Compte-rendu du séminaire Philippe Nasse du mercredi 27 septembre 2017 :

« Prix excessifs »

Créé à la fin des années 1980 au sein de la Direction de la Prévision, le séminaire Philippe Nasse s'est d'abord appelé « séminaire d'économie industrielle » puis « séminaire Concurrence ». Il est, depuis quelques années, co-organisé par la DGTrésor et l'Autorité de la concurrence, d'abord sous le nom de séminaire « DGTPE-Concurrence » et enfin depuis janvier 2009 sous le nom actuel de « séminaire Philippe Nasse ». Le principe consiste à présenter et à confronter les points de vue d’un économiste et d’un juriste sur un sujet d'intérêt commun ayant trait aux questions de concurrence. De fait, le juge fait de plus en plus appel à l'économiste pour caractériser les atteintes à la concurrence et essayer d'en quantifier les effets, tandis que l'économiste doit prendre en compte un droit et une jurisprudence en plein développement dans son analyse du fonctionnement des marchés.

Lors du séminaire organisé le 27 septembre 2017, **Anne Perrot** (associée au sein du cabinet de conseil en économie MAPP) et **Jacques-Philippe Gunther** (avocat associé chez Willkie Farr & Gallagher LLP) ont débattu sur le thème des « prix excessifs ». La séance a été animée par **Étienne Pfister,** chef du service économique de l'Autorité de la concurrence.

**Introduction d’Étienne Pfister**

Il y a une actualité du droit de la concurrence de deux ordres en matière de prix excessifs : les « cas pharmaceutiques » qui ont été initiés, et déjà pour certains clos en Italie et en Angleterre, ou qui sont actuellement en cours auprès de la Commission européenne ; et l’arrêt de la cour de justice dans un cas de prix excessif en Lettonie qui a peut-être clarifié certains points.

Mais cela ne veut pas dire qu’il y a un changement énorme dans la stratégie de la Commission européenne ou des autorités nationales de concurrence. Le sujet est très débattu parce qu’il peut sembler normal d’agir contre les prix excessifs : toutes les pratiques que l’Autorité de la concurrence combat ont pour objectif final d’élever les prix donc pourquoi ne pas intervenir tout de suite ? D’un autre côté il y a une très grande prudence des autorités de la concurrence et des spécialistes à utiliser ce levier en raison de la difficulté à déterminer si un prix est excessif ou non, il y a un risque d’erreur élevé et c’est coûteux en ressources. On peut également se poser la question du remède : que fait-on une fois qu’on a sanctionné un prix excessif. C’est donc sur la pertinence de cet outil de la régulation des prix excessifs que va porter le débat d’aujourd’hui avec Anne Perrot (économiste associée au cabinet MAPP, ancienne vice-présidente du conseil puis de l’Autorité de la concurrence) puis Jacques-Philippe Gunther (avocat associé au sein du cabinet Willkie Farr & Gallagher).

**Intervention d’Anne Perrot**

Il y a effectivement une certaine gêne à s’emparer du sujet des prix excessifs pour plusieurs raisons. D’abord la vision qui est portée par le droit de la concurrence, c’est que les prix excessifs sont la conséquence du pouvoir de marché, et que ce dernier peut résulter de plusieurs causes :

* une réglementation de l’entrée sur le marché trop restrictive (ex : professions réglementées),
* un monopole légal,
* un monopole naturel, en raison de circonstances technologiques par exemple,
* des pratiques anticoncurrentielles.

La théorie économique stipule que les régulations excessives doivent être levées à moins d’être solidement justifiées (pour des raisons de santé publique ou d’externalités par exemple). Elle dit également que les monopoles naturels doivent être régulés (c’est le cœur de la théorie de la régulation des monopoles naturels développée par Laffont-Tirole en 1993) même si le régulateur est soumis à des asymétries d’information vis-à-vis de l’entreprise régulée ce qui empêche une bonne régulation. Elle dit enfin que les pratiques anticoncurrentielles doivent être traitées par le droit de la concurrence, qu’il s’agisse d’entente ou d’abus de position dominante.

Les prix excessifs qui résultent d’abus de position dominante peuvent résulter d’abus d’exclusion ou d’abus d’exploitation.

Dans le cas des abus d’exclusion, le mécanisme qui conduit à des prix « trop élevés » peut être par exemple la mise en place de barrières à l’entrée. Ces barrières érigées par les entreprises en place empêchent les concurrents d’entrer sur le marché et la structure de marché ainsi mise en place tire les prix vers le haut. En levant les obstacles à l’entrée on supprime la cause des prix excessifs. Les autorités de concurrence sont bien équipées pour traiter ce type de configuration : il y a une approche par les effets et la solution consiste alors à mettre fin (et à sanctionner) la pratique à l’origine du problème.

Les abus d’exploitation, dont relèvent les pratiques de prix excessifs, posent un tout autre problème : c’est essentiellement à eux qu’on s’intéresse ici. Certains secteurs sont particulièrement « à risque » vis-à-vis des prix excessifs sans pour autant être régulés : les sociétés de gestion de droits d’auteur (car sont en monopole sur les droits d’auteur), les entreprises qui détiennent des brevets (monopole conféré par un droit de propriété intellectuelle), et les entreprises du numérique qui expliquent le regain d’intérêt sur cette question (en raison d’effets de réseaux qui rendent difficile l’entrée sur le marché). On s’attend donc à trouver plus de cas dans ce type de secteurs.

Par ailleurs la pratique de prix excessifs est parfois proche d’un ciseau tarifaire lorsque le prix excessif concerne l’accès à un « input » en amont et lorsque l’entreprise qui détient cet input est intégrée verticalement et présente aussi sur le marché aval. Or un ciseau tarifaire est plutôt traité comme un abus d’exclusion, la distinction entre abus d’exclusion et abus d’exploitation est alors ici plus ténue.

La difficulté est de définir par rapport à quoi le prix en question est excessif : ceci revient à s’interroger sur le prix « contrefactuel », qui aurait dû être observé « normalement ». Trois grandes lignes apparaissent dans la pratique décisionnelle et la jurisprudence : l’approche fondée sur les coûts, l’approche fondée sur la valeur du service, un peu délaissée en pratique, et l’approche fondée sur la comparaison avec d’autres prix. La mise à disposition de données en grande quantité permet peut être d’envisager plus sereinement la définition des prix excessifs car elle facilite la définition d’un contrefactuel.

