

LE CONTRÔLE DU NIVEAU DES PRIX — ASPECTS ÉCONOMIQUES

par Laurent Benzoni

Professeur d'Économie Université Panthéon-Assas (Paris 2) et CREDPrésident TERA Consultants

1978, la France entame la libéralisation des prix industriels, du commerce et des services, globalement contrôlés par l'État depuis 1945. Certains prix, comme celui du pain, étaient même administrés depuis 1793 ! La loi Macron poursuit ce mouvement inachevé avec la libéralisation des tarifs de professions réglementées. Le contrôle *ex ante* des prix dans l'économie française est ainsi devenu l'exception. Toutefois, la liberté des prix n'est pas totale : elle s'arrête désormais où commence le droit de la concurrence. En charge du contrôle et de la sanction des abus que pourraient commettre les entreprises sur les marchés, l'Autorité de la concurrence exerce tacitement une forme de contrôle du niveau des prix dès lors que les pratiques tarifaires emportent des effets anticoncurrentiels. Bien que libres, des prix pourront être considérés comme excessifs ou abusivement bas ou encore trop « alignés ». Comment se situer face à ce contrôle tacite des prix qui ne dit pas son nom. L'analyse économique fournit souvent le substrat sur lequel s'appuie l'Autorité pour apprécier les déviations indésirables des prix par rapport à un niveau concurrentiel. Cet article expose quelques éléments permettant de comprendre la logique économique que suit l'Autorité de la concurrence pour exercer le contrôle des prix « concurrentiels ». Le cas des ententes (C. com., art. L. 420-1) et des abus de position dominante (C. com., art. L. 420-2) seront traités successivement.

■ Ententes et prix supra-concurrentiels

Les ententes peuvent être soit horizontales si elles sont le fait de concurrents opérant sur un même marché, soit verticales si elles concernent des accords conclus entre fournisseurs et acheteurs.

Ententes horizontales : les prix contrefactuels support de prix quasi-régulés ?

Quantifier le dommage à l'économie résultant d'une entente impose de définir le prix concurrentiel qui aurait prévalu en l'absence de l'entente. Ce prix se mesure à partir d'un scénario contrefactuel basé sur une ou plusieurs méthodes économiques complémentaires

Les ententes horizontales sont considérées par l'Autorité de la concurrence comme les infractions les plus graves. Au-delà de la gravité de l'infraction, l'Autorité fonde sa décision de sanction (amende) sur le dommage à l'économie que provoque une pratique anticoncurrentielle. La quantification du dommage à l'économie n'est pas une nécessité, mais elle peut être réalisée par

l'Autorité ou par les parties prenantes. Économiquement, les ententes ont pour effet final d'augmenter les prix, quels que soient les moyens utilisés : répartition ou gel de parts de marché, blocage de l'entrée de concurrents, etc. Le prix pratiqué sur un marché avec entente est ainsi supérieur au prix concurrentiel. Quantifier le dommage à l'économie impose de définir le prix concurrentiel qui aurait prévalu en l'absence de l'entente. Ce prix se mesure à partir d'un scénario contrefactuel basé sur une ou plusieurs méthodes économiques complémentaires¹. La différence entre le prix de

marché avec entente (prix observé) et le prix de marché concurrentiel sans entente (scénarisé) mesure ainsi la hausse de prix induite par l'entente : cette hausse mesure pour partie le dommage subi par les consommateurs et le dommage à l'économie.

Bien que l'Autorité de la concurrence s'en défende, toute quantification du dommage à l'économie constitue donc une première quantification du préjudice subi par les consommateurs, lesquels pourront demander réparation auprès des tribunaux civils en raison du dommage subi. Maintenant, on conçoit qu'une procédure ayant définitivement abouti à une sanction et une réparation aura permis de révéler un niveau de prix de marché sur le bien en cause concurrentiel juridiquement validé. Ce prix émanant du scénario contrefactuel devient un référentiel stable sur des marchés de biens peu différenciés, matures et sans innovations majeures.

Nombre de marchés de biens intermédiaires relèvent de cette catégorie ; ils sont d'ailleurs souvent impliqués dans des pratiques d'ententes horizontales [Lysine, vitamines, carburants, etc.] car ces caractéristiques sont favorables à l'établissement de comportements coordonnés. Toute élévation durable du prix de marché par rapport au référentiel concurrentiel constitue alors un indice probant d'un retour d'éventuelles pratiques anti-concurrentielles : les prix peuvent ainsi subir une forme de contrôle tacite voire parfois explicite obligeant parfois les offreurs à une véritable « autorégulation » de leurs comportements tarifaires. Il n'est pas excessif de dire que sur le plan économique, les prix sont alors quasi-régulés².

