



Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

Les tests de preuve économiques
permettant de caractériser une
pratique anticoncurrentielle

Droit & Economie | Concurrences N° 4-2012 – pp. 25-28

Gildas DE MUIZON

gildas.de.muizon@microeconomix.com

| *Économiste, Directeur associé, Microeconomix*

Gildas DE MUIZON
gildas.de.muizon@microeconomix.com

Économiste, Directeur associé, Microeconomix

Les tests de preuve économiques permettant de caractériser une pratique anticoncurrentielle

Abstract

Different tests have been proposed by the economic literature and used by competition authorities in order to detect anticompetitive conducts. No single test is suitable for every type of practice and the economic theory can help in choosing the most relevant one.

Les tests de preuve économiques permettent une caractérisation simplifiée des pratiques anticoncurrentielles. Il existe plusieurs types de tests dont la conception a été largement influencée par la théorie économique. Leurs propriétés sont également utilement évaluées par l'analyse économique, qui permet d'éclairer le choix entre plusieurs tests en fonction de la nature des pratiques anticoncurrentielles concernées.

I. Une voie médiane entre l'approche *per se* et l'approche par les effets sur l'intérêt général

1. L'analyse économique est à l'origine de la remise en cause de l'approche par catégories pour caractériser une pratique anticoncurrentielle. D'une part, l'analyse économique propose une définition des pratiques anticoncurrentielles : il s'agit de pratiques dégradant le surplus collectif (*i.e.*, somme du surplus des consommateurs et de celui des producteurs). D'autre part, les modèles économiques mettent en évidence que des pratiques similaires dans leur forme peuvent produire des effets complètement différents en fonction des caractéristiques du marché sur lequel elles sont mises en œuvre et de son fonctionnement concurrentiel.

2. Par exemple, une pratique d'échange d'informations sur leurs prévisions de ventes permettant aux concurrents de mieux anticiper la demande future peut être favorable aux consommateurs et aux producteurs si elle permet un meilleur ajustement des capacités de production (par exemple dans le cadre d'une concurrence à la Cournot) ou défavorable aux consommateurs si elle permet aux entreprises d'extraire une plus grande part de leur surplus (par exemple dans le cadre d'une concurrence à la Bertrand). Cela justifie donc une approche au cas par cas permettant de tenir compte du contexte dans lequel une pratique donnée est mise en œuvre.

3. Cependant, l'analyse économique se heurte à d'importantes difficultés pour mesurer précisément les effets d'une pratique en termes de surplus total. L'efficacité statique n'est pas toujours égale à l'efficacité dynamique, si bien que les transferts entre agents économiques peuvent être à l'origine d'inefficacités. Cela peut justifier de retenir la seule dégradation du surplus des consommateurs pour caractériser une pratique anticoncurrentielle.

4. Mais l'analyse des effets d'une pratique sur le surplus des consommateurs soulève également des problèmes de disponibilité des données, de difficulté d'identification du modèle économique le plus pertinent et de choix d'hypothèses susceptibles d'avoir des conséquences importantes sur les conclusions de l'analyse.

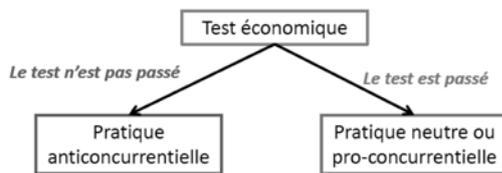
5. Finalement, la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles par leurs effets nécessite de réaliser un arbitrage entre les coûts administratifs engendrés par les études nécessaires et leur fiabilité : l'optimum n'est pas forcément de rechercher la fiabilité maximale.

6. En pratique, la plupart des pratiques anticoncurrentielles font l'objet d'une approche par les effets. Les exceptions notables concernent les cartels, et, jusqu'à présent notamment en Europe, les pratiques de prix de revente imposés. Pour toutes les autres pratiques, on assiste à la multiplication des tests de preuve économiques dont la mise en œuvre permet une caractérisation simplifiée des pratiques anticoncurrentielles¹.

¹ Voir F. Lévêque (2007). Quel test de preuve pour l'article 82, *Revue Lamy de la concurrence* n° 11, pp. 111-115.

7. La logique générale d'un test de preuve économique consiste à définir un critère au regard duquel la pratique de l'entreprise est évaluée (figure 1). Le choix d'un test relève d'un compromis entre le coût administratif de sa mise en œuvre et les coûts des risques d'erreurs de type I (pratiques proconcurrentielles sanctionnées à tort) et de type II (pratiques anticoncurrentielles non sanctionnées).

