

Laurent FLOCHEL\*

lflochel@crai.com

Consultant

## Les coûts à court terme – Application aux tests de prix prédateurs

### Abstract

*This short article summarizes the main points of the training course Law & Economics on November 25<sup>th</sup> 2009 on "short term costs – Application to predatory prices".*

*Ce court article reprend les principaux points exposés lors de la séance du cycle droit & économie du 25 novembre 2009 sur "Les coûts à court terme – Application aux tests de prix prédateurs". Il présente les principales notions de coûts et détaille leur application aux tests de prix prédateur*

### I. Introduction

1. Les tests de prix d'éviction sont nombreux et adaptés chacun à un contexte et à une pratique spécifique : prix prédateurs, remises de couplage tarifaire, remises de fidélité et ciseau tarifaire. Ces différents tests cherchent tous à répondre à la même question : le ou les concurrents sont-ils évincés du marché par la pratique mise en œuvre par l'entreprise en position dominante ?

2. Un concurrent est évincé du marché ou ne peut y pénétrer s'il réalise un profit négatif, c'est-à-dire que ses revenus ne couvrent pas ses coûts. Les tests de prix d'éviction, quel que soit leur type, sont donc basés sur une comparaison des revenus et des coûts. Le présupposé est qu'un concurrent doit pouvoir proposer aux clients le même tarif que celui proposé par l'entreprise dominante. En d'autres termes, il doit pouvoir répliquer le tarif proposé par l'entreprise dominante.

3. Le test de prix d'éviction s'applique normalement à un concurrent aussi efficace. En première approche, ceci signifie que ce concurrent doit avoir le même coût que l'entreprise dominante. Cette règle, validée par le TPI dans l'arrêt Deutsche Telekom, permet à l'entreprise dominante de réaliser le test de prix d'éviction, ce qui lui procure un minimum de sécurité juridique.

4. Le test de prix d'éviction, quel que soit son type, doit donc vérifier qu'un concurrent avec les mêmes coûts peut proposer le même tarif que l'entreprise dominante. La conséquence est que ce test revient à vérifier que l'entreprise dominante couvre ses coûts.

5. Signalons que cette approche traditionnelle des tests de prix d'éviction, qualifiée de "form-based", doit être complétée par une analyse des effets de la pratique visant à examiner les effets avérés ou probables des pratiques incriminées. L'objet de cet article n'est pas de discuter ce point qui ne sera donc pas détaillé.

### II. Les différents concepts de coûts

6. Une typologie des coûts d'une entreprise peut être donnée selon plusieurs caractéristiques : (i) court terme ou long terme, (ii) fixe, variable ou semi variable, (iii) marginal ou moyen, (iv) incrémental ou évitable, (v) irrécupérable ou non. Avant de préciser ces différents concepts, il est utile de présenter certains concepts fondamentaux.

7. La théorie microéconomique a développé le concept de fonction de coût qui quantifie ce qu'il en coûte à une entreprise de produire une quantité donnée d'un ou de plusieurs biens. La fonction de coût d'une entreprise relie donc la quantité à produire et ce qu'il lui en coûte. Le concept probablement le plus important pour une entreprise est le coût marginal, qui est défini comme le coût à produire une unité supplémentaire d'un bien. Ce concept de coût marginal est prépondérant pour une entreprise car elle lui permet de comparer si la production d'une unité supplémentaire est profitable ou non. Une entreprise n'a intérêt à produire une unité supplémentaire d'un bien que si son prix de vente est supérieur au coût marginal. C'est donc ce concept de coût marginal qui détermine la quantité que chaque entreprise a intérêt à produire.

\* Cet article est issue d'une présentation donnée par l'auteur à l'occasion du séminaire «Les coûts à court terme Notions de coût fixe, coût variable, coût marginal, coût moyen, coût incrémental» organisé par la revue *Concurrences* le 25 novembre 2009 dans les locaux du cabinet Willkie Far Gallagher, Paris.