En première partie de cette présentation, il s’agira de s’interroger sur la nécessité d’une théorie du cas pour les prix excessifs comme c’est le cas pour les abus d’exclusion, pour revenir ensuite sur les principes généraux et la mise en œuvre de la méthode économique (comparaison aux coûts, comparaison à des prix contrefactuels, valeur du service) avec quelques illustrations sur la prison d’Osny, les câbles sous-marins et Facebook. Enfin j’évoquerai le renouveau de l’intérêt pour les prix excessifs en lien avec les algorithmes et l’économie numérique.

1. **Quelle théorie du cas pour les prix excessifs ?** 
   1. **Les abus d’exclusion**

Dans les cas d’abus d’exclusion, la théorie explique quelles sont les incitations des acteurs à adopter le comportement d’exclusion en cause (par exemple dans les cas de ventes liées) et les effets de ce comportement sur la concurrence. On essaie avant tout de démontrer que le comportement en cause va réduire l’intensité concurrentielle.

C’est plus difficile dans le cas des abus d’exploitation car il peut y avoir une atteinte directe aux consommateurs si ceux-ci sont les acheteurs et parce que la restriction de l’intensité concurrentielle n’est pas évidente à démontrer. On est plus à l’aise si le prix excessif est celui d’un input qui réduit la concurrence en aval par exemple (cas proche du ciseau tarifaire).

Du point de vue dynamique, les prix excessifs peuvent aussi réduire les incitations à l’innovation ou réduire l’incitation à entrer sur un marché pour un nouvel entrant (prix excessif pour l’accès à un brevet ou une technologie par exemple). Du point de vue de la recherche des effets, ces diverses sources de distorsion devraient être identifiées et quantifiées autant que possible.

Mais en l’absence d’effet sur la concurrence, les prix excessifs ont essentiellement pour effet de transférer du surplus d’une catégorie d’agents à une autre (des acheteurs vers les vendeurs notamment). Cette caractéristique, jointe à la difficulté de trouver le bon contrefactuel, explique peut être la réticence des autorités de concurrence à traiter ces pratiques.

* 1. **Les abus d’exploitation**

Les abus d’exploitation sont ceux par lesquels une entreprise est à même d’extraire une rente de la position (dominante) qu’elle occupe.

Cette rente peut revêtir plusieurs formes : une augmentation des prix au-delà du niveau concurrentiel (mais quand le prix est nul l’abus est difficile à caractériser) ou une dégradation de la qualité ou d’autres attributs du produit ou du service, et elle correspond alors à nouveau à un transfert de surplus. Ceci s’entendant « au-delà du prix normal » ou « en dessous de la qualité initiale ». Toute la question est donc d’identifier ce qu’on entend par « prix normal » et « qualité normale ». C’est un problème extrêmement économique et finalement assez marginalement juridique car l’identification et la mesure des prix dans la situation contrefactuelle sont au cœur de ce que font les économistes.

1. **Principes généraux et mise en œuvre de la méthode économique**

L’économie de la concurrence n’est pas muette sur ce qu’est le niveau normal d’un prix. Dans une situation de « concurrence parfaite » le prix concurrentiel est parfaitement défini : c’est le coût marginal de production. Même si ce résultat n’est directement utilisable que dans un contexte de concurrence parfaite, il est tout de même utile pour fixer une première référence de ce que doit être un prix « non excessif ». Le premier principe pour déterminer un prix excessif serait donc de comparer ce dernier au prix concurrentiel, c’est-à-dire au coût marginal. Mais en situation de concurrence imparfaite, comparer le prix au coût marginal n’a pas vraiment d’utilité pratique, il serait plus utile de comparer le prix en cause avec d’autres prix pour des produits analogues, offerts par d’autres entreprises, dans d’autres localisations. Les autorités de concurrence avancent aussi parfois le caractère excessif d’un prix par rapport à « la valeur du service », ce serait donc avec un concept de demande qu’il faudrait pratiquer la comparaison.

* 1. **Comparaison au coût**

Comparer le prix au niveau du coût (marginal) est ce qui découle le plus directement de la théorie économique de base. En concurrence parfaite, toutes les entreprises produisent le même bien et ont la même technologie. Comme dans ce cas les produits sont parfaitement substituables, un prix supérieur au coût marginal n’est pas durablement tenable : un concurrent peut proposer un prix inférieur, mais toujours supérieur au coût marginal, rafler toute la demande puisque tous les biens sont complètement substituables, et continuer à faire du profit. De proche en proche, le prix devient égal au coût marginal et, à ce prix-là, les entreprises ne font pas de profit. Donc en concurrence parfaite il ne peut pas y avoir de prix excessif par définition, et d’un autre côté si on observe un prix supérieur au coût marginal on peut dire qu’il est excessif, c’est un raisonnement qui se mord un peu la queue. En réalité cette situation ne va jamais apparaître. Malgré l’aspect très théorique de cette référence au coût marginal, on utilise en économie de la concurrence des indices de pouvoir de marché reposant sur la capacité dont dispose une entreprise à élever son prix au-dessus du coût marginal : les indices de Lerner. À noter que la mise en œuvre de cette méthode exige de recueillir des données sur les coûts marginaux de production puis de comparer le prix au coût.

Le prix n’est égal au coût marginal que dans les situations de concurrence parfaite et de très nombreuses situations conduisent à des prix supérieurs aux coûts marginaux en l’absence de tout comportement anticoncurrentiel. Des pratiques anticoncurrentielles, mais aussi d’autres modalités de concurrencepeuvent amener le prix à se trouver au-dessus du coût marginal de production : la différenciation horizontale des produits par exemple (la différenciation par la variété est une situation dans laquelle les entreprises détiennent du pouvoir de marché simplement du fait de l’hétérogénéité des préférences des consommateurs) ; la différenciation géographique des produits et l’existence de « switching costs » qui permettent de retenir certains acheteurs malgré des hausses de prix, dans les secteurs bancaire et télécoms par exemple. Toutes ces circonstances rendent la concurrence imparfaite et permettent aux opérateurs d’établir des prix supérieurs au coût marginal sans pour autant être les auteurs d’abus d’exploitation. Tout le problème est donc de tracer la frontière entre concurrence imparfaite et prix excessifs. Ceci indique que le prix résulte de l’adjonction d’une marge au coût marginal. Et c’est donc la marge qui ne doit pas être « excessive ».