Figure 1. Logique générale d'un test de preuve économique

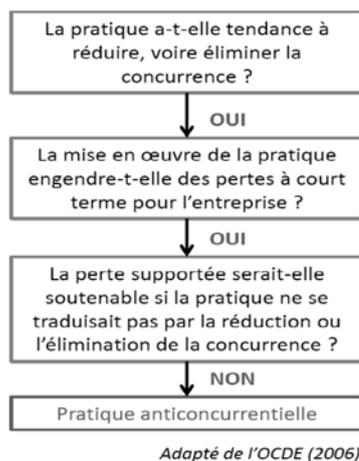


8. Quatre principaux tests de preuve ont été développés. Ils reposent chacun sur un critère différent au regard duquel la pratique de l'entreprise est évaluée.

II. Le test du profit sacrifié

9. Le test du profit sacrifié² revient à considérer comme anticoncurrentielles les pratiques se traduisant, à court terme, par une perte de profit pour l'entreprise les mettant en œuvre. La logique est qu'il n'y a pas de raison *a priori* qu'une entreprise ne maximise pas des profits.

Figure 2. Logique du test du profit sacrifié



Source : adapté de l'OCDE (2006)³

10. Le test du profit sacrifié est par exemple mobilisé pour caractériser un prix prédateur. La logique du test Akzo (1991)⁴, qui transcrit dans la jurisprudence la règle d'Areeda & Turner⁵, est en effet de considérer comme *a priori* prédateur un prix inférieur au coût variable moyen. L'intuition est qu'il n'y aurait pas de raison (autre qu'une volonté prédatrice) à ce qu'une firme fixe un prix lui faisant supporter une perte à chaque unité qu'elle vend.

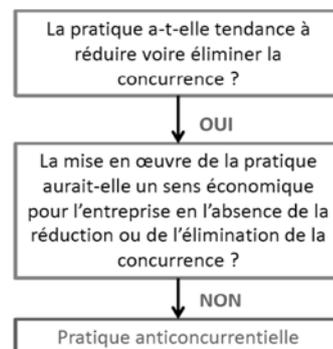
11. Le test du profit sacrifié est relativement simple à mettre en œuvre. Il présente en outre l'avantage de pouvoir l'être par l'entreprise dominante puisqu'il ne repose que sur des données la concernant (e.g., prix, coûts). Il se heurte cependant à d'importantes limites : une entreprise peut tout à fait avoir intérêt à supporter des pertes dans un premier temps dans le but d'obtenir des profits futurs, indépendamment des effets d'exclusion. C'est par exemple le cas des investissements de recherche et de développement d'innovations susceptibles d'être à terme protégées par un brevet.

12. Inversement, les pratiques anticoncurrentielles n'engendrant pas de pertes à court terme pour l'entreprise les mettant en œuvre passent le test du profit sacrifié.

III. Le test de l'absence de sens économique

13. Le test de l'absence de sens économique⁶ revient à considérer comme anticoncurrentielles les pratiques qui n'auraient pas de sens économique pour l'entreprise les mettant en œuvre, en dehors de la réduction ou de l'élimination de la concurrence qu'elles produisent. Il s'agit en fait d'une généralisation du test du profit sacrifié, se fondant sur l'idée qu'il est préférable de raisonner en termes de pertes d'opportunités plutôt qu'en termes de pertes de profit comptable.

Figure 3. Logique du test de l'absence de sens économique



Source : adapté de l'OCDE (2006)

2 The profit sacrifice test, voir Melamed (2005). Exclusionary Conduct Under the Antitrust Laws: Balancing, Sacrifice, and Refusals to Deal, 20 *Berkeley Tech. L.J.*, pp. 1247-1255.
3 OCDE (2006). What is Competition on the Merits?, Policy brief, juin 2006.

4 CJCE, 3 juillet 1991, affaire C-62/86, *Akzo c/ Commission*.
5 Areeda & Turner (1975). Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act, *Harvard Law Review*, pp. 697-733
6 The no economic sense test, voir Werden (2006). Identifying Exclusionary Conduct under Section 2: The "No Economic Sense" Test, *Antitrust Law Journal*, 73, n° 2.

14. Le test de l'absence de sens économique permet par exemple de caractériser la prédation par excès de capacité. Imaginons par exemple qu'une liaison aérienne ait été récemment ouverte à la concurrence. La prédation par excès de capacité consiste, pour la compagnie aérienne en place, à augmenter la fréquence des vols qu'elle propose sur cette liaison, dans le but de saturer l'offre et de dissuader ainsi l'entrée de nouveaux concurrents.

