

## Prédation et prix de transfert

Le 14 mars 2007, le Conseil de la concurrence<sup>1</sup> a condamné la société GlaxoSmithKline France<sup>2</sup> (ci-après GSK) à 10 M€ d'amende pour une pratique de prix prédateurs sur le marché du céfuroxime sodique.

Le raisonnement du Conseil s'appuie notamment sur un test de coût qui a consisté à comparer le prix de revente pratiqué par GSK France sur son marché et le prix de transfert de la molécule que GSK France achetait à une autre société du groupe. Si la Cour d'appel de Paris<sup>3</sup> a réformé la décision du Conseil de la concurrence, elle a néanmoins validé son choix consistant à retenir le prix de transfert comme seuil pertinent d'un test de coût.

Ce choix inédit soulève de nombreuses interrogations. L'objet de cet article est de mettre en évidence en quoi cette position s'écarte de l'analyse économique des pratiques de prédation.

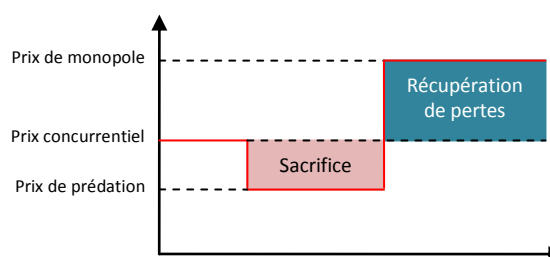
### L'analyse économique de la prédation

Une pratique de prédation peut être définie comme un investissement dans un pouvoir de marché futur. La prédation par les prix consiste, pour la firme qui l'initie, à pratiquer un prix suffisamment bas pour conduire à l'éviction de ses concurrents. En d'autres termes, une firme prédatrice consent un sacrifice durant la période de prédation (en rose sur la figure 1) qu'elle espère compenser par un gain une fois son pouvoir de marché renforcé par l'éviction de ses concurrents (en bleu sur la figure 1).

Du point de vue de l'analyse économique, un prix prédateur est un prix qui ne maximise le profit de l'entreprise qu'en tenant compte de ses effets anticoncurrentiels<sup>4</sup>. Cette définition théorique se heurte

en pratique à la difficulté de déterminer le prix qui aurait maximisé le profit de l'entreprise en dehors de toute pratique anticoncurrentielle

Figure 1. Principe de la prédation par les prix



Pour caractériser une pratique de prédation par les prix, les autorités de concurrence s'appuient sur une règle *per se* proposée par Areeda & Turner<sup>5</sup>. Cette règle est un test de coût qui consiste à comparer un prix et un coût. L'intuition est la suivante : il ne peut être rationnel pour une entreprise de vendre à un prix ne lui permettant pas de couvrir ses coûts de production, sauf à admettre qu'elle veuille évincer ses concurrents.

La jurisprudence européenne<sup>6</sup> a défini les deux seuils présentés dans la figure 2. Un prix est présumé prédateur s'il est inférieur au coût variable moyen. Dans ce cas, l'entreprise accroît ses pertes chaque fois qu'elle vend une unité supplémentaire (le coût variable moyen est ici retenu comme une approximation du coût marginal). Si le prix pratiqué est supérieur au coût variable moyen, mais inférieur au coût total moyen (c'est-à-dire incluant les coûts fixes), vendre une unité supplémentaire permet à l'entreprise de réduire ses pertes. Cependant, ce prix ne permet pas à l'entreprise de couvrir ses coûts fixes. Cela constitue un premier indice qui devra être complété par d'autres éléments tels que, par exemple, la mise en évidence de la volonté prédatrice de l'entreprise.

<sup>1</sup> Décision n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France.

<sup>2</sup> Dans cette affaire, l'auteur de cet article est intervenu dans le cadre de l'expertise réalisée par le cabinet Microeconomix pour la société GlaxoSmithKline France.

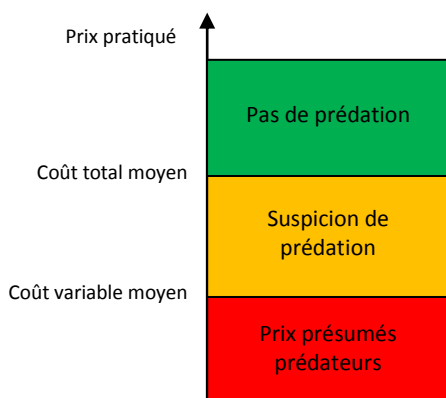
<sup>3</sup> Arrêt du 8 avril 2008, n°2007/070008.

