

Le rapport de discussion de la Commission européenne sur l'application de l'article 82 du Traité de Rome et les auditions publiques organisées aux États-Unis par la Commission Fédérale du Commerce et le ministère de la Justice sur la section 2 du Sherman Act ont déclenché une passionnante discussion sur les tests à appliquer pour mettre en évidence les pratiques d'exclusion. Le comportement d'une entreprise dominante qui risque d'évincer un concurrent est-il abusif dès lors qu'il s'accompagne d'un sacrifice? Qu'il n'a pas de sens économique? Que le concurrent est au moins aussi efficace? Qu'il entraîne un effet négatif net pour les consommateurs à court terme? L'auteur présente ici les principaux tests et discute leurs inconvénients et leur portée.

## Quel test de preuve pour l'article 82?



**Par François LÉVÊQUE,**  
Professeur à l'École des mines de Paris, Professeur visiteur à la Faculté de droit de l'Université de Californie, Berkeley

Tant en Europe qu'aux États-Unis, la question des tests permettant d'apporter la preuve d'une pratique d'exclusion anticoncurrentielle est aujourd'hui à part entière. Dans son rapport de discussion (DG Competition paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Décembre 2005), la Commission européenne met en avant les effets défavorables de ces pratiques pour les consommateurs et élabore une série de critères qui diffèrent selon les formes de l'exclusion (e.g., prix de prédation, remise). Ses propositions de test ont suscité de nombreuses prises de paroles (cf. < [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art\\_82/contributions.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art_82/contributions.html) >). De son côté, la Commission américaine de modernisation de l'antitrust a directement appelé des commentateurs sur la pertinence des tests forgés par la jurisprudence, en particulier pour les pratiques de refus de vente et les offres liées (Antitrust Modernization Commission, memorandum du 4 mai 2005 disponible sur : < [http://www.amc.gov/pdf/meetings/exclusionary\\_conduct\\_study\\_plan.pdf](http://www.amc.gov/pdf/meetings/exclusionary_conduct_study_plan.pdf) >). Une douzaine d'associations professionnelles et de personnalités du monde académique ont répondu (cf. < [http://www.amc.gov/public\\_studies\\_fr28902/exclusionary\\_conduct.htm](http://www.amc.gov/public_studies_fr28902/exclusionary_conduct.htm) >). De chaque côté de l'Atlantique, des arguments très pointus sur les tests spécifiques à employer pour telle ou telle pratique d'exclusion ont ainsi été développés. Plutôt que de résumer ces discussions pour chacune des formes d'exclusion, examinons quels sont les fondements généraux des tests et les raisons de leur choix, en particulier d'ordre

économique. Nous nous interrogeons en conclusion sur l'intérêt d'utiliser un test commun à l'ensemble des pratiques d'exclusion.

Un test de preuve vise à faire le départ entre les pratiques d'exclusion pro et anticoncurrentielles. D'un point de vue économique, il s'agit de distinguer celles qui accroissent le bien-être des consommateurs à long terme de celles qui le diminuent. Naturellement, les informations manquent pour une telle analyse du fait de difficultés d'accès aux données disponibles et de la présence d'incertitudes. La collecte d'information est coûteuse et les erreurs inévitables. Le test idéal est ainsi celui dont la mise en œuvre minimise les coûts administratifs (i.e., coût de mise en conformité aux normes juridiques et coût des litiges) et les risques de mauvaise décision par excès ou par défaut d'intervention. En d'autres termes, les tests sont nécessairement imparfaits et le meilleur d'entre eux est celui qui l'est le moins.

Examinons ces imperfections à dans le cas de la prédation.