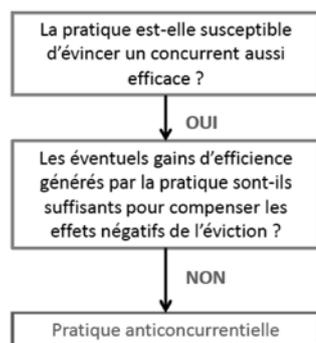
15. Une telle pratique n'implique pas forcément de supporter des pertes (le prix des billets vendus peut couvrir les coûts variables) : elle passerait donc le test du profit sacrifié. L'intuition consiste à se demander si la pratique mise en œuvre dégrade le profit de l'entreprise – et non pas simplement à vérifier si elle se traduit par des pertes. Cette démarche est illustrée par l'analyse menée par le Conseil de la concurrence dans l'affaire *British Airways c/ Eurostar* sur la route Paris-Londres, qui a notamment consisté à examiner si le profit d'Eurostar aurait pu être plus important par la suppression de certaines fréquences.

16. Le test de l'absence de sens économique se heurte cependant à certaines limites. Il est en particulier peu adapté pour caractériser une pratique anticoncurrentielle dont le coût de mise en œuvre serait très faible (*i.e.*, dont il serait facile de montrer qu'elle aurait un sens économique indépendamment de ses effets d'éviction). Plus fondamentalement, le test de l'absence de sens économique n'est d'aucune utilité pour les pratiques à l'origine de gains d'efficacité générés spécifiquement par la réduction ou l'élimination de la concurrence, comme par exemple l'ensemble des restrictions verticales (*e.g.*, accord d'exclusivité).

IV. Le test de l'éviction d'un concurrent aussi efficace

17. Le test de l'éviction d'un concurrent aussi efficace⁷ revient à considérer comme anticoncurrentielles les pratiques conduisant à la marginalisation ou à l'éviction d'un concurrent aussi efficace que l'entreprise les mettant en œuvre.

Figure 4. Logique du test de l'éviction d'un concurrent aussi efficace

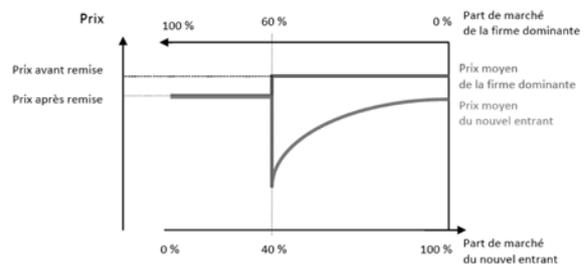


Source : adapté de l'OCDE (2006)

⁷ The equally efficient firm test. Voir Posner (2001). *Antitrust Law*, 2nd ed., pp. 194-195.

18. Ce test est par exemple mis en œuvre dans la caractérisation de l'effet fidélisant d'une grille de remise. Illustrons à partir d'un exemple simplifié. Une entreprise dominante produisant des sodas gazeux propose à ses clients (les cafetiers) une remise de 20 % dès que le client lui achète 60 % de ses besoins. Le prix moyen payé par le cafetier est décrit par la courbe rouge de la figure 5. Quel est le prix que doit proposer une entreprise concurrente (nouvel entrant) pour capter une partie du marché ? Ce prix est décrit par la courbe verte de la figure 5.

Figure 5. Effet d'une remise rétroactive se déclenchant à 60 %



19. Tant que le nouvel entrant capte une part de marché inférieure à 40 %, il lui suffit de s'aligner sur le prix remis de l'entreprise dominante. Mais dès que le nouvel entrant souhaite capter plus de 40 % du marché, il va devoir compenser le cafetier de la remise qu'il perd sur l'ensemble des unités qu'il continue à acheter auprès de la firme dominante. En effet, si la part de marché du nouvel entrant dépasse 40 %, cela signifie que la part de marché de l'entreprise dominante passe en dessous de 60 % et que le cafetier ne bénéficie plus de la remise. Un puissant effet de seuil apparaît donc lorsque le nouvel entrant vise une part de marché supérieure à 40 %. Cet effet peut le dissuader de chercher à capter plus de 40 % du marché et ainsi confiner la concurrence sur une partie réduite du marché, voire à inciter le nouvel entrant à sortir du marché, quand bien même il serait aussi efficace que la firme dominante.

20. Le test de l'éviction d'un concurrent aussi efficace est *a priori* un test particulièrement exigeant pour les plaignants, puisqu'ils doivent démontrer que leur éviction n'est pas le résultat de leur moindre efficacité. Cela est particulièrement difficile dans les secteurs récemment ouverts à la concurrence où l'ancien monopole peut être structurellement plus efficace que n'importe quel nouvel entrant. Cela a conduit parfois à retenir un test moins exigeant, le test de l'éviction d'un concurrent "raisonnablement" efficace⁸. Pour l'entreprise dominante, cette variante soulève des difficultés d'interprétation (comment apprécie-t-on le caractère "raisonnable" de l'efficacité d'un concurrent ?) et de prévisibilité (le calcul ne repose plus uniquement sur des données internes à l'entreprise dominante).

