Projet de révision de l'article 82 : les écueils d'une analyse des abus de position dominante par la méthode des « effets »

Mars 2006

TERA Consultants
32, rue des Jeûneurs
75002 PARIS
Tél. + 33 (0) 1 55 04 87 10
Fax. +33 (0) 1 53 40 85 15

S.A.S. au capital de 200 000 €
RCS Paris B 394 948 731

Copyright TERA Consultants

TABLE DES MATIERES

0. Résumé de l'étude 3

1. Introduction : vers une approche « consumériste » des effets des abus de position dominante en Europe 11

2. Les nouveaux principes structurant le projet de révision de l'Article 82. 13

2.1. Le traitement des abus de position dominante selon l'Article 82 : des obligations asymétriques selon le « statut » de la firme sur son marché. 13

2.2. Les nouvelles orientations du projet de révision : des pratiques prohibées pour leurs effets et non plus leur forme. 16

3. Un glissement du «surplus global» vers le «surplus du consommateur» qui repose sur un postulat théorique discutable.... 19

3.1. Une adoption du « surplus du consommateur » présentée comme une évolution logique… 20

3.2. … alors que la supériorité du surplus du consommateur ou du surplus global est contingente au contexte institutionnel..... 22

4. Difficultés méthodologiques et risques de capture réglementaire.... 26

4.1. Des points techniques «obscurs » dans la mise en œuvre des nouvelles orientations..... 26

4.1.1. Comment identifier les concurrents « aussi efficients » que l'acteur dominant? 26

4.1.2. Comment « actualiser » les effets potentiels futurs des pratiques en cause? 28

4.2. Une capacité supérieure des grands acteurs à se mouvoir dans les nouvelles règles, voire à les capturer 30

4.2.1. Une procédure alourdie pour les acteurs taille réduite ou dominés 30

4.2.2. Une efficacité procédurale qui requiert des ressources considérables pour les autorités de la concurrence..... 32

4.3. Des risques que les coûts collectifs excèdent les gains d'efficience potentiels 33

5. La téléphonie mobile européenne illustre le risque d'un accroissement des « faux négatifs » 36

5.1. Le « first-mover advantage » peut induire une hystéresis et annihiler tout processus de rattrapage… 36

5.2. … phénomène que la téléphonie mobile illustre à l'échelle européenne 40

6. Conclusion : Du principe de précaution en politique de la concurrence..... 47

*** Annexes 48**

*** Bibliographie 51**

*** Table des illustrations 53**

0. Synthèse

Vers une approche « consumériste » des effets des abus de position dominante en Europe

Dans le prolongement des révisions relatives à l'Article 81 sur les accords anti-concurrentiels ou au contrôle des concentrations, la Commission Européenne a engagé une réflexion qui doit conduire à modifier l'application de l'Article 82 relatif aux abus de position dominante[1]. Deux évolutions de fonds sont envisagées à ce stade.

- Primo, plutôt que de veiller sur les atteintes à la concurrence ou à l'ensemble des parties prenantes au marché, la Commission préconise de centrer spécifiquement l'attention sur les seules atteintes à l'intérêt des consommateurs. Le postulat sous-jacent que recèle cette proposition est que la seule maximisation du surplus des consommateurs constituerait l'indicateur pertinent du bon fonctionnement concurrentiel des marchés.

- Secundo, plutôt que d'interdire *per se* des pratiques aux entreprises dominantes, la Commission envisage d'instruire leurs effets dans le contexte des marchés où elles seraient observées. Les règles ne porteraient donc plus sur la « forme » mais sur les « effets » - tout particulièrement les effets appréciés au niveau des consommateurs - de pratiques potentiellement préjudiciables.

Cette révision peut représenter un tournant dans l'histoire de la politique de la concurrence en Europe. Dans le corps de règles actuellement en vigueur, l'entreprise en position dominante est investie d'une responsabilité spécifique à ce titre certains comportements tarifaires et non tarifaires luis sont fortement déconseillés. Le principe de précaution domine. A l'avenir, il conviendrait d'abord de démontrer l'existence des effets d'un abus pour caractériser ensuite l'existence d'une position dominante. Du côté de la demande finale, les pratiques seraient nocives si elles détériorent le surplus des consommateurs, tandis que du côté de l'offre, les pratiques seraient nocives sous la seule condition de conduire à l'éviction d'acteurs(s) aussi efficient(s) que celui à l'origine des pratiques en cause.

---

[1] DG Competition (2005), Discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. A ce stade, seules les pratiques excluantes sont mises en discussion.

Un glissement vers le « consumérisme » qui repose sur un postulat théorique discutable … mais faiblement discuté par la DG COMP et l'EAGCP

Le projet de révision dans l'application de l'Article 82 repose sur un postulat théorique qui mérite discussion : l'analyse au niveau des consommateurs des effets de pratiques potentiellement abusives permettrait d'apprécier le fonctionnement efficace de la concurrence. Or, le rapport de l'Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP)[2] - qui éclaire et est censé fonder les propositions de la DG COMP - procède de façon assez elliptique en cherchant à expliciter le changement de « paradigme ».

Cette préférence donnée au « surplus du consommateur » trouve, selon l'EAGCP, une double justification. Primo, si l'attention n'est pas portée, de façon privilégiée, sur les consommateurs, la politique de la concurrence tendrait naturellement à figer une structure de marché donnée en protégeant les concurrents, y compris les inefficients. Secundo, les consommateurs seraient en position de faiblesse par rapport aux producteurs et mériteraient donc cette attention et cette protection particulière des autorités de la concurrence.

Les arguments avancés sont assez abrupts et il est étrange de produire un raisonnement schématique qui oppose en bloc les deux côtés du marché. Du côté de l'offre, les concurrents ne sont pas homogènes, certains sont éventuellement dominants, d'autres dominés, certains sont dans le cœur d'un oligopole, d'autres sont des PME dans la frange concurrentielle. Postuler, la capacité plus élevée des firmes - comparativement aux consommateurs finals - à argumenter auprès des autorités de la concurrence ne vaut sans doute que pour les acteurs puissants ou dominants. Au demeurant, on ne voit pas comment, dans des procédures nécessairement plus complexes qu'induiraient une analyse préalable des effets, cet avantage des acteurs puissants non seulement ne perdurerait pas mais ne s'en trouverait pas accru. Il est plus facile de calculer une part de marché que de calculer l'effet potentiellement négatif pour le consommateur d'une pratique censée être abusive.

Du côté de la demande finale, la « faiblesse » du consommateur est à relativiser. L'activisme des associations de consommateurs a été à l'origine de nombreuses actions auprès des autorités de la concurrence en Europe dans des domaines aussi divers que les services bancaires, les télécommunications, le transport aérien, l'électricité,… Et il est tout à fait possible de prendre des

---

[2] EAGCP [2005], An economic approach to Article 82

dispositions permettant de renforcer la capacité d'action collective des consommateurs (class action par exemple), pour conforter la fonction d'intermédiation et de relais des associations.

Un projet de révision qui préfigure plus un pas en arrière qu'un pas en avant

Des travaux récents, à commencer par ceux de L.H. Röller - économiste en chef de la DGCOMP[3] - montrent qu'il ne saurait y avoir d'avantage absolu à privilégier le surplus du consommateur ou le surplus global (consommateur + offreurs) dans le cadre d'une politique de la concurrence. La primauté accordée à l'un ou l'autre de ces surplus dépend du contexte institutionnel dans lequel est implémentée cette politique. Or, rien n'indique que l'Europe soit aujourd'hui dans une configuration où retenir le surplus du consommateur comme objectif premier constitue une stratégie plus optimale que la poursuite directe du surplus global. Aucun des textes servant de base à la réforme de l'article 82 ne se prête d'ailleurs à une quelconque évaluation de cette question.

Ainsi, Neven et Röller démontrent que l'objectif du « surplus global» ne peut être implémenté que dans un contexte institutionnel où prévalent la transparence et la capacité des autorités de la concurrence à justifier leurs décisions. Si ces conditions ne sont pas réunies, alors l'objectif de « surplus du consommateur » est préférable et l'exercice d'un lobbying des firmes est même souhaitable dans un tel environnement.

Selon Neven et Röller, le « consumer standard » doit donc être retenu dans un environnement institutionnel d'opacité. Si cette opacité prévaut effectivement en Europe, il conviendrait d'en tenir compte et de poursuivre alors un objectif d'optimisation du « surplus du consommateur ». Mais il s'agirait d'une part d'un aveu, l'opacité prédominerait dans le contexte institutionnel européen, et d'autre part un constat d'impuissance et d'échec quant à la possibilité de faire évoluer les institutions vers plus de transparence, c'est-à-dire vers plus de confiance

---

[3] Neven D.J., Röller L.H., (2005), Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control, International Journal of Industrial Organisation, 23. Même si leurs travaux ont été développés concernant l'analyse du contrôle des concentrations, la discussion qu'ils proposent présente un intérêt dans le contexte des abus de position dominante. Au minimum, leur travail apporte la démonstration que le « surplus du consommateur » ne peut être adopté sans vérifier qu'il s'agit bien du standard le plus performant dans le contexte européen.

dans les institutions et sur le fond vers plus de démocratie. Ou bien, ce que l'on peut espérer, les institutions européennes sont transparentes. Dès lors, le « consumer standard » constituerait un réel pas en arrière (en actant d'une incapacité à créer les conditions de la transparence et de l'«accountability») plutôt que d'un progrès manifeste et d'une évolution vers la modernité comme semble pourtant le soutenir incidemment le rapport de l'EAGCP.

En outre, comme l'a indiqué Anne Perrot (membre du groupe de l'EAGCP)[4], une politique de la concurrence consumériste n'est pas exempte d'effets pervers. Son raisonnement est le suivant : un tel objectif peut conduire à accepter des comportements qui augmentent certes le surplus des consommateurs, mais réduisant parfois le surplus global. Autrement dit, même si les autorités garantissent que le volume du gâteau qui revient aux consommateurs n'est pas réduit par la mise en œuvre d'une pratique, la taille globale du gâteau peut se trouver réduite par cette même pratique. Or la concurrence a bien pour fonction essentielle de maximiser le bien-être collectif, somme du surplus des consommateurs et des producteurs, et non pas de maximiser le seul surplus des consommateurs. Derrière ce paradoxe apparent, qui ne « déifie » pas le consommateur, n'omettons pas que les revenus des producteurs contribuent à la richesse des consommateurs, et que la survie à long terme de concurrents est seule garantie de la pérennité de la concurrence.

Des points techniques insurmontables dans la mise en œuvre des nouvelles orientations

L'analyse de pratiques potentiellement abusives passerait en premier lieu par la mesure de leurs effets sur les consommateurs, sous contrainte de non-éviction de concurrents aussi efficients que l'acteur initiant les pratiques. La mesure de l'efficience des acteurs subissant une pratique constitue donc un élément essentiel dans le déroulement des nouvelles procédures ; essentiel certes mais assorti de difficultés techniques aiguës pour y parvenir. Citons quelques éléments à intégrer telles la prise en compte du « first mover advantage », la juste allocation des coûts au sein des firmes multi-produits non soumises par définition à des obligation de comptabilité analytique ou de séparation comptable, la comparaison de firmes pan-européennes et locales,…

---

[4] Perrot A. (2003), La politique de la concurrence contribue-t-elle à la croissance économique ?, Economie Publique, n°12.

Tout particulièrement, la prise en compte du « first mover advantage » n'est pas triviale et peut conduire à de graves contresens. Ce type d'avantage peut en effet créer des irréversibilités et figer un marché. En présence de tels effets d'hystérésis, des firmes entrées en « n^{ième} » rang peuvent disposer au-delà d'une certaine taille d'un meilleur niveau d'efficacité que les firmes de grande taille, mais confrontées à un premier entrant bénéficiant d'un « first mover advantage » irréversible (compte tenu de la nature de la technologie, de la maturité du marché, de switching costs, …), elles ne pourront pas le développer car empêcher de croître sur le marché.

Le projet de révision induit également un changement de méthode avec l'obligation de prendre en considération les effets futurs de certaines pratiques. Cette actualisation est une difficulté intrinsèque de la méthode et les résultats obtenus seront frappés de toute l'incertitude et la subjectivité tenant aux prévisions, cela de l'aveu même des rédacteurs du projet. La DGCOMP manie même le syllogisme en soulignant qu'un marché concurrentiel permettra de faire émerger des options imprévisibles. Autrement dit : pour mesurer l'effet d'une pratique sur la concurrence, il s'agit d'anticiper des phénomènes … que la concurrence rend impossible à anticiper.

Comme cette question est cruciale, que chacun admet qu'aucune réponse satisfaisante ne peut être avancée, on en est conduit à supposer que la DGCOMP disposera, implicitement, d'une forte préférence pour le « présent », c'est-à-dire qu'une valeur élevée sera conférée aux effets proches et quasi-certains afin de motiver correctement des décisions. Il y a là un parti pris tacite pour le court terme qui peut conduire à réellement sous-estimer les effets de long terme aussi bien pour les consommateurs que pour le bien-être collectif. Cette préférence pour le court terme qui relève du non-dit doit être mise en lumière.

Une capacité supérieure des acteurs puissants à se mouvoir dans les nouvelles règles, voire à les capturer

La réforme de l'article 82, pourrait dès lors accentuer la longueur des procédures en laissant presque systématiquement la possibilité aux entreprises ayant des pratiques contestées une grande marge de manoeuvre pour les laisser prospérer. Le Livre Vert sur les actions en dommages et intérêts en matière concurrentielle pointe, sur cette question de la lenteur des procédures, les carences du système actuel. Comment dès lors promouvoir une réforme qui ne ferait que les allonger ? Dans des procédures centrées sur la mesure incertaine des effets, les procédures plus complexes, plus techniques seront plus longues et à l'issue plus incertaine. Le désavantage « judiciaire » des

entreprises de petite taille ou aux moyens financiers limités s'en retrouvera accru.