Comme chacun le sait, les tests employés s'inspirent directement des travaux d'Areeda et de Turner (1975). Pour ces auteurs, la logique économique impose que l'entreprise ne vende pas à un prix inférieur à son coût marginal de court terme. Elle perdrait alors de l'argent. Ce coût étant cependant difficile à mesurer, ils proposent de lui substituer le coût variable moyen pour identifier le seuil de prix en deçà duquel le profit de l'entreprise est négatif. Le test de prédation appliqué en Europe, fondé par la décision *Akzo* de la Cour de Justice en 1991, pose qu'un prix inférieur au coût variable moyen est une preuve suffisante du comportement de prédation. Aux États-Unis, la jurisprudence, édictée par la Cour

Suprême dans l'affaire *Brooke Group* en 1993, fixe une condition supplémentaire : le caractère probable d'un gain de pouvoir de marché permettant le recoupement, lors d'une phase ultérieure, du sacrifice consenti. Comparé au test américain, le test *Akzo* resserre moins bien les mailles du filet. Il est plus susceptible de condamner à tort des entreprises innocentes, c'est-à-dire de commettre des erreurs de type II ou faux-positifs. Imaginons, par exemple, une entreprise qui se trompe en établissant son barème de prix. Le test *Brooke Group* comporte un risque plus élevé de laisser échapper des coupables, c'est-à-dire de commettre des erreurs de type I ou faux-négatifs. De fait, depuis la décision de la Cour Suprême, aucun plaignant contre des prix prédateurs n'a eu gain de cause auprès d'une cour fédérale. À l'inverse, la Commission européenne a prononcé plusieurs condamnations depuis l'arrêt *Akzo* (par exemple, *Wanadoo*, *Deutsche Telekom*).

Le choix d'un test fait ainsi apparaître la nécessité de trouver le bon équilibre entre faux-positifs et faux-négatifs. Souvent, si le test sélectionné réduit les premiers il augmente les seconds, et inversement. Identifier le meilleur test exige donc de savoir s'il vaut mieux se tromper en n'étant pas assez ou en étant trop sévère. Cela revient à établir si les conséquences économiques sont plus graves en cas de faux-positifs ou en cas de faux-négatifs. La théorie économique n'apporte pas de réponse générale robuste à cette question (cf. encadré). Trancher entre des tests qui réduisent plutôt les faux-négatifs ou plutôt les faux-positifs nécessite une part de jugement et d'appréciation politique (Melamed D., 2006).

Comme le montre le cas des prix de prédation, les tests reposent en partie sur

les résultats de la théorie économique. Son évolution imprime dès lors sa marque sur le choix des tests. Depuis l'article d'Areeda et de Turner, les économistes s'accordent, par exemple, pour remplacer le coût moyen variable par le coût moyen évitable. Ce dernier permet de prendre en compte les dépenses en coût fixe réalisées dans le but d'éliminer un concurrent. La Commission a repris à son compte cette préconisation dans son rapport de discussion sur l'article 82. Depuis *Areeda et Turner*, l'analyse économique a également progressé sur les conditions de succès de la prédation. Grâce à la théorie des jeux, les possibilités de recoupement, notamment à travers l'établissement d'une réputation de prédateur, sont mieux cernées. Certains économistes (Bolton et alii, 2000) proposent ainsi de nouveaux tests reflétant mieux les avancées de la microéconomie. Naturellement, la théorie économique gagne souvent en complexité et les ajustements ne peuvent pas et ne doivent pas toujours se faire. Elle est là pour éclairer les principes des tests et leurs effets, mais les tests ne s'y réduisent pas (comme le disait déjà le juge Breyer dans son opinion sur le cas *Barry Wright v. ITT Grinnel Corp.*, 724 F.2d 227, 334 (1<sup>st</sup> Circuit, 1983) de la Cour Suprême « *While technical economic discussion helps to inform the antitrust laws, those laws cannot precisely replicate the economists' (sometimes conflicting) views. For, unlike economics law is an administrative system the effects of which depend upon the content of rules and precedents only as they are applied by judges and juries in courts and by lawyers advising their clients. Rules that seek to embody every economic complexity and qualification may well, through the vagaries of administration, prove counter-productive, undercutting the very economic ends they seek to serve* »). Terminons cette présentation générale en rappelant que le concept de test ne doit pas être confondu avec la notion de standard de preuve et que le choix du test ne détermine pas l'allocation de la charge de la preuve. Le standard de preuve désigne le niveau d'exigence requis pour aboutir à un résultat réputé valide. Il varie indépendamment des tests. Par exemple, dans un test de prédation, il peut être exigé que le recoupement soit certain, ou bien probable, ou seulement plausible. Le standard de preuve s'impose à celui qui a la charge de la preuve, le demandeur ou le défendeur. Ce choix n'est pas déterminé par le test. Opter, par exemple, pour le test du concurrent aussi efficace n'implique pas qu'il soit démontré par le plaignant plutôt que par l'entreprise dominante. Notons cependant que pour des raisons d'accès aux informations, il peut être plus facile pour une partie de valider tel test que pour une autre. Ainsi, l'absence de sacrifice de profit est plus facile à établir pour l'entre-

