

« Abus de position dominante et fixation des prix : prix excessifs et prix prédateurs »

Abuse in a dominant position and prices fixing: Excessive prices and predatory prices



Dr. TOUATI Ghiles*¹,

¹Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Bejaïa, Algérie

Date de soumission : 19/05/2022 Date d'acceptation : 11/06/2022 Date de publication : 30/06/2022



Résumé:

Les prix excessifs et les prix prédateurs sont les formes les plus importantes de l'abus de position dominante en matière des prix. Quant aux prix excessifs, c'est une pratique abusive qui est pratiquée directement à l'encontre des entreprises voulant intégrer le marché, à fin d'empêcher la présence d'une réelle concurrence sur ce dernier, c'est en ce sens une pratique préalable au processus d'entrée sur le marché.

Cependant, l'exercice des prix prédateurs est un comportement pratiqué indirectement à l'encontre des entreprises, ce qui fait de cette dernière une pratique postérieure au processus d'entrée sur le marché. La gravité de ces pratiques se traduit par le double impact négatif qui peut en résulter, car elles affectent à la fois la situation de la concurrence sur le marché et l'intérêt du consommateur. Dès lors, poursuivre de tels comportements nécessite une spécialisation et une maîtrise des concepts économiques et juridiques pour éviter toute conséquence négative lors du processus d'appréciation.

Mots clés: Abus, prix, excessif, prédateur, marché.

التعسف في وضعية الهيمنة وتحديد الأسعار: الأسعار المفرطة والأسعار العدوانية

ملخص:

تُشكل الأسعار المفرطة والأسعار العدوانية الصور الأكثر شيوعاً للتعسف في وضعية الهيمنة في مجال الأسعار. بالنسبة للأسعار المفرطة فهي ممارسة مباشرة في مواجهة المؤسسات والتي يكون الغرض منها منع أي وجود للمنافسة في السوق، باعتبارها ممارسة سابقة للاتحاق بالسوق، في حين يهدف فرض أسعار عدوانية إلى محاولة الإقصاء من السوق، فهي بهذا المعنى ممارسة لاحقة للاتحاق بهذه الأخير.

تتجلى خطورة الممارستين في الأثر السلبي المزدوج الذي قد ينجر على إتيانهما، حيث تؤثران على وضعية المنافسة في السوق ومصلحة المستهلك في نفس الوقت، من ذلك، يقتضي متابعة هذه السلوكيات التخصص



والتمكن من المفاهيم الاقتصادية والقانونية لتفادي أي سوء تقدير للعملية وما قد يترتب عنه من سلبيات ربما لا يُمكن تداركها.

الكلمات المفتاحية: التعسف، السعر، المفرط، العدوانية، السوق

Abuse in a dominant position and prices fixing: Excessive prices and predatory prices

Abstract:

Excessive prices and predatory prices are the most important forms of in dominant position. As for excessive prices, it is an abusive practice which is practiced directly against the enterprises wishing to integrate the market, the purpose of which is to prevent any creation of competition on the market, it is in this sense a practice prior to the process to join the market. However, the exercise of predatory prices is a behavior practiced indirectly against economic operators, which makes the practice of predatory pricing a behavior subsequent to the process of entering the market. The seriousness of these practices is reflected in the double negative impact that can result from them, since they affect both the situation of competition on the market and the interest of the consumer. Therefore, condemning these forms of abuse requires the mastery of economic and legal concepts to avoid any negative consequences during the assessment process.

Key words: Abuse, price, excessive, predatory, market



Introduction :

Dans la mesure où la concurrence porte en elle-même sa propre destruction – la concurrence tue la concurrence-, le plus compétitif l'emporte sur ses adversaires, et peut ainsi imposer sa loi à ses concurrents et aux consommateurs. Il ne suffit donc pas d'instaurer un principe de libre concurrence, d'édicter des normes sans pour autant les accompagner de mesures tant préventives que répressives et de garanties essentielles pour assurer le respect de l'ordre public économique. A cette fin, le droit de la concurrence a pour objet de fixer les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché, de prévenir toute pratique restrictive de concurrence et de contrôler les concentrations économiques afin de stimuler l'efficacité économique et d'améliorer le bien-être des consommateurs.

A cet égard, si le droit de concurrence ne prohibe pas la position dominante notamment dans les cas où cette dernière est le fruit d'une créativité technologique et d'un effort matériel et humain ; en outre cette position devient un inconvénient dans le cas où est utilisée à des fins injustifiables.

