

RLC 3224

## Le test de ciseau tarifaire en pratique : les défis de son implémentation

### Contexte et définition

Dans le cadre européen de la politique de la concurrence, une responsabilité particulière est imposée à l'opérateur dominant quant à la préservation de la concurrence effective sur le marché où il opère. La lutte contre les abus de position dominante vise à empêcher que la domination d'un acteur économique soit artificiellement maintenue ou étendue par l'utilisation stratégique du pouvoir de marché préexistant de l'opérateur dominant.

La prévention de ces abus de position dominante est spécialement nécessaire dans les industries où l'un des acteurs possède un actif qui s'impose comme un moyen indispensable d'accès à un marché donné. C'est le cas notamment des réseaux d'infrastructures dans les industries caractérisées par un monopole naturel (boucle locale, réseau d'électricité), mais cette situation peut aussi toucher des actifs immatériels comme des informations ou des codes informatiques.

Cet article s'intéresse spécifiquement à la pratique de ciseau tarifaire (ou compression de marges), qui est l'un des abus de position dominante susceptible d'intervenir dans ces situations d'actifs clés détenus par un opérateur. En particulier, il vise à discuter les défis rencontrés lors de l'applica-

tion d'un « test de ciseau tarifaire » visant à caractériser ce type de pratique<sup>(1)</sup>.

Un ciseau tarifaire peut survenir dans des contextes où un opérateur verticalement intégré est en position dominante sur l'activité amont et fait concurrence à l'aval à des entreprises non intégrées qui doivent se fournir auprès de lui.

On parle de ciseau tarifaire lorsque l'opérateur dominant en amont (l'opérateur A) fixe ses prix de détail (à l'aval) et de fourniture des intrants à ses concurrents (à l'amont) de manière à ne pas laisser un espace économique suffisant à ses concurrents à l'aval. Ces derniers ne sont en mesure d'opérer qu'à perte, ou dans des conditions de rentabilité dégradées, y compris s'ils sont aussi efficaces que l'opérateur A.

En pratique, plusieurs configurations de prix peuvent aboutir à un ciseau tarifaire. Par exemple, l'opérateur intégré dominant peut fixer les mêmes prix de détails que ses



