

« Prix excessifs »

Séminaire Philippe Nasse

27 septembre 2017

Jacques-Philippe Gunther

PLAN

- 1. Introduction: le retour des prix excessifs?**
- 2. Les difficultés inhérentes à la détermination du caractère excessif des prix**
- 3. Les risques liés à l'intervention des autorités de concurrence**

1. Introduction: le retour des prix excessifs?

- A. Des pratiques traditionnellement appréciées sous l'angle des pratiques d'exclusion**
- B. Les incertitudes et craintes engendrées par le récent regain d'intérêt pour les prix excessifs**

1.A. Des pratiques tarifaires traditionnellement appréciées sous l'angle des pratiques d'exclusion

- **Les abus tarifaires représentent une part significative des affaires initiées sous l'article 102 TFUE et ses équivalents nationaux**
 - Pour la plupart: abus d'exclusion;
 - Quelques vieilles affaires de prix excessifs traitées comme des abus d'exploitation
 - United Brands;
 - General Motors;
 - British Leyland

- **La Commission affirme de longue date qu'elle traite en priorité les affaires d'exclusion**
 - Exemple: **Orientations de 2009**

- **Conclusion: il existait un certain désintérêt pour les prix excessifs et les abus d'exploitation**

1.B. Un récent regain d'intérêt: craintes et incertitudes

➤ **Secteur pharmaceutique**

- Condamnations en Italie et au Royaume-Uni
- Enquête par la Commission européenne
- Enquêtes en Afrique du Sud
- Lignes directrices en Chine

➤ **Discours de Margrethe Vestager: la Commission interviendra quand elle estimera que cela est « nécessaire »**

➤ **Affaire AKKA/LAA**

- Conclusion AG Wahl
- Arrêt de la Cour

➤ **De nombreuses questions, peu de réponses**

2. Les difficultés inhérentes à la détermination du caractère excessif des prix

- A. Définition et méthodes de détermination d'un prix excessif**
- B. Difficultés posées par les méthodes définies par la Cour de justice et les autorités de concurrence**
- C. Difficultés rencontrées par les entreprises et insécurité juridique**

2.A. Définition et méthodes de détermination d'un prix excessif (1/2)

- **CJCE, 14 février 1978, aff. 27/76, United Brands**
 - Il est contraire à l'article 102 TFUE d'appliquer un prix excessif au motif qu'il n'avait pas de rapport raisonnable avec la valeur économique du produit fourni
 - Il s'agit 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* »
- **Conclusions de l'Avocat général N. Wahl, CJUE, 6 avril 2017, aff. C-177/16, AKKA/LAA**
 - Dans un premier temps, il faut déterminer le « prix de référence » ou prix contrefactuel
 - La preuve doit être rapportée de l'utilisation abusive de la puissance sur le marché par l'entreprise dominante qui fixe un prix excessif
 - Seuls les prix qui dépassent « *de manière significative et persistante* » le prix de référence peuvent être considérés comme excessifs

2.A. Définition et méthodes de détermination d'un prix excessif (2/2)

- **Il n'existe pas de méthode unique pour y parvenir et les autorités de concurrence disposent d'une « certaine marge de manœuvre » (CJUE, 14 septembre 2017, aff. C-177/16, AKKA/LAA)**
- **La pratique décisionnelle française rappelle qu'il est nécessaire d'établir que le comportement a un objet ou un effet anticoncurrentiel, actuel ou potentiel (Cons. conc., France Telecom, 28 juillet 2009, 09-D-24)**

2.B. Difficultés posées par les méthodes définies par la Cour de justice et les autorités de concurrence

- i. **La comparaison des prix dans le temps**
- ii. **La comparaison géographique**
- iii. **La comparaison avec les prix des concurrents**