A ce propos, l'abus de position dominante peut s'introduire de plusieurs manières, nous citons spécifiquement l'usage abusif de la dominance en matière des prix notamment les prix excessifs et les prix prédateurs La gravité de ces deux pratiques se traduit par la sévérité des effets négatifs qui peuvent en résulter, que ce soit sur la situation concurrentielle d'une part ou sur le bien-être du consommateur d'autre part, aussi nous allons tenter de dissiper toute confusion concernant ces deux pratiques.

Si le comportement consistant à imposer des prix excessifs est la forme la plus courante pour empêcher le reste des concurrents de rejoindre le marché (Chapitre 1), les prix prédateurs constituent à leur tour une pratique abusive qui peut entraver considérablement la concurrence (chapitre 2).



Chapitre 1 : Les prix excessifs : Un comportement abusif visant le verrouillage du marché

Étudier le comportement des prix excessifs nécessite d'approfondir la conception de ces derniers sous l'angle de l'exploitation abusive de la position dominante (section1), avant d'approfondir les critères qui doivent être combinés pour confirmer le caractère de prix excessif de la pratique objet d'enquête (section 2).

Section 1 : Les prix excessifs : Quelle conception ?

Le comportement consistant à imposer d'une manière abusive des tarifs d'accès élevés est la forme la plus courante de refus d'accès à la facilité essentielle. À cet égard, le professeur JOHN Temple l'a exprimé en disant que si une entreprise en position dominante impose des prix élevés de manière à exclure ses concurrents du marché, ce refus est donc considéré illégitime¹. C'est la même approche adoptée par le professeur REY Patrick, en affirmant que le prix excessifs constituaient l'un des comportements les plus fréquents par lesquelles le détenteur de la facilité peut refuser de donner l'accès à cette dernière².

Une telle approche a été reconnue au niveau des organismes de la concurrence, par exemple, la commission européenne a considéré dans ses instructions sur l'application des règles de la concurrence aux accords d'entrée dans le secteur des télécommunications, que la fixation d'un prix excessif, outre le fait qu'elle constitue en soi un abus, peut aussi constituer un refus d'accorder l'accès³. Par ailleurs, le Glossaire d'Economie industrielle et droit de la concurrence, fait référence au prix excessif en stipulant que : «*Ce prix est beaucoup plus élevé au niveau de la concurrence, en raison de l'existence d'un monopole ou l'exercice du pouvoir sur le marché*»⁴.

De leur côté, les autorités chargées de la concurrence ont tenté de donner une définition à ce prix, en utilisant différentes notions selon les cas ; ainsi en examinant la pratique commise par « General Motors », la Cour européenne a défini le prix excessif comme étant le prix, dans lequel le caractère raisonnable n'était pas lié à la valeur économique du service fourni⁵.

A cet égard, une définition plus détaillée est fournie par le glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence qui définit cette pratique

¹ TEMPLE (L), " The principle of essential facility in European community competition law- The position since Bronner", *Journal of Network Industries*, 2000, p. 396

²PATRICK (R), « Concurrence par les mérites », Intervention à la Cour de cassation dans le cadre du cycle *Droit et économie de la concurrence*, 2005, p. 8

³JOCE, n^o C 76 du 11 mars 1997, Point 84, disponible sur : www.eur-lex.europa.eu

⁴OCDE, Glossaire d'Economie industrielle et droit de la concurrence, Point 151

⁵ CJCE, 13 novembre 1975, General motors c/Commission, 26/75, Point 12.



comme : « *Prix nettement supérieurs au niveau de concurrence, du fait de l'existence d'un monopole ou de l'exercice d'une puissance sur le marché. Toutefois, à défaut d'association frauduleuse ou d'entente sur les prix, ou de preuve d'une puissance sur le marché provenant d'une forte concentration, il est extrêmement difficile de fixer un seuil au-delà duquel un prix est à considérer comme abusif ou déraisonnable. Le pivot de l'organisation de la production en économie de marché étant le système de prix, la souplesse des prix est fondamentale. C'est pour équilibrer l'offre et la demande que les prix fluctuent. Des lors que, temporairement, l'offre est insuffisante ou la demande s'accroît, les prix vont augmenter, ce qui incitera à accroître la production et attirera de nouveaux producteurs. Par ailleurs, il convient d'observer que toute comparaison des prix et/ou des bénéfices entre différentes entreprises, marchés ou pays suscite un grand nombre de problèmes juridiques et économiques. Toute tentative des pouvoirs publics visant à contrôler les prix ou à imposer leur baisse alors qu'ils ne sont pas le résultat de restrictions à la concurrence est incompatible avec la philosophie qui est à la base de la politique de la concurrence.* »⁶.

Section 2 : L'appréciation des prix excessifs

La définition fournie par la Cour européenne, nous offre un critère très important afin de qualifier un prix d'excessif ou non, en l'occurrence, la comparaison entre le prix et la valeur économique du service rendu.

