



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de droit européen des affaires
Dirigé par Louis Vogel
2010

Les prix prédateurs

Elsa Thauvin

Sous la direction de Louis Vogel



MEMOIRE SUR LES PRIX PREDATEURS

Elsa THAUVIN
M2 Professionnel Droit européen des affaires
Sous la direction de Monsieur le Professeur Louis Vogel
Année universitaire 2009/2010

Sommaire

Résumé	p 4
Introduction	p 6
I- <u>Pratique de prix bas : le passage d'une approche per se à une approche par les effets</u>	p 9
A- Une pratique de prix bas est-elle pro ou anti concurrentielle ?	p 10
B- Esquisse d'une méthode pour évaluer les effets d'une pratique prédatrice	p 17
II- <u>Le test de coût à retenir et les difficultés tenant à sa mise en œuvre</u>	p 23
A- Le test Areeda-Turner et ses évolutions	p 24
B- La condition de récupération des pertes	p 37
III- <u>La prise en compte des effets dans l'analyse de la prédation</u>	p 42
A- L'analyse des effets dans les tests économiques	p 42
B- L'analyse des effets en matière jurisprudentielle	p 49
IV- <u>Prix prédateur sur un marché non dominé : la difficile preuve de la construction d'une réputation d'agressivité</u>	p 58
A- L'analyse du lien entre les marchés	p 60
B- La preuve du comportement prédateur	p 63
Conclusion	p 67
Annexes	p 68
Bibliographie	p 77
Table des matières	p 83

Résumé

Ces dernières années, les autorités de concurrence ont été amenées à s'interroger sur les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels des pratiques de prix bas en prenant en considération les effets de la pratique et non plus en retenant une approche qui sanctionne per se certains comportements comme la prédation.

L'approche par les effets est donc une approche en deux temps. Les autorités de concurrence doivent en premier lieu rechercher le dommage causé par la pratique à court terme mais également à moyen et long terme. Dans un second temps, il faut identifier la stratégie de l'entreprise et voir si elle est rationnelle économiquement et susceptible d'offrir aux consommateurs des gains d'efficacité. La recherche d'une stratégie crédible doit donc permettre de départager les politiques de prix bas liées uniquement à une volonté d'exclusion des concurrents, des tarifs découlant des gains d'efficacité et bénéficiant aux consommateurs.

La Commission européenne a précisé qu'elle serait amenée à intervenir « *lorsqu'il existe des preuves de ce qu'une entreprise dominante adopte un comportement prédateur en supportant des pertes ou en renonçant à des bénéfices à court terme, et ce délibérément (il s'agit donc d'un véritable sacrifice financier), de façon à évincer ou à pouvoir évincer un ou plusieurs de ses concurrents réels ou potentiels en vue de renforcer ou de maintenir son pouvoir de marché, portant de ce fait préjudice aux consommateurs* ».

Ainsi, pour déterminer si l'entreprise en position dominante adopte un comportement prédateur, il convient dans un premier temps d'opérer une comparaison prix/coût. Le test Areeda Turner est très largement appliqué par les autorités de concurrence. Le coût pertinent à prendre en compte a évolué. Tout d'abord il a s'agit du coût variable moyen, mais la Commission européenne fait désormais référence au coût évitable. Enfin, dans certaines hypothèses, lorsque l'entreprise dominante assure à la fois une activité monopolistique et une activité de concurrence, le coût pertinent est le coût incrémental.

En matière de prix prédateurs, la jurisprudence Akzo du 3 juillet 1991 fait figure de référence. Deux situations doivent être envisagées. Lorsque les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont inférieurs à ses coûts variables, il y a une présomption de prédation car une

telle politique ne peut s'expliquer que par la volonté de la firme d'évincer ses concurrents. Si les prix sont supérieurs aux coûts variables moyens mais inférieurs au coût total, ils ne seront considérés comme abusifs que s'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but l'élimination des concurrents.

Les autorités de concurrence se sont également interrogées sur le fait de savoir s'il fallait tenir compte de la possibilité pour l'entreprise en cause de récupérer ses pertes pour qualifier son comportement de prédateur. La jurisprudence européenne et américaine diverge sur ce point. Si aux Etats Unis, la condition de récupération des pertes est une condition nécessaire car en l'absence de recoupement la stratégie n'est pas rationnelle, pour la Cour de justice des communautés européennes il s'agit là d'un simple indice de démonstration de la prédation.

Au-delà du test de coût, la Commission européenne retient désormais une approche par les effets. Différents tests ont été proposés par les économistes pour apprécier les effets de la prédation et ses chances de succès. Par ailleurs, une analyse de la stratégie des entreprises permet d'identifier quatre types de prédation : la prédation financière, la prédation par construction d'une réputation d'agressivité, la prédation par signal et enfin la prédation par test de marché. Cette approche par les effets a trouvé également une consécration jurisprudentielle. Ainsi une entreprise dominante bien que pratiquant des prix inférieurs à ses coûts fixes pourra justifier son comportement dès lors que ses prix sont supérieurs aux coûts variables. Cette position a été confirmée dans une communication de la Commission européenne, qui exige que soit démontré que l'éviction du ou des concurrents est préjudiciable pour le consommateur et que cette éviction est anticoncurrentielle.

L'approche par les effets des pratiques de prix prédateurs permet d'éviter que des entreprises en position dominante soient condamnées alors qu'elles ne mettent en œuvre aucune stratégie d'éviction anticoncurrentielle. Toutefois, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si une telle approche n'est pas trop restrictive empêchant ainsi toute condamnation. Cette question mérite d'être posée à la lecture de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 mars 2009 dans l'affaire GlaxoSmithKline. En l'espèce, la Cour a conclu à l'absence de prix prédateurs, la preuve de la construction d'une réputation d'agressivité alors que l'entreprise n'était pas en position dominante sur le marché en cause, n'ayant pas été rapportée.

Introduction

John Rockefeller disait « seul un concurrent mort n'est pas dangereux »¹. Cette phrase révèle toute l'ambiguïté de la question des prix prédateurs. La concurrence entre entreprises peut aboutir à l'éviction d'un ou plusieurs concurrents par une firme plus efficace. Si cette affirmation ne suscite pas de problèmes à première vue, il convient de s'interroger sur les politiques de prix bas. Celles-ci sont-elles nécessairement anticoncurrentielles ?

La réponse est négative et il convient d'opérer une distinction entre les stratégies purement anticoncurrentielles et celles qui permettent à une entreprise en position dominante de proposer des produits à un prix inférieur à celui de ses concurrents au terme d'une concurrence par les mérites.

Il n'est pas illégal en soi d'occuper une position dominante qui résulte d'une concurrence par les mérites, seule l'exploitation abusive de cette position est illégale. L'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne constitue la base juridique d'une composante essentielle de la politique de concurrence et son application effective permet un meilleur fonctionnement des marchés, au bénéfice des entreprises et des consommateurs².

La protection des consommateurs guide l'application de l'article 102 du Traité. Ceux-ci tirent profit de la concurrence par des prix moins élevés, une qualité meilleure et un choix plus vaste de biens et services nouveaux ou plus performants.

Plus généralement, l'objectif de la Commission est de préserver le jeu de la concurrence dans le marché intérieur afin que les entreprises détenant une position dominante n'excluent pas leurs concurrents par d'autres moyens qu'une concurrence par la qualité des produits ou des services qu'elles fournissent. Dans ses lignes directrices, la Commission souligne que son action vise à assurer l'exercice d'une « concurrence effective » qui ne saurait être limitée à la simple protection des concurrents. Il ne s'agit donc pas d'assurer la pérennité des concurrents,

¹ Citation reprise dans Stratégie de prix-Prix prédateurs : l'enseignement de l'analyse économique, Problèmes économiques n°2683, 11 octobre 2000, Laurent Benzoni.

² Communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOUE 24/02/2009, C 45/7.

car l'exercice d'une politique saine de concurrence peut avoir pour effet de faire disparaître du marché les concurrents moins intéressants pour les consommateurs du point de vue des prix, du choix, de la qualité et de l'innovation.

C'est dans ce contexte que doit être abordée la question des prix prédateurs. La Commission européenne a précisé qu'elle serait amenée à intervenir « *lorsqu'il existe des preuves de ce qu'une entreprise dominante adopte un comportement prédateur en supportant des pertes ou en renonçant à des bénéfices à court terme, et ce délibérément (il s'agit donc d'un véritable sacrifice financier), de façon à évincer ou à pouvoir évincer un ou plusieurs de ses concurrents réels ou potentiels en vue de renforcer ou de maintenir son pouvoir de marché, portant de ce fait préjudice aux consommateurs* »³.

La sanction des pratiques prédatrices repose sur l'article 102 du Traité de Lisbonne et en droit français sur le fondement de l'article L 420-2 du Code de commerce qui prohibent les abus de position dominante. La jurisprudence s'est également saisie de la question. Dans sa jurisprudence Akzo du 3 juillet 1991, la Cour de justice des communautés européennes a jugé qu'il fallait distinguer entre deux situations. Si les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont inférieurs à ses coûts variables moyens, il y a une présomption de prédation. Si l'entreprise en cause propose des prix supérieurs à ses coûts variables moyens mais inférieurs à ses coûts totaux alors l'autorité de concurrence ou le plaignant devra prouver que la stratégie s'inscrit dans le cadre d'un plan visant à éliminer les concurrents.

Dès lors l'approche en matière de prix prédateurs repose dans un premier temps sur une analyse des coûts. Toutefois, il convient de déterminer le coût pertinent à prendre en compte, ce qui n'est pas chose aisée et les économistes ont été amenés à proposer de nouveaux tests.

Néanmoins, celle-ci ne serait être suffisante et les autorités de concurrence sous l'influence des économistes ont abandonné progressivement l'analyse per se pour lui substituer une analyse par les effets permettant de distinguer les pratiques proconcurrentielles de celles anticoncurrentielles. Tenir compte de la stratégie des entreprises semblerait la solution idéale.