Par Olivier SAUTEL  
Directeur  
Deloitte Economic  
Advisory

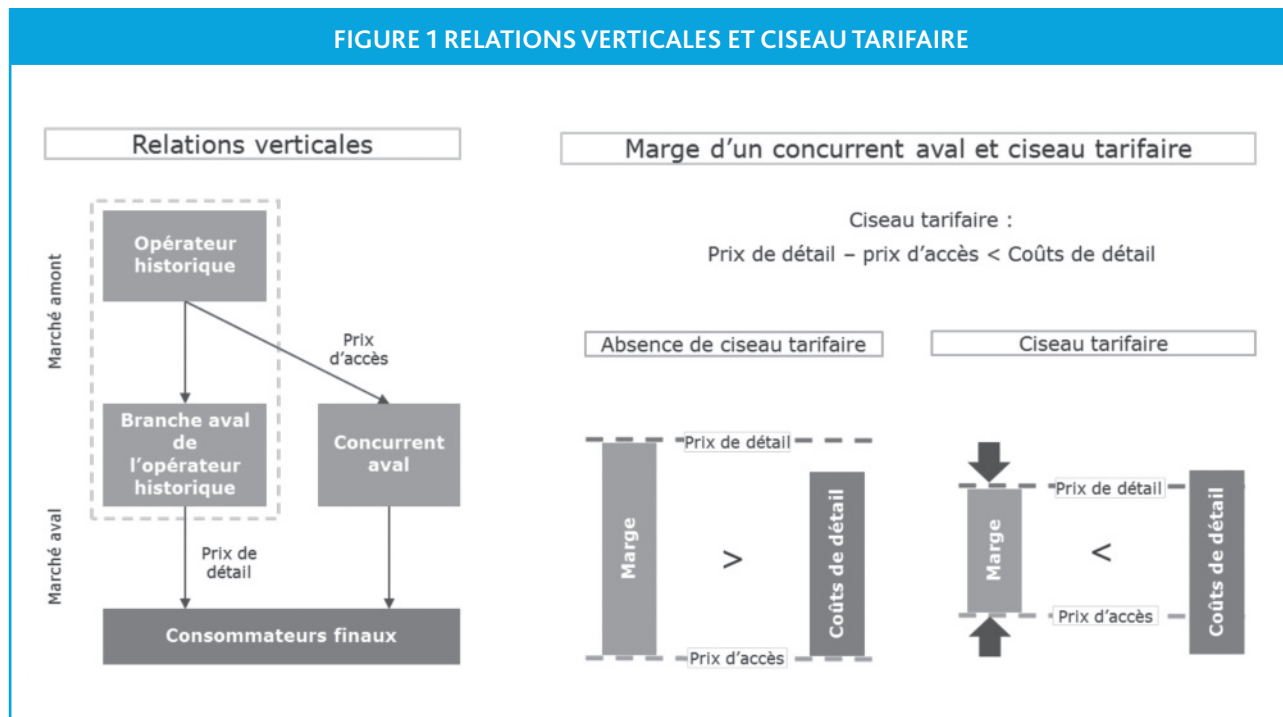


Et Angela MUÑOZ  
Manager  
Deloitte Economic  
Advisory

(1) Le débat concernant la caractérisation du ciseau tarifaire comme un type d'abus de position dominante distinct n'est pas abordé ici. En effet, l'une des différences les plus remarquables entre l'approche américaine et l'approche européenne du droit de la concurrence est que la jurisprudence américaine ne considère pas le ciseau tarifaire comme un type d'abus distinct, mais l'analyse comme une sorte de prédation. À l'inverse, en Europe, le ciseau tarifaire est un abus en lui-même qui concerne spécifiquement la différence entre le prix de détail et le prix d'accès, donc la marge, et non les niveaux de ces deux composantes.

concurrents, mais pratiquer un prix de gros supérieur aux prix appliqués à sa propre branche aval. Il peut également fixer un même prix en amont à sa branche aval qu'à ses concurrents, tout en pratiquant des prix de détails inférieurs à ses coûts.

Dans tous les cas, le ciseau tarifaire est caractérisé dès lors que la différence entre le prix amont et le prix aval pratiqués par l'entreprise intégrée est inférieure à son coût aval. La figure 1 illustre les relations verticales décrites et la logique du ciseau tarifaire.



Un test de ciseau tarifaire consiste ainsi à vérifier si la tarification choisie par un opérateur intégré permet à ses concurrents sur le marché aval d'opérer de manière viable. Le test de ciseau ne cherche pas à porter un jugement sur le niveau du prix du bien amont ou sur le niveau des prix de détail considérés séparément, mais uniquement sur la différence entre ces deux prix.

## Les défis de l'implémentation d'un test de ciseau

Si la logique derrière le ciseau tarifaire est assez claire, la mise en œuvre d'un test de ciseau soulève des défis méthodologiques et des questionnements théoriques importants.

L'implémentation du test nécessite tout d'abord d'arrêter une position méthodologique sur l'opérateur de référence et le standard de coûts.

### Quel opérateur de référence ?

L'opérateur de référence pour appréhender la rentabilité de l'activité compte tenu des coûts de gros pratiqués est l'opérateur dominant en amont. Autrement dit, le test revient à étudier la rentabilité que dégagerait l'opérateur

dominant en amont, compte tenu du niveau de ses coûts autres que les coûts de gros, dans le cas où il s'appliquerait à lui-même les prix de gros qu'il applique à ses concurrents à l'aval.

Le fait de retenir l'opérateur dominant à l'amont comme opérateur de référence a deux intérêts majeurs.

Le premier est de donner une sécurité juridique à la firme intégrée dominante. Lorsque celle-ci choisit sa tarification, elle ignore les coûts de ses concurrents et ne peut donc pas savoir si le prix de gros pratiqué lui permettra d'opérer profitablement sur le marché. Elle serait donc en situation d'enfreindre la règle sans le savoir. Le fait de s'appuyer sur ses propres coûts lui permet de répliquer le test en interne et de s'assurer de la conformité de ses tarifs à ce test.