À cet égard, l'utilisation du terme valeur économique sans d'autres explications fait que celle-ci reste soumise à un pouvoir d'appréciation des organismes de la concurrence, ce qui peut conduire à une décision injuste en la matière. Par ailleurs, pour éviter toute mauvaise interprétation il est recommandé de faire appel à une expertise dans le domaine.

Outre, le critère de comparaison entre le prix d'accès et la valeur économique du service, on note aussi à propos de la définition fournie par la Cour qu'elle est déficiente en termes de non-inclusion des produits, car le prix exorbitant ne se limite pas aux services mais s'étend aux produits également.

En plus du critère de comparaison entre le prix d'accès et la valeur économique du service, la Cour européenne ajoute une autre norme qui peut également être utilisée pour estimer le caractère excessif ou non du prix, qui se reflète dans la comparaison du prix à examiner et du prix appliqué sur le territoire d'un État membre de la communauté. Le tribunal a reconnu que : « *Lorsqu'une entreprise impose d'une manière tangible des coûts élevés par rapport à ceux des autres États membres, et que la comparaison des niveaux de ces coûts repose sur des éléments*

⁶Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence, p 74



homogènes, cette différence doit être considérée comme un indicateur d'un prix excessif formé par un abus de position dominante»⁷.

Dans le contexte même, la Cour européenne nous donne un critère précieux pour déterminer le prix excessif, dans l'affaire « United Brands », la Cour a considéré qu'il était possible de comparer le prix de vente d'un produit avec le prix de sa production afin d'établir l'existence d'une pratique de prix excessifs. En d'autres termes, l'opération consiste à surveiller les coûts de l'entreprise objet de poursuite afin de déterminer sa marge bénéficiaire. A cet égard la Cour relève qu'il convient de tenir compte de l'appréciation de l'existence d'une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé, et dans l'affirmative, le prix est excessif.⁸

On se basant sur toutes ces données, on peut définir le prix excessif comme une forme de refus d'accorder l'accès, or c'est le prix qui rendrait difficile l'exercice d'une activité économique pour le demandeur d'entrée de telle sorte que ses bénéfices soient minimes ou quasi inexistantes par rapport à ceux attendus s'ils sont en mesure d'entrer dans des conditions normales.

On rappelle à cet effet qu'estimer si le coût d'entrée est exorbitant ou excessif reste une question soumise au pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence, qui sont tenues de prendre en compte toutes les données et les circonstances entourant l'affaire afin d'éviter toute erreur d'appréciation dans la prise de décision.

A cet égard, si ces normes semblent suffisantes dans une certaine mesure pour bien cerner la notion de prix excessif afin d'imposer l'accès au marché, tel est n'est pas le cas en matière des facilités essentielles⁹ liées aux droits de propriété intellectuelle. Déterminer le caractère excessif de prix d'accès imposé par le titulaire de la facilité dans une telle situation et qualifier le comportement d'abusif, ne peut être prononcé que dans des circonstances très particulières. Il est nécessaire de prendre en considération les investissements effectués par le propriétaire de la

⁷ CJCE, 18 février 1971, Srenna/Eda, 40/70, Point 17

⁸ « *Que cette exagération pourrait, entre autres, être objectivement appréciée si elle pouvait être mesurée en comparant le prix de vente du produit en cause à son prix de revient, comparaison d'où se dégagerait l'importance de la marge bénéficiaire...* » ; *qu'il s'agirait alors d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, d'examiner s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents*; », CJCE, 14 février 1978, United Brands/ Commission, 27/76, Points 251, 252.

⁹ Pour plus de détail sur la notion des facilités essentielles, Voir : DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles: Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2009, GOUBET (J), *L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe aux Etats- Unis*, mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit européen comparé, Université Panthéon Assas, 2010, BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *revue de la concurrence et de la consommation*, n 19, 2001, pp 37-44



facilité, et ce au motif que les facilités essentielles en matière de droits de propriété intellectuelle sont de la pure créativité de l'entreprise qui les possède, contrairement aux facilités qui peuvent résulter d'une non-innovation, telles que l'acquisition d'une facilité essentielle par une entreprise par un contrat de concession. Rajoutons à cela, la difficulté majeure liée à l'évaluation de l'effort fournie par le titulaire de la facilité essentielle liée au droit de propriété intellectuelle pour mettre en œuvre son innovation. À cet égard, par exemple, dans l'affaire Renault, la Cour européenne a considéré que le prix élevé des pièces automobiles fabriquées par les constructeurs automobiles par rapport aux prix des pièces fabriquées par des constructeurs indépendants ne constituait pas un indice d'abus de position dominante, au motif que le titulaire du brevet aurait pu attendre de couvrir les coûts encourus pour développer les pièces en question.¹⁰