³ Voir la communication de la Commission point 69 cité supra

Ces dernières années, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne ont eu à traiter de la question des prix prédateurs que ce soit dans l'affaire GlaxoSmithKline en 2009 ou dans l'affaire France télécom contre Commission la même année. Toutefois, eu égard aux solutions retenues, il est possible de s'interroger pour savoir si des entreprises en position dominante peuvent être condamnées sur ce fondement.

Dans quelle mesure une pratique de prix bas peut-elle être qualifiée de prédatrice au sens de l'article L 420-2 du Code de commerce et au sens de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ? Une approche en deux temps, fondée sur l'analyse des coûts puis des effets est-elle efficace ?

Pour répondre à ses interrogations nous verrons dans un premier temps comment les autorités de concurrence sont passées d'une approche per se à une approche par les effets (I). Puis nous concentrerons notre analyse sur les tests de coûts à retenir en voyant les difficultés tenant à leur mise en œuvre (II). En outre, nous étudierons la manière dont les autorités apprécient les effets d'une pratique de prix bas (III). Enfin, nous nous pencherons sur l'arrêt GlaxoSmithKline, qui synthétisera nos développements, en nous demandant s'il est toujours possible qu'une entreprise en position dominante soit condamnée pour prix prédateur (IV).

I- Pratique de prix bas : le passage d'une approche per se à une approche par les effets

La vente à prix bas peut revêtir différentes formes telles que l'octroi de remises consenties sous certaines conditions ou à certaines catégories d'acheteurs, des prix simplement « faibles », ou encore des prix inférieurs aux coûts de l'entreprise. Certains prix bas peuvent être prédateurs. Il paraît opportun à ce stade de l'analyse de replacer le débat dans un cadre plus large, à savoir celui des pratiques d'éviction.

A priori, les prix bas sont le reflet d'une concurrence effective sur le marché, permettant à une entreprise en position dominante d'évincer ses concurrents qui ne peuvent plus faire face à la pression concurrentielle. Cependant dans certains cas, une politique de prix bas n'est pas la manifestation d'une concurrence par les mérites dès lors que la baisse des prix n'est pas guidée par des considérations rationnelles, mais s'explique uniquement par l'intention d'éliminer les concurrents.

Identifier les deux types de pratiques s'impose. Les critères pour appréhender ces pratiques doivent être suffisamment fins : une appréciation trop sévère risque de se traduire par une augmentation brutale des prix et ce au préjudice des consommateurs. Par ailleurs, les entreprises ne seraient plus enclines à proposer des innovations commerciales, de peur que celles-ci soient jugées anticoncurrentielles. A l'inverse une approche trop laxiste des prix bas, faciliterait la mise en œuvre de pratiques d'éviction et serait néfaste au jeu concurrentiel du marché.

Face à ce constat, les autorités de concurrence ont été amenées à s'interroger sur les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels des pratiques de prix bas en prenant en considération les effets de la pratique et non plus en retenant une approche qui sanctionne per se certains comportements comme la prédation (A). Cette évolution s'est nécessairement accompagnée d'une nouvelle méthode pour évaluer les effets de ces pratiques (B).

A- Une pratique de prix bas est-elle pro ou anti concurrentielle ?

Sous l'influence des économistes notamment, les autorités de concurrence ont cherché un point d'équilibre dans l'approche des prix bas afin de distinguer les pratiques ayant un effet pro concurrentiel de celles anticoncurrentielles, tout en préservant le libre jeu de la concurrence. Nous verrons dans un premier temps quels sont les effets possibles d'une pratique abusive mise en œuvre par une entreprise en position dominante (1), avant d'analyser de quelle manière les autorités de concurrence sont progressivement passées d'une approche per se à la prise en compte des effets de la pratique (2).

1- Les effets possibles d'une pratique abusive

A titre liminaire, il convient de rappeler que le fait pour une entreprise d'être en position dominante⁴ sur un marché, ne saurait être sanctionné en soi. Seul l'abus d'une position dominante est condamné par les articles 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L 420-2 du Code de commerce.

L'abus consiste généralement pour l'entreprise à chercher à préserver cette position dominante sur son marché principal, connexe ou adjacent. De manière schématique, il est possible de considérer que les pratiques abusives ont trois principaux effets⁵.

Tout d'abord l'entreprise en position dominante peut chercher à exclure ses concurrents. Elle protège sa position dominante en excluant par la contrainte ses concurrents actuels. Elle peut

⁴ La pratique de prix prédateurs est condamnée sur le fondement de l'article L 420-2 du Code de commerce et l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), c'est-à-dire sur le fondement des abus de position dominante. Dans le cadre de ce mémoire sur les prix nous ne reviendrons pas sur la notion de position dominante.

La définition de la position dominante est celle retenue dans les arrêts *United Brands* (Affaire 27/76, *United Brands Company et United Brands Continentaal/Commission*, Recueil 1978, p. 207, point 65) et *Hoffmann La Roche* (Affaire 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co./Commission*, Recueil 1979, p. 461, point 38). Ainsi « *la position dominante est définie en droit communautaire comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* » (voir en ce sens le point 10 de la communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOUE 24/02/2009, C 45/7).

⁵ « Abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises », Anne Perrot, in Les rapports de la documentation française, Politiques de concurrence (2006) pages 257 à 269.

également empêcher ses concurrents potentiels de pénétrer le marché, par exemple en renforçant les barrières à l'entrée ou en les dissuadant de s'implanter compte tenu de la forte pression concurrentielle qu'elle est en mesure d'exercer.

En outre, l'entreprise peut se servir de la position dominante détenue sur le marché principal pour acquérir ou consolider son pouvoir de marché sur un marché connexe, on parle alors d'effet de levier. Enfin, l'entreprise peut utiliser sa position dominante sur un marché afin d'interdire à une autre entreprise d'avoir accès à un autre étage d'une industrie organisée verticalement.

L'abus d'une position dominante, peu importe le lieu où il est mis en œuvre, est essentiellement constitué par des pratiques qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer des concurrents, d'empêcher l'accès d'une nouvelle entreprise sur le marché ou encore par des comportements qu'une entreprise ne pourrait adopter sans compromettre son propre intérêt sur un marché concurrentiel ou si elle ne disposait pas d'une position dominante.

Pendant longtemps, ont été opposés les abus de structure et les abus de comportement. Cependant, aujourd'hui, dans le cadre d'une application plus économique du droit de la concurrence, la Commission retient un classement en deux catégories : d'une part les entraves abusives à l'entrée et d'autre part les exploitations abusives qui consistent pour une entreprise en position dominante à exploiter abusivement son pouvoir de marché.

Les abus de position dominante semblaient avoir été épargnés par les débats européens en matière de politique de la concurrence. Toutefois à partir les années 2000, nous avons assisté à une remise en question des approches traditionnelles, qui s'est traduite par une communication de la Commission européenne sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes⁶.

⁶ Communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOUE 24/02/2009, C 45/7.

L'apport principal de cette communication réside dans la prise en compte de l'analyse économique pour apprécier les abus de position dominante et surtout dans l'obligation faite aux autorités de concurrence de considérer les effets de la pratique.

2- La prise en compte des effets de la pratique pour apprécier l'abus de position dominante

Afin de mieux comprendre pourquoi la Commission européenne privilégie une approche par les effets, plutôt qu'une approche par catégorie qui sanctionne per se des comportements, il convient de s'interroger sur la raison d'être du droit de la concurrence (i). Dans un second temps, nous en verrons les conséquences pratiques (ii).

i) La raison d'être des règles de concurrence

Il existe un large consensus sur le fait que l'objectif du droit de la concurrence est de protéger la concurrence en non les concurrents, et partant de faire bénéficier les consommateurs des prix les plus bas possibles⁷. Ainsi, des prix bas apparaissent comme le reflet d'une concurrence dynamique, même lorsqu'ils sont le fruit d'entreprises en position dominante.

Dans l'affaire Eurofix-Bauco/Hilti⁸ relative à un cas d'abus de position dominante, la Commission européenne avait ainsi indiqué qu'une « *stratégie agressive en matière de prix est un instrument essentiel de la concurrence* ». Neelie Kroes⁹, alors commissaire en charge de la concurrence, a rappelé que l'objectif de l'article 82 du Traité de Rome¹⁰ était « *la protection de la concurrence sur le marché en vue de renforcer le bien être du consommateur et permettre une meilleure allocation des ressources* » et que les prix bas et les remises étaient en principe bénéfiques aux consommateurs.

⁷ La baisse des prix : pratique concurrentielle ou anticoncurrentielle ?, in Revue Lamy concurrence n°8 juillet/septembre 2006.

⁸ Décision de la Commission CE n°88/138/CEE, 22 décembre 1987, Eurofix-Bauco/Hilti, JOCE 11 mars 1988, n°L65, p 19, §81.

⁹ Discours de Neelie Kroes, Preliminary Thoughts on Policy Review of article 82, speech/05/537, 23 septembre 2005.

¹⁰ Devenu article 102 TFUE.

Ce constat s'est imposé tardivement en Europe où le « mythe »¹¹ de la prédation a longtemps prévalu. En effet, dès les années 1970, les économistes américains de l'Ecole de Chicago avaient critiqué le concept de prédation par les prix, consistant en l'acceptation de réaliser des pertes par une entreprise en position dominante, dans le seul but d'évincer des concurrents du marché. Selon eux, cette stratégie n'est pas rationnelle économiquement.

Les auteurs de l'Ecole de Chicago ont démontré que le succès d'une stratégie prédatrice suppose que deux conditions soient réunies, or en pratique cela n'est quasiment jamais le cas :

- Les pertes subies devront être limitées dans le temps et se traduiront par l'exclusion définitive d'un concurrent aussi efficace que l'opérateur dominant (ou à un affaiblissement de son pouvoir de marché de sorte que le concurrent ne constituera plus une menace concurrentielle pour l'entreprise dominante),
- Le prédateur devra également avoir la possibilité d'augmenter ses prix et récupérer ses pertes sans provoquer l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché¹².