Le projet de révision conduit à réduire le nombre de « faux positifs »[5] mais augmentera le nombre de « faux négatifs »[6]. Cet arbitrage en faveur du « faux positif » n'est pas neutre car les coûts de « faux positifs » sont essentiellement assumés par les entreprises dominantes, qui ont bien souvent l'assise pour en supporter les conséquences tandis que les coûts des « faux négatifs » sont assumés par les autres acteurs du marché et les consommateurs. L'efficacité du nouveau dispositif sera en réalité fonction des moyens alloués aux autorités de la concurrence et à leur niveau d'expertise (notamment dans le calcul des effets, la définition des acteurs efficients et dans l'actualisation des effets). Or la différence considérable de moyens entre autorités de concurrence et firmes puissantes rend plausible un processus de neutralisation l'effet pervers (recrudescence de « faux négatifs ») prédominerait.

La téléphonie mobile européenne illustre le risque d'un accroissement des « faux négatifs »

Le projet de révision prévoit d'accorder une attention particulière aux secteurs récemment libéralisés et où l'avantage des premiers entrants (parmi lesquels des opérateurs historiques antérieurement bénéficiaires de monopoles réglementaires) n'a pas encore été érodé par la mécanique concurrentielle. Dans l'intérêt des consommateurs, il est ici envisagé de protéger les firmes qui ne sont pas « encore » efficientes, mais qui ont vocation à le devenir. Cette vision néglige la puissance du « first mover advantage », en particulier en économie de forts coûts fixes et où des externalités de réseaux et autres switching costs sont à l'œuvre.

Dans de telles configurations, les firmes entrées sur le marché avec décalage sont parfois soumises à des irréversibilités – indépendamment de leur contribution à la dynamique de l'innovation – sans qu'un processus de rattrapage soit en cours. Ici, l'application du projet de révision conduirait à des contresens en assimilant ces concurrents à des firmes sous-efficientes et en envisageant leur sortie du marché comme un processus naturel, preuve même

---

[5] Des firmes dominantes dont des pratiques bénignes (ou efficientes) seraient jugées abusives et donc proscrites.

[6] Des firmes dominantes abusives dont la nocivité n'aurait pas été démontrée.

de l'efficacité de la concurrence. Ce contresens serait doublement dommageable : pour des acteurs dominés et évincés bien qu'ayant exercé une concurrence par leurs mérites ; pour les consommateurs car rien n'indique, même si le marché laisse entrer de nouveaux challengers, que ces derniers pourront efficacement engager un rattrapage et annuler le « first mover advantage » au profit de la demande finale.

Le cas de la téléphonie mobile en Europe nous donne à observer le risque du développement de « faux négatifs ». Les primo entrants, sur la quasi-totalité des marchés nationaux de l'Union, ont fait fructifier leur avantage initial, sans qu'un processus de rattrapage soit en cours. Les autorités de la concurrence pourraient considérer, dans un premier temps que ces concurrents ne sont pas « encore » efficients, puis, ultérieurement, qu'ils sont sous-efficients. Si tel était le cas, des pratiques bénéficiant à court terme aux consommateurs, mais menaçant ces acteurs d'éviction, ne seraient pas considérées comme abusives (ex : offres couplées fidélisantes).

Il y aurait là une grave inéquité et une menace pour le marché. Une inéquité parce que les derniers entrés sur les marchés européens de la téléphonie mobile ont été les promoteurs d'une concurrence par les mérites (en prix et en innovation). Une menace parce que les nouveaux challengers qui pourraient les remplacer seront en présence des mêmes primo-entrants, dont l'avantage initial n'aura pas été érodé, voire aura fructifié. Rien n'indique que les consommateurs tireraient des bénéfices substantiels et durables d'une fragilisation ou d'une disparition des actuels challengers. La téléphonie mobile est un exemple où l'avantage pour les consommateurs de la réduction des cas de « faux positifs » serait payé à un « taux de change » élevé par un accroissement très préjudiciable de cas de « faux négatifs ».

Conclusion : Du principe de précaution en politique de la concurrence

La doctrine consistant à proscrire les pratiques potentiellement abusives selon leur forme a jusqu'alors fait office de « principe de précaution » : les acteurs dominants, investis d'une responsabilité spécifique, se voyaient privés de comportements éventuellement bénins, afin de préserver la concurrence et, par là, le surplus global. Il y a, certes, une forme de rusticité dans cette doctrine, mais c'est la norme dès lors qu'il s'agit de principe de précaution et la jurisprudence est souvent venue redonner des degrés de liberté.

Le projet de révision de l'Article 82 soulève de très nombreuses observations. Certaines relèvent de la demande de vérification : est-on persuadé que l'Europe est aujourd'hui dans une configuration institutionnelle qui nécessite de

concentrer l'attention sur le surplus du consommateur, plutôt que de poursuivre une politique de la concurrence qui fixe l'optimisation du surplus global comme cible directe ?

Mais, quand bien même les conditions « théoriques » seraient-elles réunies, de très nombreux obstacles demeureraient, tant la méthode comporte de faiblesses aussi bien pour « élire » les acteurs efficients, que pour actualiser les bénéfices (et dommages) futurs de pratiques potentiellement abusives. Lourdeurs et complexités techniques combinées pourraient faire des autorités de la concurrence des proies aisées à capturer pour les acteurs dominants, le risque étant de libérer des « faux négatifs », c'est-à-dire de considérer comme bénignes des pratiques dont la nocivité se révélerait sur la durée.

L'espace européen de la téléphonie mobile est un domaine où pourraient proliférer ces « faux négatifs » en liberté, au détriment des acteurs les moins puissants dans un premier temps et des consommateurs au final. Il se pourrait bien qu'à la fin, le surplus des consommateurs et le surplus global en soient détériorés.

1. Introduction : vers une approche « consumériste » des effets des abus de position dominante en Europe

Les abus de position dominante sont des atteintes particulièrement graves à la concurrence. Ils concourent à figer les structures de marché en permettant aux firmes prépondérantes de reproduire dans le temps leur domination, au risque de marginaliser ou d'évincer leurs concurrents (ou de maintenir à l'écart des entrants potentiels), de ralentir le rythme du progrès technique, de soumettre les consommateurs à des produits de moindre qualité, à des gammes moins étendues ou à des prix plus élevés.

La Commission Européenne a engagé une réflexion qui devrait conduire à modifier l'application de l'Article 82 relatif aux abus de position dominante, dans le prolongement des révisions relatives à l'Article 81 sur les accords anti-concurrentiels ou au contrôle des concentrations.

Cette évolution s'inscrit dans un double changement de perspective :

- Plutôt que de veiller sur les atteintes à la concurrence ou à l'ensemble des parties prenantes à l'échange, la Commission préconise de recentrer l'attention sur les atteintes à l'intérêt des consommateurs. Le postulat retenu est ici que la préservation du surplus des consommateurs serait un indicateur pertinent du bon fonctionnement du marché considéré.
- Plutôt que d'interdire des pratiques en fonction de leur substance, la Commission préconise d'instruire des procédures nouvelles dédiées à l'analyse de leur impact dans le contexte des marchés où elles seraient observées. On s'oriente vers des règles qui ne porteraient plus sur la « forme » mais sur les « effets » - tout particulièrement les effets appréciés au niveau des consommateurs - de pratiques potentiellement préjudiciables.

Cette révision est un moment important dans l'histoire de la politique de la concurrence en Europe. Dans le corps de règles actuellement en vigueur, l'entreprise en position dominante est investie d'une responsabilité spécifique qui lui interdit certains comportements tarifaires et non tarifaires. A l'avenir, la procédure devrait accorder une place plus réduite à l'analyse des structures de marché : une entreprise dominante étant la seule à pouvoir mettre en œuvre des pratiques nocives, la démonstration de la nocivité tiendrait lieu de révélateur de la position dominante. Du côté de la demande finale, des pratiques seraient nocives si elles détérioraient le surplus des consommateurs ;

du côté de l'offre, seulement si elles menacent d'éviction un acteur aussi efficient que l'acteur dominant.

Le présent rapport propose une analyse économique critique du projet de révision en prenant en référence à la fois le document de discussion rendu public par la DG COMP[7] et le rapport de l'Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP)[8] qui l'a inspiré.

Cette analyse sera conduite en quatre étape :

- Les principales évolutions contenues dans le projet de révision seront mises en regard de l'application actuellement de l'Article 82 (2).
- Les postulats théoriques qui sous-tendent le projet seront ensuite discutés (3)…
- … ainsi que les difficultés de mise en œuvre des procédures centrées sur les effets (4).
- Enfin, nous considérerons le cas de la téléphonie mobile en Europe pour illustrer par l'exemple les écueils du projet en discussion (5)

---

[7] DG Competition (2005), Discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. A ce stade, seules le pratiques excluantes sont mises en discussion.

[8] EAGCP [2005], An economic approach to Article 82.

2. Les nouveaux principes structurant le projet de révision de l'Article 82.

Il importe de placer en regard les principes actuellement à l'œuvre dans l'application de l'Article 82 (2.1) et ceux mis en discussion par la DG COMP (2.2). Cette comparaison permettra de rappeler que le dispositif actuel n'est déjà plus le cadre d'une approche formelle rigide, même si les acteurs en position dominante restent investis d'une responsabilité particulière sur leur marché.

2.1. Le traitement des abus de position dominante selon l'Article 82 : des obligations asymétriques selon le « statut » de la firme sur son marché.

La Commission Européenne estime qu'une :

> « *entreprise occupe une position dominante lorsqu'elle est en mesure d'agir indépendamment de ses concurrents, clients, fournisseurs et, en définitive, du consommateur final* »[9].

Les abus de position dominantes sont des :

> « *pratiques commerciales anticoncurrentielles (y compris l'exploitation incorrecte de clients ou l'éviction de concurrents) auxquelles est susceptible de se livrer une entreprise en position dominante pour conserver ou renforcer sa position sur le marché* »[10].

L'Article 82 du Traité CE proscrit les abus de position dominante, parmi lesquels la fixation de prix ou de conditions commerciales déloyaux, la limitation de la production, des débouchés ou du développement technologique ou bien encore les discriminations entre partenaires commerciaux.

Dans le cadre actuel, pour qu'une infraction soit constituée, il n'est pas nécessaire qu'une pratique abusive ait un réel effet anticoncurrentiel ; il suffit qu'elle soit susceptible de restreindre la concurrence. Une responsabilité particulière est ainsi conférée à une entreprise en position dominante, spécificité qui lui interdit de porter atteinte au processus concurrentiel, la privant

---

9 http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/p_fr.html#t100

10 http://europa.eu.int/comm/competition/general_info/a_fr.html

de la mise en œuvre de certaines pratiques. Ces mêmes pratiques qui ne seraient pas condamnables adoptées par des entreprises « non dominantes ».

Ce que Philip Lowe, directeur général de la DGCOMP, résume ainsi :

> *«82 EC does not prohibit a firm which is initially not dominant from using unilateral strategic behavior in order to become dominant. Nor does 82 prohibit a firm from attempting to become dominant»*[11].

Au plan procédural, la démonstration est réalisée en deux étapes :

- Détermination de la domination de l'entreprise sur le marché en cause, c'est-à-dire de sa capacité à se comporter avec un degré d'indépendance élevé par rapport à ses concurrents et ses clients.
- Détermination d'un comportement abusif résultant de cette position dominante[12], soit essentiellement quatre familles de pratiques : discrimination par les prix, prix prédateurs, dissuasion à l'entrée et forclusion.

Observons toutefois que - bien que des exemptions individuelles ou par catégorie n'aient pas été prévues - la jurisprudence a fait émerger une doctrine au terme de laquelle un agissement de nature abusive n'est pas proscrit s'il est «objectivement justifié».

Peuvent ainsi être invoquées des justifications objectives par droit de riposte. Par exemple, en 2004, le Conseil de la Concurrence français a autorisé France

---

[11] Lowe P. (2003), speech delivered at Fordham Antitrust Conference, 23 October. Ce que confirme le Président du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Bo Vesterdorf : « Il faut rappeler que la position dominante implique, par définition, la détention d'une puissance économique, laquelle permet à l'entreprise qui la détient d'adopter des « comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (arrêt de la Cour du 14 février 1978, United Brands/Commission, 27/76, Rec. p. 207). » Vesterdorf B. (2005), Considérations sur la notion de « concurrence par les mérites », Cour de Cassation, cycle de conférences « Droit et économie de la concurrence ».

[12] Notons cependant qu'en Europe, la notion « d'abus de structure » a parfois été utilisée : « Elle signifie que la licéité d'un comportement résulte de son effet sur la structure du marché et non de l'intention qui l'anime » [Combe 2005 p.233].

Télécom à proposer une offre couplée en réponse à une action de même nature de certains de ses concurrents[13].

Le système en vigueur n'est donc pas d'une rigidité mécanique. Et il est d'ailleurs admis depuis l'arrêt Tetra Pak de 1996 que :

> « *le champ d'application matériel de la responsabilité particulière pesant sur une entreprise dominante doit être apprécié au regard des circonstances spécifiques de chaque espèce, démontrant un affaiblissement de la concurrence* »[14].

L'article 82 du Traité CE proscrit les abus de position dominante et confère en l'entreprise dominante une responsabilité spécifique. Si, dans l'énoncé de la règle, une approche par la forme des pratiques prédomine, la jurisprudence a déjà introduit des éléments de flexibilité qui « mitigent » une approche trop strictement formelle.