Dans le même contexte, le professeur GSTALTER Jérôme considère que l'identification de ces coûts importants est une tâche aventureuse, et sa justification est que le coût des risques supportés par le titulaire du droit de propriété intellectuelle doit être pris en compte¹¹, car il faut reconnaître que dépenser de l'argent, des moyens et des efforts dans le domaine des droits de propriété intellectuelle est avant tout une aventure qui peut être couronnée de succès, et peut aussi être échouée. Ce qui peut provoquer par conséquent la possibilité de la faillite de l'entreprise en charge de l'investissement. L'évaluation financière de ce risque est difficile en soi.

Le même chercheur ajoute également que l'un des éléments à prendre en compte est de savoir si la durée des droits de l'exclusivité reconnus au titulaire de ce type de facilité essentielle est suffisante pour couvrir les dettes des investissements qu'il a effectués ou s'il a besoin d'une autre durée¹². Une telle analyse exige que le recouvrement du capital dépensé dans le processus d'investissement nécessite une période de temps qui ne peut être que raisonnable afin de permettre à l'entreprise innovatrice de récupérer le coût de l'investissement et réaliser le bénéfice visé par l'investissement.

Le même chercheur soulève également un autre problème en ce qui concerne l'appréciation de l'excessivité de prix imposé par le titulaire de la facilité essentielle et qui se traduit par l'asymétrie de l'information, qui, selon lui, constitue un obstacle réel pour les organismes de la concurrence vu que l'opération de l'évaluation reste

¹⁰CJCE, 5 octobre 1988, CICRA e.a./Renault, 53/87, Point, 17

¹¹GSTALTER (J), Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information, édition BRUYLANT, Paris, 2012, P 356, Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS,(Sous CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner c/ Mediaprint, C-7/97).

¹²GSTALTER (J), Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information, *op.cit.*,p 356



une tâche très complexe au motif qu'une telle opération doit être effectuée pendant une période non courte¹³.

À cet égard, afin d'éviter de tels obstacles ou plus au moins les diminuer dans le but d'une mise en œuvre efficace de la théorie des facilités essentielles dans la lutte contre les prix d'accès excessifs aux facilités essentielles liées au domaine des droits de propriété intellectuelle en particulier et en matière de droits incorporels en général, les organismes de la concurrence peuvent faire appel à la fois aux organismes de protection des droits de propriété intellectuelle et à des experts pour évaluer si ce prix est excessif. Pour leur part, les organismes compétents de protéger les droits de propriété intellectuelle et en vertu de l'expérience qu'ils ont en la matière sont tenus de prendre en compte les risques d'investissement auxquels le titulaire de la facilité essentielles a été exposé dans ce domaine et de reconnaître une période de protection qui lui permet de couvrir les coûts qu'il a dépensés dans le processus d'investissement, afin d'éviter un certain nombre de conséquences néfastes.

L'adoption d'une période de protection raisonnable et adéquate permettra d'éviter la démotivation de détenteur de la facilités liées aux droits de propriété intellectuelle car elle lui permet de récupérer l'effort fourni sur tous les fronts afin de mettre en œuvre d'une telle innovation ce qui contribuera d'une manière significative à ce que ce dernier n'ait pas d'effet négatif sur la concurrence, car cela conduira probablement à ce que ce dernier ne refusera pas l'accès à cette facilité concernée et évitera ainsi toute atteinte à la concurrence.

En revanche, l'expérience des organismes de la concurrence dans le domaine et leurs traitements antérieurs de telles situations, peuvent contribuer d'une manière ou d'une autre à réduire les difficultés auxquelles lorsqu'ils traitent des cas d'accès aux facilités essentielles en général et de celles qui sont liées aux droits de propriété intellectuelle en particulier¹⁴.

Chapitre 2: Les prix prédateurs : Comportement abusif visant l'exclusion du marché

Éclairer le comportement d'imposition des prix prédateurs nécessite au départ de se situer sur la signification de ce comportement (section1), pour se pencher ensuite sur la démarche à suivre pour confirmer un tel caractère (section2).