Selon ces auteurs, dans la majorité des cas lorsqu'une entreprise en position dominante pratique des prix bas, y compris des ventes à perte, il y a des raisons légitimes et bénéfiques pour le consommateur telles que le lancement d'un nouveau produit, le développement d'un nouveau circuit de distribution ou encore l'adaptation à une demande spécifique.

Ainsi, en adoptant pendant longtemps une politique restrictive en matière de prix bas, les autorités de concurrence ont davantage utilisé la législation pour protéger les concurrents et ce au détriment des consommateurs. En outre, cette approche a très certainement pénalisé les entreprises les plus efficaces.

Les théories développées par les économistes de l'Ecole de Chicago ont fait l'objet de vives critiques. D'autres auteurs ont prouvé que dans certains cas exceptionnels, une politique prédatrice était rationnelle. Dans ces hypothèses les effets positifs à court terme sur la baisse

¹¹ Expression utilisée par Koller en 1971.

¹² Au fil des développements, nous verrons que la condition de récupération des pertes, si elle est toujours exigée devant les autorités américaines, ne l'est pas devant les institutions et juges communautaires.

des prix seront annulés par la hausse des prix mise en œuvre par l'entreprise dominante une fois les concurrents évincés.

La difficulté consiste à trouver un test économique-juridique qui permette que seules les pratiques anticoncurrentielles soient sanctionnées, sans porter atteinte à la concurrence actuelle et potentielle. Il convient donc d'isoler les effets positifs et négatifs de ces pratiques en analysant leur incidence actuelle et future.

Cette approche nécessite que deux paradoxes soient surmontés. Tout d'abord il convient de déterminer le test économique à retenir pour analyser le caractère abusif d'un prix bas. Cette interrogation se trouve posée compte tenu de l'indétermination juridique quant à la définition et à la démonstration du caractère prédateur d'un prix bas. Par ailleurs, la règle doit être clairement définie pour éviter tout risque d'arbitraire et offrir aux opérateurs économiques la sécurité juridique qu'ils sont légitimement en droit d'attendre. En effet, les entreprises doivent pouvoir identifier de manière suffisamment précise les risques que leur pratique de prix soit qualifiée d'anticoncurrentielle.

La seconde question concerne le traitement des différentes formes de prix bas. Ainsi, il peut être juridiquement nécessaire et logique économiquement d'appliquer le même test à l'ensemble des pratiques de prix bas, car celles-ci ont in fine le même effet, à savoir l'éviction d'un concurrent aussi efficace. Cependant, à l'heure actuelle, nous sommes encore loin de la mise en œuvre d'un test unique applicable à l'ensemble des pratiques de prix bas.

Nous l'avons vu selon que l'on considère que les règles de concurrence protègent les consommateurs ou les concurrents, l'analyse des pratiques de prix bas n'a pas le même sens. L'avancée essentielle de la communication sur l'application de l'article 102 TFUE est de proposer une approche axée sur les effets économiques des pratiques en cause, qui ne sont plus considérées comme abusives per se.

ii) La remise en cause de l'approche par catégorie et l'avènement d'une approche par les effets

Dans quelles circonstances doit-on considérer qu'une pratique de prix bas est admissible, voire pro-concurrentielle et dans quels cas doit-elle au contraire être considérée comme

anticoncurrentielle ? Il est primordial d'analyser les effets des pratiques prétendument abusives car de nombreuses saisines sur le fondement des articles L 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE sont en réalité des tentatives de la part de concurrents moins efficaces de déstabiliser une entreprise dominante.

S'il est incontestable que les entreprises en position dominante ont une responsabilité toute particulière, puisque de leur part de telles pratiques sont davantage susceptibles d'avoir des conséquences dommageables, la recherche de l'effet anticoncurrentiel des pratiques permet de s'assurer que c'est bien l'effet d'exclusion qui est poursuivi et que ne sont pas sanctionnés des comportements qui, certes nuisent aux concurrents moins efficaces, mais sont bénéfiques aux consommateurs¹³. Néanmoins, cette position doit être nuancée car dans sa communication, la Commission européenne précise que les règles de concurrence doivent permettre un « meilleur fonctionnement des marchés, au bénéfice des entreprises et des consommateurs »¹⁴.

La Commission ne prône pas un abandon de la règle per se lorsqu'elle précise que les effets des pratiques d'éviction doivent être pris en considération dans l'analyse. Il s'agit davantage d'affiner les contours d'une catégorie, de manière à ce qu'elle ne contienne plus que les pratiques réellement dommageables pour les consommateurs. Ceci impose aux autorités de concurrence une démarche plus exigeante et plus rigoureuse fondée sur la recherche d'un équilibre.

D'un point de vue théorique, cela a conduit à adopter une approche par les effets de la politique de prix et non plus une approche par catégorie qui faisait courir deux risques de nature opposée.

D'une part, une approche par catégorie qui sanctionne per se des pratiques de prix bas émanant d'entreprises en position dominante peut conduire à traiter deux pratiques ayant le même but, c'est-à-dire l'éviction d'un concurrent (par exemple prédation et remise de couplage) de façon dissymétriques.

¹³ La baisse des prix : pratique concurrentielle ou anticoncurrentielle ?, in Revue Lamy concurrence n°8 juillet/septembre 2006.

¹⁴ Point 1 de la Communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOCE 24/02/2009, C 45/7.

D'autre part, une telle approche conduit trop facilement à juger per se illégales des pratiques mises en œuvre par des entreprises en position dominante sans tenir compte des gains d'efficience qui peuvent être à l'origine de la pratique ou en être la conséquence. Un même comportement peut s'expliquer soit par une volonté d'éviction, soit il permet des gains d'efficacité au bénéfice des consommateurs.

L'approche par les effets s'effectue en deux temps : elle consiste tout d'abord à identifier le dommage concurrentiel puis la stratégie menée par l'entreprise. Généralement il n'est pas rationnel pour une entreprise de pratiquer des prix élevés. La fixation du prix par une entreprise résulte d'un arbitrage. En pratiquant des prix élevés, les opérateurs économiques sont assurés d'obtenir une marge élevée, mais ils perdent des parts de marché. A l'inverse, des prix bas augmentent la demande, mais la marge est moins importante. Cependant, produire est coûteux, tandis que pratiquer des prix élevés ne l'est pas et les entreprises sont donc davantage conduites à augmenter leurs quantités plutôt que les prix.

Par conséquent, il est naturel de chercher à comprendre la rationalité sous-jacente à une offre assortie de prix bas, et ceci d'autant plus que le marché est peu concurrentiel et que les mécanismes de marché qui tendraient à rapprocher les prix des coûts sont absents¹⁵.

Certaines pratiques de prix bas peuvent avoir une rationalité pour une entreprise qui serait pourtant en monopole. A titre d'exemple, nous pouvons prendre le cas d'une entreprise offrant un « bien réseau », c'est-à-dire un bien dont l'utilité pour les consommateurs croît avec le nombre des consommateurs déjà présents dans le réseau (la « base installée »). Comme ces consommateurs seront prêts à payer demain un prix d'autant plus élevé que la base installée est grande, une entreprise offrant un tel bien a intérêt à pratiquer très tôt des prix bas, de façon à attirer une base installée qui sera ensuite mieux valorisée.

D'une façon générale, les travaux de l'école de Chicago, en posant systématiquement la question des gains d'efficience attachés à tel ou tel type de comportement ont poussé les économistes à construire de nouveaux modèles pour comprendre le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques. Face à ces pratiques de prix bas, le rôle des autorités de concurrence

¹⁵ La baisse des prix : pratique concurrentielle ou anticoncurrentielle ?, in Revue Lamy concurrence n°8 juillet/septembre 2006.

est donc difficile à jouer puisqu'il s'agit d'appréhender les stratégies mises en œuvre par les entreprises et nécessite une appréciation au cas par cas.

La recherche des effets proconcurrentiels ou anticoncurrentiels d'une pratique de prix bas suppose une analyse en deux temps. Il convient tout d'abord d'identifier le dommage à l'économie et le dommage pour les consommateurs, avant de se pencher sur la stratégie mise en œuvre par l'entreprise dominante.

B- Esquisse d'une méthode pour évaluer les effets d'une pratique prédatrice

L'approche par les effets est donc une approche en deux temps. Les autorités de concurrence doivent en premier lieu rechercher le dommage causé par la pratique à court terme mais également à moyen et long terme (1). Dans un second temps, il faut identifier la stratégie de l'entreprise et voir si elle est rationnelle économiquement et susceptible d'offrir aux consommateurs des gains d'efficacité (2).

1- La recherche d'un dommage

A première vue les consommateurs profitent des politiques de prix bas. L'intérêt de ces derniers est mesuré par ce que l'on appelle le « surplus des consommateurs », c'est-à-dire la différence entre le prix payé effectivement par les clients et le prix qu'ils sont prêts à payer. Le rôle des autorités de concurrence est justement de protéger le « surplus » qu'ils obtiennent sur le marché donné.

Nous l'avons vu, à priori les prix bas traduisent une forte intensité concurrentielle, mais sont nuisibles aux concurrents qui seront évincés du marché, s'ils ne sont pas en mesure de proposer des prix aussi attractifs que ceux de l'entreprise en position dominante. Le droit de la concurrence n'a pas pour objectif de protéger les concurrents dès lors que ceux-ci sont moins performants que l'entreprise en position mais leur éviction si elle n'est pas le reflet d'une concurrence par les mérites, nuit aussi à la concurrence et partant au consommateur.