Le second intérêt est de conserver le principe de protection de la concurrence et non des concurrents. Le contrôle des prix de gros et de détail de l'opérateur dominant à l'amont n'a pas pour objectif d'assurer coûte que coûte l'accès au marché aval à un concurrent qui serait moins efficace, en compensant par un prix de gros plus faible son inefficacité sur l'activité de détail. Seul un opérateur aussi efficace à l'aval, et qui est donc en mesure d'exercer à l'aval une concurrence par les mérites, doit être protégé d'une stratégie d'éviction qui consisterait à le pénaliser

par l'intermédiaire du prix de gros (ou du prix de détail). Le critère retenu est donc celui d'un opérateur « aussi efficace »<sup>(2)</sup> que l'opérateur dominant à l'amont.

Le test est donc généralement réalisé sur la base des coûts de l'activité de détail constatés au niveau de la filiale aval de l'opérateur intégré dominant à l'amont.

### Quel standard de coûts ?

Les coûts de détail supportés constituent une variable cruciale du test. Ce sont eux qui doivent être couverts par la marge constatée entre le prix de détail et le prix de gros.

Un enjeu important du test consiste à définir le type de coûts à retenir : s'agit-il du coût marginal (coût de la dernière unité produite) ou du coût complet (c'est-à-dire, coût incluant les coûts d'investissements) ? Quel niveau de coûts est-il nécessaire de couvrir pour assurer une concurrence soutenable par un opérateur aussi efficace ?

Le critère le plus souvent retenu est celui du coût incrémental de long terme<sup>(3)</sup>. L'ARCEP le définit comme « les coûts supplémentaires induits pour la production d'un service par rapport aux coûts déjà induits par la production d'un portefeuille d'autres services »<sup>(4)</sup>. Ce concept se rapproche de celui du coût marginal au sens où il s'agit bien d'isoler le coût additionnel relatif à une activité existante, mais s'en écarte au sens où il n'est pas question de considérer seulement le coût de la dernière unité produite mais celui de l'ensemble de l'activité. La notion de long terme a pour

objet d'intégrer les coûts d'investissements spécifiquement nécessaires à la fourniture du service en question. En tenant compte de la dimension temporelle de l'activité, on rend en quelque sorte « variables » les coûts fixes : à long terme, certains coûts fixes seraient ajustés en cas d'absence de l'offre considérée par le test, et doivent alors être considérés comme imputables à l'activité. La notion de coût incrémental de long terme est aussi bien illustrée par la notion de « coût évitable ».

Tout l'enjeu de cette notion consiste à reconstituer ce qu'aurait été les coûts de l'opérateur de référence dans la situation hypothétique où l'activité couverte par les prix de gros n'existerait pas. Si l'opérateur en question était mono-produit, tous ses coûts seraient associés à la fourniture du service en cause : le coût incrémental de long terme est alors simplement égal au coût complet moyen. Si l'opérateur exerce d'autres activités, il faut au contraire distinguer dans sa structure de coûts tous ceux qui disparaîtraient à long terme s'il conservait uniquement les autres activités.

L'approche en termes de coût incrémental de long terme revient à comptabiliser dans les coûts certains coûts fixes et coûts communs à plusieurs activités. En conséquence, l'efficacité d'un opérateur va être en partie dépendante de la structure de son activité, c'est-à-dire de sa taille sur l'activité en question mais aussi de l'étendue de sa gamme de produits et services. L'issue du test peut alors cruciallement dépendre de la façon dont on neutralise ou non ces effets de taille ou de gamme.

### Quelle prise en compte des différences structurelles entre l'opérateur dominant et ses concurrents ?

#### → Test de ciseau et différence de taille des entreprises

L'application du critère de l'opérateur aussi efficace est plus complexe lorsqu'il existe des coûts fixes intégrés à l'analyse dans le cadre d'une approche de coûts incrémentaux de long terme. En effet, la rentabilité et donc la viabilité d'un opérateur dépendra alors de sa taille. La récupération d'un investissement sera plus facile lorsqu'un opérateur dispose d'un grand nombre de clients, puisque le revenu s'accroît à coût inchangé. La tarification de gros mise en place (présence ou non de coût d'entrée et/ou de partie fixe) peut également accroître l'importance de la taille du parc dans la rentabilité des activités aval.