8. Le coût marginal peut être croissant ou décroissant. Le cas d'un coût marginal croissant signifie que plus l'entreprise produira, plus le coût unitaire de production sera élevé. Dans le cas d'une entreprise ne produisant qu'un seul bien, on parle de rendements décroissants. Au contraire, si le coût marginal est décroissant, alors plus l'entreprise produit et plus le coût unitaire est bas. Dans le cas d'une entreprise ne produisant qu'un seul bien, on parle de rendement croissants ou d'économies d'échelle. Enfin, le coût marginal peut être constant, ce qui signifie que chaque unité marginale produite coûte la même chose.

9. Les tests de prix d'éviction ne considèrent pas le coût marginal, mais une notion qui s'en rapproche : le coût variable. Les deux concepts de coût variable et de coût marginal sont identiques dans le cas où le coût marginal est constant. En revanche, dès lors que le coût marginal n'est pas constant, les deux concepts diffèrent. Le coût marginal est approximé par le coût variable total moyen, c'est-à-dire l'ensemble des coûts variables divisé par le nombre d'unités produites.

10. Le coût variable est défini par opposition au coût fixe. Comme l'a rappelé la Cour de Justice européenne<sup>1</sup>, les coûts variables sont "ceux qui varient en fonction des quantités produites" alors que les coûts fixes sont payés indépendamment des quantités produites. Déterminer si le coût associé à une tâche est variable ou fixe n'est pas triviale. Les inputs relèvent des coûts variables, puisqu'il faut utiliser plus d'inputs pour produire plus d'unités de bien. Les coûts commerciaux sont-ils des coûts variables ? Si l'on produit plus, on ne dépensera a priori pas plus de coûts commerciaux. En revanche, pour vendre plus, il faut probablement dépenser plus en frais commerciaux. La causalité est alors inverse au cas des inputs : ce n'est pas une augmentation du volume des ventes qui implique une hausse des coûts des inputs mais une augmentation des coûts commerciaux qui implique plus d'unités vendues. Il est possible de retenir comme définition d'un coût variable l'existence d'un lien de causalité, quel que soit le sens, entre le coût considéré et le nombre d'unités vendues.

11. Les coûts fixes peuvent être récupérables ou non. Dans le dernier cas, on parle de coûts échoués ("*sunk costs*"). Ceci signifie simplement qu'on ne peut les récupérer si l'on cesse l'activité. Par exemple, un avion est un coût fixe récupérable car on peut le revendre sur un marché d'occasion. En revanche, une ligne de chemin de fer qui a été construite pour acheminer des matières premières dans une usine ne peut être revendue si l'usine ferme. Il s'agit d'un coût échoué.

12. Le coût total est la somme des coûts variables et des coûts fixes. En divisant la valeur des coûts considérés par le nombre d'unités produites, on obtient les coûts (variables, fixes, ou totaux) moyens. Le coût total moyen correspond au prix que doit facturer une entreprise pour réaliser un profit positif. En revanche, une fois les coûts fixes payés, l'entreprise a intérêt à produire chaque unité supplémentaire tant que le prix de vente est supérieur au coût marginal. Par approximation, on utilise le concept de coût variable.

13. La Commission européenne a, dans ses Lignes directrices relatives à l'application de l'article 82, considéré une approche un peu plus extensive que les coûts variables en retenant le critère du coût évitable moyen. Il inclut en sus des coûts variables (en fonction des quantités) les coûts fixes de court terme, c'est-à-dire ceux supportés pendant la période concernée. Le coût évitable moyen est la moyenne des coûts qui auraient pu être évités si l'entreprise n'avait pas produit une unité supplémentaire. Il s'agit donc de coûts de court terme. Dans la plupart des cas, le coût évitable moyen et le coût variable moyen sont identiques car ce ne sont souvent que les coûts variables qui peuvent être évités. Dans ces Lignes directrices, la commission retient également une définition différente des coûts de long terme : le coût marginal moyen à long terme (CMMLT) qui est la moyenne de tous les coûts (variables et fixes) qu'une entreprise supporte pour fabriquer un produit déterminé. Les deux concepts de coûts (CMMLT et coût total moyen) sont identiques si l'entreprise ne fabrique qu'un seul produit. En revanche, ces deux coûts peuvent différer dans le cas d'entreprises commercialisant plusieurs produits. Ainsi, en cas d'économies de gamme ou d'envergure, le coût à produire plusieurs produits est inférieur au coût que supporteraient des entreprises spécialisées sur un seul produit. Le CMMLT sera alors inférieur au coût total moyen pour chaque produit.