### Sur-dissuasion ou sous-dissuasion : que vaut-il mieux pour le consommateur ?

Le débat sur le choix du test repose pour une large partie sur le choix entre deux maux, la sur-dissuasion et la sous-dissuasion. Pour de nombreux auteurs (Easterbrook, 1984), la seconde option est préférable car les faux-positifs sont plus nocifs pour les consommateurs que les faux-négatifs. L'argument avancé est que le marché finit par vaincre les positions de monopole, et donc par corriger l'erreur des autorités de la concurrence et des juges lorsqu'ils pêchent par excès de prudence. Le pouvoir de marché est associé à des prix et à des profits élevés qui attirent inévitablement des concurrents innovants. À l'inverse, le marché n'est d'aucun effet sur la condamnation d'innocents. Il ne peut pas effacer les décisions des juges. Du fait de cette différence de la capacité correctrice du marché, les conséquences d'un faux positif sont plus dommageables que celles d'un faux négatif. Ce raisonnement est séduisant mais il est un peu court. Pouvons-nous l'analyse plus loin en distinguant les conséquences *ex post* et *ex ante* des mauvaises décisions. L'effet après coup d'une condamnation à tort d'une entreprise pour pratique d'exclusion est multiple. *Primo*, la fin de la pratique va porter préjudice aux consommateurs. Par exemple, l'entreprise condamnée abusivement pour prix de prédation le relève. *Secundo*, la sanction va pénaliser les actionnaires, mais elle peut aussi bénéficier aux consommateurs s'ils portent plainte et obtiennent des dommages. *Tertio*, les ardeurs de l'entreprise à pratiquer une concurrence agressive sont refroidies. Elle va adopter des stratégies plus prudentes à l'égard des concurrents, ce qui est défavorable aux consommateurs. L'effet rétroactif des faux-positifs sur l'ensemble des entreprises est exactement identique à ce dernier effet : il dissuade les firmes de s'engager dans des stratégies concurrentielles agressives de crainte qu'elles soient confondues avec des pratiques d'exclusion anticoncurrentielles. Les entreprises vont par exemple éviter de baisser trop leur prix et de mener des stratégies qui pénalisent trop durement leurs concurrents.

Pour les faux-négatifs, les conséquences *ex post* et *ex ante* sont les mêmes car il n'y a pas de décision de condamnation qui modifie le cours des choses. L'entreprise passée au travers des mailles du filet continue de pratiquer des prix élevés. En présence de tests lâches, les entreprises dans leur ensemble sont incitées à tenter des stratégies d'exclusion anticoncurrentielles. Le dommage aux consommateurs dépend alors de la durée de ces pratiques et donc du temps nécessaire au marché d'éroder les positions de monopole. Notons à ce propos que la capacité correctrice du marché ne doit pas être surestimée. Les pratiques d'exclusion n'ont de sens qu'en présence de barrières à l'entrée élevées. Dans le cas de la prédation, par exemple, les concurrents évincés ou d'autres ne doivent plus pouvoir entrer, sinon le recoupement du sacrifice n'est pas réalisable. Il peut donc falloir parfois beaucoup de temps au marché pour éroder les positions de monopole mal acquises.