---

[13] « Le Conseil de la Concurrence a eu à se prononcer sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel « Primaliste longue distance » et sur les conséquences sur l'entrée du marché de la téléphonie longue distance de nouveaux concurrents. Le Conseil avait été saisi par deux associations d'opérateurs de télécommunication, l'AFOPT et l'AOST, des pratiques de l'opérateur historique. L'offre tarifaire promotionnelle donnait droit, pour toute souscription d'un abonnement Ola ou Loft du service mobile Itinéris de France Télécom Mobiles, à un abonnement gratuit de 6 mois à une option tarifaire du service téléphonique fixe de France Télécom. Cette option permettait de bénéficier d'une réduction de 20% sur le prix des communications de voisinage, nationales et internationales. Selon les deux associations, une telle offre de couplage était contraire aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce et de l'article 82 du Traité CE, France Télécom abusant de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe. […] France Télécom répliquant, en effet, qu'elle n'avait fait que répondre à une offre similaire de convergence fixe-mobile proposée par Cégétel aux abonnés SFR. Dans cette décision, le Conseil consacre le droit d'alignement de l'opérateur dominant sur l'initiative prise par un concurrent ».
http://www.en-droit.com/index.php?pa=9&pg=breves&rubrique=breves_conc

[14] Arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, *Tetra Pak/Commission*, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, point 24.

2.2. Les nouvelles orientations du projet de révision : des pratiques prohibées pour leurs effets et non plus leur forme.

Le projet de révision de l'application de l'Article 82 prolonge une évolution plus globale dans laquelle l'application de l'Article 81 sur les accords anticoncurrentiels ainsi que le contrôle des concentrations ont également été révisés dans le sens du prise en compte des effets en termes d'efficience des pratiques et opérations engagées.

La philosophie générale de ces nouvelles orientations est clairement énoncée par la Commissaire à la Concurrence :

> *« First, it is competition, and not competitors, that is to be protected. Second, ultimately, the aim is to avoid consumers harm »*[15].

On peut être surpris de cet accent placé sur la protection des consommateurs qui est bien, d'ores et déjà, dans le « cahier des charges » de l'Article 82 actuel, comme le souligne le Président du Tribunal de première instance des Communautés européennes, Bo Vesterdorf :

> « *Le but de l'article 82 CE est de protéger la structure de concurrence des perturbations résultant de la puissance économique d'une – ou de plusieurs – entreprise(s). Ce faisant, il est généralement admis que le bien-être des consommateurs s'en trouve amélioré […]. Il s'ensuit que l'article 82 CE ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective* »[16].

D'un positionnement qui vise ainsi à veiller aux dommages, du côté de l'offre et de la demande, causés par des pratiques abusives, la nouvelle philosophie contient un basculement consumériste. Nous sommes ici en présence d'un glissement du surplus global vers le surplus du consommateur.

Pour s'assurer du fonctionnement normal des marchés permettant aux agents économiques d'avoir les bonnes incitations à innover, à rechercher les gains

---

[15] Kroes N. (2005), « Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82 », discours devant le Fordham Corporate Law Institute, 23 septembre.

[16] Vesterdorf B. (2005), Considérations sur la notion de « concurrence par les mérites », Cour de Cassation, cycle de conférences « Droit et économie de la concurrence ».

d'efficience, et optimiser le surplus du consommateur, une approche centrée sur les effets permettrait :

- de rationaliser le traitement en abordant de manière homogène des pratiques induisant les mêmes effets,
- de ne pas écarter systématiquement des pratiques qui pourraient présenter, après examen, un caractère pro-compétitif.

L'observation qui sous-tend cette orientation vers les « effets » est que certaines pratiques peuvent, selon les circonstances, avoir des effets pro- ou anti-compétitifs et qu'il conviendrait, par conséquent, de ne rien proscrire a priori.

Avec la révision de l'Article 82, l'analyse d'un abus de position dominante serait opérée en trois temps :

- La mise en évidence par l'Autorité des effets restrictifs sur les consommateurs et leur analyse économique.
- L'entreprise en cause pourrait alors évoquer en défense une légitimité à ses pratiques. Notamment :
  - L'entreprise en position dominante peut établir que sa conduite est nécessaire (pour des raisons d'hygiène ou de sécurité par exemple).
  - Elle peut montrer qu'elle agit en s'alignant sur les concurrents afin de minimiser ses pertes (pratiques tarifaires notamment). L'entreprise en position dominante doit alors démontrer que sa pratique est appropriée, indispensable et proportionnée.
  - Elle peut invoquer un gain d'efficience et doit alors démontrer :
    - que sa conduite produit bien de tels gains (progrès technique, amélioration de la production ou de la distribution…);
    - que la conduite est indispensable pour produire un tel effet d'efficience qui ne pourrait résulter d'un comportement moins nocif au plan concurrentiel;
    - que ces gains efficiences bénéficient aux consommateurs ;
    - et enfin que la concurrence n'est pas éliminée.
- L'Autorité aurait alors à trancher entre les deux effets en mettant en balance les effets restrictifs sur la concurrence et les gains d'efficience produits par la pratique.

En conséquence, en terme procédural, l'établissement de la domination n'est plus le préalable : la démonstration claire d'un effet négatif importe avant tout et suffit à prouver une domination qui est ainsi révélée par la capacité de nuisance [EAGCP 2005][17].

Le projet de révision dans l'application de l'Article 82 met en avant l'intérêt des consommateurs comme indicateur pertinent de bon fonctionnement de la concurrence et, dès lors, la nécessité de mesurer l'effet de pratiques potentiellement abusives sur la demande finale par priorité. La procédure devrait accorder une place plus réduite à l'analyse des structures de marché : une entreprise dominante étant la seule à pouvoir mettre en œuvre des pratiques nocives, la démonstration de la nocivité tiendrait lieu de révélateur de la position dominante.

[17] « In contrast to a form-based approach, an effects-based approach needs to put less weight on a separate verification of dominance, except possibly for a de minimis consideration. If an effects-based approach yields a consistent and verifiable account of significant competitive harm, that in itself is evidence of dominance. Traditional modes of establishing dominance by recourse to information about market structure are merely proxies for a determination of dominance in any substantive sense, i.e., the ability to exert power and impose abusive behaviour on other market participants. If an effects-based approach provides evidence of an abuse which is only possible if the firm has a position of dominance, then no further separate demonstration of dominance should be needed if no separate demonstration of dominance is provided, one may however require the abuse to be clearly established, with a high standard of proof » [p.14].

1. 3. Un glissement du «surplus global» vers le «surplus du consommateur» qui repose sur un postulat théorique discutable

Le projet de révision dans l'application de l'Article 82 repose ainsi sur un postulat théorique qui mérite discussion : l'analyse au niveau des consommateurs des effets de pratiques potentiellement abusives permettrait de juger du fonctionnement efficace de la concurrence. Or, on doit constater que l'Economic Advisory Group for Competition Policy[18] - qui supporte la Commission pour définir les fondements économiques des nouvelles orientations - procède de façon assez elliptique sur ce point.

Une discussion en deux temps mérite ici d'être conduite :

- Le glissement vers une approche consumériste - autrement dit vers la maximisation du surplus du consommateur plutôt que du surplus global - n'est pas un mouvement anodin. Il s'agit d'admettre la poursuite d'un « second best » (l'intérêt des consommateurs) plutôt que d'un « first best » (l'intérêt agrégé de toutes les parties prenantes) comme cible de la politique de la concurrence. Cette évolution d'importance est présentée comme une translation naturelle par l'EAGCP qui n'en discutent pas réellement la portée et ne mettent pas ce choix en balance avec les autres options en présence (3.1.).
- Des travaux récents, à commencer par ceux de L.H. Röller, économiste en chef de la DGCOMP[19], suggèrent pourtant qu'il n'y a pas de supériorité absolue de leur ou l'autre de ces deux standards — surplus du consommateur ou surplus global — et que leur hiérarchisation est fonction du contexte institutionnel dans l'espace économique considéré. Or, rien n'indique que l'Europe soit aujourd'hui dans une configuration où la poursuite du surplus du consommateur comme objectif de premier rang constitue une stratégie mieux adaptée que la poursuite directe du surplus global (3.2). On observe d'ailleurs qu'Anne Perrot, membre de l'EAGCP,

---

18 EAGCP [2005], An economic approach to Article 82

19 Neven D.J., Röller L.H., (2005), Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control, International Journal of Industrial Organisation, 23.

avait précédemment exprimé sa « méfiance » par rapport à l'objectif du surplus du consommateur[20].

3.1. Une adoption du « surplus du consommateur » présentée comme une évolution logique…

Dans leur rapport d'éclairage de la DGCOMP, les experts de l'EAGCP estiment que la légitimité d'une pratique doit être appréciée à l'aune de ses effets sur les consommateurs :

> *« An economic approach to Article 82 focuses on improved consumer welfare » [EAGCP p.2]*.

Cette approche relève de la recherche d'une « proxy » : si les consommateurs trouvent leur compte dans le fonctionnement du marché, cela révélerait que la concurrence s'y exerce dans des conditions satisfaisantes. L'amélioration de la satisfaction des consommateurs par la mise en œuvre d'une pratique est, dans cette optique, assimilée à un marqueur du bon fonctionnement de la concurrence :

> *«Competition forces the supply side of the economy to be responsive to consumers' needs with respect to price, quality, variety, etc.; business strategies that respond to these needs and raise consumer welfare are likely to be legitimate competitive strategies. The observation of such a strategy in the market provides prima facie evidence of the importance of competition. In contrast, a lowering of consumer welfare provides evidence of competitive harm» [EAGCP p.8]*

L'objection qui doit être ici formulée (et qui sera développée plus loin dans la section 4) est que certaines stratégies peuvent produire des effets positifs à court terme pour les consommateurs : des prix prédateurs ou des offres couplées proposés par un acteur en position dominante produiront mécaniquement des effets positifs à court terme pour les consommateurs, mais peuvent conduire à l'éviction de firmes dominées. Par conséquent, il importe de prendre en compte l'intérêt à long terme des consommateurs, ce qui suppose de pouvoir anticiper les processus d'entrée-sortie de nouveaux acteurs, les trajectoires technologiques, anticipations particulièrement complexes.

---

[20] Perrot A. (2003), La politique de la concurrence contribue-t-elle à la croissance économique ?, Economie Publique, n°12.

Ainsi, même si l'élaboration de bilans économiques circonstanciés apparaît, en première analyse, comme une solution appropriée pour estimer le fonctionnement de la concurrence à l'aune de la satisfaction des consommateurs, il ne faut pas cacher l'incertitude qui pourrait peser sur ces anticipations, difficultés sur lesquelles nous reviendrons.

Cette préférence donnée au surplus du consommateur trouve, selon l'EAGCP, une double justification. Primo, si l'attention n'est pas portée, par priorité, sur les consommateurs, la politique de la concurrence tendrait naturellement à figer une structure de marché donnée en protégeant les concurrents (y compris les concurrents inefficients qu'une concurrence par les mérites devrait conduire hors du marché). Secundo, les consommateurs seraient en position de faiblesse par rapport aux producteurs et mériteraient donc cette attention particulière des autorités de la concurrence :

> *« Referring to this standard is all the more important because, in the actual proceedings on a given case, competitors are usually much better organized than consumers. The competition authority receives more complaints and more material from competitors, so the procedure tends to be biased towards the protection of competitors». [EAGCP p.9].*

Les arguments avancés sont assez abrupts et il est étrange de produire un raisonnement schématique qui oppose en bloc les deux côtés du marché :

- Du côté de l'offre, les concurrents ne sont pas homogènes, certains sont éventuellement dominants, d'autres dominés, certains sont dans le cœur d'un oligopoles, d'autres sont des PME dans la frange. Postuler, comme dans la citation précédente, la capacité plus élevée des firmes - comparativement aux consommateurs finals - à argumenter auprès des autorités de la concurrence ne vaut sans doute que pour les acteurs puissants ou dominants. Et on envisage mal pourquoi, dans des procédures plus complexes qu'induiraient une analyse des effets, cet avantage ne perdurerait pas, voire ne s'en trouverait pas accru.
- Du côté de la demande finale, l'activisme des associations de consommateurs a été à l'origine de nombreuses actions auprès des autorités de la concurrence en Europe dans des domaines aussi divers que les télécommunications, le transport aérien, l'électricité,… Et il est sans doute possible d'imaginer des évolutions politiques pour renforcer la capacité d'action collective des consommateurs et pour conforter la fonction d'intermédiation et de relais des associations. C'est d'ailleurs une orientation que Mario Monti envisageait à l'époque où il était Commissaire à la Concurrence :

> « *Moreover, the Commission will establish a constant dialogue with Consumers' Associations […]. I wish that the European Parliament and the Consumers' Associations will act as intermediaries and will pass on to European citizens our message as well as inform us of their grievances* »[21].

Les économistes de l'EAGCP proposent d'apprécier l'effet de pratiques potentiellement abusives à l'aune de leur impact sur la satisfaction des consommateurs. Ce glissement est posé d'emblée dans leur rapport comme une évolution logique, alors qu'il masque un constat d'échec de la politique de la concurrence actuelle puisqu'il s'agit de concentrer l'attention sur l'une des parties prenantes à l'échange et non pas de prendre en compte l'ensemble des intérêts en présence.

3.2. … alors que la supériorité du surplus du consommateur ou du surplus global est contingente au contexte institutionnel

La recherche d'une maximisation du « surplus du consommateur » comme objectif de la politique de la concurrence n'est pas incorrecte en tant que telle. Certes, dans un monde sans défaillances réglementaires, exclure le profit des firmes des objectifs assignés aux autorités de la concurrence ne serait pas justifiable. Mais, dans le monde « réel », en prenant en compte les dimensions institutionnelles, les imperfections d'informations,… , adopter un tel standard est admissible en ce sens qu'il peut constituer la meilleur stratégie pour améliorer l'intérêt collectif dans un tel contexte.

Mais, le choix entre surplus du consommateur et surplus global n'est pas trivial, comme le démontrent notamment les travaux de Neven et Röller (2005)[22], et doit résulter d'un examen très approfondi. Or, Les experts de l'EAGCP considèrent que la translation vers le « surplus du consommateur » est une progression logique (une forme de progrès même), alors que Neven et Röller montrent toute la complexité des arbitrages. Même si leurs travaux ont été développés concernant l'analyse du contrôle des concentrations, la discussion

---

21 Monti M. (2000), Discours lors du European Competition Day Lisbon, 9 June.

22 Neven D.J., Röller L.H., (2005), Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control, International Journal of Industrial Organisation, 23.

qu'ils proposent présente un intérêt dans le contexte des abus de position dominante. A minima, leur travail apporte la démonstration que le surplus du consommateur ne peut être adopté sans vérifier qu'il s'agit bien du standard le plus performant dans le contexte européen. Cette vérification n'est opérée, ni dans le rapport de l'EAGCP, ni dans le « discussion paper » de la DGCOM.