¹³Idem

¹⁴ Pour plus de détails sur la relation entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle voir, TUCCI (L-A), *Droit de la concurrence et propriété intellectuelle, Abus de position dominante et propriété intellectuelle en droit communautaire* », Edition EUE, Berlin, 2011, AUTENNE (A) et Autres, « *Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : La libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter* », sous/(dir.) LEONARD (T) ; "Actualités en droit économique: la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique", Ed Bruylant, 2015, pp 123-144



Section 1: Les prix prédateurs : Quelle notion

Les prix d'éviction sont l'aspect le plus important des pratiques d'exclusion utilisées par les entreprises ayant un pouvoir de marché tel est le cas avec les détenteurs des facilités essentielles afin de prendre le contrôle au niveau du marché de l'activité.¹⁵

À cet égard, avant d'aborder la définition de cette pratique, on se réfère d'abord à la différence entre cette pratique et la pratique de prix excessifs, qui sont également utilisés par le titulaire de la facilité pour refuser l'accès. Si les deux pratiques se traduisent par un seul désir du propriétaire de la facilité, qui se manifeste par le refus implicite de ce dernier de permettre au reste des entreprises d'obtenir l'exploitation de cette facilité. Toutefois, ces deux pratiques diffèrent en ce que, si les prix excessifs n'exigent pas la présence du titulaire de la facilité au niveau du marché de l'activité au motif que le prix excessif ne concerne que le coût d'entrée, Tel n'est pas le cas de la pratique des prix prédateurs qui exigent la présence du propriétaire de la facilité dans le même marché d'activité, c'est-à-dire que ce dernier devrait être en concurrence directe avec les nouveaux entrants et/ou des entrants potentiels.

Dans un autre contexte, les prix prédateurs se manifestent suite à la commercialisation par une entreprise de ses produits ou services à des prix déraisonnables à court terme afin d'atteindre des objectifs cachés à long terme, où elle sacrifie ses bénéfices pour une certaine période afin de doubler ces profits de manière inhabituelle dans une période ultérieure¹⁶, après avoir libéré le marché des autres concurrents et, par conséquent, acquérir leurs parts au niveau de ce dernier .

A cet égard, la commission européenne a défini les prix prédateurs sous l'étiquette de prix d'exclusion dans son dictionnaire des termes utilisés dans le domaine de la politique de la concurrence de l'Union européenne comme : «**Les prix prédateurs est une Stratégie (délibérée) d'une entreprise, généralement en position dominante, qui consiste à évincer les concurrents du marché en fixant des prix inférieurs aux coûts de production.** »¹⁷. La commission se réfère ensuite aux comportements ultérieurs de l'entreprise après avoir appliqué des prix prédateurs en affirmant que : «**Si l'entreprise «prédatrice» réussit à éliminer ses concurrents existants du marché et à dissuader de nouvelles entreprises d'entrer sur le marché, elle peut alors relever ses prix et réaliser des bénéfices plus importants** »¹⁸.

¹⁵WEST(J), « Prix d'éviction », *revue sur le droit et la politique de la concurrence*, vol 9, 2007, p 110, www.cairn.info/revue-sur-le-droit-et-la-politique-de-la-concurrence-2007-1-page-109.htm

¹⁶WEST(J), « Prix d'éviction, » *revue sur le droit et la politique de la concurrence*, op.cit,p 110.

¹⁷Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de la concurrence de l'union européenne,op.cit.,p 42

¹⁸Idem



Les prix prédateurs sont également : « *Ces prix faibles, qui ne peuvent être considérés que comme déraisonnables et qui élimineraient ou empêcheraient la concurrence sur le marché, ce qui entraîne le renforcement de la position de l'établissement sur le marché, et qui peut même en faire de ce dernier le monopole du marché en question.* »¹⁹.

Le Conseil de la concurrence français se réfère aux prix prédateurs en tant que comportement, par lequel l'entreprise en position dominante, plafonne ses prix à un niveau entraînant des pertes ou de céder des bénéfices à court terme dans le but d'exclure un concurrent ou plusieurs concurrents ou complique davantage le processus d'accès de nouveaux concurrents sur le marché afin de récupérer les pertes subies par ceux-ci.²⁰

À travers ces définitions, il nous apparaît clairement qu'il n'est pas possible de parler de prix prédateurs en l'absence d'une position dominante. En effet, c'est la position de la puissance économique qui permet d'exercer une telle pratique, tel est le cas de l'opérateur économique en possession d'une facilité essentielle qui se trouve dans une position si distinctive sur le marché.

Cette pratique a deux effets principaux, dont l'un apparaît à court terme tandis que l'autre est à long terme. Le premier effet se manifeste dans le changement de comportement des consommateurs à court terme, en s'orientant davantage envers les biens et/ou services des entreprises faisant usage des prix prédateurs, étant donné que sont les prix les plus bas du marché par rapport aux autres prix pratiqués par d'autres entreprises. Dès lors s'il semble que cette baisse est positive pour le consommateur, notamment sur son pouvoir d'achat tel est n'est pas le cas pour les autres concurrents sur le marché qui subissent des pertes très importantes en raison de la réticence des consommateurs à acheter leurs produits et/ou à bénéficier de leurs services, compte tenu des prix appliqués par ces entreprises, qui semblent élevés en raison de leur non-soumission à un tel comportement d'exclusion.