Cette analyse succincte des effets met en évidence la difficulté d'apprécier si les faux-positifs sont vraiment plus dommageables aux consommateurs que les faux-négatifs. En fait, il n'y a pas de vérité générale établie. La littérature économique théorique en matière reste parcellaire et les travaux empiriques font défaut.

prise accusée que pour l'autorité de la concurrence ou une entreprise plaignante. Le tableau (*cf. infra*) indique les tests généraux discutés dans la littérature récente.

Débutons notre présentation par le test du bien-être du consommateur car sa présence ici peut étonner. D'un point de vue juridique, l'objectif de l'article 82 du Traité de Rome n'est pas tranché. Protège-t-il la concurrence, les concurrents, les consommateurs, la société dans son ensemble ? Proposer d'adopter le test du dommage au consommateur peut dès lors apparaître comme un coup de force et une façon d'escamoter un débat de politique de concurrence sur sa finalité. D'un point de vue économique, cette suspicion n'a pas lieu d'être car pour la plupart des économistes le droit de la concurrence a pour but d'accroître le bien-être

des consommateurs. Le dommage au consommateur apparaît donc comme le moyen le plus direct et le moins approximatif pour évaluer si une pratique d'exclusion est abusive. Il est important de noter que le test du dommage opère bien cependant un raccourci par rapport à l'objectif. En effet, en pratique ce test ne revient pas à calculer l'augmentation ou la baisse du surplus des consommateurs liée à la pratique d'exclusion. Il s'agit d'analyser les effets sur les prix, la qualité et parfois l'innovation en tenant compte à la fois des aspects positifs et négatifs de la pratique incriminée sur ces variables. Ensuite, il s'agit d'apprécier de quel côté penche la balance. Cette démarche a, par exemple, été suivie dans le cas *Microsoft* à propos des restrictions de licence imposées par l'entreprise de Redmont aux fabricants d'ordinateurs.

Ce bilan est rarement quantitatif. Dans la plupart des cas, l'analyse économique est incapable d'attacher des chiffres à la probabilité et à la puissance de chaque effet identifié. Comme le souligne Richard Posner, les équations et modèles ne sont pas là « *pour contenir l'analyse dans une camisole quantitative mais pour assister l'analyse en présentant succinctement les facteurs que le tribunal doit considérer dans sa décision et en articulant la relation entre les facteurs* » (cité par Salop S. (2006)). Le test du dommage au consommateur décèle également une part d'approximation parce qu'il porte non sur les effets observés *ex-post* mais sur les effets tels qu'ils pouvaient être anticipés au moment de la pratique abusive. Ces derniers sont plus difficiles à reconstruire. Une pratique dont l'effet prévisible est favorable aux consommateurs et qui se révèle malheureusement leur être défavorable ne passe pas le test. Le test du concurrent aussi efficace a été proposé par R. Posner (2001). Il repose sur l'idée intuitive que la concurrence est détériorée si des pratiques d'exclusion se traduisent par la sortie du marché de concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise qui cherche à les éliminer. Ce test n'a jamais été adopté par les tribunaux américains ni, à notre connaissance, par les autorités de concurrence européennes. La raison tient sans doute à sa difficulté de mise en œuvre. Il faut comparer les coûts de production et de transaction de l'entreprise dominante et de l'entreprise plaignante. Or, par nature, elles sont les seules à connaître ces données et elles ont tout intérêt à les manipuler. Comment une entreprise, soucieuse de conformer sa conduite au droit, peut s'assurer que son concurrent menacé par la stratégie qu'elle envisage est plus ou moins efficace qu'elle-même ? Même dans les industries de biens ho-