Les travaux de Neven et Röller présentent l'intérêt de démontrer qu'il n'y a pas de supériorité absolue de l'un ou l'autre des deux standards.

> « *We find that neither a welfare standard nor a consumer surplus standard dominates. The consumer surplus and welfare standards give rise to different types of inefficiencies » [Neven & Röller, p.847].*

Les auteurs délimitent les conditions dans lesquelles le surplus du consommateur ne doit être préféré:

> « *the consumer surplus is attractive relative to a welfare standard, when lobbying is efficient, when accountability is low [….]. The findings suggest that a reform of the standard that is assigned to a competition agency needs to consider the political economy in which the antitrust agency operates. For instance, our model implies that it may not be appropriate for the EU to move towards a welfare standard unless the transparency and the accountability of its procedures are further improved* » *[Neven & Röller, p.831].*

Formulé en d'autres termes, cela signifie que:

- Le standard du surplus global ne peut être implanté que dans un contexte institutionnel où prévalent une transparence et la capacité des autorités de la concurrence à justifier leurs décisions.
- Si ces conditions ne sont pas réunies, le surplus du consommateur est préférable et l'exercice d'un lobbying des firmes est même souhaitable dans un tel environnement :

  > « *While lobbying activity is undesirable under a welfare standard, it raises welfare under a consumer surplus standard […]. Higher transparency and stronger accountability actually shift the balance towards wrong decisions because it reduces firms' effectiveness in lobbying. Since wrong decisions are socially more costly than lobbying, transparency and accountability are actually not desirable under a consumer surplus standard ». [Neven & Röller, p.847].*

Si on suit Neven et Röller, le « consumer standard » doit ainsi être privilégié dans un environnement institutionnel où prévaut un degré significatif d'opacité. Formulons une double observation sur cette base :

- Si tel est le cas (l'analyse et la démonstration restant à produire), il faut naturellement en tenir compte et poursuivre l'objectif d'optimisation du surplus du consommateur. Mais il s'agit plus d'une application du principe de réalité (en actant d'une incapacité à créer les conditions de la transparence et de l'«accountability») plutôt que d'un progrès manifeste et d'une évolution vers la modernité comme le revendique l'EAGCP.
- En admettant que le lobbying soit souhaitable dans un contexte de « consumer standard », cette capacité au lobbying sera proportionnée à la puissance sur le marché de la firme sur son marché et, plausiblement, plus importante chez les acteurs en position dominante.

Figure 1: Surplus du consommateur versus surplus global?

« Que faut-il entendre alors par la recherche de l'efficacité ? Du point de vue économique, ceci désigne-t-il la maximisation du surplus global (somme pondérée ou non du surplus des consommateurs et des profits de l'industrie) ou celui des seuls consommateurs ? On peut apporter à ces questions bien des réponses différentes selon que l'on va la chercher dans les textes juridiques ou dans la pratique des autorités. En Europe, par exemple, une lecture très différente des objectifs de la politique de la concurrence peut être faite selon que l'on s'intéresse à l'article 81 (ententes) ou au règlement sur les concentrations. En première analyse, on peut lire l'objectif poursuivi par la Commission comme la maximisation du surplus global, sous la contrainte que les consommateurs ne perdent pas à l'opération ou à la pratique envisagée. Aux États-Unis, les choses sont beaucoup plus tranchées : l'objectif déclaré des politiques anti-trust est la protection du surplus des consommateurs. Dans d'autres pays anglo-saxons, comme le Canada, l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, il s'agit explicitement de maximiser le surplus global. […] Quels arguments théoriques pourraient alors justifier la poursuite d'un objectif de surplus des consommateurs ? On peut tenir compte du fait que si les entreprises soumises au contrôle des autorités anti-trust disposent d'un avantage informationnel sur celles-ci, un objectif de maximisation du surplus des consommateurs peut venir en partie compenser le biais en faveur des entreprises. Mais ce point de vue doit être considéré avec une certaine méfiance, puisqu'il revient à répondre par une distorsion des objectifs à une distorsion de l'environnement économique. Le risque est alors de voir s'ajouter des sources d'inefficacité plutôt que de corriger l'inefficacité initiale : si l'asymétrie d'information réduit le surplus global, par exemple parce que les entreprises mettent plus facilement en œuvre des comportements collusifs sans risquer d'être détectées par les autorités de concurrence, un objectif de surplus des consommateurs peut lui aussi conduire à accepter des comportements qui augmentent le surplus des consommateurs en réduisant encore le surplus global ».

Source: Perrot (2003).

Pour conclure sur ce point, suivons Anne Perrot (encadré supra) qui formule des réserves concernant une poursuite inconditionnelle de l'optimisation du surplus du consommateur. Son raisonnement est le suivant : un tel objectif peut conduire à accepter des comportements qui augmentent certes le surplus des consommateurs, au risque de réduire le surplus global. Autrement dit, même si les autorités garantissent que le volume du gâteau qui vient aux consommateurs n'est pas réduit par la mise en œuvre d'une pratique, la taille globale du gâteau peut se trouver réduite par cette même pratique.

Les présupposés théoriques de la nouvelle orientation prônée par les experts de l'EAGCP méritent un examen approfondi. La discussion n'est pas engagée pour démontrer que la poursuite d'un objectif d'optimisation du surplus du consommateur est la plus adaptée au contexte européen et n'induira pas une réduction du surplus global.

4. Difficultés méthodologiques et risques de capture réglementaire

Ce ne sont pas seulement les fondements théoriques du projet de révision qui posent question, mais également la mise en œuvre pratique des procédures qui en découleraient. La mesure des effets économiques pour les consommateurs de certaines pratiques potentiellement abusives est une mécanique complexe : il s'agirait de faire du cas par cas en jugeant des effets d'une pratique donnée sur un horizon de temps pertinent.

Cette procédure n'est pas que techniquement complexe: elle renvoie à des points obscurs (voire « aveugles ») au plan méthodologique, notamment pour ce qui est de l'identification des acteurs « aussi efficients » que la firme dominante ou l'actualisation des effets potentiels futurs des pratiques (4.1). Pour aborder, cette complexité procédurale les autorités compétentes devront être dotées de moyens adaptés et il est logique d'anticiper que des acteurs puissants (et a fortiori dominants) seront mieux armés que des acteurs marginaux pour affronter des nouvelles procédures (4.2). Au total, l'Europe se place en situation de développer plus de « faux négatifs »[23] en contrepartie d'une diminution des « faux positifs »[24], mais avec des effets de long terme indéterminés selon les configurations sectorielles (4.3).

4.1. Des points techniques «obscurs » dans la mise en œuvre des nouvelles orientations

4.1.1. Comment identifier les concurrents « aussi efficients » que l'acteur dominant?

La réforme de l'article 82 part du principe que seule la pratique d'éviction de concurrents « aussi efficients » que l'entreprise en position dominante est abusive. Il est prévu de prendre comme référence les coûts de l'entreprise en position dominante et, lorsque ceux-ci ne sont pas disponibles, de construire un hypothétique concurrent ayant les mêmes coûts que l'entreprise en position dominante.

---

[23] Des firmes dominantes abusives dont la nocivité n'aurait pas été démontrée.

[24] Des firmes dominantes dont des pratiques bénignes (ou efficientes) seraient jugées abusives et donc proscrites.

La mesure de l'efficience des entreprises soulève d'assez nombreuses questions, notamment sur la nature des coûts à prendre en référence. A cette question, la DGCOMP propose que, en fonction des cas, plusieurs références puissent être évaluées : le coût marginal, le coût variable moyen, le coût évitable moyen, le coût moyen incrémental de long terme ou le coût total moyen[25]. S'agissant, par exemple, des pratiques de prédation, l'OCDE souligne cependant la difficulté de l'exercice :

> *« Aucun consensus ne s'est dégagé au sujet du meilleur critère de coût à appliquer dans des affaires relatives à la pratique de prix d'éviction, encore moins autour de l'idée qu'il existe un critère idéal en la matière. »* [26].

D'autant plus que la pratique de prédation n'est pas caractérisée uniquement lorsque le prix pratiqué est inférieur au coût moyen évitable. Ainsi une entreprise dominante tarifant à un prix supérieur au coût moyen variable mais inférieur au coût total variable, pourrait évincer un concurrent efficient, mais ne disposant pas de ressources financières suffisantes pour supporter à long terme de tels prix.

Comment est-il possible de prendre en compte les conditions structurelles des marchés dans lesquels évoluent les entreprises et notamment les décalages d'entrée dans le temps? La DGCOMP souligne ainsi qu'il faut intégrer dans le test les phénomènes d'économie d'échelle et d'envergure, des courbes d'apprentissage, des avantages particuliers des premiers entrants dont ne peuvent bénéficier les concurrents. Malgré cette précaution de principe, la prise en compte du « first mover advantage » n'est pas triviale et peut conduire à des contresens. Ce point sera développé dans la section 5 (en prenant la téléphonie mobile européenne en exemple), mais notons d'ores et déjà que ce type

---

[25] « In order to apply the hypothetical as efficient competitor test the following are often mentioned as possible cost benchmarks: marginal cost (MC), average variable cost (AVC), average avoidable cost (AAC), long-run average incremental cost (LAIC) and average total cost (ATC). Marginal cost is the cost of producing the last unit of output. Average variable cost is the average of the costs that vary directly with the output of the company. Average avoidable cost is the average of the costs that could have been avoided if the company had not produced a discrete amount of (extra) output, in this case usually the amount allegedly subject to abusive conduct. Long-run average incremental cost is the average of all the (variable and fixed) costs that a company incurs to produce a particular product. Average total cost is the average of all the variable and fixed costs » [DGCOMP 2005 p.].

[26] OCDE (2005), "Predatory Foreclosure", 15 mars 2005, p11.

d'avantage peut créer des irréversibilités et stratifier un marché. En présence de tels effets d'hystérésis, des firmes entrées en « n^{ième} » rang pourraient :

- avoir développé le meilleur niveau d'efficacité… confrontées à un premier entrant bénéficiant d'un « first mover advantage » irréversible (compte tenu de la nature de la technologie, de la maturité du marché, de switching costs, …).
- ne pas être engagées dans un processus de rattrapage et être identifiées comme des firmes sous-efficientes et donc pouvant être évincées sans dommages collectifs ou, de façon plus sourde, restant confinées dans la frange (parts de marché et profitabilités réduites).

Ajoutons que la liste des difficultés méthodologique n'est pas restreinte à la prise en considération du « first mover advantage » : l'allocation des coûts pour des entreprises multi-produits ou la comparaisons des coûts entreprises locales pour certaines et pan-européennes pour d'autres sont autant de chantiers également ardus.

L'analyse de pratiques potentiellement abusives passera par la détermination de leurs effets sur les consommateurs, sous la contrainte de la non-éviction de concurrents aussi efficients que l'acteur dominant. Cette identification des acteurs efficients est donc un élément essentiel dans les nouvelles procédures ; essentiel mais assorti de difficultés techniques aiguës pour certaines : prise en compte du « first mover advantage », allocation des coûts des firmes multi-produits, comparaison de firmes pan-européennes et locales, …

4.1.2. Comment « actualiser » les effets potentiels futurs des pratiques en cause?

Contrairement au contrôle des concentrations, la délimitation du marché dans le cas d'un abus de position dominante est de nature rétrospective et non prospective[27]. Une approche par les effets supposera de prendre en compte les états futurs du marché et, à cet égard, modifie la perspective. De façon plus générale, l'application des nouveaux principes suppose d'actualiser les effets futurs pour prendre une décision aujourd'hui.

---

[27] Voir Combe 2005 p.227.

Une pratique qui pourrait se révéler à court terme bénéfique pour le consommateur (par exemple la baisse des prix) pourrait à long terme s'avérer néfaste (si elle est prédatrice). L'élimination d'un concurrent pourrait alors conduire à long terme à une baisse de la concurrence et réduirait alors le bien être du consommateur. Comment agréger un effet quasi-certain dans le futur proche et un effet incertain dans le futur lointain (incertain car fonction des innovations et entrées éventuelles) ?

Bien que la nécessité de tenir compte des effets immédiats et futurs soit communément admise, la description par la Commission des moyens à mettre en œuvre pour les mesurer reste insuffisante à ce stade. Neelie Kroes, admet certes la difficulté :

> *"We need to take into account not only short term harm, but also medium and long term harm arising from the exclusion of competitors. I am well aware of the difficulty associated with predicting medium or long term harm."* [28]

L'EAGCP prend également acte de la difficulté et évoque même une certaine subjectivité :

> *« When faced with such tradeoffs, the competition authority must exercise its judgement, which necessarily involves a certain element of subjectivity». [EAGCP p.10].*

La DGCOMP manie même le syllogisme en soulignant qu'un marché concurrentiel permettra de faire émerger des options imprévisibles. Autrement dit, pour garantir la concurrence il conviendrait d'anticiper des phénomènes … que la concurrence rendra impossibles à anticiper :

> *« In assessing the implications of alternative policies for the future, one difficulty is that their effects on future market outcomes are difficult to predict. Trying to foresee the different possibilities is sometimes quite hopeless, especially if one takes into account that the genius of competitive markets lies precisely in developing possibilities that no one has thought about before ». [DG COMP p.27]*

---

[28] Kroes N. (2005), « Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82 », discours devant le Fordham Corporate Law Institute, 23 september.