Concernant les conséquences pour les consommateurs d'une pratique prédatrice, il faut bien voir que celle-ci est paradoxale. A court terme, les consommateurs profitent de la baisse des prix grâce à l'intensité de la concurrence, mais à moyen terme les consommateurs seront lésés lorsque l'éviction des concurrents s'explique uniquement par le fait que certains acteurs sur le marché disposent d'un pouvoir de marché plus important. En effet la sélection des entreprises sur le marché doit résulter d'une concurrence par les produits et non pas d'une concurrence par les possibilités qu'ont certaines entreprises de mettre en œuvre des stratégies anticoncurrentielles.

La première étape du raisonnement consiste à identifier le dommage causé par la pratique de prix bas, à court terme mais également à moyen et long terme en tenant compte de la structure du marché via l'entrée et la sortie des concurrents. Il est donc nécessaire de définir le marché pertinent.

Plusieurs cas de figure peuvent se présenter, nous nous contenterons brièvement de les évoquer. Bien évidemment, une stratégie prédatrice produit ses effets sur le marché où l'entreprise prédatrice est en position dominante. Toutefois, une entreprise peut vouloir se forger une réputation d'agressivité¹⁶, pour prévenir l'entrée de concurrents sur des marchés futurs ou connexes. Dans ce cas, la pratique de prédation mise en œuvre par une entreprise en position dominante sur un marché donné, produit ses effets sur d'autres marchés¹⁷. Dès lors, les pertes consenties par l'entreprise ne peuvent s'expliquer que par la volonté de dissuader l'entrée sur d'autres marchés, encore que cette preuve est difficile à rapporter car il convient de démontrer la connexité entre les marchés, ainsi qu'un lien de causalité entre la pratique mise en œuvre sur le marché principal et les effets ressentis sur le marché connexe.

Une même pratique peut donc produire des effets d'éviction sur différents marchés. Il est donc important de détailler précisément la nature des dommages anticoncurrentiels présumés de la pratique, ce qui assure une certaine sécurité juridique réclamée par les entreprises.

¹⁶ Prix prédateur sur un marché non dominé : la difficile preuve de la construction d'une réputation d'agressivité, Commentaire par Bertrand Duloum, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 31, 30 Juillet 2009, 1761.

¹⁷ Voir en ce sens les développements consacrés supra sur le marché pertinent à retenir dans l'affaire GSK, Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, FS P+B+R, Min. Éco. c/ SAS Laboratoire Glaxosmithkline France : JurisData n° 2009-047484.

En effet, dans cette approche, le standard de preuve devant être rapporté par le plaignant ou les autorités de concurrence, est très élevé. Sur quel marché et par le biais de quel mécanisme l'effet anticoncurrentiel s'exerce-t-il ? Pour répondre à cette question, il convient également de comprendre les stratégies mises en œuvre par les entreprises.

2- La recherche d'une stratégie

La stratégie de prédation est mise en œuvre par une entreprise en position dominante sur son marché qui va réaliser un sacrifice financier en consentant des pertes ou des moindres profits dans le but d'évincer ses concurrents ou de rendre la pénétration du marché impossible pour des concurrents potentiels. On peut identifier trois types de prédatons : la prédation par signal, la prédation financière et la prédation par construction d'une réputation d'agressivité.

La prédation par signal¹⁸ consiste à faire croire aux concurrents que le marché n'est pas rentable en manipulant l'information. Dans une telle situation, les entrants potentiels vont renoncer à entrer sur le marché. La proie doit pouvoir observer les pertes réalisées par le prédateur et celles-ci doivent être suffisamment importantes pour que le concurrent potentiel estime que l'activité n'est pas rentable. La réussite de la stratégie prédatrice dépend de la crédibilité du signal. En effet, les pertes doivent être très importantes pour que le message soit crédible et dissuade l'entrée. Les autorités de concurrence doivent s'assurer qu'il y a bien une manipulation de l'information par le prédateur et que la proie n'observe pas la réalité du marché. Cette démarche permet de s'assurer que la plainte n'est pas le reflet de l'inefficacité du plaignant, et que les prix bas ont pour objectif d'évincer les concurrents potentiels.

La prédation financière¹⁹ repose sur une double asymétrie : asymétrie de puissance financière et asymétrie d'information. La proie dépend pour sa survie du financement par un tiers. Le financement accordé par l'investisseur est conditionné aux performances de la proie. Si le prédateur pratique des prix bas, la proie qui veut se maintenir sur le marché est obligée d'adopter le même comportement et réalise en conséquence des pertes. L'investisseur observe ces mauvais résultats et cesse de financer la proie qui doit alors sortir du marché. Pour démontrer une stratégie de prédation financière, l'Autorité de la concurrence ou le plaignant

¹⁸ Les prix prédateurs, Nouveau droit français de la concurrence, Aurélien Condomines, Jurismanager, avril 2009.

¹⁹ Voir supra.

doit démontrer que les marchés financiers sont imparfaits, que la proie est dépendante d'un financement externe, sans lequel il lui est impossible de se maintenir sur le marché, il est également déterminant que le contrat fasse dépendre le financement des résultats.

Dans une stratégie de prédation par construction d'une « réputation d'agressivité », le prédateur cherche à faire croire que face à toute menace future d'entrée sur le marché où il est présent, il réagira par une concurrence très intense, se traduisant par une baisse des prix très importante. Pour bâtir cette réputation, le prédateur pratique des prix très bas sur un marché donné, de façon à montrer sa détermination à combattre les entrants potentiels sur les autres marchés où il pourrait être concurrencé. L'objectif est de décourager les concurrents potentiels à rentrer sur le marché car ils seraient alors soumis à des pressions concurrentielles auxquelles ils ne pourraient résister.

Les autorités de concurrence doivent donc identifier le type de stratégie mise en œuvre. Il convient d'analyser si la pratique de prix bas traduit uniquement une volonté d'éviction des concurrents ou si la démarche de l'entreprise supposée prédatrice peut être rationnelle²⁰. Concernant la charge de la preuve, celle-ci repose sur les entreprises qui doivent démontrer que leur comportement s'explique par d'autres raisons qu'une pratique simplement anticoncurrentielle.

La mise en œuvre d'une stratégie prédatrice repose comme nous l'avons vu précédemment sur un sacrifice financier. Comment mesurer ce dernier ? Nous pourrions retenir que l'entreprise consent délibérément des pertes lorsqu'elle propose des prix inférieurs au prix optimal, en l'absence de volonté d'exclusion. Toutefois, il est presque impossible pour les autorités de concurrence de calculer la valeur du prix optimal. Celles-ci ont alors été contraintes à restreindre le champ de la prédation à des prix inférieurs aux coûts. Une stratégie prédatrice engendre donc des pertes pour l'entreprise au regard d'un certain coût, se trouve donc posée la question du coût pertinent à prendre en considération pour définir le seuil de prédation.

La première étape du raisonnement consiste à opérer une comparaison prix/coût. Dans un deuxième temps, il est nécessaire de rechercher la stratégie mise en œuvre afin de comprendre

²⁰ Cette démarche qui doit être menée par les autorités de concurrence doit être distinguée de « l'efficiency defence ». Il ne s'agit en aucun cas de racheter une pratique anticoncurrentielle par des gains d'efficacité. Au contraire, il s'agit de démontrer que la pratique n'est pas anticoncurrentielle car l'objectif n'est pas d'éliminer les concurrents.

pourquoi une entreprise subit délibérément des pertes ou accepte de réaliser des profits moindres. La question de la possibilité de récupération des pertes pour l'entreprise dominante n'est plus une condition nécessaire pour qualifier la pratique de prédatrice²¹, néanmoins la Cour de justice de l'Union européenne a précisé dans son arrêt Wanadoo²² que la possibilité de récupération des pertes peut être considérée comme « *un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question, en ce qu'elle peut contribuer, par exemple, à exclure, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, des justifications économiques autres que l'élimination d'un concurrent ou à établir, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent* ».

De la même façon, le fait que les consommateurs n'aient pas subi de pertes de surplus et qu'ils aient même bénéficié de la stratégie de prédation ne peut non plus être admis comme ligne de défense puisque c'est seulement à long terme que la sortie des concurrents produira ses effets sur la concurrence.

La recherche d'une stratégie crédible doit donc permettre de départager entre une pratique de prix très bas liée à une volonté d'exclusion des concurrents ou d'une tarification découlant des gains d'efficacité. En effet, il faut bien voir que la baisse des prix n'est pas nécessairement synonyme de pratique prédatrice, elle peut par exemple résulter des économies d'échelle²³ ou d'un effet d'apprentissage²⁴. La baisse des prix résulte donc d'une stratégie rationnelle même en l'absence de concurrents. Dans ce cas, interdire la mise en œuvre d'une telle stratégie par une entreprise, priverait le consommateur du bénéfice de l'efficacité de la stratégie.

²¹ Voir en ce sens Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, FS P+B+R, Min. Éco. c/ SAS Laboratoire Glaxosmithkline France : JurisData n° 2009-047484 ; CJCE, 2 avril 2009, Aff. C-202/07 P, France Télécom SA c/ Commission, Contrats, conc.consom., 2009, comm.167 obs. G.Decocq ; Europe 2009, comm. 242, obs. L.Idot ; Lamy affaires, comm. n°2309, p 50 et 51 ; Comm.com.électr.2009, comm.65 ; point 71 de la Communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOUE 24/02/2009, C 45/7.

²² Voir supra.

²³ Lorsqu'une entreprise produit beaucoup, ses coûts fixes diminuent, elle peut donc proposer des prix moins élevés. Cette politique de prix est alors rationnelle et n'est pas le reflet d'une intention d'éviction.

²⁴ La production cumulée passée permet d'accéder à des niveaux de coûts plus faibles. Ainsi accumuler une production importante dans le temps est favorable à la fois à l'entreprise et aux acheteurs.

Nous l'avons vu, il convient d'opérer une distinction entre les pratiques de prix bas pro concurrentielles et celles anticoncurrentielles. Depuis la jurisprudence Akzo²⁵, le raisonnement repose sur deux étapes : les autorités de concurrence doivent d'abord réaliser un test de coût, puis s'attacher à l'analyse des effets de la pratique.