mogènes, les entreprises ne connaissent en général pas précisément les coûts de production de leurs rivales. Lorsque les produits sont différenciés, cette connaissance est encore plus improbable. De leur côté, les autorités de concurrence disposent de moins d'information encore. Leur tâche est d'autant plus impossible qu'elles devraient en principe appréhender l'efficacité de façon dynamique. Le test ne requiert pas seulement d'observer les différences de performance à un moment donné. Il faut tenir compte de l'évolution attendue des économies d'échelle, d'envergure et d'apprentissage des rivaux susceptibles d'être exclus. Par ailleurs, l'élimination d'un concurrent moins efficace peut également être préjudiciable à la concurrence et au consommateur. Même moins efficace, un concurrent peut contraindre l'exercice de pouvoir de marché de l'entreprise dominante. Les consommateurs bénéficieront d'un prix moins élevé. Reprenons ici un exemple simple proposé par Steven Salop (2006). Un monopole produit à coût marginal de 20 € et le prix de monopole est égal à 50 €. Son seul rival potentiel n'est capable de produire qu'à un coût de 40 €. Pour empêcher l'entrée du concurrent, le monopole a intérêt à fixer son prix au niveau limite de 39 €. Dans cette situation, l'entrée potentielle a pour effet de baisser le prix et d'augmenter le surplus des consommateurs. Le surplus total est lui aussi plus élevé car le rival moins efficace ne produit pas. La perte liée au fait qu'une partie de la production serait produite plus cher n'a pas lieu. Supposons maintenant que le monopoleur décide d'éliminer la menace d'entrée en étant capable par une pratique d'exclusion d'augmenter le coût de son rival de 12 €. Le monopole pourra alors fixer son prix à 50 €. Dans ces circonstances, le test du concurrent

moins efficace ne permet pas de condamner la pratique du monopole. En effet, il n'empêche pas d'entrer un concurrent aussi efficace : celui-ci verrait son coût passer de 20 € à 32 €, soit un niveau inférieur au prix de marché de 50 €.

Le test du sacrifice de profit a déjà été abordé à propos de la prédation. Il est notamment à l'œuvre dans la décision *Aspen Skiing*. Cette société de remontée mécanique des Montagnes rocheuses avait refusé à l'entreprise du domaine skiable contigu, *Aspen Highlands Skiing*, de combiner son forfait avec le sien. *Aspen Highlands Skiing* avait pourtant proposé de l'acheter au prix de détail. Pour la Cour Suprême, *Aspen Skiing* acceptait ainsi un sacrifice de profit immédiat en contrepartie d'un effet négatif de long terme sur son concurrent. Notons que le test employé dans le cas de la prédation est un test de profit négatif et non seulement de sacrifice. Pour un économiste, l'entreprise consent un sacrifice dès qu'elle fixe son prix à un niveau inférieur au prix d'équilibre qui maximise son profit. En toute rigueur, le test du sacrifice devrait s'étalonner à cette norme de la maximisation du profit. Mais doit-on considérer le profit de long terme ou le profit de court terme ? Il ne peut évidemment s'agir du premier. Une prédation réussie augmente le profit du prédateur à long terme. Elle ne passerait donc pas le test ! Il faut donc opter pour le profit de court terme. Mais pour cet horizon de temps, l'existence d'un sacrifice n'est pas une condition suffisante d'un comportement abusif. Pensons aux investissements en R & D, en capacité ou même en publicité des entreprises. Ces dépenses se retranchent aux gains immédiats des actionnaires. Ce sacrifice de court terme ne correspond pourtant pas en général à un comportement abusif. L'existence d'un sacrifice n'est pas