Par ailleurs, l'impact à long terme se manifeste dans l'incapacité des autres entreprises à rester sur le marché en raison de la réticence des consommateurs envers leurs produits et / ou services d'une manière qu'ils ne peuvent pas continuer à concurrencer une entreprise qui applique des prix prédateurs ainsi que la réticence des concurrents potentiels de rejoindre le marché, qui se sont rendus compte de leur côté de l'impossibilité de le rejoindre dans de telles circonstances, tout en sachant que la principale source de profits de ces entreprises est liée à la clientèle. Cette exclusion de concurrents place l'entreprise pratiquant des prix prédateurs dans une position de force en s'appropriant les parts des entreprises éliminées. Ce qui amène cette dernière par la suite à recourir à une hausse remarquable des prix des produits

¹⁹WEST(J), « Prix d'éviction », *revue sur le droit et la politique de la concurrence*, op.cit, p 114.

²⁰ Cons. Conc, Déc. n° 07-D-09, Du 14 Mars 2007, Relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire Glaxosmithkline France, Point 164.



et/ou services afin de compenser les pertes subies du fait de la baisse des prix en dessous des prix de revient, ce qui oblige le consommateur à supporter des prix plus élevés, c'est pour cette raison qu'on a décrit ci-dessus les effets positifs sur le consommateur à court terme comme des bienfaits temporaires.

Section 2: L'appréciation des prix prédateurs

Déterminer si le prix appliqué par l'entreprise est un prix prédateur nécessite une comparaison entre les prix pratiqués au cours de la période considérée, afin de déterminer dans quelle mesure les prix prédateurs ont été fixés et les coûts auxquels l'entreprise en question a été soumise lors de ce comportement afin de présenter le produit et/ou le service sur le marché dont ce qu'on peut qualifier de l'analyse des coûts²¹. Si ce type d'analyse ne résout pas la question de l'intention de l'entreprise de continuer à pratiquer les prix prédateurs, elle fournit en retour des données très importantes pour prouver l'existence réelle et effective de cette pratique²². Il est entendu que le présent critère a pour objet de prouver l'existence effective du comportement, c'est-à-dire si l'entreprise a effectivement fixé un prix inférieur au coût requis par la présentation du produit et/ou du service en question sur le marché, sans permettre en échange de prouver son intention de procéder à un tel comportement, dont l'analyse nécessite le recours à d'autres moyens et indices.

Si la marche à suivre pour analyser l'existence matérielle des faits en question ne constitue pas un obstacle, la question reste de savoir quel coût standard faut-il prendre en compte pour dire que la commercialisation des produits et/ou des services sur le marché a été effectuée à un prix inférieur au prix de revient ?

Cela est basé sur la multiplicité des mesures sur lesquelles est fondée le coût standard qui se démarque dans :

- Le coût marginal : qui indique le coût de la dernière unité de production.
- Le coût variable moyen : qui indique le taux de développement du prix marginal au cours de la période de production.
- Le coût évitable moyen : qui englobe tous les montants de coûts qui peuvent être évités en renonçant à une quantité de production divisée par le nombre total d'unités improductives.
- Le coût total moyen : Qui peut être calculé en divisant les coûts totaux de l'entreprise variables et fixes par le nombre total d'unités produites²³.

En raison de la multiplicité des mesures de coûts sur lesquelles est fondée la détermination du coût standard, de nombreuses formes sont apparues de telle sorte que

²¹ Cons. Conc, Déc. n° 07-D-09, Du 14 Mars 2007, Relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire Glaxosmithkline France, op.cit Point 175

²² West(J) « Prix d'éviction », *revue sur le droit et la politique de la concurrence*, op.cit,p115.

²³ Ibid, P 117.



chaque mesure de coût représente un critère sur lequel on peut se fier pour examiner la présence matérielle d'un comportement de prix prédateur.

À cet égard, le test²⁴ « Areeda Turner » est le premier test développé dans la recherche du comportement matériel des prix prédateurs, où les professeurs Areeda et Turner considèrent que le critère décisif pour estimer l'existence matériel d'un comportement des prix prédateur est le coût marginal à court terme²⁵. Selon ces professeurs, l'application des prix bas pour des prix marginaux à court terme constitue un comportement d'abus²⁶, par conséquent, tout prix offert pour des produits et/ou services qui dépassent ce coût est hors du cercle des prix prédateurs.