Un opérateur aussi efficace en termes de coûts variables, mais de taille plus réduite, pourra alors ne pas être rentable alors même qu'un test de ciseau mené en prenant l'opérateur dominant comme opérateur de référence ne montrera aucun effet de ciseau.

(2) Dans ses orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (§ 23), la Commission européenne précise : « Pour éviter l'éviction anticoncurrentielle, la Commission n'interviendra normalement que lorsque les pratiques considérées ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence d'entreprises considérées comme aussi efficaces que l'entreprise dominante ». Au niveau européen, ce test a été confirmé par l'arrêt *Deutsche Telekom* (CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-280/08 P), l'arrêt *TeliaSonera* (CJUE, 17 févr. 2011, aff. C-52/09) et l'arrêt *Telefónica* (Trib. UE, 29 mars 2012, aff. T-336/07). En France, la Cour de cassation a validé cette approche dans son arrêt *Tenor* du 3 mars 2009 (Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-14.435 et n° 08-14.464, Bull. civ. IV, n° 30).

(3) La Commission européenne précise également (§ 80) : « Dans les cas de compression des marges, le critère de référence sur lequel se fondera généralement la Commission pour déterminer les coûts supportés par un concurrent aussi efficace sera le CMMLT [coût marginal moyen à long terme ou coût incrémental de long terme] de la division en aval de l'entreprise dominante intégrée ». V. not. la décision de la Commission européenne *Wanadoo España/Telefónica* (Comm. CE, déc. n° COMP/38.784, 4 juill. 2007). En France, on retrouve cette approche dans la décision du Conseil de la concurrence du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom (Cons. conc., déc. n° 04-D-48, 14 oct. 2004) et dans la décision de l'Autorité de la concurrence du 29 juillet 2015 relative à l'exécution des engagements souscrits dans la décision n° 14-DCC-160 autorisant la prise en contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice (Aut. conc., déc. n° 15-DAG-02, 29 juill. 2015).

(4) La définition de l'ARCEP est disponible à l'adresse suivante : [https://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gsavis/ann200-1171.htm](https://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/ann200-1171.htm).

Faut-il alors « corriger » le niveau de coût retenu pour tenir compte d'une asymétrie de taille et neutraliser ainsi l'avantage de l'opérateur dominant ?

Plusieurs facteurs peuvent expliquer qu'un opérateur potentiellement aussi efficace ait une taille plus réduite, par exemple en cas d'ouverture d'un marché à la concurrence ou de la présence d'un effet de réputation lié à l'activité en amont. L'avantage d'une telle correction est alors qu'elle permet d'assurer l'entrée et la survie de nouveaux acteurs sur le marché de détail, en attendant qu'ils puissent atteindre une masse critique de clients et bénéficier ainsi à leur tour des économies d'échelles.

Mais le fait de compenser le déficit de taille par le niveau du prix de gros crée le risque de promouvoir une structure de marché inefficace, dans laquelle des acteurs trop petits seraient artificiellement maintenus sur le marché.

Il est donc important que le test énonce clairement les trajectoires attendues de croissance, pour que les nouveaux entrants soient effectivement incités à réduire leur déficit de taille et à viser une taille critique.

### → Test de ciseau et différence de gamme entre opérateurs

Il n'est pas rare que l'opérateur dominant en amont exerce des activités plus larges que l'activité visée par le test de ciseau<sup>(5)</sup>. L'étendue de cette gamme d'activité peut être un facteur d'efficacité, en lui permettant de mutualiser certains coûts communs. La question qui se pose est alors celle de l'efficacité relative d'un concurrent sur le marché de détail qui voudrait souscrire aux contrats de gros tout en proposant une gamme plus réduite au sein de l'activité en cause et/ou en offrant un portefeuille d'activités plus étroit.

Faut-il mesurer l'efficacité et donc mener le test de ciseau au niveau d'un opérateur ayant la même offre que l'opérateur dominant à l'amont, ou au contraire neutraliser les différences de gamme et raisonner sur un test de ciseau sur la seule activité en cause, et au niveau de chaque produit/offre de la gamme de l'opérateur dominant ?