Quel test de coût à retenir ? La question mérite d'être posée mais soulève de nombreuses difficultés à la fois théoriques et pratiques. Par ailleurs, elle fait l'objet d'un affrontement entre juristes et économistes.

²⁵ CJCE affaire C 62/86, Akzo/Commission, Recueil 1991, p. I-3359.

II- Le test de coût à retenir et les difficultés tenant à sa mise en œuvre

La Commission européenne²⁶ a précisé qu'elle serait amenée à intervenir « *lorsqu'il existe des preuves de ce qu'une entreprise dominante adopte un comportement prédateur en supportant des pertes ou en renonçant à des bénéfices à court terme, et ce délibérément (il s'agit donc d'un véritable sacrifice financier), de façon à évincer ou à pouvoir évincer un ou plusieurs de ses concurrents réels ou potentiels en vue de renforcer ou de maintenir son pouvoir de marché, portant de ce fait préjudice aux consommateurs*²⁷ ». La question posée est donc de savoir si le ou les concurrents évincés le sont au prix d'une concurrence par les mérites ou à la suite de la pratique mise en œuvre par l'entreprise en position dominante.

Jusqu'en 1975, les autorités américaines de concurrence utilisaient le critère de l'intention pour déterminer si la pratique était ou non prédatrice. Ce critère suppose pour que la prédation soit établie, que le plaignant démontre que le prétendu prédateur ait manifesté l'intention de lui nuire. Les autorités souhaitaient ainsi protéger les petites entreprises des grandes et les plaignants gagnaient quasi systématiquement.

La détection et la preuve d'une pratique de prédation étaient difficiles à rapporter, ce qui a conduit de nombreux auteurs, dont Mc Gee²⁸ et les membres de l'école de Chicago, à douter de son existence. Selon eux, il est moins coûteux pour une entreprise d'acquérir son concurrent que de mettre en œuvre une pratique prédatrice (compte tenu du fait que la firme

²⁶ Voir point 63 de la Communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOUE 24/02/2009, C 45/7.

²⁷ La Commission peut également poursuivre les pratiques prédatrices d'entreprises dominantes sur des marchés secondaires où elles n'occupent pas encore de position dominante. De tels abus seront plus probables, en particulier, dans les secteurs où les activités sont protégées par un monopole légal. S'il n'est pas nécessaire que l'entreprise dominante adopte un comportement prédateur afin de préserver sa position dominante sur le marché protégé par ce monopole légal, elle peut utiliser les bénéfices réalisés sur le marché monopolistique en vue d'un subventionnement croisé des activités qu'elle mène sur un autre marché et, partant, menacer d'éliminer toute concurrence effective sur cet autre marché.

²⁸ Mc Gee, J. (1958). « Predatory price cutting : the standard oil (N.J) Case ». Journal of law and economics 1. 137-169.

prédatrice devra consentir un sacrifice financier très élevé en terme de baisse des prix et d'augmentation des ventes).

De nombreux tests ont été développés pour démontrer le caractère prédateur des prix et parmi eux, le test d'Areeda Turner²⁹. Ce test repose sur une comparaison prix/coûts et consacre une approche statique de la prédation dans la mesure où les motivations stratégiques des agents ne sont pas prises en compte.

Face à ces limites, certains auteurs³⁰ ont proposé d'autres tests qui prennent en compte notamment la structure du marché, l'aspect temporel de la prédation ou encore les caractéristiques du produit. Cependant ces critères reposent toujours sur une approche statique de la prédation.

L'Histoire de la prédation aux est marquée par quatre grandes périodes : le critère de l'intention jusqu'en 1975, le test Areeda-Turner de 1975 à 1982, le test Areeda-Turner augmenté de 1982 à 1993 et enfin le test de recoupment dit également test de récupération des pertes à partir de 1993. Nous concentrerons notre approche sur le test Areeda Turner en voyant de quelle manière celui-ci a évolué au fil du temps (A) et sur le test de recoupment en voyant que les autorités américaines et communautaires de concurrence ont retenu une approche sensiblement différente (B).

A- Le test Areeda-Turner et ses évolutions

Le test Areeda-Turner est basé sur une comparaison prix/coût, l'objectif étant de distinguer les politiques de prix concurrentielles de celles prédatrices. Cette approche est donc logiquement systématique et statique car elle ne prend pas en compte la stratégie des agents à long terme. Selon ces auteurs, « *une firme qui exclut ses concurrents en vendant à des prix*

²⁹ Areeda.P et D. Turner (1975) « Predatory Pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act », Harvard law review 88, 697-733.

³⁰ Williamson.O (1977). « Predatory pricing : a strategic and welfare analysis », Yale law journal 87, 284-340 ; Baumol.W. (1979). « Quasi –Permanence of price reductions : a policy for prevention of predatory pricing ». Yale Law journal 89.1-26 ; Joskow. P et A. Klevorick (1979). « A framework for analysing predatory pricing policy ». Yale law journal 89.213-270 ; Ordover J. et R. Willig (1981). « An economic definition of predation : pricing and product innovation ». Yale law journal 91.8-53.

non rémunérateurs n'est pas en situation de concurrence par les mérites mais s'engage dans un comportement que l'on peut qualifier de prédateur ».

Il y a donc prédation lorsque l'entreprise subit délibérément et temporairement des pertes, dans l'espoir d'obtenir à plus long terme des gains supérieurs. Une stratégie de prédation n'a ainsi de sens que si l'entreprise dispose de capacités financières suffisantes et si les gains futurs espérés après l'élimination des concurrents sont supérieurs aux pertes consenties.

L'exigence de capacités financières suffisantes explique l'exclusion de concurrents aussi efficaces que l'entreprise prédatrice. En effet, si l'entreprise évince un concurrent moins efficace, il ne s'agit plus d'une pratique anticoncurrentielle, mais d'une concurrence pro-concurrentielle par les mérites. Enfin, les gains espérés doivent être supérieurs aux pertes consenties, ce qui sous tend qu'il doit exister des barrières à l'entrée importantes pour éviter l'entrée (ou la réentrée) de concurrents, car dans cette hypothèse, la stratégie prédatrice est vouée à l'échec.

Nous concentrerons notre étude dans un premier temps sur le coût pertinent à prendre en compte pour appliquer le test Areeda Turner en voyant les évolutions (1), puis nous nous intéresserons à une application pratique du test d'éviction à travers la jurisprudence Akzo (2).

1- Quel est le coût pertinent à prendre en compte ?

A titre liminaire, il convient de préciser que la prédation n'est pas synonyme de vente à perte (i). Dans un premier temps, le coût considéré comme pertinent pour opérer la comparaison prix/coût a été le coût marginal moyen dont le coût variable semble être une bonne approximation, compte tenu de la difficulté de calculer le premier (ii). Dans sa communication sur les orientations retenues pour l'application de l'article 102 TFUE, la Commission fait référence au coût évitable (iii). Enfin, nous verrons que dans certains cas, et notamment lorsqu'une entreprise a une activité multi-produits et se trouve à la fois en situation de monopole et de concurrence, le coût pertinent sera le coût incrémental (iv).

i) La prédation n'est pas la vente à perte

Tout d'abord il convient de rappeler que les coûts de l'entreprise sont composés de ses coûts fixes (qui ne varient pas en fonction de la quantité produite) et de ses coûts variables. La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser que les coûts variables sont « *ceux qui varient en fonction des quantités produites* »³¹. Dans la théorie microéconomique, la fonction de coût permet de quantifier ce qu'il coûte à une entreprise de produire une quantité donnée d'un ou plusieurs biens. La quantité à produire est donc déterminée en fonction du coût engendré par la production d'un bien³². A cet égard, la notion de coût marginal est essentielle, puisqu'elle permet de déterminer le coût de production d'une unité supplémentaire du bien. L'entreprise peut ainsi juger si la production d'une unité supplémentaire du produit lui est profitable ou non. L'entreprise ne sera amenée à produire davantage que si son prix de vente est supérieur au coût marginal.

En situation de pleine concurrence, l'entreprise maximise son profit (celui-ci étant calculé en multipliant le prix unitaire par les quantités vendues) lorsque le prix est égal au coût marginal. Ainsi, une entreprise, même en situation de monopole ne pourra pas être sanctionnée lorsqu'elle vend à son coût marginal.

Dès lors on peut isoler quatre situations. Si le prix est supérieur au coût marginal alors il est excessif. Si le prix est égal au coût marginal alors on est dans une situation d'équilibre et le profit est maximum. Lorsque le prix est égal au coût moyen total³³, cela permet de trouver la quantité qui minimise la perte. Dans cette situation le coût moyen total est supérieur au coût variable moyen, ce qui signifie que le prix est toujours supérieur aux coûts moyens variables. Dans cette hypothèse, produire permet de rembourser une petite partie des coûts fixes. Si on stoppe la production, l'entreprise continuera de payer les coûts fixes mais sans pouvoir les rembourser. L'entreprise ne devra cesser de produire que lorsque son prix sera inférieur au coût moyen variable.

³¹ CJCE, 3 juillet 1991, affaire C-62-86, Akzo c/ Commission, Rec.1991, p I-3359 et TPI, 1^{er} avril 1993, affaire T-65-89, BPB Industries et British Gypsum, Rec.1993, p. II-389.

³² Les coûts à court terme - Application aux tests de prix prédateurs, Laurent Flochel, Revue des droits de la concurrence, Pratiques Concurrences n°1-2010

³³ Le coût moyen total est obtenu $[CF + CV(q)]/q$ soit CT/q

Ce mécanisme qui pousse les entreprises à vendre à perte rationnellement devient très critiquable pour les entreprises qui supportent des coûts fixes importants. En effet l'écart entre le coût variable moyen et le coût moyen total (coût fixe moyen), laisse aux entreprises une grande marge de manœuvre dans la fixation des prix. De fait, plus le coût fixe sera important dans la structure des coûts d'une entreprise, plus le prix rationnel pourra être bas.