14. L'analyse de la structure des coûts distingue également le cas des activités mono-produit de celui des activités multi-produits. Dans le cas de l'activité mono-produit, tous les coûts (variables comme fixes) résultent de la fourniture du seul bien ou service. Au contraire, dans le cas multi-produits, certains coûts peuvent être communs à la production de produits distincts. Il en est ainsi de la plupart des activités pour lesquelles la même infrastructure peut servir à offrir plusieurs services. À titre d'exemple, le réseau téléphonique sert à la fois au transport de la voix et des données informatiques, ou le réseau ferré est partagé entre le transport de passagers et celui de marchandises. De même, les coûts correspondant à des fonctions transversales d'une même entreprise sont communs à plusieurs produits.

15. Dans le cas d'une activité multi-produits, le coût pertinent à prendre en compte pour une activité donnée correspond aux dépenses additionnelles qu'une entreprise doit supporter sachant qu'elle offre déjà un ou plusieurs biens. C'est ce qu'on appelle le coût incrémental. Ce dernier comprend les coûts variables spécifiques à l'activité additionnelle et, en fonction de la nature de cette activité, peut inclure une partie de coûts fixes. Par exemple, un opérateur de télécommunications qui doit ouvrir son réseau pour interconnecter des concurrents investit nécessairement dans des commutateurs supplémentaires. Ces investissements sont comptabilisés comme coûts fixes dans le coût incrémental d'interconnexion. En divisant le coût incrémental par le nombre d'unités produites, on obtient le coût incrémental moyen. Ce dernier est le pendant du coût total moyen utilisé dans le cas mono-produit. Le coût incrémental et le coût évitable sont en général identiques.

<sup>1</sup> CJCE, 3 juill. 1991, affaire C-62/86, *AKZO c/ Commission*, Rec. 1991, p. I-3359 et arrêt du Tribunal de première instance du 1er avril 1993, affaire T-65/89, *BPB Industries et British Gypsum*, Rec. 1993, p. II-389.

## 1. La jurisprudence AKZO

16. L'application de la jurisprudence AKZO consiste à comparer le niveau des prix avec le coût variable moyen et avec le coût total moyen (qui se calcule comme la division du coût total par le nombre d'unités produites). Trois cas de figure sont examinés :

→ si le niveau des prix est inférieur au coût variable moyen (ou le coût évitable moyen), alors il existe une forte présomption de prédation<sup>2</sup> ;

→ si le niveau des prix est compris entre le coût variable moyen et le coût total moyen, alors la prédation ne sera retenue que s'il est démontré qu'il existe un plan d'élimination du ou des concurrents. La charge de la preuve repose sur l'autorité de concurrence ;

→ si le niveau des prix est supérieur au coût total moyen, alors la prédation ne sera normalement pas retenue.

17. Le test de prix prédateurs conduit dans certains cas à comparer non pas un prix avec un coût (variable ou total) moyen, mais des revenus avec des coûts totaux. Il en est ainsi si le prix n'est pas constant pour toutes les unités vendues, si plusieurs biens doivent être comptabilisés ou sur différents types de consommateurs. Une certaine compensation des gains et des pertes entre différents biens ou différentes classes de consommateurs peut être dans certains cas acceptée.