Ententes verticales : les prix conseillés plafonnent les prix de marché

Les formes des relations contractuelles entre acheteurs et fournisseurs sont multiples. Si l'une des parties prenantes à ces relations dispose d'une part de marché supérieure à 30 % ou si plusieurs parties cumulent une part de marché supérieure à 40 % sur au moins l'un des marchés affectés³, et que l'accord emporte des effets jugés comme anti-concurrentiels

(1) Commission européenne, Guide pratique quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (document de travail), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf

(2) La surveillance du prix « libres » des carburants automobile est à cet égard exemplaire : V. <http://www.prix-carburants.economie.gouv.fr/>

(3) Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE, C 130, 19 mai 2010, pts 87 à 92.

tiels, il relève alors d'une entente verticale. À l'instar des ententes horizontales, les ententes verticales altèrent la vigueur de la concurrence et favorisent l'émergence de prix supérieurs à ceux qui devaient prévaloir sur un marché concurrentiel. Ici aussi le droit de la concurrence vient contraindre la libre formation des prix et produire une forme de contrôle.

La pratique des prix conseillés illustre cette problématique. Sur les marchés de biens de consommation, il est courant que les fournisseurs éditent des prix de vente « conseillés » : des prix imposés sont, par définition, contraires à la liberté des prix et aux règles de la concurrence⁴. Pour autant, les autorités de concurrence ont, à maintes reprises, sanctionné la pratique de prix conseillés⁵. Les prix conseillés participent d'une entente verticale s'il existe une « police » des prix, à savoir des mécanismes permettant de faire respecter les prix conseillés. En effet, une police des prix effective matérialisée par exemple par des rétorsions avérées (refus de livraison ou délais allongés) ou simplement par des menaces crédibles contre les distributeurs indisciplinés, implique que les prix conseillés constituent économiquement des prix imposés.

Pour détecter ce type d'entente, l'Autorité de la concurrence peut se contenter de relevés de prix effectués dans des points de distribution. En l'état de la jurisprudence, un test dit d'alignement des prix sera réalisé consistant à vérifier si plus de 20 % des prix affichés chez les distributeurs sont inférieurs à 1 % des prix conseillés⁶. À défaut, l'Autorité peut ouvrir une enquête, en particulier lancer des visites dans les entreprises suspectées de s'entendre. Une pratique de prix conseillés, qu'elle soit ou non le support d'une entente, implique donc *de facto* une possibilité de contrôle du niveau des prix par l'Autorité. Or, les distributeurs sont enclins à respecter les prix conseillés par les fournisseurs, au motif raisonnable que la connaissance du marché par ces derniers leur permet de positionner au mieux le « juste » prix des produits. D'ailleurs, la pratique de prix conseillés est répandue sur les marchés avec des biens différenciés où sont lancés de nouveaux produits de façon récurrente. La marque joue un rôle de repère pour les consommateurs et le prix positionne le bien sur le marché, cela en conformité avec les enseignements de la théorie économique⁷. Pourtant, suivre de trop près les prix conseillés d'un fournisseur leader sur son marché reste déconseillé car la pratique est *a priori* suspecte...

(4) Lignes directrices, préc.

(5) V. par ex. Cons. conc., n° 07-D-50, 20 déc. 2007, pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets ; n° 06-D-04, 13 mars 2006, pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe.

(6) V. par ex., Cons. conc., 5 déc. 2005, n° 05-D-66 pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'électronique grand public, ou Cons. conc. n° 06-D-04, préc.

(7) C. d'Aspremont, J. Jaskold Gabszewicz et J.-F. Thisse, *Product differences and prices*, <http://www.di.ens.fr/~aspremon/Claude/PDFs/dAsp83a.pdf>

(8) Le coût évitable moyen relève d'une approche économique et ne coïncide pas avec les catégories comptables usuelles de coûts variables versus coûts fixes.

(9) Économiquement, le coût évitable moyen constitue dans une entreprise multiproduits le coût incrémental de court terme.

(10) Cons. conc., n° 97-D-39, 17 juin 1997, pratiques mises en œuvre par différentes entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur.

■ Abus de position dominante : des prix sous étroite surveillance

Une entreprise en position dominante peut s'abstraire en partie de la pression concurrentielle. Elle dispose ainsi d'un pouvoir de marché dont elle peut abuser. Une entreprise en position dominante endosse, pour cette raison, une responsabilité de marché : elle ne peut agir en toute liberté sans anticiper la conséquence de toute pratique qui viserait à renforcer sa position dominante.