Le projet de révision induit un changement de perspective avec l'obligation de prendre en considération les effets futurs de certaines pratiques. Cette actualisation est un « point aveugle » de l'analyse et les résultats devraient être frappés par l'incertitude et la subjectivité de l'aveu même des rédacteurs du projet. Comme cette question est cruciale, que chacun admet qu'aucune réponse satisfaisante ne peut être avancée, on est conduit à supposer que la DGCOMP a, implicitement, une forte préférence pour le « présent », c'est-à-dire qu'une valeur élevée sera conférée aux effets proches et quasi-certains. Il y a là un parti pris courtermiste (engranger les effets positifs à court terme pour les consommateurs) qui est non-dit, mais qui doit être souligné.

4.2. Une capacité supérieure des grands acteurs à se mouvoir dans les nouvelles règles, voire à les capturer

4.2.1. Une procédure alourdie pour les acteurs taille réduite ou dominés

La réforme de l'article 82, pourrait dès lors aggraver la lenteur des procédures en laissant presque systématiquement la possibilité aux entreprises en position dominante de justifier toute pratique mise en cause.

En effet afin d'établir l'abus, il faudrait : (1) mettre en évidence le comportement (2) Montrer que le comportement est anticoncurrentiel, ce qui ne pose pas de problème pour les restrictions caractérisées, mais peut être plus délicat pour de nombreuses autres pratiques. (3) Débouter les éventuelles justifications invoquées par l'entreprise en cause. Dès lors, la réforme de l'article 82 pourrait être dissuasive pour les plaignants.

Neelie Kroes reconnaît d'ailleurs que :

> *« Les entreprises et les particuliers qui subissent des pertes du fait d'activités illicites, comme les ententes, ont le droit d'être indemnisées. Actuellement, ce droit reste encore trop souvent théorique en raison des obstacles qui s'opposent en pratique à son exercice »*[29].

---

[29] Communiqué de presse : Concurrence: la Commission lance des consultations sur des solutions visant à faciliter les demandes d'indemnisation pour infraction aux règles de concurrence de l'UE, IP/05/1634, 20 décembre 2005.

C'est ce qui a conduit à la publication d'un Livre Vert en décembre 2005 sur les actions en dommages et intérêts en matière concurrentielle[30]. S'il est permis d'espérer des améliorations dans le prolongement du Livre Vert, on ne peut, pour l'heure, que retenir les obstacles que recense ce document. Entre autres :

- L'accès aux preuves : l'asymétrie d'information en défaveur du plus faible (dont les petites et moyennes entreprises) rend difficile la démonstration du préjudice subit par les plaignants.
- La charge de la preuve est attribuée au plaignant. La difficulté de sa démonstration peut être accrue par un degré de preuve élevé.
- L'évaluation du dommage : étant donné la difficulté d'apporter la preuve et de quantifier le dommage, le plaignant fait alors face à une incertitude dissuadant son action.
- Par ailleurs la lenteur des procédures peut être dissuasive vis-à-vis des plaignants.
- Et les coûts de procédure qui, bien que recouvrables, conduisent à assumer un risque financier.

Les entreprises de taille restreinte ne peuvent se doter des ressources leur permettant de lutter de manière réellement équitable contre les entreprises puissantes :

- Premièrement, les entreprises de taille restreinte investissent de manière prioritaire dans les fonctions essentielles à leur fonctionnement. Il s'agit des outils de production, de recherche et développement, de marketing, des fonctions commerciales… sans que les services juridiques trouvent leur place dans les organigrammes.
- Deuxièmement, le traitement des contentieux étant constitué de coûts fixes, face à une incertitude juridique, une entreprise de taille réduite sera défavorisée par rapport à une entreprise puissante.

Le Livre Vert sur les actions en dommages et intérêts en matière concurrentielle pointe les graves insuffisances du système actuel. Dans des procédures centrées sur les effets, plus longues, plus complexes et à l'issue plus incertaine, le désavantage des PME devrait se retrouver accru.

[30] DGCOMP (2005), Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, Livre vert, 19 décembre.

4.2.2. Une efficacité procédurale qui requiert des ressources considérables pour les autorités de la concurrence

Les acteurs dominés et, par eux, les PME peuvent légitiment anticiper avec préoccupation des procédures d'analyse par les effets. On est fondé à s'interroger sur les capacités des autorités de la concurrence à instruire de telles procédures.

En prenant ses fonctions, L.H Röller (2005)[31] a dressé un état des lieux de la « force de frappe » de la DGCOMP en termes d'analyse économique des pratiques anticoncurrentielles et aux opérations de concentration. Il identifié environ :

- 200 fonctionnaires disposant d'une formation en économie (en un sens très large, soit y compris dans des domaines comme la comptabilité), mais qui pour la plupart n'avaient pas eu à procéder à des analyses économiques.
- Seulement 20 ayant un PhD en économie, parmi lesquels 10 spécialisés en économie industrielle (ou économie de la concurrence).
- 10 économistes entourant le poste de « Chief Economist » créé en 2003.

Neven (2005) [32] note ainsi un fort déséquilibre entre les moyens dont dispose la Commission et ceux susceptibles d'être mobilisés par les parties au sein des grands cabinets internationaux spécialisés en contentieux concurrentiel et, - outre leurs permanents – structurant des réseaux des professeurs d'université bardés de PhD et sollicités pour des expertises indépendantes.

L'OCDE, concernant le droit de la concurrence dans l'Union Européenne, donne logiquement l'alerte en annonçant que :

> *« […] davantage de ressources seront nécessaires, notamment si des questions plus complexes et plus difficiles finissent par représenter l'essentiel des dossiers traités par la DG Concurrence. »* [OCDE 2005, p.60].

---

[31] Röller L.-H. (2005), Using Economic analysis to strengthen competition policy enforcement in Europe, mimeo.

[32] Neven D.J. (2005), Competition Economics and Antitrust in Europe, speech, Economic Policy Panel, London, October 21st

La proposition de révision mise en discussion soulève également des interrogations sur la capacité des autorités de la concurrence à instruire des procédures très « intensives » en analyse économique. Le recensement des ressources humaines de la DGCOMP en cette matière laisse entrevoir un risque aigu de « capture réglementaire ».

4.3. Des risques que les coûts collectifs excèdent les gains d'efficience potentiels

Les nouvelles orientations ne relèvent donc pas d'une évolution d'un simple « bon sens » : conduire des analyses économiques plus poussées et observer par priorité les effets sur les consommateurs (considérés comme la partie prenante fragile à l'échange) ne correspond pas, inconditionnellement, à un progrès par rapport au cadre actuel.

La mise en œuvre du droit de la concurrence conduit à arbitrer entre différents types d'erreurs, plus ou moins dommageables et la question consiste à savoir comment la révision proposée fait évoluer ce type d'arbitrage et quels sont les coûts collectifs de cette évolution. Les différentes options sont représentées dans la matrice suivante[33].

Figure 2 : Schématisation des types d'erreur dans l'application du droit de la concurrence

	Dommageable	Non dommageable
Illégal	*a)* Cas dommageables et illégaux	*b)* Cas non dommageables mais violant le cadre légal (rigorisme)
Légal	*c)* Cas dommageables mais ne violant pas le cadre légal (laxisme)	*d)* Cas ni dommageables ni illégaux

Source : D'après Hylton & Salinger (2004)

[33] Voir Ahlborn C., D. Bailey, H. Crossley (2005), An Antitrust Analysis of Tying: Position Paper in GCLC (2005), Research Papers on Article 82 EC, July. Hylton K.N., Salinger M. (2004), Tying law and policy : a decision theoretic approach, Boston University School of Law, Working Paper n°01-04.

Le droit de la concurrence est confronté à deux types d'erreurs d'appréciation contraires à l'objectif poursuivi :

- Les erreurs de « laxisme » : juger légales des pratiques qui portent pourtant dommage au marché (on parle de « faux négatifs »).
- Les erreurs de « rigorisme» : juger illégales des pratiques bien qu'elles ne portent pas atteinte au marché (on parle de « faux positifs »).

Par référence à la matrice précédente, il est possible d'interpréter le projet de révision dans les termes suivants :

- Le but de la révision est de rendre légales des pratiques potentiellement abusives, mais bénignes (translation *b→d*) et donc de réduire le taux de « faux positifs »…
- …le risque étant d'induire également le développement de « faux négatifs » (translation *a→c*).

La pertinence du changement de règles du jeu dans le sens envisagé dépend :

- De la « dotation » en cas de pratiques bénignes et nocives conduites par des firmes dominantes (et de la capacité sur le long terme de l'Autorité à modifier cette dotation).
- Du coût relatif pour la collectivité des « faux positifs » (coûts pour la firme dominante et pour les consommateurs qui sont privés d'une offre efficiente) et des « faux négatifs » (coûts pour les acteurs dominés et pour les consommateurs qui sont en présence d'une offre dont l'efficience n'est pas avérée).
- De la capacité des firmes dominantes à valoriser leur avantage informationnel sur l'Autorité (pour induire une translation de type a→c) ou de la capacité de cette dernière à mobiliser les moyens pour contrer de telles stratégies (contenir les pratiques a→a ou aiguiller les pratiques relevant de b→d).

Comme la dotation en pratiques bénignes ou nocives (et son évolution sur le long terme) est difficile à déterminer, la supériorité de la révision de l'Article 82 par rapport à son application actuelle dépendra donc essentiellement de la préférence européenne pour les « faux positifs » ou les « faux négatifs ». En légalisant pour leurs effets de pratiques auparavant interdites de par leur forme, la révision augmente le risque d'occurrence de « faux négatifs » entre contrepartie d'une « libération » de conduites vertueuses qui jusqu'alors étaient cantonnées dans l'illégalité (translation b→d).

Le projet de révision conduit à réduire le nombre de « faux positifs » au risque de voir augmenter le nombre de « faux négatifs ». Ce trade-off n'est pas neutre puisque les coûts de « faux positifs » sont essentiellement assumés par les entreprises dominantes, alors que ceux des « faux négatifs » sont assumés par les autres acteurs du marché et les consommateurs. L'efficacité du nouveau dispositif sera fonction des moyens alloués à l'Autorité et à son expertise (notamment dans l'identification des acteurs efficients et dans l'actualisation des effets). La menace est d'aboutir à une « capture » dans le cadre de laquelle l'effet négatif (recrudescence de « faux négatifs ») prédomine.

5. La téléphonie mobile européenne illustre le risque d'un accroissement des « faux négatifs »

La mise en œuvre du projet de révision pourrait donc conduire à arbitrer en faveur des consommateurs (au moins de leur intérêt perceptible sur un horizon observable, c'est-à-dire plutôt court) au détriment des firmes dominées (confrontées à une structure de marchés où le syndrome du « faux négatif » renforcerait les acteurs dominants).

Si ces firmes dominées sont inefficientes, on peut suivre les économistes de l'EAGCP dans leur raisonnement et considérer que (sous réserve de la liberté d'entrer sur le marché en question) la dynamique concurrentielle est à l'œuvre et que l'intérêt collectif est bien préservé, puisque les firmes évincées seront remplacées par des nouveaux challengers armés de nouveaux arguments.

Cependant, au-delà des questions théoriques et méthodologiques déjà soulevées, des phénomènes tels que la persistance de « first movers advantages » sont susceptibles de perturber gravement cette mécanique (5.1) et, comme illustré par le cas de la téléphonie mobile européenne, conduire à des décisions contraires à l'intérêt collectif (5.2).

5.1. Le « first-mover advantage » peut induire une hystéresis et annihiler tout processus de rattrapage…

Pour Neelie Kroes, les coûts de l'acteur dominant ne peuvent évidemment pas servir de base pour l'évaluation de l'opérateur efficient pour par exemple les marchés nouvellement libéralisés, du fait notamment des avantages indéniables dont bénéficient les premiers entrants :

> *« it may sometimes be necessary in the consumers' interest to also protect competitors that are not (yet) as efficient as the dominant company. Here too the assessment does not (only) compare cost and price of the dominant company but will apply the as efficient competitor test in its specific market context, for instance taking account of economies of scale and scope, learning curve effects or first mover advantages that later entrants can not be expected to match even if they were able to achieve the same production volumes as the dominant company. » [DGCOMP 2005 p.21].*

Figure 3 : Avantages et désavantages potentiels du *first-mover*

- **Technological leadership**
- *Gaining a head start in learning how to behave successfully in the marketplace. As the early entrant firm advances down the learning curve, the harder it will be for potential competitors to catch up.*

- **Free-rider effects**
- *In the absence of patent protection or barriers to knowledge diffusion, the first mover advantage "technological pre-emption" may become a late mover advantage. Late movers can free ride on the technologies, processes, or organizational practices already developed by first movers as imitation is often easier and cheaper than innovation.*

- **Pre-emption of scarce assets**
- *A first mover may gain advantages by acquiring resources and assets before its competitors. Such resources may include physical assets, positioning in geographic space or hiring of best employees.*

- **Resolution of market uncertainty**
- *A late mover can also learn from the mistakes and failures of first movers, as uncertainties of a new market can apply to both technology as well as unformed consumer preferences. Late movers also need to expend fewer resources than the first mover on educating users on how and why to use a new type of product or service. Finally, late movers are able to observe any preference shifts and alter their product or service accordingly.*

- **Modification of customers' cost structure**
- *Brand awareness : being the first in a market enables to receive a bigger attention in consumer's mind. Switching costs : make market entry more difficult, as the first movers' customers only change over to a new entrant when the price advantage exceeds the customers' switching costs. If a consumer has already made a substantial amount of investment in a particular brand of product or services by the time a competing brand enters the market. Network effects : (positive consumption externalities) apply to industry where the value of good or a service increases with the number of users. Network effects are most likely to confer substantial advantages to first-movers as these can increase exponentially if the first mover is able to effectively dominate the network earlier on.*

- **Shift in consumers need**
- *It may be possible that consumers change their way to consume and stop consuming the products supplied by later entrants.*

- **First mover inertia**
- *An early entrant may suffer from a lack of flexibility inhibiting its ability to respond to competitive threats (this is called the "incumbent inertia").*

Source: D'après Lieberman and Montgomery[34]

[34] Lieberman and Montgomery, "First Mover Advantages", Strategic Management Journal, 1987, Vol. 9, Nr.1. Lieberman and Montgomery, "First Mover (Dis)advantages: Retrospective and Link with the Resource-Based View", Strategic Management Journal, 1998 Vol. 19, Nr.12.