2.B. i) La comparaison des prix dans le temps

- **Méthode utilisée par exemple dans CJCE, 11 novembre 1986, aff. 226/84, British Leyland**
- **Difficultés en pratique:**
 - Para. 41 conclusions de l'Avocat général Wahl dans l'affaire AKKA/LAA
 - Divers facteurs pouvant justifier des variations de prix dans le temps
 - Variations du prix des intrants
 - Cycles de la demande
 - Comportement compétitif normal

2.B. ii) La comparaison géographique

- **Méthode utilisée par ex. dans l'affaire United Brands**
- **Soulève des difficultés:**
 - Para. 40 conclusions de l'Avocat général dans l'affaire AKKA/LAA
 - Il existe souvent des différences de prix significatives entre les Etats membres pour des services identiques, du fait de:
 - Fiscalité nationale
 - Pouvoir d'achat des citoyens
 - Habitudes de consommation
 - Caractéristiques du marché national du travail...

2.B. iii) La comparaison avec les prix des concurrents

- **Cette méthode semble problématique**
 - Différences en terme de qualité
 - Stratégies tarifaires différentes
 - « *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* » (para. 127 conclusions de l'Avocat général Wahl)
- **Les consommateurs peuvent être disposés à payer un prix élevé car la valeur accordée au produit sera supérieure au prix de référence**
 - Degré de différenciation entre les produits
 - Para. 128 conclusions de l'Avocat général Wahl
 - Affaire du Port of Helsingborg
 - Prise en compte de facteurs liés à la demande

2.C. Difficultés rencontrées par les entreprises et insécurité juridique

- i. **Un impératif de sécurité juridique difficilement conciliable avec le traitement des prix excessifs**
- ii. **Les pratiques de prix excessifs dans le secteur pharmaceutique dans le viseur des autorités de concurrence en Europe**

2.C. Difficultés rencontrées par les entreprises et insécurité juridique

- **Paul Csiszar, DG Comp, 4 juillet 2017:**
 - « It is difficult for lawyers to provide advice on what prices could be excessive »
 - Pas de changement de politique, la Commission vise toujours en priorité les pratiques d'exclusion, plutôt que les pratiques d'exploitation
- **En contradiction avec le discours de Margrethe Vestager le 21 novembre 2016?**
 - « there can be times where competition rules need to do their bit to deal with excessive prices »
- **Comment les entreprises doivent-elles se placer? Comment anticiper?**

2.C. i) un impératif de sécurité juridique difficilement conciliable avec le traitement des prix excessifs

- **Affaire Deutsche Telekom**

- « *En 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* » (para. 192)

2.C. ii) Les pratiques de prix excessifs dans le secteur pharmaceutique dans le viseur des autorités de concurrence en Europe

- **Discours de Margrethe Vestager: toutes les entreprises pharmaceutiques doivent-elles craindre des poursuites sur le fondement des prix excessifs?**
- **Accent mis sur le consommateurs / patients**
- **Plusieurs affaires en Europe**
 - Aspen (Italie, 2016)
 - Flynn / Pfizer (UK, 2016)
- **Aspen (UE, communiqué de presse du 15 mai 2017)**
- **Besoin d'adopter des lignes directrices afin de permettre aux entreprises de mieux auto-évaluer leurs pratiques? E.g. Projet de Lignes directrices en Chine publié le 14 août 2017**

3. Les risques liés à l'intervention des autorités de concurrence

- A. Une autorité de concurrence ne devrait pas intervenir en matière de prix excessifs**
- B. Sauf dans certaines circonstances exceptionnelles**

3.A. Une autorité de concurrence ne devrait pas intervenir en matière de prix excessifs

- i. **Prix excessifs: confusion entre position dominante et sanction d'un véritable abus**
- ii. **Risque de limitation des investissements en R&D et de l'innovation dans les marchés concurrentiels**

3.A. i) Prix excessifs: confusion entre position dominante et sanction d'un véritable abus