* 1. **Comparaison avec d’autres prix**

Tout le problème est de savoir si on est en présence d’une marge excessive ou d’une marge normale. Cela relève de l’intensité de la concurrence sur un marché, qui dépend des technologies, du nombre de concurrents présents (lui-même relié aux technologies), des préférences des consommateurs, etc. On doit donc disposer de points de comparaisons avec d’autres marchés (géographiques), avec d’autres produits ou avec des services analogues les plus proches possibles de ceux pour lesquels on cherche à identifier une marge ou un prix excessif. Cet exercice est le même que celui qui est mené lorsqu’on évalue un dommage concurrentiel : il faut disposer d’une situation « contrefactuelle », normale, avec laquelle on va comparer la situation observée. L’autorité de la concurrence doit se poser la même question lorsqu’elle apprécie le dommage à l’économie. On peut utiliser différentes méthodes pour évaluer ce que devrait être le prix en l’absence d’une pratique de prix excessifs, c’est-à-dire dans une situation contrefactuelle pertinente. Ce champ a énormément évolué ces dernières années notamment du fait de l’accessibilité de données qui n’étaient pas disponibles il y a encore quelques années. Si on est capable de délimiter la période dans laquelle on incrimine l’entreprise pour des prix excessifs, une méthode très simple est de comparer le prix en question avec sa valeur avant le début ou après la fin de la période en cause. L’avantage de cette méthode des « simples différences » est sa simplicité car elle est peu gourmande en données. Le problème est que les variations de prix peuvent refléter d’autres évènements que l’existence d’une éventuelle pratique de prix excessifs (variations du prix des « input » ou du nombre de concurrents sur le marché par exemple).

L’idée est donc de « purger » les prix des autres facteurs d’évolution pour ne garder que ce qui peut être lié à la pratique en question, ce que permet de faire la méthode des « doubles différences ». Il s’agit ici de comparer le prix observé pendant la pratique avec d’autres prix non sujets aux pratiques sur un autre marché (ayant subi les mêmes évolutions de coûts, de la demande, etc.) afin d’établir un lien de causalité. C’est une méthode extrêmement convaincante mais sa contrepartie est qu’elle est très gourmande en données.

La troisième méthode est la méthode économétrique : il s’agit d’avoir un modèle qui explique la formation du prix sur le marché en temps normal en fonction de différents facteurs, ce qui nécessite de comprendre le fonctionnement du marché et de comparer le prix obtenu par les équations avec le prix observé pendant la période de prix excessif allégué. Tout écart traduit peut-être un excès du prix en question par rapport au prix normal.

Une fois que l’on dispose du bon contrefactuel (le prix avant ou après dans une méthode de « simples différences », un autre marché non affecté par la pratique ou un produit similaire dans une méthode de « double différences », le comportement habituel du prix dans un modèle économétrique), il reste à comparer le prix potentiellement excessif, avec le prix contrefactuel qu’on a déterminé. Malheureusement il reste à déterminer à partir de quel écart entre les deux on juge que le prix est excessif. C’est la différence avec l’estimation du dommage. Il existe toute une gamme de situations qui s’écartent « plus ou moins » d’une situation de concurrence normale et où les prix s’écartent « plus ou moins » du prix jugé normal. On réintroduit donc ici du qualitatif dans une méthode quantitative. Malgré tout la mise en œuvre de plusieurs méthodes, avec plusieurs variantes, peut permettre de tester la robustesse du résultat.

* 1. **Valeur du service**

Certaines décisions (celle des câbles sous-marins par exemple) font référence à la « valeur du service ». Ceci semble être une référence à la demande mais cela suppose de savoir comment les acheteurs valorisent le service et combien ils sont prêts à payer pour celui-ci. C’est une approche complexe car il existe des cas où, étant donnés les coûts de production en vigueur, aucun consommateur n’est prêt à acheter le service à un prix de concurrence couvrant ces coûts.

1. **Illustrations**

L’affaire de la prison d’Osny (décision 00-D-27) est un cas de dommage direct aux consommateurs. Celle des câbles sous-marins (décision 09-D-24) est plus complexe : ce sont les fournisseurs d’accès à Internet qui se voient proposer ces prix élevés, le dommage intègre donc des éléments de barrières à l’entrée pour les acteurs du marché aval et on pourrait lire cette affaire comme un cas de ciseau tarifaire.

* 1. **Prison d’Osny**

L’affaire concerne une boutique située à l’intérieur de la prison et où les détenus peuvent « cantiner » et acheter divers produits comme des produits alimentaires ou du savon. Le problème est que les consommateurs sont captifs et les « switching costs » sont élevés (coût d’une évasion prohibitif pour aller dans une autre supérette). Les consommateurs sont donc obligés de s’approvisionner dans cette prison. UFC-Que Choisir a saisi le Conseil de la concurrence, considérant que la société Eurest (enseigne de la supérette) pratiquait des prix excessifs en comparaison des autres points de vente. La décision ne dit pas si par « autres points de ventes », on entend « autres prisons » ou « autres supérettes ». Or toute la question est de savoir quel est le bon contrefactuel…

Le Conseil a mis en œuvre deux approches :

* uneapproche par les coûts et les marges où il examine la structure et le niveau des coûts, et en particulier la question de savoir si Eurest achète à des prix plus élevés que ses concurrents. Le Conseil conclut que les coûts ne sont pas excessivement élevés (Eurest est efficace comme acheteur) et que les prix pratiqués ne sont pas hors de proportion avec les coûts, ils ne sont donc pas excessifs. De plus la marge d’Eurest est inférieure à 23 %, le Conseil a considéré que cela n’était pas excessif.
* une approche par la comparaison avec d’autres prix, qui va éventuellement conforter la première démarche en comparant les prix pratiqués par la prison d’Osnyaux prix pratiqués par des supérettes analogues dans d’autres prisons (car les contraintes de sécurité plus fortes font que la comparaison avec les prix des supermarchés en ville n’est pas pertinente). Ces prix sont soumis aux mêmes aléas que ceux pratiqués à Osny : réglementation, coût de l’approvisionnement… Le Conseil conclut donc qu’il n’y a pas de prix excessifs.
  1. **Câbles sous-marins**

