposition de ces critères permet de dégager une stratégie d'exploitation de l'entreprise dominante. D'ailleurs, l'avocat général conclut ses conclusions dans l'affaire *AKKA/LAA* en soulignant que le prix est qualifié d'excessif lorsqu'il n'existe *« aucune autre explication économique que la simple capacité et la volonté »* de l'entreprise d'utiliser sa force sur le marché pour pratiquer des prix anormalement élevés. L'appréciation de la volonté ou de la stratégie de l'entreprise pourrait constituer une subjectivisation du droit de la concurrence.

EMMANUEL COMBE

Le premier et le troisième critère proposés sont convaincants. Cependant, le droit de la concurrence ayant pour objet de protéger l'ordre public économique, et non de réparer un préjudice, le critère du profit retiré de la pratique par l'entreprise dominante n'est pas un critère nécessaire. Un effet anticoncurrentiel sur le marché, potentiel ou réel,

peut être caractérisé, sans même que l'auteur de la pratique d'abus en retire un gain. De plus, le fait que l'entreprise en position dominante ai commis un abus « par négligence » ne l'exonère pas de sa responsabilité particulière.

ANTOINE CHAPSAL

Pour caractériser une situation d'abus d'exploitation, deux conditions sont nécessaires : (i) une position dominante et (ii) des prix, ou plus généralement des conditions contractuelles, non équitables. La position dominante peut être issue d'un monopole légal, avoir été établie ou étendue de manière illégale, c'est-à-dire par le biais d'un abus d'exclusion, ou bien par les mérites. Dès lors que l'entreprise a acquis son pouvoir de marché en raison de la concurrence par les mérites, un économiste ne pourra jamais lui reprocher de maximiser ses profits. Néanmoins, la réalité juridique sanctionne les conditions contractuelles inéquitables. Il est donc nécessaire de trouver les critères économiques de l'abus d'exploitation, c'est-à-dire faire la différence entre le traitement inéquitable et l'exercice du pouvoir de marché. L'enjeu est d'éviter deux types d'erreur dans la pratique décisionnelle : la condamnation à tort (Type 1), qui est extrêmement préjudiciable en matière d'abus d'exploitation, et l'acquittement à tort (Type 2).

S'agissant tout d'abord des prix excessifs, il existe plusieurs définitions juridiques. Selon l'arrêt *United Brands*, un prix serait excessif s'il est sans rapport avec la valeur économique du produit. Néanmoins, l'estimation de la valeur du produit peut être difficile à chiffrer, les coûts (mais quelle échelle de coûts ?) et les critères relatifs au produit (rareté, taille du marché…) pouvant servir d'indices. D'un point de vue économique, le caractère excessif du prix est particulièrement difficile à établir. Un premier point de comparaison possible serait le prix concurrentiel. Mais différents modèles de concurrence mènent à des prix concurrentiels différents : le prix de comparaison pourrait être celui d'un modèle de la concurrence parfaite, ou encore celui d'un modèle de concurrence dynamique avec un besoin d'investissements et une couverture des coûts. Certaines conditions de marché semblent nécessaires comme préalable à un potentiel abus d'exploitation : (i) l'entreprise dominante doit avoir un fort pouvoir de marché, bien supérieure aux 40% de part de marché suffisants pour caractériser une position dominante, (ii) des barrières à l'entrée très importantes doivent exister et (iii) l'innovation et la R&D doivent également avoir un rôle mineur. Ensuite, pour caractériser l'abus d'exploitation, plusieurs tests sont possibles et utilisés en antitrust, tels que les tests prix-coûts ou les comparaisons avec différents benchmarks comme les concurrents, d'autres zones géographiques ou d'autres points dans le temps. Cependant, dans les tests prix-coûts, il faut identifier un écart minimum entre les coûts et le prix pratiqué, qui caractérise le prix excessif. Or, un économiste n'est pas en mesure de l'identifier puisque cet écart a une valeur normative. Par ailleurs, les remèdes aux prix excessifs se situent aux limites du droit de la concurrence et de la régulation des marchés. ■

LA RÉALITÉ JURIDIQUE SANCTIONNE LES CONDITIONS CONTRACTUELLES INÉQUITABLES. IL EST DONC NÉCESSAIRE DE TROUVER LES CRITÈRES ÉCONOMIQUES DE L'ABUS D'EXPLOITATION. "

ANTOINE CHAPSAL

Conception graphique : Yves Bullard : www.yvesbullard.fr