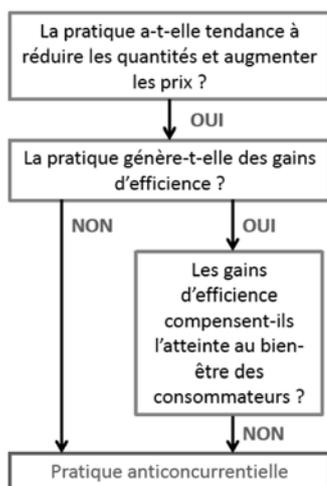
21. En outre, l'éviction d'un concurrent moins efficace peut se traduire à terme par une diminution du surplus du consommateur. C'est notamment le cas si l'éviction d'un concurrent moins efficace se traduit par un accroissement significatif du pouvoir de marché de l'entreprise dominante.

⁸ Voir par exemple Clerckx & De Muyter (2009). Price Squeeze Abuse in the EU Telecommunications Sector: A Reasonably or Equally Efficient Test?, *GCP Magazine*, avril 2009.

V. Le test du surplus du consommateur

22. Le test du surplus du consommateur⁹ revient à considérer comme anticoncurrentielles les pratiques diminuant le bien-être du consommateur. Il s'agit donc du test dont le critère est le plus proche de l'objectif généralement affiché par les autorités de concurrence.

Figure 6. Logique du test du surplus du consommateur



Source : adapté de l'OCDE (2006)

23. L'intérêt de ce test est qu'il est suffisamment général pour permettre de caractériser tous les types de pratiques, tant les abus de position dominante que les pratiques d'entente. Il est en particulier particulièrement bien adapté pour les restrictions verticales.

24. Prenons l'exemple d'un accord de distribution sélective. L'effet anticoncurrentiel d'un tel accord réside essentiellement dans l'élimination de la concurrence intramarque. À l'opposé, une justification pro concurrentielle possible réside dans la résolution d'un risque de parasitisme que les distributeurs investissant dans la qualité de service sont susceptibles de subir de la part de distributeurs ne supportant pas les mêmes coûts et capables de proposer des prix plus bas. Un accord d'exclusivité peut ne pas passer le test du profit sacrifié (le fournisseur renonce au profit immédiat que lui aurait apporté une distribution la plus large possible), ni le test de l'absence de sens économique (l'accord d'exclusivité n'a pas de sens économique en dehors de ses effets restrictifs de concurrence), ni le test de l'élimination d'un concurrent aussi efficace (l'accord d'exclusivité peut conduire à l'éviction de distributeurs concurrents aussi efficaces). Seul le test du surplus du consommateur peut permettre de ne pas considérer comme anticoncurrentiels tous les accords d'exclusivité.

25. En contrepartie, il est le plus exigeant en termes de données et d'hypothèses, et donc plus coûteux à mettre en œuvre, tant pour les entreprises que pour les autorités de concurrence.

VI. Conclusion

26. Les tests de preuve économiques sont largement influencés par la théorie économique. Leurs propriétés sont également utilement évaluées par l'analyse économique, qui permet d'éclairer le choix entre plusieurs tests en fonction de la nature des pratiques anticoncurrentielles concernées. Cependant, le choix d'un test de preuve économique ne peut être fondé uniquement sur un arbitrage économique. Il relève en effet d'un choix de politique de concurrence, notamment sur l'allocation de la charge de la preuve sur le plaignant, le défendeur ou l'autorité de concurrence, sur le choix politique entre sous- et sur-dissuasion et sur un arbitrage entre les coûts administratifs de mise en œuvre et les coûts des erreurs de jugement. ■

9 The consumer welfare balancing test. Voir Salop (2006). Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard, *Antitrust Law Journal*, 73, n° 2, pp. 311-374.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa
Marie-Claude Mitchell, Laurent Roberval

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré
Didier Ferrié

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Jean-Mathieu Cot,
Jacques Gunther, David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot
Jacques Derenne
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Francesco Martucci
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais
Stéphane Rodrigues
Jean-Philippe Kovar

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Jean-Christophe Roda, Florian Bien
Silvia Pietrini

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John
François Souty
Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	465 €	474,76 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	535 €	639,86 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	695 €	831,22 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	120 €	122,52 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	615 €	735,54 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	795 €	950,82 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	895 €	1070,42 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France