Cependant, l'avantage du ou des premiers entrants est multidimensionnel et il est difficile de postuler que les entrants plus tardifs ont, en toute circonstance, la capacité à s'engager dans un processus de rattrapage et qu'ils ne sont simplement pas « encore » efficients (« not yet »). Même si les entrants postérieurs tireront également certains avantages d'un décalage (cf. tableau précédent), les first movers seront en mesure de capitaliser sur la base de leur entrée précoce, indépendamment de leurs mérites ultérieurs. L'avantage du primo-entrant peut induire une irréversibilité et, en particulier dans des secteurs de réseau à forts coûts fixes, déboucher sur des schémas sectoriels très différents de la mécanique du « rattrapage » qui sous-tend le projet de révision d de l'Article 82.

Cette persistance de l'avantage du primo-entrant peut avoir plusieurs origines :

- Technologique : les externalités de consommation ou les coûts de changement (switching costs) conféreront une fidélité aux consommateurs (voire les capturer) et rendront une entrée décalée plus périlleuse car induisant des coûts de conquête commerciales plus élevés.
- Financière : un entrant décalé ne pourra pas lisser ses investissements et devra les « ramasser » sur une période réduite. S'il se soumet à une incertitude moins radicale que le primo-entrant, cette marche forcée se traduira cependant par des charges de financement plus élevés.
- Stratégique : le primo-entrant aura la liberté d'engager une course aux investissements (matériels ou immatériels comme la publicité) et forcer ses rivaux plus fragiles financièrement à en prendre le départ. Ces pratiques de « poche profonde » sont bien connues depuis les travaux de Telser dans les années 1960[35].

Une appréhension béate de la dynamique concurrentielle peut conduire à ne voir dans ces obstacles qu'autant d'incitations à innover pour les nouveaux entrants. Certes, mais dans une économie de coûts fixes – et a fortiori si les produits ou services offerts sont faiblement différenciables – la concurrence par l'innovation pas suffira pas, en toute circonstance, à éroder l'avantage du premier entrant.

---

[35] Telser, Lester G. "Cutthroat Competition and the Long Purse." Journal of Law and Economics, 9, pp. 259-77, 1966

Le projet de révision prévoit d'accorder une attention particulière aux secteurs récemment libéralisés et où l'avantage des premiers entrants (parmi lesquels des opérateurs historiques antérieurement bénéficiaires de monopoles réglementaires) n'a pas encore été érodé par la mécanique concurrentielle. Dans l'intérêt des consommateurs, il est ici envisagé de protéger les firmes qui ne sont pas « encore » efficientes, mais qui ont vocation à le devenir. Cette vision néglige la puissance du « first mover advantage », en particulier en économie de forts coûts fixes et où des externalités de réseaux et autres switching costs sont à l'œuvre. Dans de telles configurations, les firmes entrées sur le marché avec délai sont parfois soumises à des irréversibilités – indépendamment de leur contribution à la dynamique de l'innovation – sans qu'un processus de rattrapage soit en cours. Ici, l'application du projet de révision conduirait à des contresens en assimilant ces concurrents à des firmes sous-efficientes et en envisageant leur sortie du marché comme un processus naturel, preuve même de l'efficacité de la concurrence. Ce contresens serait doublement dommageable : pour des acteurs dominés et évincés bien qu'ayant exercé une concurrence par leurs mérites ; pour les consommateurs car rien n'indique, même si le marché laisse entrer de nouveaux challengers, que ces derniers pourront efficacement engager un rattrapage et annuler le « first mover advantage » au profit de la demande finale. La téléphonie mobile est un exemple où l'avantage pour les consommateurs de la réduction de cas de « faux positifs » serait payé à un « taux de change » élevé par un accroissement très préjudiciable de cas de « faux négatifs ».

5.2. … phénomène que la téléphonie mobile illustre à l'échelle européenne

Sur les 45 opérateurs passés en revue ci-après et qui proposent leurs services sur les principaux marchés européens de la téléphonie mobile, les décalages d'entrée se sont étendus entre de 1 à 9 années. Cette activité n'est plus, à proprement parler, une activité en démarrage : avec des taux de pénétration qui avoisinent souvent les 90%, les services sont même parvenus à maturité pour le transport de la voix.

Le début des services basés sur la technologie GSM remonte généralement au début des années 1990, soit à une quinzaine d'années. Les entrées ont été rythmées par les calendriers d'octroi des licences par les pouvoirs publics nationaux et il n'est pas surprenant de retrouver dans les primo-entrants des

opérateurs publics, historiquement actifs dans la téléphonie fixe. Nous avons bien ici les ingrédients susceptibles d'éclairer notre propos : un décalage dans le temps des entrées, mais suffisamment de recul temporel pour apprécier l'éventuel processus de rattrapage ou, au contraire, une hystérésis, c'est-à-dire la persistance de l'avantage initial.

Figure 4 : Chronologie d'entrée des opérateurs mobiles sur les marchés européens

	Entry delay (in years)									
	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9
Austria	Mobilkom			T Mobile		One		Tele.ring		
Belgium	Proximus		Mobistar			Base				
Denmark	TDC Sonofon					Telia				
Finland	Radiolinja	Sonera				DNA				
France	Orange SFR				Bouygues					
Germany	T-Mobile Vodafone		E-Plus				O2			
Greece	Vodafone STET Hellas					Cosmote				Q Telecom
Ireland	Vodafone				O2				Meteor	
Italy	TIM Vodafone				Wind					
Netherlands	KPN Mobile	Vodafone			Telfort	T-Mobile Orange				
Portugal	TMN Vodafone						Optimus			
Spain	Telefonica Vodafone				Amena					
United Kingdom	Vodafone	O2 T-Mobile	Orange							
TOTAL	20	4	3	1	5	7	2	1	1	1

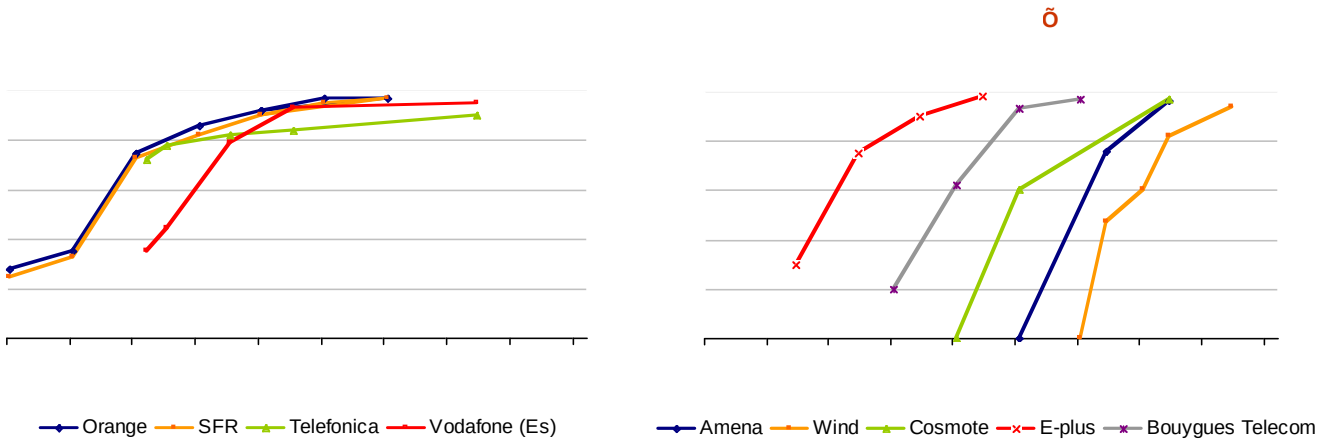
Source : Analyse TERA Consultants

Qu'observe-t-on[36] ? Que les entrants décalés ont été soumis à des besoins de financement plus ramassés dans le temps et à un pic financier sensiblement plus marqué (figure 6): une partie de l'explication tient aux nécessités d'un déploiement bien plus rapide du réseau technique (figure 5), les entrants décalés ayant abouti à des taux de couverture de la population proches de 100% en deux fois moins de temps que les primo-entrants. La compétitivité des offres dépendant à cette période (hormis des prix) des taux de couverture comparés, le déploiement rapide a été une figure stratégique obligée.

Mais cette marche à pas rapide a également été la règle pour assembler d'autres actifs matériels (réseaux de distribution) et immatériels (installation d'une marque dans le paysage des usagers effectifs ou potentiels).

Certes, ces acteurs ne se sont pas confrontés à l'incertitude radicale des primo-entrants (quelle valeur les consommateurs accorderont à la possibilité de téléphoner en situation de mobilité ?). Mais rappelons que les primo-entrants ont souvent affronté cette incertitude en situation de rente sur les services de téléphonie fixe.

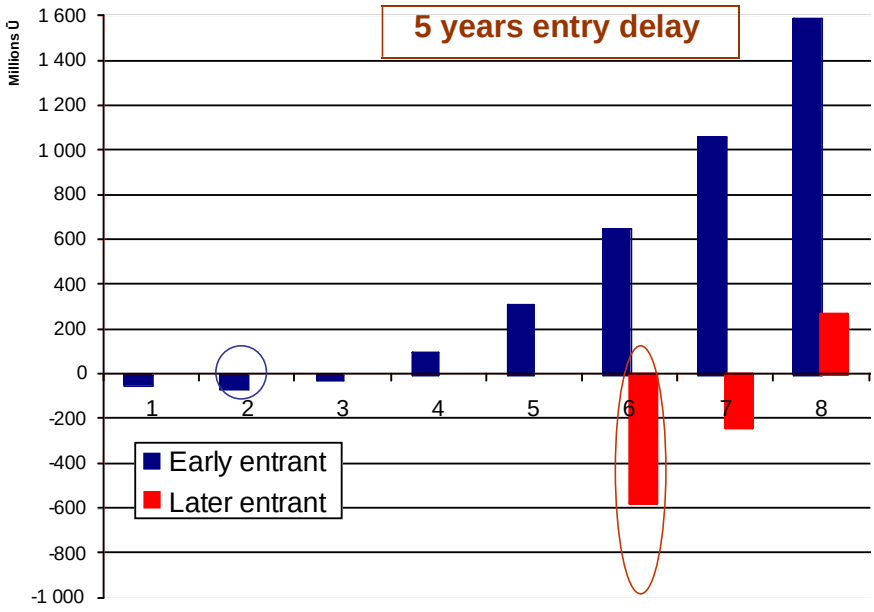
Figure 5 : Rythmes comparés de déploiement des réseaux techniques par les *early movers* et les *later movers.*



Source : Données opérateurs, analyse TERA Consultants

36 On trouvera en annexe des données plus détaillées.

Figure 6 : Risques financiers comparés des entrants selon leur rang (M€)[37]



Source : Analyse TERA Consultants

Globalement, les entrants décalés ont donc investi des moyens cohérents avec la concurrence des opérateurs déjà installés. Ces challengers ont très souvent été des aiguillons d'une concurrence en prix (cf. figure 14 en annexe) aussi bien qu'en innovation (figure 7) : les principales innovations en service, au plus grand bénéfice des consommateurs, ont été introduites par les challengers et rapidement copiées par les primo-entrants. Qu'il s'agisse, selon les marchés, de modes de tarification innovants, d'offres à usage « illimité », de services « non voix » (Internet mobile, services géolocalisés, …), …

[37] Pics de financement comparés pour des opérateurs entrés sur le marché avec 5 années de décalage.

Figure 7 : Innovations introduites par des *laters entrants*

•Belgium

- *October 2003: **Base** launches "SMS ticket": **unlimited SMS** for 14 euros per month*
- *November 2003: **Base** launches the first **teenager-fully-oriented offer** TMF*
- *October 2005: **Base** launches "Unlimited" (first time ever **unlimited on-net and associated brand-names offer** in Belgium) for 25 euros per month*

•France

- *November 1996: **Bouygues Telecom** launches the first ever **plans inclusive of talk-time with free unlimited access to voicemail box***
- *November 1999: **Bouygues Telecom** launches the first **week-end no-limit offer***
- *March 2000: **Bouygues Telecom** launches "Spot", a prepaid plan offering **extra communication time funded by advertisement***
- *June 2001: **Bouygues Telecom** launches the first **small-user profile plan inclusive if talk-time***
- *November 2002: **Bouygues Telecom** launches "**i-mode**"*

•Germany

- *1997: **E-plus** launches **prepaid offers***
- *1999: **O2** launches "Genion", which offers **reduced tariffs in the customer's chosen geographical area** - usually near the home or workplace*

•Italy

- *December 2001: **Wind** launches the first **mobile portal for PDAs** (mobile Internet content) and is the first to introduce **mobile video services***
- *May 2002: **Wind** is the first to offer **Mobile Number Portability** to allow customers to migrate to it without changing their previous mobile number*
- *November 2003: **Wind** carries out the Italian launch of "**i-mode**", the innovative service created by NTT DoCoMo with the aim of putting Internet services and content on to mobile phones*