La jurisprudence est plus nuancée. Elle admet qu'une entreprise puisse rationnellement vendre à perte mais elle distingue les entreprises en position dominante des autres. Concernant la vente à perte mise en œuvre par une entreprise en position dominante, celle-ci sera considérée comme suspecte et susceptible de s'inscrire dans le cadre d'une stratégie de prédation.

La vente à perte est une vente en dessous du coût moyen total et n'est pas en elle-même interdite. Par ailleurs, elle ne saurait être confondue avec la prédation, car celle-ci suppose la renonciation à un profit immédiat en vue de la maximisation d'un profit futur. Or la renonciation à un profit immédiat ne signifie pas nécessairement que l'entreprise subisse une perte, cela signifie seulement qu'elle ne maximise pas son profit, qu'elle accepte à court terme d'avoir un profit plus faible que celui qu'elle aurait pu réaliser dans un univers concurrentiel normal. L'entreprise peut pratiquer des prix inférieurs au coût marginal mais supérieurs au coût moyen, dans cette hypothèse elle ne maximise pas son profit mais elle augmente les quantités vendues³⁴.

La tendance à assimiler prix prédateurs et vente à perte trouve sa source en matière de contentieux des prix bas. Il s'agit de distinguer si la baisse des prix observée sur le marché résulte du jeu normal de la concurrence, c'est-à-dire si la baisse des prix peut s'expliquer par une baisse des coûts, ou si la politique de prix ne s'explique que par la volonté d'évincer les concurrents actuels et d'empêcher les concurrents potentiels de pénétrer le marché.

En raison de la difficulté à établir cette distinction, il a été proposé de sortir du schéma de l'analyse concurrentielle en se focalisant sur la rationalité de la stratégie de l'entreprise suspectée de pratiquer des prix prédateurs.

³⁴ Stratégie de prix-Prix prédateurs : l'enseignement de l'analyse économique, Problèmes économiques n°2683, 11 octobre 2000, Laurent Benzoni.

Le test d'Areeda-Turner, s'inscrit parfaitement dans cette logique. Dans cet article fondamental, les deux auteurs reconnaissent que la définition qui consiste à définir le prix prédateur par rapport au coût marginal et à une stratégie de renonciation au profit est satisfaisante et cohérente.

ii) Le coût pertinent à prendre en compte : le coût marginal et le coût moyen variable

En situation de concurrence, l'entreprise cherche à maximiser ses profits. L'entreprise détermine son niveau de production optimal de telle manière à ce que son prix soit égal à son coût marginal. A court terme, le coût marginal apparaît donc comme le coût pertinent à prendre en considération pour distinguer prédation de concurrence.

Areeda et Turner ont montré que la relation prix/coût marginal était pertinente pour distinguer entre un comportement prédateur et un comportement anticoncurrentiel. Cependant, on lui substitue le coût variable moyen en raison des difficultés à calculer le coût marginal.

Le test d'éviction est donc fondé sur une comparaison prix/coûts, le principe étant que le concurrent doit pouvoir proposer à ses clients les mêmes prix que l'entreprise dominante. Ainsi, si l'entreprise dominante adopte une politique de baisse des prix, son concurrent doit pouvoir s'y adapter dans la même mesure.

Ce test s'applique normalement à un concurrent aussi efficace, ce qui signifie que le concurrent doit avoir le même coût que l'entreprise dominante. L'objectif est que l'entreprise dominante puisse réaliser elle-même le test du prix d'éviction, ce qui lui permet de déterminer si son comportement peut être analysé comme anti concurrentiel et lui garantit une certaine sécurité juridique.

Le test Areeda-Turner propose donc une comparaison entre le prix pratiqué et le coût moyen variable. Cependant, la Commission fait désormais référence au coût moyen évitable.

iii) Le coût moyen évitable

La Commission considérera qu'un comportement comporte un sacrifice si l'entreprise dominante, en fixant un prix inférieur pour l'ensemble ou pour une partie spécifique de sa production, a subi ou subi des pertes qui auraient pu être évitées.

Si elle fixe un prix inférieur au coût moyen évitable pour la totalité ou une partie de sa production, une entreprise dominante ne récupère pas les coûts qu'elle aurait pu éviter sans cette production : elle subit donc une perte qui aurait pu être évitée³⁵.

L'application de prix inférieurs à ce coût sera donc généralement considérée par la Commission comme un indice clair d'un sacrifice³⁶. Afin de démontrer l'existence d'une stratégie prédatrice, la Commission peut également examiner si les agissements prédateurs présumés ont conduit à court terme à des recettes nettes inférieures à celles auxquelles on aurait pu s'attendre si un autre comportement, raisonnable, avait été adopté, c'est-à-dire si l'entreprise dominante a subi une perte qui aurait pu être évitée³⁷.

Elle ne retiendra que les autres comportements économiquement rationnels et viables qui, eu égard aux conditions du marché et aux réalités commerciales auxquelles se trouve confrontée l'entreprise dominante, auraient été plus rentables.

³⁵ Dans la plupart des cas, le coût variable moyen (CVM) et le CEM seront identiques, étant donné que seuls les coûts variables peuvent généralement être évités. Toutefois, lorsque le CVM et le CEM diffèrent, ce dernier reflète mieux un éventuel sacrifice: par exemple, si l'entreprise dominante devait développer ses capacités afin de pouvoir adopter un comportement prédateur, les coûts irrécupérables liés à cette capacité supplémentaire devraient être pris en considération aux fins de l'examen des pertes supportées par cette entreprise. Ces coûts seraient reflétés par le CEM, non par le CVM.

³⁶ Dans l'affaire *Akzo Chemie c/ Commission* (affaire 62/86, Rec. 1991, p. I-3359), point 71, la Cour a jugé, au sujet de la fixation d'un prix inférieur au coût variable moyen (CVM), que: «*Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte...*».

³⁷ Toutefois, les entreprises ne devraient pas être pénalisées pour avoir subi *ex post* des pertes lorsque la décision *ex ante* d'adopter un tel comportement a été prise de bonne foi, c'est-à-dire si elles peuvent produire des preuves déterminantes de ce qu'elles pouvaient raisonnablement escompter une activité rentable.

Dans certains cas, il sera possible de s'appuyer sur des preuves directes, consistant en des documents de l'entreprise dominante démontrant clairement une stratégie prédatrice³⁸ tels qu'un plan détaillé prévoyant un sacrifice dans le but d'évincer un concurrent, d'empêcher des concurrents d'entrer sur le marché ou de prévenir l'apparition d'un nouveau marché ou en des éléments démontrant l'existence de menaces concrètes d'agissements prédateurs³⁹.

Dans une décision du 23 novembre 2007⁴⁰, le Conseil de la concurrence a retenu comme coût pertinent le coût évitable moyen pour vérifier si Eurostar avait mis en œuvre une politique de prédation par les capacités.

Saisi d'une demande de mesures conservatoires de British Airways, le Conseil de la concurrence s'est prononcé sur le caractère prétendument prédateur des prix pratiqués par la société Eurostar, détenue majoritairement par la SNCF, pour le transport ferroviaire sur le trajet Paris Londres. En l'absence d'éléments suffisamment probants, l'affaire a tout d'abord été renvoyée au fond en 2005⁴¹ pour une instruction plus approfondie. Dans un second temps, en 2007, la saisine a été rejetée.

Selon la plaignante, Eurostar programmait une fréquence de trajets quotidiens qui n'était pas optimale du point de vue des coûts engendrés (le même nombre de passagers pourrait être transporté sur un nombre inférieur de trajets) et poursuivait ainsi un plan prédateur au détriment du transport par avion. Eurostar et la SNCF ont toutefois montré que, même si la totalité des coûts n'étaient pas couverts par les recettes de la ligne Paris Londres, les recettes par passager et par train étaient supérieures aux coûts variables.

³⁸ Voir l'affaire T-83/91, *Tetra Pak International/Commission (Tetra Pak II)*, Recueil 1994, p. II 755, points 151 et 171, ainsi que l'affaire T- 340/03, *France Télécom/Commission*, Recueil 2007, p. II-107, points 198 à 215.

³⁹ Dans l'affaire *AKZO* (affaire 62/86, *AKZO Chemie/Commission*, Recueil 1991, p. I-3359), la Cour a reconnu qu'il existait des preuves manifestes qu'AKZO avait, à l'occasion de deux réunions, menacé ECS de vendre au-dessous de ses prix de revient si elle ne se retirait pas du marché des peroxydes organiques. Il existait en outre un plan détaillé et chiffré décrivant les mesures qu'AKZO mettrait en œuvre si ECS ne se retirait pas de ce marché (voir les points 76 à 82, 115 et 131 à 140).

⁴⁰ Cons. conc., déc. n° 07-D-39, 23 nov. 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres.

⁴¹ Cons.conc décision n°04-D-10 du 1^{er} avril 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres.

Le Conseil a considéré que, si une stratégie d'augmentation volontaire des capacités à perte pouvait être prédatrice, il ne lui appartenait pas de vérifier, en l'absence d'une telle augmentation, si l'entreprise dominante serait plus profitable en réduisant ses capacités – cette vérification relevant plus d'un jugement sur la gestion optimale de l'entreprise que sur le caractère prédateur de sa stratégie.

Considérant que la stratégie tarifaire d'Eurostar visait à couvrir ses considérables coûts fixes et à tirer un maximum de revenus de la demande (yield management), et que de nouvelles entrées récentes sur le segment du transport aérien sur la ligne Paris Londres montraient qu'une stratégie de prédation suivie d'une phase de récupération des pertes ne serait pas profitable, la décision conclut à l'absence d'abus.

iv) Le coût incrémental : coût pertinent lorsque l'entreprise mène à la fois une activité monopolistique et une activité de concurrence

En 1996, Baumol a proposé une approche légèrement différente du test d'Areeda et Turner en introduisant le concept de coût incrémental. Dans un premier temps, il démontre que retenir le coût marginal comme coût pertinent dans la comparaison prix/coût, n'est pas toujours optimal car il ne permet pas de prendre en compte la stratégie des entreprises.