<sup>4</sup> Bolton, Brodley & Riordan (2000). *Predatory pricing: strategic behavior and legal policy*. The Georgetown Law Journal.

<sup>5</sup> Areeda & Turner (1975). *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act*. Harvard Law Review.

<sup>6</sup> Arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86.

Figure 2. Seuils du test de coût



Aussi séduisante qu'elle soit, la mise en œuvre d'un test de coût se heurte à deux difficultés principales.

La première est d'ordre méthodologique : il peut en effet être difficile de mesurer un prix et un coût. Comment calculer le prix d'une minute de téléphonie mobile, compte tenu de la complexité des offres tarifaires des opérateurs et de la difficulté d'isoler le service de communication vocale au sein d'offres couplant plusieurs services (envoi de SMS, mise à disposition d'un terminal, navigation Internet, etc.) ? En ce qui concerne les coûts, il est nécessaire de distinguer les coûts fixes et les coûts variables. Or cette distinction n'est pas si triviale : elle dépend notamment de l'horizon temporel retenu.

La seconde difficulté relève des limites à caractériser une stratégie de prédation uniquement par une comparaison du prix pratiqué au coût de production. En effet, l'analyse économique a mis en évidence de nombreuses situations dans lesquelles il peut être rationnel pour une entreprise de pratiquer un prix inférieur à son coût marginal de production, sans pour autant que cette stratégie s'inscrive dans le cadre d'une pratique de prédation. C'est notamment le cas dans les industries dont les biens sont à l'origine d'effets de réseau : il peut être rationnel de subventionner l'acquisition des premiers clients afin d'atteindre une taille critique. Nous pourrions également citer le cas des marchés à plusieurs faces, comme par exemple celui des journaux quotidiens mettant en relation les annonceurs et les lecteurs. Le principe d'un journal gratuit est de faire payer les annonceurs mais non ses lecteurs. Dans ces conditions, le prix (nul) offert aux lecteurs est inférieur au coût marginal de production d'un exemplaire supplémentaire sans qu'il s'agisse d'une stratégie de prédation.

Malgré ces difficultés, le test de coût reste un élément central pour caractériser une pratique de prédation par les prix. Dans ce contexte, est-il pertinent de retenir un prix de transfert comme seuil d'un test de coût ? Un prix de cession intra-groupe constitue-t-il une bonne approximation du coût marginal ? Avant de répondre à ces questions, nous rappelons la définition d'un prix de transfert et les méthodes de détermination préconisées par les administrations fiscales.

### Qu'est ce qu'un prix de transfert ?

Selon l'OCDE<sup>7</sup>, les prix de transfert sont "les prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées". Autrement dit, il s'agit des prix des transactions facturées entre différentes sociétés d'un même groupe. Toutes choses égales par ailleurs, le niveau du prix de transfert ne modifie pas le profit total du groupe, mais est un moyen d'allouer ce profit entre les différentes entités composant le groupe.

Lorsque deux sociétés du même groupe sont situées dans des pays différents, le niveau des prix de transfert agit sur le montant des impôts payés par chaque société dans chacun des Etats où s'exerce son activité. Lorsque les taux d'imposition sont différents, et s'il était totalement libre de le faire, le groupe pourrait alors avoir intérêt à fixer un prix de transfert, de sorte à diminuer au maximum les profits de la filiale située dans le pays ayant le taux d'imposition le plus élevé. Même en l'absence d'objectif d'optimisation fiscale, la fixation des prix de transfert reste un sujet de controverse entre l'entreprise et les administrations fiscales des pays concernés par une même transaction, dont les intérêts sont à l'évidence opposés, et qui donc peuvent ne pas avoir la même approche de la notion de "prix de pleine concurrence". C'est pour éviter ces controverses que les administrations fiscales<sup>8</sup> "vérifient que les entreprises implantées sur leur territoire et qui commercent avec d'autres entreprises liées et implantées à l'étranger sont correctement rémunérées pour les opérations réalisées et déclarent la juste part du résultat devant leur revenir eu égard aux activités déployées".

Dans la détermination de leurs prix de transfert, les groupes doivent ainsi se conformer au principe du "prix

<sup>7</sup> OCDE (2001). *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales.*

<sup>8</sup> [http://www2.impots.gouv.fr/documentation/prix\\_transfert](http://www2.impots.gouv.fr/documentation/prix_transfert)

*de pleine concurrence*" adopté par l'OCDE<sup>9</sup>. Si la logique de ce principe est simple<sup>10</sup> – le prix de transfert doit être égal au prix auquel se serait conclue la transaction si les deux entités du groupes étaient indépendantes – sa mise en application soulève de nombreuses difficultés.