Dans cette affaire, il s’agit d’évaluer si l’accès au câble sous-marin entre La Réunion et la métropole est tarifé à un niveau de prix excessif ou non par France Telecom. On est très proche du ciseau tarifaire car France Télécom est aussi présent en aval du marché. L’Autorité renonce à comparer la prestation avec les prix pratiqués par d’autres entreprises dans des situations équivalentes car elle ne trouve pas de marchés comparables, ce qui empêche de mettre en œuvre une méthode de « doubles différences ». Mais en revanche elle examine si les coûts et le prix facturé sont disproportionnés, ce qui pose la question de la « valeur du service ». Le résultat de cet examen des prix par rapport aux coûts est que la différence relative entre le coût et le prix du câble sous-marin varie entre  453 % et 1794 % selon l’année considérée. Ceci est jugé excessif et l’Autorité retient le grief et sanctionne France Télécom.

La difficulté est de savoir dans quelle zone on juge qu’un prix est excessif. Même si l’approche est quantitative, il reste un élément qualitatif sur lequel les économistes ont beaucoup de mal à se prononcer. Les autorités doivent elles définir a priori des zones rouges, grises etc. à l’instar des guidelines en matière de droit des concentrations ?

1. **Renouveau de l’intérêt pour les prix excessifs**

Avec les entreprises numériques, il y a un renouveau de l’intérêt porté aux affaires de prix excessifs, ou d’abus d’exploitation en général, sous deux angles :

* la discrimination permise par les algorithmes permet de connaitre de façon étroite les préférences des internautes (historique de recherche et de navigation, achats antérieurs, etc.) et pourrait faciliter l’instauration de prix excessifs ;
* les entreprises, numériques principalement, qui ont acquis du fait des effets de réseaux des positions dominantes, sans avoir besoin de mettre en place des abus d’exclusion pour se maintenir dans une position relativement forte sur le marché, pourraient être tentées d’abuser de leur position dominante pour augmenter leurs prix. Cela concerne en particulier les plateformes numériques vis-à-vis desquelles les intervenants, que ce soit sur une face ou l’autre du marché ont peu de contre-pouvoir. Le Bundeskartellamt considère que Facebook à dégradé la garantie de protection des données personnelles des utilisateurs au-delà de l’annonce initiale qui leur est faite, sans que les consommateurs puissent faire valoir leur contre-pouvoir, d’autant plus que le prix est nul, et qu’il s’agissait donc d’un abus d’exploitation.

En conclusion, les autorités font peu d’incursion dans le domaine des prix excessifs. En effet il était difficile jusqu’à une époque récente de définir le bon contrefactuel, en l’absence de théorie du cas notamment. Ce problème est en parti résolu aujourd’hui grâce à l’accès aux données. Mais, même lorsque la question quantitative est tranchée, il faut porter un jugement qualitatif et la réalité n’est pas binaire, il n’y a pas de seuil défini, c’est donc assez compliqué pour les autorités.

**Question D’Étienne Pfister:**

Est-ce que la prudence des autorités à intervenir est liée à la complexité des estimations d’un prix excessif ou au fait que l’autorité de concurrence analyse ce qui fausse la concurrence et non pas ce qui lèse le surplus des consommateurs, ou alors est-ce parce qu’au-delà du calcul difficile du prix excessif, il faut déterminer si le prix est suffisamment excessif pour pouvoir intervenir, ce qui de mon point de vue est la difficulté essentielle ? Imaginons un produit hérité que je revends à un prix non nul alors qu’il ne m’a rien coûté, est-ce inéquitable ?

**Réponse d’Anne Perrot**

C’est de moins en moins compliqué du fait des techniques, d’accès aux données, etc. Evidemment par rapport aux abus d’exclusion, les autorités sortent un peu du rôle qu’elles se sont définies puisque depuis 2005, suite aux discussions avec la Commission européenne, on considère que les autorités de la concurrence doivent se concentrer sur les abus d’exclusion plutôt que les abus d’exploitation. Se focaliser sur les abus d’exclusion c’est se focaliser sur toutes les pratiques qui faussent le jeu concurrentiel, et je suis tentée de penser que c’est pour ça que les autorités de concurrence ont raison d’être prudentes avant de sanctionner les prix excessifs. Contrairement aux abus d’exclusion, où on peut dire de manière binaire si la pratique en question fausse le jeu de la concurrence, dans l’exemple que tu donnes, même si on arrive à quantifier l’excès du prix sur le coût ou par rapport à un autre marché voisin, il va falloir à un moment fixer un seuil au-delà duquel c’est excessif. Dans les ententes, les prix sont élevés, mais on a alors une pratique binaire qui permet de savoir si oui ou non le jeu concurrentiel est faussé.

**Question de la salle et d’Étienne Pfister**

A partir de quel seuil de sensibilité doit-on choisir d’intervenir ? Comment être raisonnablement sûr que le prix est bien excessif et qu’une intervention ne va pas conduire à des effets pervers (en empêchant à tort l’entrée alors que le marché est contestable) ? Et dans certains cas, comme celui des câbles sous-marins, est-ce qu’il n’y a pas une légitimité totale à intervenir ?

**Réponse d’Anne Perrot**

Ce n’est pas le seul endroit en économie de la concurrence où on met des limites arbitraires, puisqu’il y a de l’arbitraire dans la définition d’un marché pertinent.

**Réponse de Jacques-Philippe Gunther**

Cette question est traitée par les conclusions de l’Avocat général Wahl qui s’interroge notamment sur la valeur économique du service ou du produit que le consommateur est prêt à payer. L’exemple caricatural est le prix de l’iPhone : les consommateurs vous diront que nous ne sommes pas en présence d’un prix excessif car la valeur économique attachée au produit répond à leurs aspirations. Deuxième élément mis en évidence par la jurisprudence ancienne : en plus de ces critères de quantification, il y a un seuil de matérialité. Dans l’affaire General Motors par exemple, lorsque les pratiques ont duré peu de temps ou lorsque le niveau d’augmentation de prix est limité, la jurisprudence a quand même dépassé le simple test quantitatif pour mesurer l’effet réel sur le marché, et c’est ce que doit faire une autorité de la concurrence.