Selon cet économiste, le coût pertinent à prendre en compte est le coût incrémental. Lorsque deux entreprises sont en concurrence sur le marché, la plus efficace est celle pour laquelle le coût de production d'une unité supplémentaire (coût incrémental) est le plus faible.

L'auteur distingue deux cas de figure :

- Si le prix est supérieur au coût incrémental moyen, il n'y a pas de prédation vis-à-vis de concurrents efficaces,
- Si le prix est inférieur au coût incrémental moyen alors il est possible qu'il y ait prédation vis-à-vis de concurrents aussi efficaces.

Cette approche est particulièrement intéressante lorsque l'entreprise est en situation de monopole pour l'offre d'un bien et est en concurrence pour les autres biens. Ainsi, les

autorités peuvent opérer une différenciation entre les coûts sans rentrer dans les calculs, par ailleurs toujours contestés par les parties.

La Commission européenne a utilisé ce concept de coût dans l'affaire UPS/Deutsche Post⁴², concernant le transport de colis en Allemagne. Deutsche Post est l'opérateur historique en Allemagne pour la distribution de lettres et de colis. Le transport des colis est ouvert à la concurrence mais celui des lettres reste un domaine réservé relevant du secteur public. Deutsche Post a utilisé les recettes issues du secteur où elle se trouvait en monopole pour financer des ventes à pertes dans le secteur concurrentiel. Il y a donc eu prédation sur le marché du transport de colis avec subventions croisées.

Compte tenu de l'existence de ces subventions croisées, la Commission a retenu le coût incrémental comme coût pertinent. L'analyse de la Commission a montré que les recettes tirées de la prestation de transport de colis n'étaient pas suffisantes pour couvrir les coûts de cette seule activité et nécessitaient l'emploi de subventions croisées pour compenser le manque à gagner.

La Commission a plaidé pour que les activités de transport de colis et de lettres soient séparées de manière structurelle, et qu'un prix de transfert soit calculé pour les prestations offertes par l'activité monopolistique à la partie concurrentielle. Cette séparation devait permettre un meilleur calcul des coûts incrémentaux et par conséquent une meilleure évaluation d'une éventuelle stratégie prédatrice.

L'Autorité de la concurrence a également fait application du concept de coût incrémental dans une décision Vedettes vendéennes⁴³.

La Cour d'appel de Paris avait rejeté le recours formé par la Société Vedettes inter-îles vendéennes (contre la décision du Conseil de la concurrence⁴⁴. Toutefois le 17 juin 2008⁴⁵, la

⁴²Décision de la Commission du 20 mars 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (2001/354/CE), Affaire COMP/35.141 — Deutsche Post AG, Journal officiel n° L 125 du 05/05/2001 p. 0027 – 0044.

⁴³ Les entreprises publiques et le prix prédateur, Contrats Concurrence Consommation n° 8, Août 2008, comm. 21, Georges Decocq .

⁴⁴ Cons. conc., déc. n° 04-D-79, 23 déc. 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée.

Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel, estimant qu'il n'était pas établi que la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée ait abusé de sa position dominante.

La Cour de cassation reprend l'analyse développée par la Commission européenne dans l'affaire Deutsche Post. Le coût pertinent à considérer est le coût incrémental, c'est-à-dire le coût que l'entreprise ne supporterait pas si elle n'exerçait pas l'activité concurrentielle.

En l'espèce, la régie assure, au titre du service public, le transport des véhicules, des marchandises et des passagers pendant la totalité de l'année et selon un rythme minimal de fréquence et utilise sa vedette l'Amporelle pour offrir des prestations sur le marché du transport estival des passagers sans bagages lourds.

Il convenait donc de déterminer les dépenses et frais divers liés à l'exploitation de l'Amporelle pendant la période estivale, c'est-à-dire ceux qui ne seraient pas supportés si l'Amporelle n'effectuait pas de traversée estivale, dans la mesure où ces coûts sont supportés en raison de l'activité concurrentielle de l'entreprise.

Le coût incrémental comprend donc les coûts variables spécifiques à cette activité et le cas échéant une partie des coûts fixes. Le Conseil de la concurrence et la cour d'appel ont considéré que le loyer payé par la régie au département, propriétaire du navire, ne constituait pas un coût incrémental devant être pris en considération pour apprécier le caractère abusif des prix de la régie. Il s'agirait d'un coût fixe commun à la mission de service public et à l'activité concurrentielle.

Toutefois, la Cour de cassation critique les deux motifs retenus par la cour d'appel à l'appui de cette solution. En effet, pour exclure la prise en compte des loyers de l'Amporelle, le Conseil de la concurrence et la cour d'appel s'appuient sur une décision du Conseil d'État du 30 juin 2004. Pour ces autorités, le loyer est un coût que la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée devrait supporter pour assurer la mission de service public qui lui est confiée et qu'elle serait obligée d'engager même si elle n'offrait pas la prestation en concurrence.

⁴⁵ Cass. com., 17 juin 2008, n° 05-17.566, FS-P+B, Sté Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV), JurisData n° 2008-044222.

La Cour de cassation sanctionne une dénaturation de la décision du Conseil d'État. En effet, la Cour de cassation retient que les autorités de concurrence auraient dû contrôler en premier lieu la nécessité d'avoir recours à une telle vedette pour assurer la continuité territoriale qui lui incombe.

Si le recours à un tel navire est nécessaire, sa sur dimension est justifiée et son loyer est un coût fixe. En revanche, si un tel navire n'est pas nécessaire à la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée pour accomplir ses missions de service public, sa sur dimension trahit alors une volonté d'éviction et son loyer doit être entièrement pris en compte dans le calcul du coût incrémental.

La cour d'appel⁴⁶ pour affirmer que la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée exploite un navire de la capacité de l'Amporelle pour assurer la mission de service public qui est la sienne, affirme que « *le nombre de passagers que l'Amporelle peut transporter lui permet d'assurer en toutes circonstances les traversées rapides notamment de la population scolaire et étudiante qui rentre sur l'île le mercredi ou les week-ends d'hiver* ».

Pour la Cour de cassation, la détermination du caractère incrémental ou non incrémental d'un coût suppose tout d'abord de partir de l'hypothèse où l'entreprise n'exercerait pas une activité concurrentielle, pour ensuite déterminer les coûts que l'entreprise ne supporterait pas (coûts incrémentaux) ou qu'elle serait obligée de supporter (coûts non pris en compte).

La Cour d'appel aurait dû établir que la régie était obligée de supporter le coût de l'Amporelle pour assurer ses missions de service public, dans l'hypothèse où elle n'aurait pas exercé une activité concurrentielle. En d'autres termes est-ce que le loyer serait similaire si la régie n'affectait pas l'Amporelle en été à l'exploitation d'une activité sur un marché ouvert à la concurrence ?

⁴⁶ La cour d'appel de Paris repousse tout abus de service public dans la desserte maritime de l'île d'Yeu, Commentaire par Loïc Gard, Revue de droit des transports n° 7, Juillet 2009, comm. 153.

2- La jurisprudence Akzo

Le test Areeda Turner a été adapté à la pratique et les autorités américaines ont introduit des éléments de la « rule of reason » notamment en prenant en compte l'intention de l'entreprise prétendue prédatrice ou encore la structure du marché. Dès lors les autorités de concurrence sont passées d'une règle per se à une règle intégrant la « rule of reason ».

Dans l'affaire Akzo, la Commission européenne⁴⁷ a fait application du critère de l'intention et a quasiment écarté le test d'Areeda et Turner, alors que la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)⁴⁸ a fondé son appréciation uniquement sur la comparaison prix/coût.

La Commission a expressément rejeté l'application d'un critère unique pour établir la prédation : « *La Commission rejette l'argument selon lequel l'incidence de l'article 86 dépendrait entièrement de l'application mécanique d'un critère, valable en soi, basé sur les coûts marginaux ou variables* ». Elle écarte ce critère car celui-ci basé sur les coûts limiterait l'application de la notion d'abus de position dominante aux différentes formes de manœuvre d'éviction.

Ainsi, la Commission privilégie le critère de l'intention : « *l'élément qui compte, c'est plus l'idée que le rival se fait de la détermination mise par l'agresseur à la frustrer dans ses espérances en matière de taux de croissance ou de marge bénéficiaire par exemple, que le point de savoir si l'entreprise couvre ou non ses frais* ». Ainsi, « *la réduction des prix peut donc être anticoncurrentielle par son objet, indépendamment du point de savoir si l'agresseur fixe ses prix au dessus ou en dessous de ses coûts* ».

La Commission ne rejette pas totalement le test Areeda Turner dans sa démonstration, mais elle ne fait pas du critère prix/coût un élément nécessaire et suffisant à sa démonstration, dans la mesure où celui-ci ne permet pas de considérer les éléments stratégiques du comportement de l'entreprise.

⁴⁷ JOCE L374/1 du 31 décembre 1985.

⁴⁸ CJCE, 3 juillet 1991, affaire C-62-86, Akzo c/ Commission, Rec.1991, p I-3359.