L'approche qui utilise l'ensemble de produits/services repose sur le principe selon lequel des opérateurs aussi efficaces devraient au moins être en mesure de répliquer de manière profitable l'offre des services de l'opérateur dominant intégré. L'intérêt de cette approche est qu'elle intègre les gains d'efficacité d'offrir plusieurs produits simultanément. Si tous les opérateurs peuvent offrir la même gamme de produits à partir du moment où ils souscrivent

à l'offre de gros, ces gains d'efficacité sont accessibles à tous : le test doit être mené sur la base du panier d'offre qui maximise la rentabilité et est le plus efficace. Un test de ciseau n'a pas vocation à « protéger » un concurrent qui n'adopterait pas une stratégie efficace et rationnelle.

Le test de ciseau ne doit pas adopter des segmentations trop artificielles ou qui ne correspondent pas à la logique économique des offres proposées et des choix des consommateurs. C'est dans cet esprit que l'Autorité de la concurrence a considéré qu'il était normal d'évaluer la rentabilité d'une activité de détail de vente d'accès à Internet au niveau d'un panier d'offres plus ou moins riches en options et en contenu audiovisuel, et non offre par offre<sup>(6)</sup>.

La situation est plus ambiguë dans le cas où les opérateurs concurrents à l'aval ne seraient pas en mesure de répliquer une partie de l'offre. C'est le cas par exemple si l'une des activités bénéficie d'un monopole légal, ou temporaire, ou encore lorsque d'importantes barrières à l'entrée sur l'une des activités ne permettent pas à un nouvel entrant d'entrer simultanément sur plusieurs activités (on peut imaginer le cas d'un opérateur qui souhaiterait lancer une activité d'accès à Internet au détail sans pouvoir simultanément développer son propre réseau de téléphonie mobile).

Dans ces cas, une approche par produit considère la possibilité de survie d'opérateurs spécialisés, pour lesquels l'entrée sur le marché pourrait être moins coûteuse et qui pourraient plus tard se développer sur d'autres marchés et concurrencer l'entreprise dominante sur les différents marchés sur lesquels elle est active.

Là encore, le choix d'une ou l'autre approche nécessite une analyse fine de la dynamique du secteur considéré. On peut ainsi imaginer un cas dans lequel la palette d'activités sur laquelle est appréciée la rentabilité évolue dans le temps, afin qu'il soit à tout moment accessible à un opérateur alternatif ayant effectivement mis en œuvre les investissements nécessaires pour répliquer la gamme d'activité dont bénéficie l'opérateur dominant à l'amont.

### → Test de ciseau et opérateur « raisonnablement » aussi efficace

La prise en compte des déterminants structurels d'efficacité renvoie en fait au choix entre une approche stricte du principe d'opérateur aussi efficace et une approche amendée aussi appelée « concurrent raisonnablement aussi efficace ». Le choix entre ces deux approches n'est fondamentalement pas un choix de méthodologie du test de ciseau tarifaire. Il s'agit d'un choix en amont de politique de concurrence et de régulation.

(5) Un premier enjeu est alors de savoir comment allouer les coûts communs à plusieurs activités, comme c'est le cas des dépenses publicitaires ou des coûts de structure. Le choix entre une allocation au prorata du chiffre d'affaires, du nombre de clients ou des effectifs liés aux différentes activités n'est pas évident, et doit être discuté par postes de coûts.

(6) Aut. conc., déc. n° 15-DAG-02, 29 juill. 2015, relative à l'exécution des engagements souscrits dans la décision n° 14-DCC-160 autorisant la prise en contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice.

Il est capital que ce choix soit appuyé sur une analyse de long terme du secteur en question et de son équilibre souhaitable en matière de concurrence. C'est cette approche globale qui guidera ensuite l'implémentation du test de ciseau et le choix des paramètres à retenir pour le calcul des coûts incrémentaux de long terme.

### Quel horizon temporel d'évaluation de la rentabilité ?

Une autre question importante à considérer est celle de l'horizon temporel à retenir pour mesurer la rentabilité de l'activité de détail.