**Question de la salle**

Une autorité de la concurrence intervient en imposant une sanction financière et cela ne règle pas la défaillance de marché, on le voit dans les cas pharmaceutiques en Angleterre. L’injonction qui est « cessez de mettre des prix excessifs » ne la règle pas non plus dans la mesure où on n’a toujours pas défini un prix excessif. On comprend que dans certains domaines où il y a des positions monopolistiques, une régulation *ex ante* est nécessaire mais c’est tout à fait différent d’une régulation *ex post*, une fois que les investissements de long terme ont été faits. Dans tous ces cas, les approches sont souvent très comptables et elles s’écartent un peu trop de certaines notions économiques comme la définition de la marge économique attendue par une entreprise sur un marché où elle n’est pas en concurrence pure et parfaite.

**Réponse d’Étienne Pfister**

Il y a en effet une difficulté sur la mise en œuvre de la sanction d’un prix excessif. Dans certain cas, on sanctionne l’augmentation subite et injustifiée du prix, la réponse est donc de revenir au niveau de prix initial. En matière de prise en compte des investissements, ce sont des éléments qui peuvent être intégrés dans le calcul du prix excessif, mais cela va rendre certains contrefactuels difficiles à modéliser.

**Intervention de Jacques-Philippe Gunther**

On est dans un domaine dans lequel l’insécurité est extrêmement forte, pas seulement en termes de méthodologie mais également en termes de politique de concurrence et des signaux envoyés récemment par la commissaire européenne. Est-ce qu’il y a un déplacement progressif sur certains sujets de la prise en compte des entreprises concurrentes vers la prise en compte de la situation des consommateurs ? C’est probablement dans ce contexte là qu’il faut voir l’évolution d’un possible rééquilibrage des abus d’exclusion ou d’éviction vers les abus d’exploitation. Je vais analyser comment les autorités de la concurrence ou les juridictions appliquent les méthodes évoquées par Anne Perrot.

1. **Introduction : le retour des prix excessifs ?**
   1. **Des pratiques traditionnellement appréciées sous l’angle des pratiques d’exclusion**

La notion de prix excessifs soulève la question de savoir s’il peut exister des prix non équitables. En Europe, l’article 102 du TFUE traite de prix de transactions non équitables, contrairement aux États-Unis ou l’imposition de prix excessifs par un opérateur en position dominante n’engage pas sa responsabilité. Quelques pratiques seulement ont donné lieu à des sanctions dans le passé, pour des abus d’exclusion surtout et très peu pour des abus d’exploitation. Certains considèrent que c’est lié au papier d’orientation de la Commission sur les positions dominantes publié en 2009, car il donne priorité aux abus d’éviction et explique peut-être l’oubli général des prix excessifs.

* 1. **Les incertitudes et craintes engendrées par le récent regain d’intérêt pour les prix excessifs**

Dans ce contexte interviennent les trois affaires Pfizer-Flynn au Royaume-Uni et Aspen en Italie et via la Commission européenne. Mais on s’interroge aussi en Chine avec un projet de lignes directrices publié au mois d’août 2017 pour lutter plus efficacement contre les pratiques dans le domaine pharmaceutique et trois affaires ont également été ouvertes en Afrique du Sud. Dans ce contexte, le discours de Margrethe Vestager sur le fait que la Commission interviendrait quand elle estimerait que c’est « nécessaire » peut laisser présager un changement d’orientation. Est-ce une problématique spécifique au secteur pharmaceutique ? Est-ce qu’il y a des configurations de marché qui génèrent de telles pratiques ? Enfin qu’est-ce qu’un prix excessif ?

1. **Les** **difficultés inhérentes à la détermination du caractère excessif des prix**
   1. **Définition et méthodes de détermination d’un prix excessif**

Je reprendrai une citation d’un des directeurs généraux de la DG COMP à Bruxelles : « il est difficile pour des avocats de fournir des conseils sur ce qui pourrait être un prix excessif ». Et il rajoute que la législation de l’Union européenne n’a pas confié le soin à la Commission de définir ce qui est excessif.

En 1975, la Commission estime que United Brands dispose d’une position dominante sur le marché de la distribution des bananes en Belgique, au Luxembourg, en Irlande, en Allemagne et aux Pays-Bas. La Commission estime que l’entreprise a imposé des prix non équitables à ses clients. United Brands prétend ne pas avoir imposé de prix discriminatoires. La Cour de justice de l’Union européenne (CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76) a confirmé la décision de la Commission quasiment sur tous les points sauf celui du prix excessif. Le raisonnement de la Commission est structurant : elle observe des écarts de prix entre les bananes de marque et les bananes sans marque compris entre 20 % et 40 %, elle dit que les bananes fournies par United brands sont plus chères de 7 % par rapport au prix des bananes de concurrents et de 15 à 100 % par rapport aux États membres qui font parti du marché en cause. Apres avoir constaté que les prix les plus bas étaient appliqués en Irlande, sans même avoir étudié la structure des coûts, elle conclut que les prix sont excessifs. Et la Commission ajoute qu’une réduction des prix de 15 % pour les prix pratiqués en dehors de l’Irlande satisferait aux obligations de sa décision. United Brands a critiqué le choix de l’Irlande comme référence et défend qu’il faudrait tenir compte de l’évolution des coûts à des stades antérieurs. La Cour va élaborer une méthodologie qui sera suivie par la suite : il faut « *apprécier s’il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé, et, dans l’affirmative, examiner s’il y a imposition d’un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents* ». La Commission n’avait pas fait cet exercice puisqu’elle n’avait pas examiné la structure de coûts de United Brands.

Sur l’affaire lettone : il s’agit de l’organisme de gestion des droits d’auteur qui perçoit des droits lors de l’exécution des œuvres dans les boutiques, c’est un monopole légal en Lettonie. Il y a eu une première affaire de prix excessifs en 2008, l’organisme est condamné. En 2011 il publie de nouveaux tarifs, une enquête est ouverte en 2012 et le conseil de la concurrence locale va comparer les tarifs avec la Lituanie et l’Estonie qui sont des voisins à PIB équivalent et à consommateurs équivalents. Le conseil constate que les tarifs appliqués sont sensiblement plus élevés que ceux applicables dans les pays voisins et qu’ils sont injustifiés donc sanction et amende prononcés en 2013. La cour administrative d’appel va censurer cette décision en faisant valoir que la comparaison avec l’Estonie et la Lituanie au regard du seul PIB et du niveau des prix n’est pas suffisante et que d’autres pays auraient dû être intégrés (la Bulgarie, la Roumanie, La Pologne, la Hongrie). L’affaire est portée devant la Cour de justice de l’Union européenne avec trois questions posées : les notions de prix équitable ou non équitable doivent-elles être posées dans le domaine des droits d’auteurs ? Est-ce qu’il convient d’effectuer la comparaison des tarifs par rapport à chaque segment tarifaire ou par rapport à un niveau moyen des tarifs ? À partir de quand considère-t-on qu’un prix est excessif ?