L'OCDE propose une panoplie de méthodes pouvant être utilisées par les groupes dans la fixation de leurs prix de transfert<sup>11</sup>. Par exemple, la méthode du prix de revente (*Resale minus*) consiste à défalquer du prix de revente final la marge brute que doit dégager la société aval au regard de son activité. La méthode du prix de revient majoré (*Cost plus*) suit la logique en sens inverse : il s'agit d'ajouter au coût de revient de la société amont une marge brute. Lorsque des transactions similaires existent entre des sociétés indépendantes, la méthode du prix comparable sur le marché libre (*Comparable Uncontrolled Price*) permet une estimation directe du prix de transfert. D'autres méthodes telles que la méthode transactionnelle de la marge nette ou celle du partage du profit résiduel peuvent également être mobilisées. Le choix de l'une de ces méthodes résultera de l'analyse fonctionnelle applicable à la situation de faits concernée (fonctions, risques, actifs et coûts attribués aux parties à la transaction contrôlée), et dépendra de la nature des transactions, du type de biens ou de services concerné et des données disponibles.

## Discussion

Un prix de transfert est-il une bonne approximation du coût marginal (ou du coût variable moyen) comme le considère le Conseil de la concurrence<sup>12</sup> ? Les différentes méthodes de détermination des prix de transfert que nous avons brièvement présentées ne font jamais référence au coût marginal ni même au coût complet apprécié isolément, puisqu'en tout état de cause le prix de transfert doit intégrer également une notion de juste

rémunération des deux parties, au regard des fonctions exercées, risques assumés et coûts engagés. Selon la méthode retenue (qui dépend étroitement de l'analyse fonctionnelle, passé sous silence semble-t-il dans la décision GSK), cette juste rémunération pourra s'apprécier, au regard du principe de pleine concurrence, non pas transaction par transaction, mais pour un ensemble de produits ou de réseaux de distribution ou dans le temps. Ainsi, un distributeur pourra légitimement accepter, au sein d'un portefeuille de produits, une marge plus faible pour certains produits d'entrée de gamme, compensée par une marge plus élevée sur d'autres. De même, selon le réseau de distribution, les marges pourront être plus ou moins élevées, tout en préservant une marge d'ensemble acceptable. Enfin, il peut être tout à fait défendable pour un distributeur de faire des pertes au démarrage de son activité, pendant la période de développement de sa notoriété sur son marché. En s'appuyant sur les préconisations de l'OCDE, l'administration fiscale française<sup>13</sup> considère d'ailleurs que les prix de transfert peuvent inclure une rémunération pour les services centraux mis à la disposition de la filiale (services administratifs, financiers, etc.) ainsi que pour les actifs incorporels (marques, brevets, etc.). Autrement dit, les prix de transfert peuvent légitimement intégrer une partie des coûts fixes, et, partant, ils s'écartent du coût marginal.

Un prix de transfert égal au coût marginal de la filiale amont serait même vraisemblablement considéré par l'administration fiscale du pays où est située cette filiale comme de l'évasion fiscale. Prenons l'exemple d'une firme amont située dans le pays A, supportant un coût fixe de production égal à 100 et un coût marginal de production égal à 5. Cette filiale amont produit un bien qu'elle cède à une filiale aval située dans le pays B qui se charge de le distribuer. Si le prix de transfert est fixé au niveau du coût marginal, c'est-à-dire à 5, la filiale amont supporte une perte puisque le prix de transfert ne couvre pas ses coûts fixes. Il est vraisemblable que l'administration fiscale du pays A jugerait le niveau du prix de transfert anormalement bas. En conclusion, un prix de transfert égal au coût marginal conduit à allouer l'intégralité du profit du groupe à la filiale aval, ce qui serait certainement considéré comme de l'évasion fiscale par le pays de la filiale amont, sauf à apporter la démonstration (difficile au cas particulier) que cette méthode attribue une juste rémunération aux deux parties au regard de l'analyse fonctionnelle.

<sup>9</sup> OCDE (2001). *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*.

<sup>10</sup> Notons que selon la théorie de la firme, une entreprise n'a intérêt à être intégrée que si le coût interne de la transaction est inférieur au coût de se fournir sur un marché. Le principe de pleine concurrence revient donc à allouer intégralement les gains de l'intégration verticale à la filiale amont.