Prédation : des prix pas trop bas sans objectif de gain de part de marché

Si la fixation de prix bas semble, de prime abord, bonne pour les consommateurs, l'entreprise en position dominante peut utiliser cette pratique, qualifiée alors de prédatrice, pour évincer ses concurrents. Le contrôle que pourra exercer l'Autorité de la concurrence sur des pratiques de prix bas consiste en des tests qui, au premier chef, évaluent l'écart entre les prix pratiqués et les coûts supportés pour vérifier ou non l'existence d'une perte.

Sur le plan strictement économique, un prix fixé à un niveau inférieur au coût variable moyen de production est générateur de perte et est irrationnel. En effet, si le prix de vente est inférieur au coût variable, il vaut mieux ne pas vendre et cesser la production ou la distribution afin de minimiser la perte plutôt que de continuer à vendre. Le premier niveau de contrôle par l'Autorité de la concurrence pour tester si un prix pratiqué par une entreprise en position dominante est trop bas, il reposera donc sur cette vérification d'un prix supérieur ou non au coût variable. Techniquement, le coût variable est désormais évalué par le coût évitable moyen⁸, soit un niveau proche du seuil de revente à perte (bien que ce terme ait disparu des textes)⁹. Vendre en dessous de ce seuil constitue alors une présomption de pratique abusive de prédation.

Une entreprise dominante peut cependant vendre un bien au-dessus de son coût variable mais en dessous de son coût moyen total de production : elle subit donc aussi une perte. Toutefois, ce comportement de vente à perte n'est pas irrationnel en soi sur le plan économique et n'est donc pas anticoncurrentiel, en soi, en droit de la concurrence. L'Autorité retient alors dans ce cas d'espèce un deuxième critère pour qualifier éventuellement la pratique de prix bas d'anticoncurrentielle : l'existence d'un plan d'éviction. Par plan d'éviction, il faut entendre tout indice révélant que la fixation de prix bas ne procède pas d'un ajustement normal du marché, par exemple une baisse de prix suite à l'existence de surcapacités de production, mais qu'elle procède d'une action délibérée et planifiée de l'entreprise dominante. Ainsi, une politique de prix bas ciblant délibérément certains concurrents seulement sans que des causes exogènes (baisse du prix des *inputs*, surcapacités à résorber, excédents de stocks de biens périssables, etc.) ne puissent être évoquées sera, par exemple, une preuve de l'existence d'un plan d'éviction¹⁰.

L'entreprise dominante doit donc être très attentive avant d'initier une politique de prix agressive, même s'il s'agit de reconquérir des parts de marché perdues au profit de concurrents de plus petite taille car le contrôle de l'Autorité de la concurrence peut alors s'exercer pour sanctionner la pratique.

Rabais : gagner la fidélité de ses clients mais pas à n'importe quel prix et pour de bonnes raisons

Proposer des rabais à ses clients fidèles constitue une pratique commerciale très courante. L'entreprise dominante, comme pour la prédation, se doit de vérifier que ces rabais ne sont pas consti-

tutifs d'un abus concurrentiel. Les rabais peuvent emprunter de multiples formes, mais certaines d'entre elles sont à proscrire. Par exemple, une entreprise dominante qui proposerait des rabais à ses clients en fonction des quantités de biens que les clients achèteraient chez elle en substitution directe ou indirecte des achats effectués chez ses concurrents se trouvera en situation délicate vis-à-vis de l'Autorité de la concurrence. Cette dernière considèrera, en effet, que le rabais proposé a pour effet principal l'éviction partielle ou totale du(es) concurrent(s) des clients qui opéreraient pour ce rabais et augmenteraient, en conséquence, leurs achats auprès de l'entreprise dominante au détriment de ses concurrents¹¹.

L'Autorité peut aussi effectuer un contrôle quant à la licéité des rabais de couplage. Si une entreprise est en position dominante sur un marché de produit A et non sur un marché de produit B, elle peut proposer à ses clients des rabais qui permettent d'obtenir le produit A et B conjointement à un prix moindre que si les produits étaient achetés séparément. Ici aussi, l'Autorité peut évaluer que le rabais de couplage a pour objet et pour effet d'évincer les concurrents qui ne peuvent proposer ce type de rabais, en particulier s'ils ne produisent qu'un seul des deux

En dehors du refus de vente ou d'accès des concurrents à une facilité essentielle par l'entreprise qui la détient, la pratique de prix abusive sanctionnée repose, le plus souvent, sur la mise en œuvre d'un « ciseau tarifaire »

biens. Ici aussi de nombreuses affaires sont venues sanctionner des rabais de ce type considérés comme abusifs¹².