C’est dans ce contexte qu’interviennent les conclusions de l’Avocat général Wahl (CJUE, 6 avril 2017, aff. C-177/16, AKKA/LAA), qui va essayer de sortir des questions spécifiques du secteur des droits d’auteur en disant :

* qu’il peut être utile d’utiliser un indice de parité pouvoir d’achat basé sur le PIB mais que d’autres facteurs peuvent influencer le prix final ;
* que seuls les prix qui dépassent « *de manière significative et persistante* » le prix de référence peuvent être considérés comme excessifs et donc qu’une entreprise dominante peut démontrer le caractère équitable des prix qui sont appliqués de ce point de vue ;
* qu’il faut raisonner en fonction de la valeur économique la plus élevée du produit ou du service que le consommateur est prêt à payer.

La Cour a suivi les orientations de l’Avocat général mais resserrées à la problématique des droits d’auteur. Elle retient qu’il faut que les tarifs soient comparés à d’autres pays mais au moyen d’indices homogènes, et elle établit l’idée selon laquelle pour qu’il y ait une affectation sensible, il faut que le niveau de prix excessif soit significatif et persistant.

Les méthodes ne sont donc pas d’une grande perfection et la complexité du test effectué par la Cour explique une certaine prudence de la part des autorités de concurrence. Dans la pratique décisionnelle, les condamnations sont rares.

* 1. **Difficultés posées par les méthodes définies par la Cour de justice et les autorités de concurrence**

Les règles exposées posent trois séries de problèmes.

* La comparaison des prix dans le temps : dans l’affaire British Leyland (CJCE, 11 novembre 1986, aff. 226/84, British Leyland), la Cour de Justice a fait une comparaison entre les prix historiques de l’entreprise dominante et les prix pratiqués dans le passé. Elle a estimé que la nature du travail fourni n’avait pas fondamentalement changé entre le début de la période et la fin de la période et ne justifiait donc pas une augmentation importante. Pourtant dans un grand nombre de situations, le recours à ce « benchmark » peut poser des difficultés : une augmentation de prix de la part d’un opérateur pourrait se justifier pendant une certaine période par des facteurs divers n’ayant pas pour origine l’exploitation d’un pouvoir de marché (variation du prix des intrants, financement des investissements, cycles de la demande). Ces augmentations traduiraient alors un comportement compétitif normal. En outre, le niveau de prix élevé peut parfois inciter de nouveaux entrants à arriver sur un marché et donc accroître le degré de concurrence. L’Avocat général Wahl l’évoque dans ses conclusions.
* On peut également critiquer le test du benchmark géographique dans l’affaire United Brands. Il est facile et caricatural d’évoquer une différence de prix de 100 % entre l’Irlande et le Danemark. Dans l’affaire lettone, la Cour a également considéré que le prix devait être sensiblement plus élevé dans le pays considéré que dans le pays de référence, et que la comparaison devait se faire selon des critères objectifs, appropriés et vérifiables, ce n’est donc pas une démonstration simple. Il peut y avoir dans certains pays une tradition de vendre un produit à un niveau élevé et on ne peut pas interdire à une entreprise de pratiquer des prix différents en fonction des pays. Cela pose la question des marchés sélectionnés : il faut des critères de comparaison homogènes et il faut tenir compte des caractéristiques réglementaires pour expliquer des différences de comportement. L’Avocat général Wahl précise d’ailleurs qu’il faut tenir compte de la fiscalité nationale, des caractéristiques du marché national du travail et des préférences des consommateurs locaux.
* Enfin, la comparaison avec le prix des concurrents semble problématique. Dans l’affaire Général Motors, entreprise qui dispose d’un monopole légal pour délivrer les certificats de conformité des véhicules utilisés en Belgique, le prix proposé est considéré comme très élevé car identique pour des véhicules européens ou américains (alors qu’il aurait dû être plus élevé pour les véhicules américains) ; car d’autres entreprises fournissaient le même service pour la moitié du tarif pratiqué par General Motors et parce qu’avant que l’entreprise ne reçoive ce monopole légal, les prix pratiqués par l’administration étaient inférieurs de 20 %. La Commission a estimé que les prix étaient excessifs. La Cour a reconnu que les prix étaient excessifs mais a annulé la décision de la Commission car elle a considéré qu’il y avait des circonstances objectives : « *Les coûts d’une entreprise dominante pour produire et commercialiser son produit ou son service peuvent être supérieurs à ceux encourus par d’autres entreprises qui ne sont pas dominantes ou qui sont actives sur un autre marché de produit ou un autre marché géographique* ». On voit que la méthode qui consiste à comparer avec les prix des concurrents n’est pas sans poser des problèmes : d’une part on peut avoir des stratégies tarifaires différentes, et puis imposer à une entreprise d’aligner ses prix sur ceux de ses concurrents n’est pas très intuitif en droit de la concurrence. C’est ce que dit l’Avocat général Wahl lorsqu’il dit qu’il faut prendre en considération la valeur économique du bien et ce que recherchent les consommateurs.
  1. **Difficultés rencontrées par les entreprises et insécurité juridique**

Tout cela provoque une forte insécurité juridique, surtout après le discours de Margrethe Vestager le 21 novembre 2016 où elle dit que trois exemples peuvent illustrer l’affaire de prix excessif : l’affaire Gazprom, le secteur pharmaceutique et les brevets essentiels.Dans le cadre d’un « benchmark » il pourrait être nécessaire d’avoir accès aux coûts des concurrents et on ne peut en disposer en toute légalité. D’ailleurs la Cour de justice l’a indiqué dans l’affaire Deutsche Telekom en 2010 : « e*n effet, si la légalité des pratiques tarifaires d’une entreprise dominante dépendant de la situation spécifique des entreprises concurrentes, notamment par la structure des coûts de celles-ci, qui sont des données qui ne sont généralement pas connues de l’entreprise dominante, cette dernière ne serait pas à même d’apprécier la légalité de ses propres comportements* ».