Nom du test	Définition : la conduite d'exclusion ...	Jurisprudence de référence	Auteurs de référence	Pratiques de référence
Sacrifice du profit	...est associée à une perte de profit à court terme	<i>Aspen Skiing</i> (1985)	Bork R. (1974), Areeda Ph. et Turner (1975)	Prédation
Absence de sens économique	...n'a pas de sens économique en dehors d'une élimination ou d'une diminution de la concurrence	<i>American Airlines</i> (2003)	Melamed D. (2006), Werden G. (2006)	Refus de vente
Concurrent moins efficace	...élimine un concurrent aussi, ou plus efficace		Posner R.-A. (2001)	
Dommage au consommateur	...diminue le bien-être des consommateurs	<i>Microsoft</i> (2001)	Salop S. (2006)	

non plus une condition nécessaire. Les stratégies de firmes dominantes qui consistent à augmenter les coûts des rivaux n'entraînent pas, par exemple, de sacrifice de profit à court terme. Le test du sacrifice n'est donc logiquement ni suffisant ni nécessaire pour porter atteinte à la concurrence (Edlin A. et Farrell J., 2003) ! Cette double défaillance est à l'origine de l'élaboration du quatrième et dernier test du tableau 1, le test de l'absence de sens économique.

Ce test consiste à montrer que la pratique en cause n'a pas de sens économique pour l'entreprise dominante en dehors de sa tendance à éliminer ou à réduire la concurrence. Il a été en particulier mis en avant par le ministère de la Justice américain dans la décision *American Airlines*. Cette société avait augmenté ses capacités sur des lignes concurrentes desservant l'aéroport de Dallas par des compagnies à bas coût sans autre perspective de bénéfice que son affaiblissement. Le test de l'absence de sens économique réclame une démonstration en deux temps (Werden G., 2006). En premier lieu, l'autorité de concurrence (ou le plaignant) doit apporter la preuve que la pratique incriminée a tendance à affaiblir la concurrence. Il s'agit de montrer que la pratique est capable de créer ou de renforcer un pouvoir de monopole. En second lieu, l'absence de sens économique est analysée en comparant le bénéfice pour l'entreprise dominante, hormis celui de l'affaiblissement de la concurrence et le coût de la pratique. Si ce dernier est supérieur au premier, le test est positif et la pratique d'exclusion condamnée. Le test de l'absence de sens économique corrige une partie des défauts du test du sacrifice. Il oblige à se poser la question de la rationalité d'une perte de profit de court terme puisque ce coût de la pratique est mis en regard d'un éventuel bénéfice hors de l'affaiblissement de la concurrence. Il limite donc les faux-positifs à l'instar des investissements pro-concurrentiels en R & D qui font baisser les profits de court terme de la firme. En outre, lorsque la pratique n'est pas associée à une perte de profit (*i.e.*, une stratégie d'augmentation du coût des rivaux) le test de l'absence de sens économique oblige à se demander pourquoi la pratique est profitable. Il limite donc les faux-négatifs. Une pratique dont le coût se réduit à son coût de mise en œuvre mais dont le bénéfice autre qu'anticoncurrentiel est nul, sera condamnée alors qu'elle ne l'était pas avec le test du sacrifice. Le coût de mise en œuvre se réduit en effet parfois à l'épaisseur d'un trait en comparaison du profit. L'exemple humoristique cou-

ramment avancé est celui d'une entreprise qui paye un incendiaire pour mettre le feu à l'usine de son concurrent. Le coût de la pratique se réduit à la somme versée à l'incendiaire et le bénéfice autre que non concurrentiel est nul.