En présence de coûts fixes (qui peuvent être des coûts d'investissement dans une infrastructure mais aussi des coûts commerciaux de lancement d'un service par exemple), les flux de trésorerie de revenus et de coûts de l'activité ne sont pas linéaires. On s'attend souvent notamment à une amélioration progressive de la rentabilité d'une activité.

Dans le cas d'une approche période par période, l'équilibre économique, représenté par la comparaison des revenus et des coûts observés dans la comptabilité de l'opérateur dominant, est évalué et vérifié à chaque période, les investissements étant comptabilisés selon leur valeur d'amortissement.

Le principal avantage de cette approche est qu'elle maximise les incitations d'opérateurs tiers à entrer sur le marché, le bilan entre recettes et coût devant toujours être positif. Par ailleurs, la focalisation à chaque point dans le temps rend le test moins sensible aux aspects d'horizon temporel.

Cette approche méthodologique est néanmoins peu adaptée à des modèles économiques liés à des investissements de long terme et risque de sous-évaluer le coût d'immobilisation du capital.

Une seconde option consiste à suivre une approche de flux de trésorerie actualisés, *Discounted Cash Flow* (DCF) en anglais.

L'ensemble des flux positifs et négatifs (recettes vs. coûts) sont comptabilisés à leur date d'occurrence sur une certaine durée et sont ensuite actualisés pour déterminer la valeur actualisée nette de l'ensemble de l'activité. Elle permet de tenir compte non seulement des revenus actuels, mais aussi des revenus futurs d'investissements consentis dans le présent. Dans le cas où la valeur nette actualisée est positive, on considère qu'il n'y a pas de ciseau tarifaire. Dans le cas contraire, on considère que le ciseau tarifaire est établi.

Cette approche permet de prendre en compte la dimension temporelle des investissements dans les industries

caractérisées par des coûts fixes importants et minimise ainsi le risque de plaintes opportunistes d'acteurs qui seraient uniquement prêts à réaliser des engagements de court terme. Par ailleurs, elle est compatible avec les modèles d'évaluation de projets souvent utilisés par les acteurs économiques.

Mais la méthode est plus exigeante sur le plan méthodologique.

Les résultats sont notamment fortement sensibles au taux d'actualisation retenu. Lorsqu'il existe, le taux d'actualisation fixé par le régulateur pour l'ensemble des obligations de l'opérateur dominant peut être utilisé. Si aucun taux « préétabli » n'existe, il est d'usage de retenir le coût moyen pondéré du capital (WACC<sup>(7)</sup>) de la firme dominante à l'amont. Mais ce paramètre peut alors être sujet à des débats très animés, par exemple lorsque les conditions de financement de l'opérateur alternatif sont très différentes de celles de l'opérateur dominant. Dans ce cas, le niveau de WACC à retenir renverra à nouveau au choix quant au caractère symétrique ou asymétrique de la politique à mener.

Quelle que soit l'approche retenue, la dimension temporelle de l'activité considérée oblige à se projeter sur le devenir de l'activité en question, et donc d'anticiper sur les évolutions des prix de gros, des prix de détails, des tailles de parc et des coûts de détail. Mener un test de ciseau tarifaire nécessite donc une compréhension poussée du marché considéré, mais aussi un suivi régulier dans le temps des évolutions effectives du marché.

## Conclusion

La définition du ciseau tarifaire et le principe derrière le test utilisé pour le caractériser sont conceptuellement simples et accessibles. Cependant, l'application du test de ciseau soulève un certain nombre de défis méthodologiques, qui complexifient sa mise en œuvre.

Deux messages principaux peuvent être retenus. Le premier est que l'implémentation d'un test de coût repose nécessairement sur une compréhension détaillée et à long terme du secteur considéré et des structures de coûts des acteurs considérés.

Le deuxième est que plusieurs des grands choix méthodologiques sont directement dépendants du choix de politique de concurrence/régulation, et ne se réduisent donc pas à des choix techniques. Une vision claire et assumée du devenir souhaité de l'industrie en question est indispensable à la définition de la « bonne » méthodologie d'implémentation d'un test de ciseau tarifaire. ■

(7) *Weighted Average Cost of Capital*.