Ca n’empêche pas les autorités nationales de se pencher sur cette problématique, on le voit dans le secteur pharmaceutique.

* L’autorité de la concurrence italienne a ouvert une enquête en 2014 suite à une plainte de consommateurs qui avaient du mal à s’approvisionner en produits anti cancéreux. Le brevet avait expiré et les traitements étaient remboursés à 100 % par l’équivalent de la sécurité sociale. Le laboratoire Aspen demandait à changer de catégorie ce médicament pour fixer librement son prix au motif qu’il n’avait pas augmenté ce dernier depuis les années 1950. L’autorité de santé italienne a refusé cette demande et Aspen aurait alors menacé de cesser l’approvisionnement de ce médicament. L’autorité de santé a donc accepté une augmentation comprise entre  300 % et 1500 % en fonction des produits. L’autorité de la concurrence a mis en évidence un monopole d’Aspen sur ces produits et elle a observé que l’objectif initial d’alignement d’Aspen par rapport à ceux des autres États membres pour éviter le phénomène d’aubaine d’importation parallèle n’était pas justifié. Elle a observé qu’il n’y avait pas d’effort particulier pour innover, que les prix pratiqués auparavant permettaient déjà une marge significative, qu’il n’y avait pas eu d’augmentation de coût ou d’augmentation du niveau de service, et que les patients ne pouvaient pas utiliser d’autres produits.
* Au Royaume-Uni, Pfizer a cédé en 2012 à Flynn les droits exclusifs pour un médicament tout en continuant à fabriquer le principe actif de ce dernier. Flynn a retiré la marque de ce médicament pour pouvoir vendre ce dernier sous sa propre marque et pouvoir déplafonner son prix. En parallèle Pfizer a augmenté son prix de vente à Flynn de  800 % à 1600 % et Flynn a répercuté cette augmentation de prix. Cela a généré 54 M£ de dépenses supplémentaires pour la sécurité sociale anglaise. L’autorité de la concurrence anglaise a considéré qu’ils avaient délibérément cherché à contourner la réglementation anglaise. La définition des marchés est intéressante : l’autorité britannique a retenu le marché de la fabrication de capsules en retirant volontairement les tablettes et autres formes de médicament comportant la même substance active. Elle a estimé que les marges pratiquées étaient excessives et a sanctionné avec une amende de  100 M£ les deux opérateurs, elle a enfin enjoint les opérateurs de baisser leurs prix excessifs dans un délai maximal de 4 mois sans dire de combien. A l’heure qu’il est personne ne sait quel est le juste prix à appliquer.
* Le 15 mai dernier, la Commission a ouvert une procédure formelle contre Aspen pour des faits similaires aux pratiques en Italie. On peut se demander si c’est de la compétence de la Commission d’aller regarder ce qui se passe au niveau national notamment lorsqu’il y a une intersection assez fine entre le travail de l’autorité de la concurrence et celui de l’autorité de régulation sectorielle.

1. **Les risques liés à l’intervention des autorités de la concurrence**
2. **Une autorité de concurrence ne devrait pas intervenir en matière de prix excessifs**

Le simple fait d’avoir un pouvoir de marché ne constitue pas un abus de position dominante. Il y a ensuite une difficulté pratique à différencier le prix compétitif ou « contrefactuel », le prix supra concurrentiel et le prix excessif, d’où la nécessité d’observer une différence significative.

La question des répercussions éventuelles sur l’innovation se pose. De façon théorique, la possibilité de fixer des prix élevés pourrait générer des profits et donc une incitation à investir. « *La faculté de facturer des prix monopolistiques, du moins pendant une courte période, est ce qui attire les « entrepreneurs » en premier lieu, cela induit une prise de risques qui produit de l’innovation et de la croissance économique* » comme le dit l’Avocat général Wahl.

1. **Sauf dans certaines circonstances exceptionnelles**

Je laisserai la conclusion à l’ancien « chief economist » de la Commission européenne pour qui il devrait y avoir trois conditions simultanément remplies pour justifier une intervention contre des prix excessifs : des obstacles stricts et non transitoires à l’entrée conférant à l’entreprise une position de « super-dominance » ; la position super dominante est due à des droits exclusifs ou spéciaux, présents ou passés ou à des pratiques d’éviction non condamnées ; et il n’y a pas de régulateur sectoriel pour résoudre les problèmes.

J’observe une prise en compte plus forte des intérêts des consommateurs par la Commission dans les affaires d’ententes, dans les ouvertures de procédure dans le domaine pharmaceutique et dans certaines opérations de concentration. Certains secteurs sont plus ou moins à risque à l’égard de cette problématique : le secteur pharmaceutique notamment, les nouvelles technologies (le nouveau modèle de facturation Uber ne tient plus compte du jeu de l’offre et de la demande mais plutôt de la zone d’arrivée et de départ du consommateur pour proposer un tarif plus élevé entre deux quartiers aisés par rapport à la même distance entre deux quartiers moins aisés, ce type d’outil technologique permet de remettre sur le devant de la scène cette théorie des prix excessifs) et les organismes délégataires d’une mission de service public qui détiennent un monopole légal ou naturel. Une chose est sure la sanction est complexe.

Il y a une caractéristique commune à tous ces dossiers : les autorités de concurrence ont éclairé la stratégie de prix excessifs, pas simplement en comparant les prix passés, les prix des concurrents et le calcul des coûts avec le prix pratiqués mais en abordant la problématique concurrentielle sous-jacente (restriction des importations parallèles par exemple chez British Layland et General Motors ou contournement de la réglementation locale dans le secteur pharmaceutique avec Pfizer/Flynn). Ces affaires de prix excessifs sont souvent un « cocktail » de prix excessifs d’une part et de stratégie délibérée des entreprises d’autre part.