Intégrer cette possibilité du contrôle de l'Autorité des prix incluant une remise impose donc pour les entreprises dominantes de se doter d'une démarche de conformité respectant trois étapes : 1) vérifier que le rabais, quel qu'il soit, se justifie par des gains d'efficacité pour le vendeur et/ou l'acheteur¹³, 2) mesurer que pas plus que la totalité des gains d'efficacité justifiant le rabais soit rétrocédée aux acheteurs, sinon le rabais serait disproportionné, 3) éviter que l'ampleur du rabais ne conduise pas à évincer toute concurrence. Sous ces conditions de contrôle *a priori* des politiques de rabais par l'entreprise dominante, l'éventuel contrôle *ex post* des pratiques tarifaires en cause par l'Autorité de la concurrence devrait satisfaire aux exigences du droit de la concurrence.

■ Conclusion : quid de la pratique des prix excessifs ?

La pratique de prix excessifs dans le cadre d'une pratique unilatérale (abus de position dominante) est le plus souvent associée à l'existence d'une facilité essentielle (monopole durable sur une activité). Cependant, ce n'est généralement pas le niveau de prix en soi qui est en cause, mais l'utilisation abusive de la détention d'une facilité essentielle par l'entreprise dominante pour exclure des concurrents sur les marchés dits en aval qui utilisent cette facilité essentielle. En dehors du refus de vente ou d'accès des concurrents à cette facilité essentielle par l'entreprise qui la détient, la pratique de prix abusive sanctionnée repose, le plus souvent, sur la mise en œuvre d'un « ciseau tarifaire ». Dans ce cas, l'Autorité de la concurrence contrôle si les entreprises qui doivent acheter l'accès à la facilité essentielle disposent d'un espace économique viable pour exercer leur activité en aval afin de concurrencer l'entreprise qui détient la facilité essentielle et qui intervient elle aussi sur le

marché aval. Pour ce faire, l'Autorité ne contrôle pas si le niveau de prix de la facilité essentielle est trop élevé ou si le prix pratiqué par l'entreprise détentrice de la facilité essentielle pratique des prix trop faibles sur le marché aval ; elle vérifie seulement si l'entreprise détentrice de la facilité essentielle ne subit pas de perte sur l'activité aval compte tenu du prix auquel elle facture la facilité essentielle à ses concurrents et compte tenu des prix qu'elle pratique et de ses coûts sur l'activité aval. Si ce test révèle une perte, l'entreprise est susceptible d'être sanctionnée¹⁴.

En dehors de ces cas, les interventions de l'Autorité sont rares. Contrairement aux cas exposés précédemment l'action de celle-ci reviendrait vite à régler les prix. Par ailleurs la notion de prix excessifs est complexe à établir sauf à définir un seuil de rentabilité anormal. Or, la mesure du profit est particulièrement complexe à mener si ce n'est impossible dès lors que les entreprises sont multiproduits, multi-établissements, multinationale. D'autres options sont envisageables comme des injonctions pour accroître la transparence ou visant à réduire les coûts de changement des consommateurs pour changer de fournisseur¹⁵. Mais ces mesures s'avèrent généralement peu efficaces comme le note l'OCDE¹⁶.

Ainsi, l'Autorité de la concurrence milite plutôt pour un pouvoir de séparation structurelle, c'est-à-dire permettant d'imposer des cessions d'actifs aux entreprises dominantes fautives et imposer ainsi la déconcentration sur les marchés qui semblent inaptes à s'autoréguler par la concurrence¹⁷. Mais, un tel pouvoir, s'il devait être accordé à l'Autorité, soulève nombre de questions techniques. Au premier chef, la détermination du niveau de prix ou de profit qui serait considéré comme suffisamment excessif pour mettre en œuvre ce pouvoir de déconcentration. Cela imposerait nécessairement une surveillance constante des marchés : un retour au contrôle des prix ?

(11) V. par ex. Cons. conc., n° 00-D-67, 13 févr. 2001, pratiques constatées dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels.

(12) V. par ex. Cons. conc., n° 96-D-12, 5 mars 1996, pratiques mises en œuvre par la société Lilly France dans le secteur des spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux ; Cons. conc., 24 juill. 2003, n° 03-D-35 pratiques mises en œuvre par Novartis Pharma SA sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux.

(13) Pour ce point concernant les gains d'efficacité côté consommateurs, V. Cons. conc., 18 mars 2005, n° 05-D-13 pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage.

(14) Aut. conc., n° 15-D-10, 11 juin 2015, pratiques mises en œuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel.

(15) Sur ce point, Ph. Nasse, *Rapport sur « les coûts de sortie »*, 22 sept. 2005, disponible sur : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapportnasse_coutsdesortie.pdf.

(16) OECD, Policy roundtables, Excessive Prices 2011, <http://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>.

(17) Aut. conc., 31 mars 2015, n° 15-A-06, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, AJCA 2015. 269, avis C. Pecnard et G. Robic.