•Spain

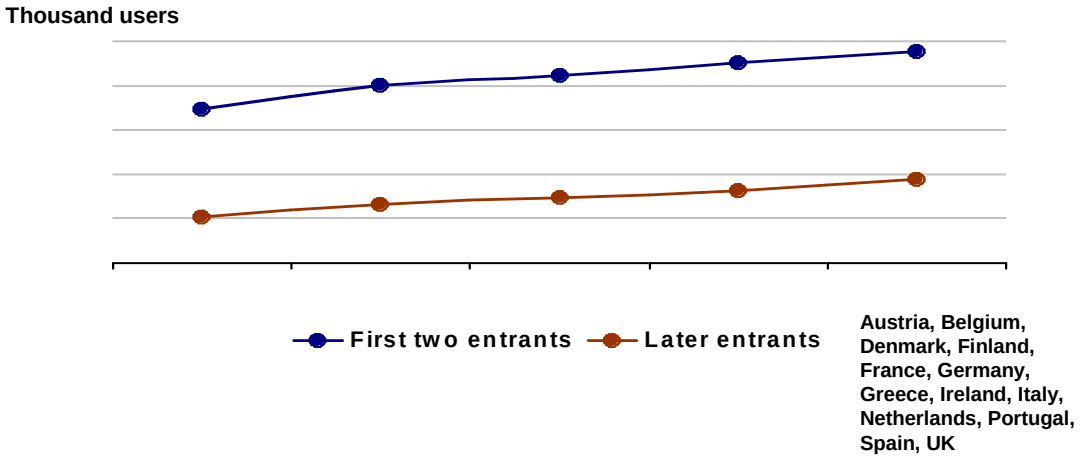
- *September 2000: **Amena** is the first Spanish operator to offer a **free voice mailbox***
- *November 2000: launch of the first Spanish **"chat" service with SMS***
- *May 2001: **Amena** launches "Donde" service, a **locating system** which indicates the services close to the user (restaurants, banks, roads, parking places, hospitals, gas stations, etc.) This service was developed in collaboration with the Spanish Ministry of Economy*
- *June 2001: **Amena** is the first Spanish operator to offer **GPRS** services*
- *June 2002: **Amena** is the first Spanish operator to offer **MMS** services*

•United Kingdom

- *April 1994: **Orange** is the first to launch **plans inclusive of talk-time** opposed to the monthly rental offered by incumbents*
- *April 1994: **Orange** is the first to introduce "**one second billing**" opposed to "the nearest minute or 30 second based billing"*

Source : Analyse TERA Consultants

Figure 8 : Croissance du nombre cumulé d'abonnés dans 13 pays européens

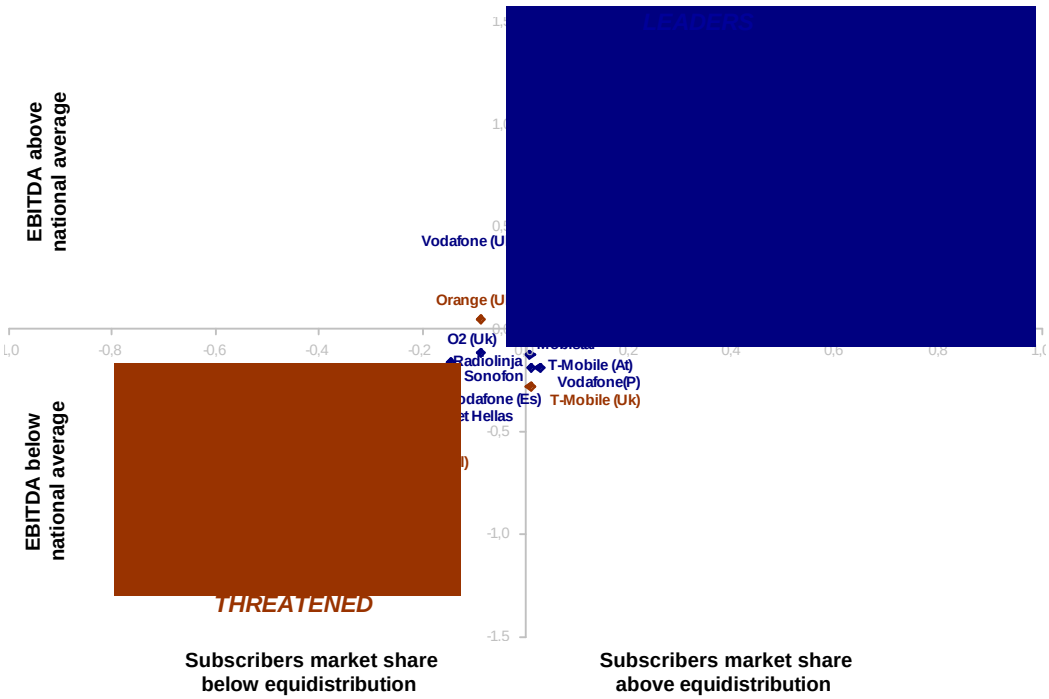


Source : Analyse TERA Consultants

Les entrants décalés sont-ils engagés dans un processus de rattrapage et érodent-ils, progressivement, le first mover advantage grâce à des politiques tarifaires généralement plus agressives et des innovations en service ? Force est de constater que non, alors même que les marchés sont aujourd'hui à maturité et que la concurrence se joue des usagers déjà engagés auprès d'opérateurs. On constate que les évolutions des volumes d'usagers des deux premiers entrants et des opérateurs suivants divergent légèrement, plutôt que de converger, depuis 2000 (figure 8). Non moins significatif et troublant, le groupe des leaders (cf. la figure 9 qui croise des variables de parts de marché et de rentabilité) est presque exclusivement composé d'acteurs entrés en premier ou en deuxième rang (en « bleu ») sur le marché. La seule exception à la règle étant l'opérateur grec Cosmote, tout en observant qu'il est issu de l'opérateur fixe historique. Autre point « singulier » : Orange (NL) étant entré en 3ème rang reste relégué dans son ensemble d'origine, bien qu'appartenant à un groupe pan-européen qui comprend d'autres filiales leaders sur leur marché.

Autrement dit, le « non rattrapage » est un phénomène transversal qui concerne tous les marchés européens et ne souffre pratiquement pas d'exception. Et la montée en puissance de services de 3ème génération constituera une nouvelle étape de ce « non rattrapage », puisque les leaders-primo-entrants orienteront un parc-clients massif vers ces nouvelles offres et réinstaureront un first-mover advantage sur ce nouveau marché.

Figure 9 : Accès au leadership des opérateurs selon leur rang d'entrée



Source : Analyse TERA Consultants

Le cas de la téléphonie mobile en Europe nous donne à observer le risque du développement de « faux négatifs ». Les primo entrants, sur la quasi-totalité des marchés nationaux de l'Union, ont fait fructifier leur avantage initial, sans qu'un processus de rattrapage soit en cours. Les autorités de la concurrence pourraient considérer, dans un premier temp,s que ces concurrents ne sont pas « encore » efficients, puis, ultérieurement, qu'ils sont sous-efficients. Si tel était le cas, des pratiques bénéficiant à court terme aux consommateurs, mais menaçant ces acteurs d'éviction, ne seraient pas considérées comme abusives (ex : offres couplées fidélisantes). Il y aurait là une grave inéquité et une menace pour le marché. Une inéquité parce que les derniers entrés sur les marchés européens de la téléphonie mobile ont été les promoteurs d'une concurrence par les mérites (en prix et en innovation). Une menace parce que les nouveaux challengers qui pourraient les remplacer seront en présence des mêmes primo-entrants, dont l'avantage initial n'aura pas été érodé, voire aura fructifié. Rien n'indique que les consommateurs tireraient des bénéfices substantiels et durables d'une fragilisation ou d'une disparition des actuels challengers. La téléphonie mobile est un exemple où l'avantage pour les consommateurs de la réduction des cas de « faux positifs » serait payé à un « taux de change » élevé par un accroissement très préjudiciable de cas de « faux négatifs ».

6. Conclusion : Du principe de précaution en politique de la concurrence.

La doctrine consistant à proscrire les pratiques potentiellement abusives selon leur forme a jusqu'alors fait office de « principe de précaution » : les acteurs dominants, investis d'une responsabilité spécifique, se voyaient privés de comportements éventuellement bénins, afin de préserver la concurrence et, par là, le surplus global. Il y a, certes, une forme de rusticité dans cette doctrine, mais c'est la norme dès lors qu'il s'agit de principe de précaution et la jurisprudence est souvent venu redonner des degrés de liberté.

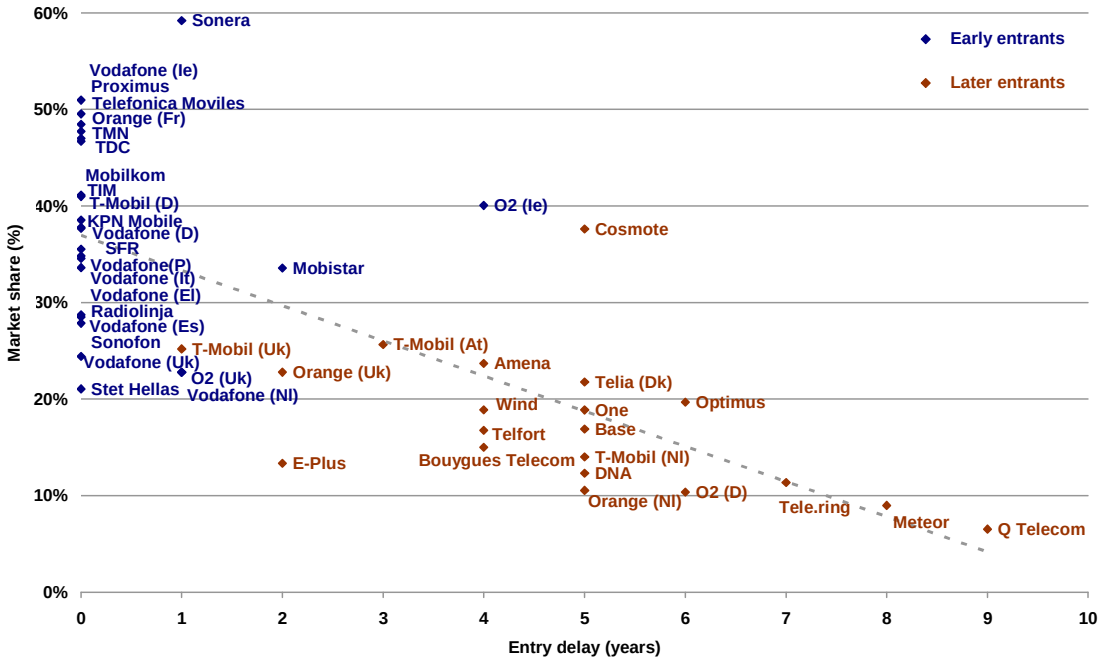
Le projet de révision de l'Article 82 soulève de très nombreuses observations. Certaines relèvent de la demande de vérification : est-on persuadé que l'Europe est aujourd'hui dans une configuration institutionnelle qui nécessite de concentrer l'attention sur le surplus du consommateur, plutôt que de poursuivre une politique qui fixe l'optimisation du surplus global comme cible directe de la politique de la concurrence ?

Mais, quand bien même les conditions « théoriques » seraient-elles réunies, de très nombreux obstacles demeureraient, tant la méthode comporte de faiblesses aussi bien pour « élire » les acteurs efficients, que pour actualiser les bénéfices (et dommages) futurs de pratiques potentiellement abusives. Lourdeurs et complexités techniques combinées pourraient faire des autorités de la concurrence des proies aisées à capturer pour les acteurs dominants, le risque étant de libérer des « faux négatifs », c'est-à-dire de considérer comme bénignes des pratiques dont la nocivité se révélerait sur la durée.

L'espace européen de la téléphonie mobile est un domaine où pourraient proliférer ces « faux négatifs » en liberté, au détriment des acteurs les moins puissants dans un premier temps et des consommateurs au final. Il se pourrait bien qu'à la fois le surplus des consommateurs et le surplus global en soient détériorés.

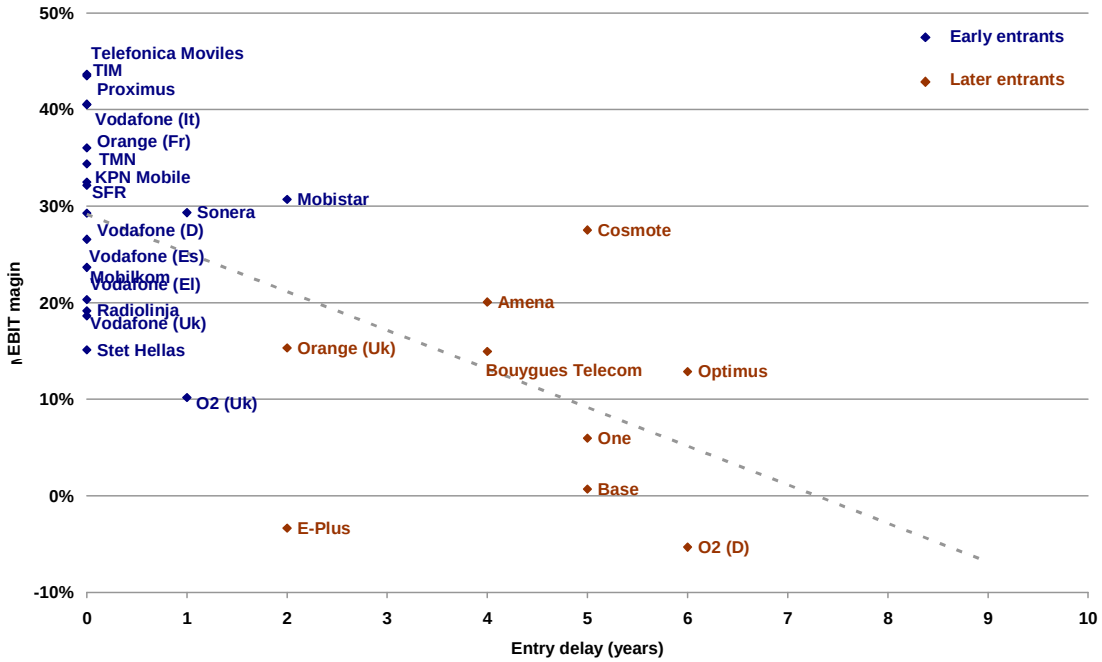
* Annexes

Figure 10 : Relation entre la part de marché des opérateurs et le décalage d'entrée