**Question de la salle**

Sur le fait que les autorités de la concurrence ne vont pas dans les secteurs où il y a une autorité de fixation des prix, on voit dans le secteur pharmaceutique que cela n’arrête pas l’autorité italienne dans le cas Aspen, ni la Commission européenne. Et pourtant, le Comité économique des produits de santé utilise la méthodologie décrite par Anne Perrot : il va regarder la valeur du produit par rapport à la demande et par rapport à l’intérêt thérapeutique et le coût des produits concurrents ; et finalement les autorités de la concurrence font l’objet d’une certaine pression face à des traitements contre l’hépatite C qui coûtent plus qu’un iPhone. Dans un contexte comme celui-ci, est ce que vous pensez que ces prix excessifs vont susciter un désintérêt total de l’autorité de la concurrence ?

**Réponse de Jacques-Philippe Gunther**

On peut s’interroger sur la pertinence de l’intervention de la Commission européenne sur certains cas, en vertu du principe de subsidiarité et je ne vois pas l’intérêt pour la Commission de regarder le même sujet que celui traité par l’autorité italienne dans l’affaire Aspen. Lorsqu’il y a une autorité de régulation, il me semble qu’il est plus légitime de renvoyer l’affaire aux autorités de concurrence nationale car il doit y avoir un débat entre autorité de régulation sectorielle et autorité de concurrence. Ce qui pourrait justifier l’intérêt des autorités de concurrence pour le secteur pharmaceutique au-delà de l’intérêt de l’autorité de régulation sectorielle est probablement le fait que ce n’est pas qu’une affaire de prix excessif et qu’il y a derrière cette augmentation de prix une stratégie d’entente ou de domination collective qui vient illustrer cette problématique de prix excessif.

**Réponse d’Étienne Pfister**

Sur la compétence de la Commission : l’augmentation de prix dans le cas Aspen a eu lieu sur tous les marchés européens, ce qui a réduit le pouvoir de négociation côté italien puisqu’il ne pouvait pas faire d’importations parallèles. Sur le prix des vaccins contre l’hépatite : les coûts de R&D et le risque élevé d’échec de l’entreprise sont pris en compte par les autorités. L’argument de l’innovation est beaucoup plus complexe qu’il n’y paraît. Sur les incitations à innover, on craint qu’elles soient réduites lorsqu’on intervient sur les prix, mais Aspen a pu augmenter les prix parce qu’il est sur un petit marché et donc même quand le brevet tombe à l’eau, il continue d’être en monopole. Autrement dit, si l’autorité de concurrence n’intervient pas, cela aura des effets pervers sur l’innovation.

**Réponse de Jacques-Philippe Gunther**

Je suis d’accord, Aspen continue à bénéficier d’un pouvoir de marché absolument énorme et rien ne s’est produit en termes de R&D qui justifie une telle augmentation de prix, sauf le fait que le prix n’avait pas été modifié depuis très longtemps. C’est typiquement un sujet sur lequel il y a énormément de place pour l’« advocacy » : il y a des pistes à creuser sur la nature du « benchmark », sur le marché pertinent et sur les justifications qu’on peut apporter à une augmentation de prix. Donc énormément de routes à explorer. La contrainte c’est qu’on entre aujourd’hui dans une situation dans laquelle il va falloir renverser la charge de la preuve : c’est à l’entreprise qui augmente ses prix de justifier *a posteriori* qu’elle était en situation de le faire.

**Question de la salle**

J’ai cru comprendre que le prix avait été approuvé par l’autorité de régulation en Italie, comment ont-ils pu estimer que c’était acceptable ? Que pensez-vous du critère de prix excessifs défini par la loi Lurel en vigueur ?

**Réponse d’Étienne Pfister**

Sur le cas italien, l’autorité de régulation avait refusé les prix dans un premier temps, et le fabricant Aspen a menacé de sortir du système de remboursement par la sécurité sociale. C’est ce qui a forcé l’autorité de régulation à accepter l’augmentation. Sur la comparaison des prix, Anne Perrot mentionnait le cas des pratiques de tarification par algorithme : une personne a une élasticité à payer plutôt forte donc je vais appliquer des prix plus élevés. En réalité, le fait de différencier les prix pourrait servir à payer les coûts fixes.

**Réponse de Jacques-Philippe Gunther**

Sur le cas Aspen, c’est une situation caricaturale car il n’y avait plus de brevet mais pas de génériqueur non plus, donc aucune alternative pour les patients. La menace d’Aspen de sortir du système de remboursement était catastrophique du point de vue du système de santé publique.

**Réponse d’Anne Perrot**

Dans l’affaire des prisons, au moment de se voir confier l’exploitation des cantines, les candidats ont été mis en concurrence, il y a donc de la concurrence en amont dans ce cas. Sur la difficulté à traiter des prix discriminants, je rappelle que l’interdiction de discriminer peut nuire à la concurrence et aux consommateurs.

**Question de la salle**

Dans l’affaire United Brands, la Commission avait fondé sa décision sur une comparaison du prix des bananes dans différents marchés européens et la Cour a souligné qu’il fallait d’abord comparer les prix aux coûts. Dans la décision de l’autorité de la concurrence britannique sur Pfizer/Flynn, il y a de longs développements sur la comparaison prix et coûts mais elle se refuse à faire une comparaison de prix sur d’autres marchés ou avec d’autres pays, ce qui semble assez incomplet.

**Réponse d’Étienne Pfister**

Le contexte de cette décision est également assez particulier : il y a eu une hausse de prix, et il y a donc eu une comparaison avec la période précédente. Par ailleurs les molécules ont été achetées par une autre entreprise et c’est cet opérateur qui a choisi d’augmenter le prix. On peut se demander dans quelle mesure Flynn ne s’est pas fait avoir : lorsqu’il a racheté la marque Pfizer, est ce qu’il n’a pas payé la tarification sur laquelle il comptait et pour laquelle il a été sanctionné ?

**Réponse de Jacques-Philippe Gunther**

D’après le dossier, Flynn, dont l’activité est d’acheter des médicaments en fin de vie, a racheté l’autorisation de mise sur le marché du médicament pour 1 € symbolique. On peut penser qu’il y avait une stratégie mise en œuvre. Pour revenir au point du « benchmark », il n’y en avait pas avec les produits pharmaceutiques équivalents, on en a pour les sociétés d’auteur mais pas pour le secteur pharmaceutique, la quasi-totalité du raisonnement consiste à dire que rien ne justifie l’augmentation importante de prix observée.