Il ressort de cette brève présentation que le test du dommage au consommateur et le test de l'absence de sens économique sont les moins imparfaits. Ce sont les seuls prétendants à pouvoir s'imposer comme tests généraux des pratiques d'exclusion anticoncurrentielles. Un numéro spécial récent de l'*Antitrust Law Journal* éclaire sur ce sujet deux vives controverses : lequel des deux tests choisir ? Faut-il un test commun à l'ensemble

**Le test du dommage au consommateur et le test de l'absence de sens économique sont les seuls prétendants à pouvoir s'imposer comme tests généraux des pratiques d'exclusion anticoncurrentielles.**

des pratiques ? (la première controverse oppose Melamed D. (2006) et Werden G. (2006) à Salop S. (2006), la seconde oppose ces trois auteurs à M. Popofsky (2006) qui conteste l'idée même d'un test universel). Nous ne proposons pas ici de résumer les positions de chaque auteur et de trancher les points de vue en présence mais de discuter quelques-uns des arguments clés mis en avant.

L'intérêt d'un test général couvrant l'ensemble, ou la plus grande partie des pratiques d'exclusion réside dans l'économie de coûts administratifs. Il offre une plus grande facilité aux entreprises pour se conformer au droit. Dans le cas de tests spécifiques d'une forme de pratique (*e.g.*, prédation, offre liée, refus de vente), les entreprises et leurs conseils doivent en effet qualifier les stratégies qu'elles envisagent de mener. Comme le souligne A. Perrot (2005), cet exercice n'est pas trivial car les cas observés relèvent souvent de plusieurs formes de pratiques (par *ex.*, remise et offre liée), soit parce qu'ils rappellent plusieurs formes. Lorsque les pratiques sont contestées, l'autorité de concurrence et les parties doivent se livrer au même exercice de qualification. Un test général permet donc de s'affranchir de cette étape à la fois *ex ante* et *ex post*.

L'opposition aux tests généraux est principalement d'ordre juridique. Elle repose

sur l'idée qu'il n'existe pas de test universel, se formulant en une seule phrase, et se pliant à tous les besoins (Pate H., 2003). Il existe seulement des principes directeurs qui permettent de forger des tests au cas par cas. La jurisprudence témoigne de cette diversité. Implicitement, sur le plan économique, le rejet d'un test général suppose qu'étant plus grossier il est nécessairement moins efficace et conduit donc à commettre plus d'erreurs. Cette hypothèse, frappée au coin du bon sens, est sans doute vraie mais la question est alors de savoir si le gain en efficacité contrebalance les coûts administratifs supplémentaires.

Comparons enfin le test du dommage net au consommateur et le test de l'absence de sens économique. Ce dernier, à l'instar des tests du sacrifice et du concurrent aussi efficace, n'étudie en aucun cas les effets de la pratique d'exclusion sur les consommateurs. Il se borne à rechercher les effets de la pratique sur l'entreprise dominante (*i.e.*, lui rapporte-t-elle en dehors de l'affaiblissement de la concurrence un bénéfice supérieur à son coût?) et sur les concurrents (*i.e.*, la pratique risque-t-elle de les éliminer?). Cette caractéristique est à la fois la force et la faiblesse relatives du test de l'absence de sens économique. Il est en effet plus facile à mettre en œuvre que le test du dommage au consommateur. Avant d'entreprendre une action, l'entreprise a en général une idée assez précise de ce que cette action lui coûte, de ce qu'elle peut lui rapporter et de quelle manière. L'entreprise tient aussi généralement compte dans le choix de ses actions de la façon dont ses concurrents vont réagir. Il lui est en revanche beaucoup plus difficile d'apprécier l'effet de son action sur le surplus des consommateurs. De même, en cas de litige, le test de l'absence de sens économique est moins coûteux à mettre en œuvre par les autorités, les juges et les parties que le test du dommage au consommateur. Le revers de la médaille de la non prise en considération des effets sur les consommateurs est que le test de l'absence de sens économique est plus susceptible de conduire à des erreurs. Il n'y a en effet pas de correspondance systématique entre les situations qui associent bénéfices hors effets anticoncurrentiels positifs pour l'entreprise dominante et effets négatifs pour les concurrents aux situations de détérioration du surplus des consommateurs. Empruntons encore une fois un exemple à S. Salop (2006). Supposons qu'une entreprise introduise une modification du design de son produit par unité et que les