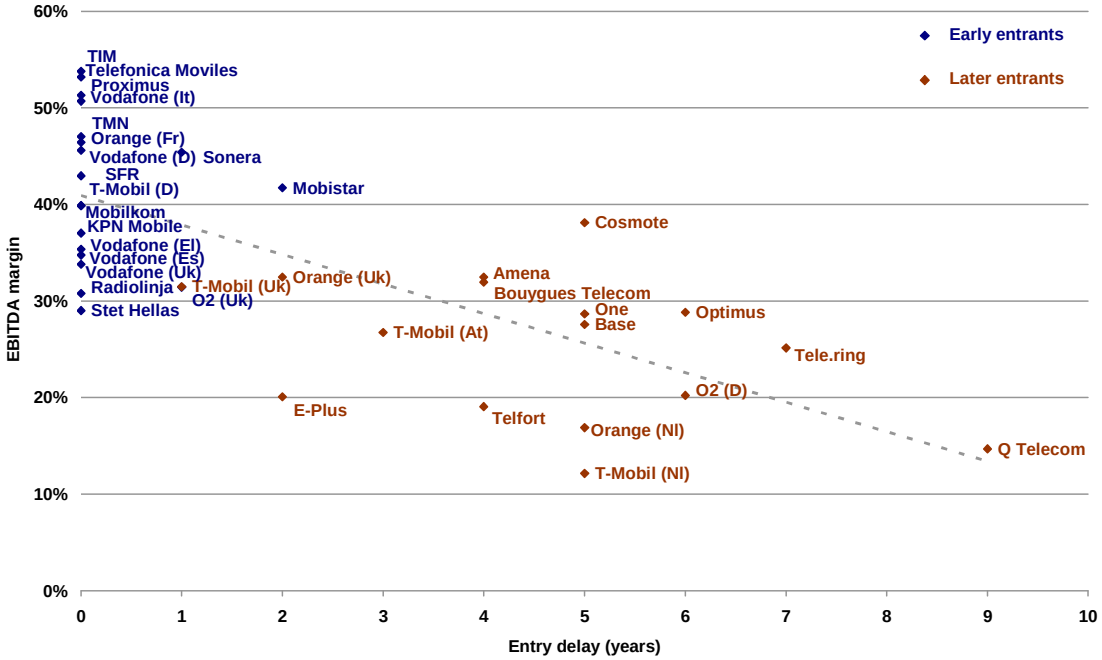
Source: OMSYC (2004)

Figure 11 : Relation entre la marge d'EBIT des opérateurs et le décalage d'entrée



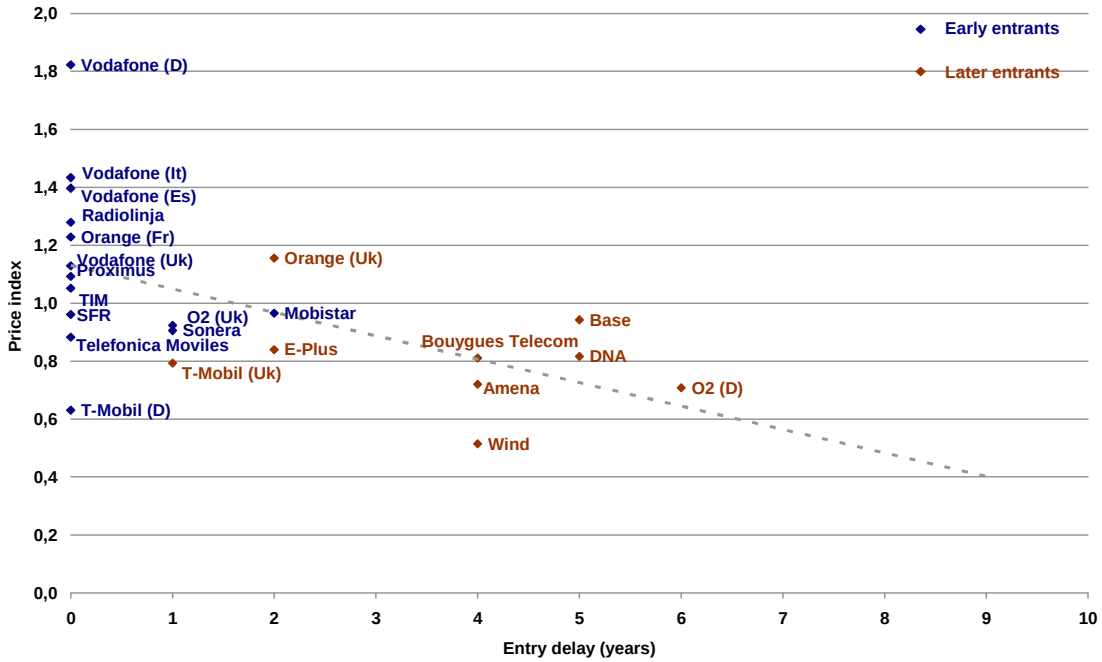
Source: OMSYC (2004)

Figure 12 : Relation entre la marge d'EBITDA des opérateurs et le décalage d'entrée



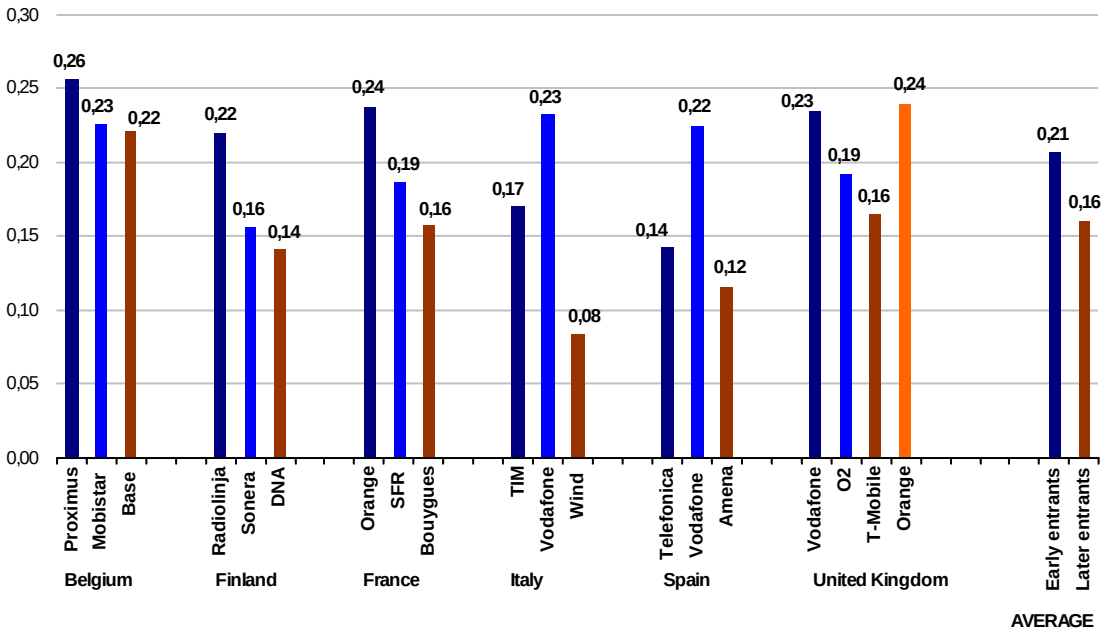
Source: OMSYC (2004)

Figure 13 : Relation entre le niveau de prix des opérateurs et le décalage d'entrée



Source: OMSYC (2003)

Figure 14 : Prix relatif des services des opérateurs selon leur rang d'entrée



$$\text{"Retail price" indicator} = \frac{\text{Total Voice Revenue} - \text{Interco Revenue}}{\text{Outgoing Traffic}}$$

Source : Analyse TERA Consultants

* Bibliographie

- *Ahlborn C., D. Bailey, H. Crossley (2005), An Antitrust Analysis of Tying: Position Paper in GCLC (2005), Research Papers on Article 82 EC, July.*
- *Bijwaard G.E. (2005), Maarten C.W. Janssen, Emiel Maasland (2005), "Early Mover Advantages", Faculty of Economics, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2005.*
- *Buehler S., Haucap (2003), Mobile Number portability, Sozialökonomisches Institut, university of Zurich, mars 2003.*
- *Busse M. (2000), Multimarket Contact and Price Coordination in the Cellular Telephony Industry, Journal of Economics and Management Strategy 9, N°3, Fall, 287-320.*
- *Carpenter, Nakamoto (1986), "Market Pioneers, Consumer Learning, and Product Perceptions: a Theory of Persistent Competitive Advantage", Research Paper, Columbia University and University of California.*
- *Caves R., Porter M. (1977), From entry barriers to mobility barriers, Quaterly Journal of Economics, 241-261.*
- *Combe E. (2005), Economie et Politique de la Concurrence, Dalloz.*
- *Demsetz H. (1973), Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy, Journal of Law and Economics, 16.*
- *DG Competition (2005), Discussion paper on the application of articles 82 of the Treaty to exclusionary abuses.*
- *EAGCP (2005), An economic approach to Article 82.*
- *Edwards, C.D. (1955), Conglomerate Bigness as a Source of a Power, in National Bureau of Economic Research Conference Report, Business Concentration and Price Policy, Princeton, Princeton University Press.*
- *Gal-Or E. (1985), "First Mover and Second Mover Advantages", International Economic Review, Vol.26, Nr.3, October.*
- *GCLC (2005), Research Papers on Article 82 EC, July.*
- *Heil O.P., Helsen K. (2001), Toward an understanding of price wars: Their nature and how they erupt, . Intern. J. of Research in Marketing 18 2001 83–98.*
- *Huck S. & alii (2004), Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies, Journal of Economic Behavior & Organization, 53, 435–446.*
- *Hylton K.N., Salinger M. (2004), Tying law and policy : a decision theoretic approach, Boston University School of Law, Working Paper n°01-04.*
- *Klemperer, P. (1989), Price Wars Caused by Switching Costs, Review of Economic Studies 56, 405-420.*
- *Kroes N. (2005), « Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82 », discours devant le Fordham Corporate Law Institute, 23 september.*
- *Laffont, J.-J., Tirole, J., (1991). The politics of government decision making: a theory of regulatory capture. Quarterly Journal of Economics, 1089–1127.*
- *Lieberman, Montgomery (1987), "First Mover Advantages", Strategic Management Journal, 1987, Vol. 9, Nr.1.*
- *Lieberman, Montgomery (1998), "First Mover (Dis)advantages: Retrospective and Link with the Resource-Based View", Strategic Management Journal, 1998 Vol. 19, Nr.12.*

- *Lowe P. (2003), speech delivered at Fordham Antitrust Conference, 23 October.*
- *Naki Sung (2005), "The Determinants of Market Share for Mobile Telecommunications Operators", University of Seoul, Department of Economics, International Telecommunications Society, 16th European Regional Conference*
- *Neven D.J. (2005), Competition Economics and Antitrust in Europe, Economic Policy Panel, London, October 21st.*
- *Neven D.J., Nuttal, R., Seabright, P., (1994), Merger in Daylight: the Economics and Politics of Merger Control in the EU, CEPR, London.*
- *Neven D.J., Röller L.H., (2005), Consumer surplus vs. welfare standard in a political economy model of merger control, International Journal of Industrial Organisation, 23.*
- *Omsyc (2004), Mesures comparatives d'indicateurs d'intensité concurrentielle sur les marchés mobiles européens en 2002.*
- *Parker, P.M, Röller, L. H. (1997), Collusive Conduct in Duopolies : Multimarket Contact and Cross-Ownership in the Mobile Telephone Industry, Rand Journal of Economics 28, Summer, 304-322.*
- *Perrot A. (2003), La politique de la concurrence contribue-t-elle à la croissance économique ?, Economie Publique, n°12.*
- *Posner, R.A., (1975), The social cost of monopoly and regulation. Journal of Political Economy 83 (4), 807–827.*
- *Röller L.-H., (2005), Using Economic analysis to strengthen competition policy enforcement in Europe, mimeo.*
- *Röller L.-H., Stenneck, J., Verboven, F., (1999). Efficiency gains from mergers. European Economy 5, 2001.*
- *Søgard L. (2006), « Article 82: A comment on DG COMP's discussion paper », Norwegian Competition Authority.*
- *Vesterdorf B. (2005), Considérations sur la notion de « concurrence par les mérites », Cour de Cassation, cycle de conférences « Droit et économie de la concurrence ».*
- *Ya-De Wong T. (2003), "Move Over, First Mover, A Theoretical and Empirical Analysis of First-Mover Advantage in the Internet Economy", Department of Economics, Stanford University.*
- *Telser, Lester G. "Cutthroat Competition and the Long Purse." Journal of Law and Economics, 9, pp. 259-77, 1966*
- *OCDE (2005), "Predatory Foreclosure", 15 mars 2005.*

* Table des illustrations

Figure 1: Surplus du consommateur versus surplus global?.....24
Figure 2 : Schématisation des types d'erreur dans l'application du droit de la concurrence 33
Figure 3 : Avantages et désavantages potentiels du first-mover.....37
Figure 4 : Chronologie d'entrée des opérateurs mobiles sur les marchés européens 41
Figure 5 : Rythmes comparés de déploiement des réseaux techniques par les early movers et les later movers. 42
Figure 6 : Risques financiers comparés des entrants selon leur rang (M€)....43
Figure 7 : Innovations introduites par des laters entrants.....44
Figure 8 : Croissance du nombre cumulé d'abonnés dans 13 pays européens 44
Figure 9 : Accès au leadership des opérateurs selon leur rang d'entrée.....45
Figure 10 : Relation entre la part de marché des opérateurs et le décalage d'entrée 48
Figure 11 : Relation entre la marge d'EBIT des opérateurs et le décalage d'entrée 48
Figure 12 : Relation entre la marge d'EBITDA des opérateurs et le décalage d'entrée 48
Figure 13 : Relation entre le niveau de prix des opérateurs et le décalage d'entrée 49
Figure 14 : Prix relatif des services des opérateurs selon leur rang d'entrée 50