<sup>11</sup> Voir le guide édité par l'administration fiscale française. Direction générale des impôts (2006). *Les prix de transfert. Guide à l'usage des PME*, disponible l'adresse suivante : [http://www2.impots.gouv.fr/documentation/prix\\_transfert/qui\\_de\\_app\\_pme.pdf](http://www2.impots.gouv.fr/documentation/prix_transfert/qui_de_app_pme.pdf)

<sup>12</sup> "c'est bien le prix d'achat acquitté [par GSK France] auprès de la société Adechsa [filiale du groupe] [...] qui doit être utilisé pour rechercher le coût moyen variable à comparer, dans le test de coût, avec les prix de vente pratiqués." (Décision n° 07-D-09, §219).

<sup>13</sup> Page 32 du guide (voir note 11).

Ainsi, du point de vue de l'analyse économique, un prix de transfert ne peut pas constituer par principe une bonne approximation du coût marginal. Il n'est donc pas pertinent de le retenir pour caractériser une stratégie de prédation par les prix<sup>14</sup>.

Il est intéressant de souligner que la Commission européenne a, par le passé, déjà abordé la question de l'utilisation d'un prix de transfert pour caractériser une pratique de prédation. C'est notamment le cas dans l'affaire ECS/Akzo<sup>15</sup>. En analysant la structure des coûts de la société Akzo, la Commission a montré que les prix de transfert étaient largement sous-estimés afin de masquer une stratégie de prédation.

A l'inverse, dans une décision plus ancienne<sup>16</sup>, la Commission avait conclu que les prix de transfert du groupe allemand Boehringer-Ingelheim étaient artificiellement surévalués. Le groupe approvisionnait plusieurs filiales françaises en dipyridamole, un médicament utilisé dans le traitement des angines de poitrine et pour réduire le risque de formation de caillots sanguins. Après avoir examiné en détail la structure des coûts du groupe, la Commission a estimé que les prix de transfert du groupe étaient artificiellement surévalués et allouaient une part trop importante des coûts de R&D aux filiales de distribution. Ces prix de transfert élevés permettaient au groupe de pratiquer des prix de cession aux concurrents de sa filiale aval artificiellement élevés.

Ces deux exemples confirment qu'il n'est pas pertinent de se référer aux prix de transfert pour caractériser un prix prédateur. C'est d'ailleurs la conclusion d'un rapport de l'OCDE<sup>17</sup> qui indique que les autorités de concurrence ne devraient pas se dispenser d'une analyse précise des coûts.

---

<sup>14</sup> Cette position a notamment été défendue par Carl Shapiro devant la Commission européenne : *"The internal transfer price cannot effectively be used by the courts as a true price benchmark or measure of cost."*, Testimony of Carl Shapiro, Exclusionary Conduct Antitrust Modernization Commission, 29 September 2005, page 13.

<sup>15</sup> ECS/AKZO, 28 OJ European Communities (No. L 374) 1(1985).

<sup>16</sup> Dipyridamole, voir Lamy, Jurisprudence, No. 211 (28 Avril 1983).

<sup>17</sup> *"Of particular concern here is the transfer pricing of a vertically-integrated firm and the allocation of costs by multiproduct firms. The opportunity for such firms to disguise predatory activities both increases the likelihood that the predation will succeed (because of asymmetry of information) and that it will go unpunished (because prices will appear to be above costs). Thus courts and competition authorities need to pay careful attention to purported costs"*, page 76-77, OCDE (1989). *Predatory pricing*.

En validant l'utilisation d'un prix de transfert comme seuil pertinent pour caractériser une stratégie de prédation par les prix, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ont tourné le dos à l'analyse économique. Au-delà du respect des règles fiscales, les groupes vont dorénavant devoir s'assurer que leurs prix de transfert ne les exposent pas à un risque nouveau au regard du droit de la concurrence.

**Gildas de Muizon**

© Microeconomix novembre 2008

L'auteur remercie vivement Laurence Delorme, avocat spécialisée en Prix de Transfert, pour ses éclairages et ses commentaires sur une version préliminaire de cette note. L'auteur reste évidemment seul responsable des omissions, imprécisions et erreurs qui pourraient subsister.



*Ingénieur des mines de Paris et docteur en économie, Gildas de Muizon dirige le cabinet Microeconomix. Il coordonne et supervise les missions confiées à Microeconomix et intervient à ce titre régulièrement devant les autorités de concurrence dans le cadre de contentieux (abus de position dominante, entente) ou du contrôle des concentrations.*