Cependant, la mise en œuvre cette norme se heurte avec la difficulté de calculer le coût marginal de l'entreprise à court terme, réside notamment au regard de la question de l'accès à l'information²⁷ d'un côté ; ainsi que la restriction de l'application de ce critère uniquement dans la situation où le concurrent de l'entreprise concernée est également puissant que cette dernière. En d'autres termes, faire usage d'un tel critère exige que le concurrent potentiel ou le nouvel arrivant dans le marché ait le même pouvoir de marché que l'entreprise objet d'enquête²⁸.

De ce qui précède, ce critère soulève deux limites fondamentales qui réduiraient l'efficacité de son application ; la première étant liée à la difficulté d'accès à l'information tandis que la seconde concerne la position concurrentielle sur le marché de la pratique des prix prédateurs.

Par conséquent, les deux professeurs recommandent un autre critère afin d'apprécier la pratique des prix prédateurs, en l'occurrence le coût variable moyen, que la Commission européenne a adopté dans sa définition des prix d'éviction dans son domaine de la politique de concurrence, où elle a considéré que le recours à la pratique des prix inférieurs au coût moyen variable font de ces prix une pratique d'exclusion²⁹. C'est aussi un critère que le Conseil de la concurrence Français n'a pas hésité à adopter dans la recherche du comportement matériel de prix d'éviction.³⁰

²⁴ELSA (T), Les prix prédateurs, mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit européen des affaire, Université Panthéon- Assas, 2010, p 24

²⁵ REY (P), TIROLE (J). « Analyse économique de la notion de prix de prédation », *revue française d'économie*, vol 12, n°1, 1997, p 26

²⁶WEST(J), « Prix d'éviction », *revue sur le droit et la politique de la concurrence*, op.cit, P 117.

²⁷ERDEM (Y), analyse comportementale des prix prédateurs dans le droit américain et européen, mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2018 p. 12

²⁸Ibid, p28

²⁹Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de la concurrence de l'union européenne, *op.cit.*, p 42

³⁰Cons. Conc, Déc. n° 07-D-09, Du 14 Mars 2007, *op.cit*, Point, 176.



Par ailleurs, ce critère suscite certaines lacunes, qui se traduisent par le fait qu'il permet à l'entreprise ayant des coûts fixes élevés et à de faibles coûts variables d'échapper à la condamnation tel est le cas des entreprises ferroviaires et de télécommunications électroniques³¹, vu que de telles entreprises peuvent recourir à la pratique des prix prédateurs, mais tant que leur coût variable moyen est très faible, cela amène les autorités de la concurrence à retenir ce qu'on appelle le vrai négatif, c'est-à-dire reconnaître que l'entreprise soupçonnée n'a pas commis de comportement de prix d'éviction, or même si le comportement existe réellement mais n'a pas été estimé.

Au regard de ces données, on estime que l'impact et l'essentialité du coût variable moyen n'apparaissent que dans le cas des entreprises soumises à des coûts variables élevés, ce qui nécessite de s'appuyer sur un autre critère dans de telles circonstances, en l'occurrence « le coût total moyen ». Sur la base de ce test, on considère un prix prédateur : tout prix inférieur au coût total moyen, à moins que l'entreprise fournisse des preuves raisonnables et objectives justifiant la pratique de ces prix.³²

Le dernier test pouvant être utilisé pour estimer la présence matérielle d'un comportement prédateur en matière des prix prédateurs est le critère du coût évitable moyen, un test que les organismes de la concurrence n'ont pas hésité à faire passer, à l'instar du conseil de la concurrence français³³.

De ce qui précède nous concluons que, les différents tests peuvent être utilisés pour apprécier le comportement des prix d'éviction. On note à cet effet que chacun de ces tests peut être substantiel et décisif dans la constatation de l'existence d'une pratique de prix prédateur. L'essence de ces tests n'est pas liée à leur contenu en soi, mais aux spécificités de chaque domaine économique, qui varient d'un secteur à l'autre, mais aussi à la différente nature des coûts auxquels les entreprises sont soumises et à la multiplicité de leurs produits, qui varient d'une entreprise à une autre.

Conclusion :

Pour conclure, il nous paraît clairement que le comportement consistant à imposer des prix excessifs est une pratique abusive à l'encontre des entreprises souhaitant intégrer le marché, et ce dans le but de les empêcher d'exercer une activité économique et de monopoliser le marché, c'est en ce sens une pratique préalable au processus d'entrée sur le marché.

³¹WEST(J), « Prix d'éviction », *revue sur le droit et la politique de la concurrence*, op.cit,p 118.

³²WEST(J), Prix d'éviction, « *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* », op.cit,p 119.