consommateurs la valorisent à hauteur de 5 €. Supposons de plus que cette amélioration de qualité entraîne inévitablement une perte de compatibilité des produits concurrents, affaiblissement qui permettra à l'entreprise dominante de relever son prix de 50 €. Si le coût pour apporter la modification est de 15 €, le test de l'absence de sens économique et le test du dommage au consommateur aboutissent à la même conclusion : la firme doit être condamnée. En revanche, si ce coût est de 3 €, la pratique passe entre les mailles du filet du premier test puisque le bénéfice

en dehors de l'effet anticoncurrentiel (5 €) devient supérieur au coût (remarquons à travers cet exemple que le test de l'absence de sens économique peut également se révéler délicat de mise en œuvre quand une pratique se traduit à la fois par un effet pro et anticoncurrentielle. Pour vérifier en effet si l'innovation de design est licite ou illicite, il est nécessaire d'estimer le bénéfice de la pratique dans un monde hypothétique : celui dans lequel le coût des rivaux n'aurait pas augmenté. Dans le cas numérique précédent, il faut déterminer que l'augmentation de prix aurait été de 5 €. C'est-à-dire être capable d'estimer la valorisation des consommateurs, et non le prix observé de 50 €). En simplifiant, le choix entre les deux tests repose donc sur un arbitrage entre coûts

administratifs et coûts des erreurs, en particulier liés aux faux-négatifs. En conclusion, les tests de preuve sont largement influencés par la théorie économique et celle-ci éclaire utilement la question de leur choix : lequel ou lesquels choisir ? Mais ce choix ne découle pas strictement de la science économique car elle ne permet pas à l'heure actuelle de trancher les arbitrages entre sous-dissuasion et sur-dissuasion, et entre coûts administratifs et erreurs de jugement par excès ou par défaut. Le choix du ou des tests de preuve reste une décision de politique de concurrence. ♦

#### Références

- Areeda Ph. et Turner D. (1975), « *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act* », *Harvard Law Review*, pp 697-733.
- Bolton P., Brodley J. et Riordan M. (2000) : « *Predatory Pricing : Strategic Theory and Legal Policy* », *Georgetown Law Journal*, n° 88, pp. 2239-2259.
- Bork R. (1974), *The Antitrust Paradox*.
- Easterbrook F. (1984), *The Limits of Antitrust*, 63 *Texas Law Review*, 1, 6, 15-16.
- Edlin A. et Farrell J. (2002), « *The American Airline Case : A Chance to Clarify Predation Policy* », *Competition Policy*

Center, paper CPC02-033.

- Melamed D. (2006), « *Exclusive Agreements and Other Exclusionary Conduct – Are There Unifying Principles?* » *Antitrust Law Journal*, 73, Issue 2.
- Pate H. (2003), *The Common Law Approach and Improving Standards for Analysing Single Firm Conduct*, 30th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute, New York, October 23.
- Perrot A. (2006) « *Abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises* », *Politiques de la Concurrence*, Encaoua D. et Guesnerie R., Conseil d'Analyse Économique, pp. 257-269.

- Posner R. (2001), *Antitrust Law*, 194-95, 2d ed., p. 194-195.
- Popofsky M. (2006), « *Exclusionary Conduct : Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules* », *Antitrust Law Journal*, 73, n° 2, p. 413 et s.
- Salop S. (2006), « *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard* », *Antitrust Law Journal*, 73, n° 2, p. 311-374.
- Vickers J. (2005), « *Abuse of Market Power* », *The Economic Journal*, 115, pp. 244-261.
- Werden G. (2006), « *Identifying Exclusionary Conduct under Section 2 : The "No Economic Sense" Test* », *Antitrust Law Journal*, 73, n° 2, p. 413 et s.