## 2. La possibilité d'une récupération des pertes

18. Une pratique d'éviction conduit l'entreprise qui la met en œuvre à consentir des pertes jusqu'à ce que la cible soit évincée du marché. Pour qu'une telle pratique soit rationnelle, il est nécessaire que l'entreprise qui la met en place puisse récupérer ses pertes une fois le concurrent évincé. Pour ce faire, le prédateur doit pouvoir remonter ses prix et donc ses marges de façon durable, sans que cela ne stimule une nouvelle entrée. Ceci nécessite en particulier que les concurrents soient évincés durablement du marché.

19. La nécessité juridique de prouver la récupération fait débat. Elle est nécessaire aux États-Unis pour prouver une pratique de prix prédateurs depuis l'arrêt de la Cour Suprême en 1993 concernant Brooke Group.

20. La pratique décisionnelle communautaire ne l'impose pas comme l'a validé la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Wanadoo<sup>3</sup>. La pratique française est plus nuancée. L'Autorité de la concurrence a ainsi précisé dans la décision Chep France précitée : "A contrario, et en l'absence de tout autre élément, l'impossibilité de récupération des pertes permet de conclure à l'absence

de plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. La mise en œuvre par Chep d'une stratégie de prédation n'est en conséquence pas établie."

21. En pratique, la phase de récupération des pertes ne pourra avoir lieu que si d'importantes barrières à l'entrée existent. Il faut en effet que l'entreprise puisse espérer durablement évincer le concurrent, c'est-à-dire que la probabilité que le concurrent puisse aisément réentrer sur le marché dès que l'entreprise dominante remonte ses prix pour récupérer ses pertes, soit faible. Il faut en outre qu'aucun autre entrant potentiel ne puisse rapidement répondre aux appels d'offres des hôpitaux sans quoi il serait impossible pour l'entreprise dominante de remporter les marchés en maintenant des prix élevés. Une telle analyse doit nécessairement être faite au cas par cas.

## 3. L'analyse des effets

22. Une analyse contemporaine de prix prédateurs se doit de ne pas se limiter à la comparaison des prix ou des revenus et des coûts mais également analyser les effets de la pratique. Ceci n'est pas l'objet de cet article, mais il n'est pas possible de le passer totalement sous silence.

23. Signalons donc simplement qu'un test de prix prédateurs doit vérifier que l'éviction est avérée (si la pratique a déjà eu lieu) ou probable. Par ailleurs, cette éviction doit être néfaste aux consommateurs.

24. En conclusion, il est utile de relativiser l'intérêt ou même la pertinence des tests présentés ici et qui sont ceux utilisés par la jurisprudence. Ceux-ci consistent en effet à vérifier si l'entreprise en position dominante vend ou non à perte, c'est-à-dire qu'elle réalise ou non un profit positif. On compare donc le niveau de profit par rapport zéro. Mais le vrai test consisterait à vérifier si cette entreprise réalise un sacrifice en menant la pratique en cause. Or le sacrifice se définit comme la perte consentie par rapport à la situation dans laquelle l'entreprise n'aurait pas mis en œuvre cette pratique. Or le profit de l'entreprise dans cette situation de référence n'est pas nécessairement nul. Il est normalement positif, mais il peut également être négatif à court terme, par exemple en cas d'externalités de réseau. Dans ce dernier cas, l'application du test de la jurisprudence AKZO conduirait à conclure à l'existence de prix prédateurs puisque l'entreprise réalise des pertes, alors même qu'elle ne mène aucune pratique anticoncurrentielle. ■

<sup>2</sup> L'Autorité de la concurrence a précisé dans la décision n° 09-D-33 du 10 nov. 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Chep France dans le secteur de la location-gestion de bacs plastiques et de palettes, que cette présomption était réfragable.

<sup>3</sup> CJCE, 2 avr. 2009, *France Télécom SA c/ Commission des Communautés européennes*.