³³ Cons. Conc, Déc. n^o 07-D-09, Du 14 Mars 2007, *op.cit.*, Point, 176

Cependant, l'exercice des prix prédateurs est un comportement pratiqué indirectement à l'encontre des opérateurs économiques actifs sur le marché, étant donné que l'opérateur économique dominant introduit cette pratique dans ses relations avec le consommateur dans le but de pousser ses concurrents à quitter le marché, ce qui fait de la pratique de prix prédateurs un comportement postérieur au processus d'entrée sur le marché. Dans ce contexte, quelle que soit la nature de ces comportements abusifs, ils affectent négativement la concurrence sur le marché d'une part, et le bien-être du consommateur d'autre part.

Dans ce sens, le prix excessif affecte la concurrence sur le marché, soit en poussant les entreprises concurrentes à ne pas rejoindre le marché et en permettant à l'entreprise dominante de développer d'autres pratiques abusives, soit en entrant sur le marché et en supportant le prix d'entrée élevé d'une part et en essayant de transférer le coût de ce prix sur le consommateur d'autre part, ce qui affecte négativement le pouvoir d'achat de ce dernier ; quant au prix prédateurs, non seulement ils poussent l'entreprise à quitter le marché, ce qui affecte négativement la situation de la concurrence, mais ils nuisent aussi à l'intérêt du consommateur en ce que ce dernier supportera le sacrifice financier de l'entreprise dominante, au moment où cette dernière aurait obtenu le résultat de cette pratique, en l'occurrence, évincer ses concurrents du marché.

Toutefois, condamner les prix excessifs et les prix prédateurs impose des compétences avancées chez les membres des autorités concernées par la concurrence, et cette maîtrise ne doit pas s'arrêter aux concepts de la concurrence, mais à comprendre aussi les concepts liés à l'économie et cela pour éviter toute confusion afin de mettre fin à ces pratiques d'une manière efficace.

Bibliographie:

I. Ouvrages :

- 1- DEZOBRY (G), *La théorie des facilités essentielles: Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2009
- 2- GSTALTER (J), *Droit de la concurrence et droit de propriété intellectuelle, Les nouveaux monopoles de la société de l'information*», Edition BRUYLANT, Paris, 2012
- 3- TUCCI (L-A), *Droit de la concurrence et propriété intellectuelle, Abus de position dominante et propriété intellectuelle en droit communautaire* », édition EUE, Berlin, 2011

II. Article de revue:

- 1- AUTENNE (A) et Autres, « *Les actifs essentiels protégés par un droit de propriété intellectuelle : La libre concurrence face au droit de propriété et à la liberté de contracter* », sous/(dir.) LEONARD (T) ; "Actualités en droit

économique: la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique", éd Bruylant, 2015, pp 123-144

- 2- BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *revue de la concurrence et de la consommation*, n 19, 2001, pp 37-44
- 3- REY (P),, TIROLE (J). « Analyse économique de la notion de prix de prédation », *revue française d'économie*, volume 12, n°1, 1997, pp. 3-32
- 4- TEMPLE Long, " The principle of essential facility in European community competition law- The position since Bronner", *Journal of Network Industries*, 2000, pp 375-405
- 5- WEST (J), « Prix d'éviction », *revue sur le droit et la politique de la concurrence*, Vol 9, 2007, P 110, www.cairn.info/revue-sur-le-droit-et-la-politique-de-la-concurrence-2007-1-page-109.htm

III. Mémoires

- 1- ELSA (T), Les prix prédateurs, mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit européen des affaires, Université Panthéon- Assas, 2010
- 2- ERDEM (Y), analyse comportementale des prix prédateurs dans le droit américain et européen, Mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2018
- 3- GOUBET (J), L'application de la théorie des facilités essentielles en Europe aux Etats- Unis, Mémoire pour l'obtention de diplôme de master en droit européen comparé, Université Panthéon Assas, 2010

IV. Jurisprudence européenne

- 1- CJCE, 18 février 1971, Srena/Eda, 40/70
- 2- CJCE, 13 novembre 1975, General motors c/Commission, 26/75
- 3- CJCE, 14 février 1978, United Brands/ Commission , 27/76
- 4- CJCE, 5 octobre 1988, CICRA e.a./Renault, 53/87

V. Décision du conseil de la concurrence français

Cons. Conc, Décision n° 07-D-09, Du 14 Mars 2007, Relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire Glaxosmithkline France

VI. Documents

- 1- Communication de la Commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, JOCE, n° C 76 du 11 mars 1997, www.eur-lex.europa.eu
- 2- Conclusions de l'avocat général M. F. G. JACOBS, (Sous CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner c/ Mediaprint, C-7/97)
- 3- Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de la concurrence de l'union européenne
- 4- OCDE , Glossaire d'Economie industrielle et droit de la concurrence