- **Une entreprise en position dominante, qui a un certain pouvoir de marché, a la possibilité de pratiquer des prix supraconcurrentiels**
- **Paradoxe: l'obtention d'une position dominante est légitime; mais la pratique de prix excessifs est illégitime**
- **Trois types de prix:**
 - Prix compétitif ou « contrefactuel »
 - Prix supraconcurrentiel
 - Prix excessif

3.A. ii) Risque de limitation des investissements et de l'innovation dans des marchés concurrentiels

- *« 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 »* (para. 117 conclusions de l'Avocat général N. Wahl)
- **Conséquences d'une potentielle action contre les prix pratiqués pour une entreprise prenant des risques en investissant mais craignant de pouvoir obtenir un retour sur investissement?**

3.B. Des circonstances exceptionnelles justifiant l'intervention d'une autorité de concurrence

- i. **Des barrières à l'entrée conférant à l'entreprise une position de « super-dominance »**
- ii. **La nature de la position dominante**
- iii. **Zoom sur le secteur pharmaceutique**

3.B. i) Des obstacles à l'entrée conférant à l'entreprise une position de super-dominance

- **Si les barrières à l'entrée sont faibles ou inexistantes, le marché devrait s'autoréguler et le jeu de la concurrence conduira à une baisse des prix (i.e. caractère contestable du marché)**
- **Dans la plupart des cas, l'autorité de concurrence dispose de la possibilité d'agir sur le fondement des abus d'exclusion et ainsi de s'attaquer directement à l'élévation des barrières (i.e. stratégie de l'entreprise dominante)**
- **Abus d'exploitation: intervention limitée à des cas exceptionnels**
 - *« un prix ne peut pas aisément être fixé au-dessus du niveau de la concurrence lorsque le marché n'est pas protégé par des barrières élevées à l'entrée ou à l'expansion »*; en effet, *« plus les barrières créés par le législateur sont élevées et durables, plus une entreprise en position dominante devrait être en mesure d'exercer sa puissance sur le marché »* (para. 48 conclusions de l'Avocat général N. Wahl)

3.B. ii) La nature de la position dominante

- *« je suis convaincu que des prix non équitables ne peuvent exister que sur des marchés réglementés, où les autorités publiques exercent une forme de contrôle sur les forces de l'offre et où, par conséquent, le champ pour une concurrence libre et ouverte est réduit »* (para. 48 conclusions de l'Avocat général N. Wahl)
- **Obtention de la position dominante non par des investissements et les mérites, mais par l'action du législateur, e.g. monopoles légaux dans la JP:**
 - Sociétés de gestion de droits d'auteurs (Sacem ou AKKA/LAA)
 - Délivrance de certificats de conformité (British Leyland ou General Motors)
 - Collecte des déchets (DSD)
 - Téléphonie fixe et accès à Internet (France Télécom)
- Dans ces cas là, l'intervention peut être justifiée

3.C. iii) Secteur pharmaceutique

- **Plusieurs raisons pouvant justifier l'absence d'intervention dans le secteur pharmaceutique**
 - Industrie dynamique marquée par une grande innovation
 - En l'absence de brevets, pas de barrières à l'entrée et génériqueurs devraient pouvoir rentrer sur le segment
 - Industrie déjà lourdement régulée et d'une grande complexité
- **Autorités de concurrence agissent en général sur d'autres fondements (abus d'exclusion, article 101 TFUE)**
- **Cas Aspen et Flynn / Pfizer:** circonstances particulières, monopole de fait sur les produits, absence d'entrée, pratiques des entreprises profitant de failles du système ou exerçant des pressions, dépendance des consommateurs à l'égard des médicaments en question
- **Besoin de redéfinition des compétences et expertises respectives des autorités intervenant dans le secteur, e.g. autorités de santé, autorités de fixation des prix**

Merci !



JACQUES-PHILIPPE GUNTHER

Paris

Antitrust and Competition

Tel: +33 1 53 43 45 38

Fax: +33 1 40 06 96 06

jgunther@willkie.com

EDUCATION

Université de Provence Aix Marseille 1,
LL.M., 1986