A l'inverse, la CJCE a estimé que le test Areeda-Turner suffisait dans certaines conditions à prouver le caractère prédateur de la politique de prix mise en œuvre. La Cour distingue deux situations :

- Lorsque les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts variables, l'entreprise dominante cherche à éliminer ses concurrents, et de tels prix doivent être considérés comme abusifs. La Cour poursuit en précisant que l'entreprise n'a aucun intérêt à pratiquer de tels prix, « *si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents, pour pouvoir ensuite relever ses prix, en tirant profit de sa situation monopolistique* ». Dans cette hypothèse, il y a une présomption de prédation et l'Autorité de la concurrence a précisé que cette présomption était réfragable⁴⁹.
- Lorsque les prix sont supérieurs au coût variable moyen mais inférieur au coût total moyen, ils doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Dans cette hypothèse, l'entreprise en position dominante peut évincer des concurrents aussi efficaces qu'elle mais disposant de ressources financières moindres. Dès lors, la prédation ne sera retenue que si l'autorité de concurrence démontre l'existence d'un plan d'élimination du ou des concurrents.

Nous l'avons vu, pour déterminer si l'entreprise adopte ou non un comportement prédateur, il convient d'opérer une comparaison prix/coût. Toutefois, juristes, économistes et autorités de concurrence ont pu s'interroger sur le fait de savoir s'il convenait de prendre en compte également la possibilité pour l'entreprise mise en cause de récupérer ses pertes pour qualifier son comportement de prédateur.

⁴⁹ Autorité de la concurrence, décision n°09-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Chep France dans le secteur de la location-gestion de bacs plastiques et de palettes. Dans cet arrêt l'Autorité de la concurrence revient sur sa position antérieure où elle avait retenu que « *dès lors que la volonté ou l'effet d'éviction n'est pas établie par un faisceau d'indices suffisamment probants, la pratique de prix prédateurs alléguée par les saisissants ne peut être démontrée que dans le cadre de la première branche de la jurisprudence Akzo précitée, selon laquelle le constat de « prix inférieurs à la moyenne des coûts variables » pratiqués par l'opérateur dominant est suffisant pour démontrer sa volonté d'éliminer les concurrents* » (Décision n°04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma).

En effet, certains estiment que si l'entreprise n'est pas en mesure ultérieurement de remonter ses prix et ainsi récupérer ses pertes, la stratégie n'est pas rationnelle pour la firme et ne peut être analysée comme portant atteinte aux intérêts des consommateurs.

B- La condition de récupération des pertes

Les autorités de concurrence américaine et européenne n'ont pas la même approche quant à la condition de récupération des pertes. Si la première fait du test de recoupement une condition déterminante pour apprécier le comportement prédateur car en l'absence de possibilité pour l'entreprise de remonter ses prix, la stratégie n'est pas rationnelle (1), les autorités européennes ont une approche différente (2).

1- La jurisprudence Brooke aux Etats Unis⁵⁰

Brooke Group Ltd est un producteur de cigarettes américain. En proie à d'importantes difficultés financières, il lance une marque de cigarettes générique à un prix très attractif. Brown et Williamson, décide à son tour de commercialiser une cigarette générique concurrente. S'ensuit alors une guerre des prix entre les concurrents de 1984 à 1985. Cependant en 1985, Brooke Group remonte le prix de ses cigarettes, perdant ainsi d'importantes parts de marché. A partir de 1986, les prix ont commencé à augmenter au rythme de deux augmentations par an.

En 1984, Brooke Group a déposé une plainte pour comportement prédateur à l'encontre de Brown et Williamson, pour sa conduite concernant l'introduction et la commercialisation des cigarettes électroniques. Selon le plaignant, Brown et Williamson s'appuyant sur une collusion tacite mise en place avec les autres producteurs, aurait vendu ses cigarettes génériques en deçà de ses coûts variables.

La société est condamnée en première instance avant d'être relaxée en appel. La Cour suprême américaine a en effet considéré qu'en dépit de la concentration du marché de la cigarette, de l'absence de concurrence entre les entreprises, des preuves que le comportement de Brown et Williamson était anticoncurrentiel et que les prix étaient effectivement inférieurs

⁵⁰ Cour suprême des Etats Unis, Brooke Group Ltd v. Brown et Williamson Tobacco Corporation (1993)

aux coûts moyens variables, la société n'était pas certaine de pouvoir récupérer ses pertes par un prix plus élevé sur le marché de la cigarette générique.

Pour la première fois, les autorités américaines, malgré les preuves de l'intention prédatrice, et bien que les prix soient inférieurs aux coûts n'ont pas considéré la stratégie mise en place par Brown et Williamson comme prédatrice, dans la mesure où il n'était pas rapporté la preuve que cette dernière pouvait récupérer les pertes consenties pendant la période de prédation. C'est ce que l'on a appelé le test de recoupment ou de récupération des pertes.

Le test de récupération des pertes suppose que le prix inférieur aux coûts exclut ou discipline les concurrents, mais en outre l'entreprise qui se prétend victime de pratique prédatrice ou l'autorité de concurrence doit rapporter la preuve que le prédateur pourra par la suite augmenter ses prix au-delà du niveau concurrentiel, pour compenser les pertes délibérément subies.

Cette analyse suppose que deux éléments soient réunis. Tout d'abord, l'entreprise supposée prédatrice doit avoir la capacité d'augmenter ses prix au-delà du niveau concurrentiel, on a pu parler de capacité de recoupment. Par ailleurs, l'entreprise doit pouvoir compenser ses pertes, on a pu parler de suffisance du recoupment.

L'objectif est de vérifier que la pratique mise en œuvre par l'entreprise dominante lui sera profitable. La charge de la preuve repose sur le plaignant qui doit démontrer lorsque l'instruction a eu lieu a posteriori que l'entreprise dominante pratique des prix supra concurrentiels. Si l'instruction a lieu pendant la prédation, le plaignant ou l'autorité de concurrence devra prouver que la récupération des pertes est probable (pouvoir de marché accru, barrières à l'entrée, concentration du marché...).

La récupération des pertes est donc une véritable condition pour qualifier la prédation devant les autorités américaines. A l'inverse, la Cour de justice de l'Union européenne a adopté une position différente.

2- La condition de récupération des pertes : une condition non nécessaire devant les autorités européennes de concurrence

Avec l'arrêt France Télécom SA c/ Commission, dit aussi affaire Wanadoo, la Cour de justice de l'Union européenne⁵¹ a jugé que la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes par l'entreprise dominante n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs (i). La solution semble désormais cristallisée avec les orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (ii).

i) L'arrêt France Télécom SA c/ Commission du 2 avril 2009⁵²

Dans ses décisions 07-D-09⁵³ et 07-D-39⁵⁴, le Conseil de la concurrence avait imposé la condition de récupération des pertes car il a considéré que l'entreprise n'avait intérêt à mettre en place une telle pratique qui implique des pertes ou une réduction des profits à court terme, que si elle pouvait remonter ultérieurement ses prix et accroître son pouvoir de marché, une fois les concurrents éliminés. Toutefois, cette analyse n'est pas partagée par la Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne qui l'ont affirmé dans une affaire France Télécom.

La Commission européenne avait condamné en 2003 France Télécom pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché français de l'accès à Internet haut débit pour la clientèle résidentielle en pratiquant des prix qualifiés de prédateurs⁵⁵. La Commission considérait en effet, que ces prix n'auraient pas permis à France Télécom de couvrir ses coûts variables puis ses coûts complets et que leur montant aurait été fixé dans le cadre d'un plan visant à

⁵¹ A l'époque de l'arrêt, la Cour était la Cour de justice des communautés européennes.

⁵² CJCE, France Télécom SA c/ Commission, 2 avr. 2009, aff. C-202/07, Rec. 2009 p. I-2369.

⁵³ Conseil de la concurrence, Décision du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France (Décision 07-D-09),

⁵⁴ Conseil de la concurrence, Décision du 23 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres (décision 07-D-39)

⁵⁵ Décision de la Commission du 16 juillet 2003, Affaire COMP/38.233, Wanadoo Interactive.

préempter le marché de l'accès à Internet haut Débit dans une phase importante de son développement.

La Cour de justice des communautés européennes a rejeté le recours en annulation de la décision du Tribunal de première instance des communautés européennes⁵⁶ qui avait confirmé cette condamnation en estimant que le Tribunal avait valablement jugé que la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes par l'entreprise dominante n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs.

En effet, la jurisprudence européenne ne pose pas comme préalable à l'établissement du caractère abusif d'une politique de prix que soit rapportée la preuve de la possibilité de récupération des pertes subies par l'entreprise en position dominante à la suite de l'application de prix inférieurs à un certain niveau de coûts⁵⁷.

Toutefois, la Commission a considéré qu'une telle possibilité de récupération des pertes était un « *élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique, en ce qu'elle peut contribuer par exemple, à exclure en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, des justifications économiques autres que l'élimination d'un concurrent, ou à établir en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent* ».

Pour la Cour de justice de l'Union européenne la possibilité pour l'entreprise dominante de remonter ultérieurement ses prix pour récupérer ses pertes ne constitue donc qu'un indice de démonstration de la prédation et ne saurait en être l'une des conditions de qualification. Plus encore, la preuve de l'impossibilité de récupération des pertes ne saurait être suffisante à exclure toute qualification de prédation, en tout cas lorsque les prix pratiqués sont inférieurs à la moyenne des coûts variables.

⁵⁶ TPICE, France Télécom SA c/ Commission, 30 janvier 2007, aff. T 340-03, Rec. p. II-107.

⁵⁷ CMS Francis Lefebvre Lettre Concurrence/Economie 2 du 3 juillet 2009, <http://www.cms-bfl.com/Lettre-Concurrence--Economie-n2-07-03-2009>.

ii) La consécration de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

La Commission européenne dans sa communication, indique clairement que le critère de la récupération des pertes n'est pas déterminant pour qualifier le comportement de l'entreprise dominante de prédateur⁵⁸. Ainsi, la Commission sera amenée à intervenir même si l'entreprise n'est pas en mesure de récupérer ses pertes en relevant ses prix au-delà du niveau de prix qui existait sur le marché avant qu'elle adopte un tel comportement.

Il suffit, par exemple, que ce comportement soit susceptible d'empêcher ou de retarder une baisse des prix qui se serait, autrement, produite. La détermination du préjudice subi par les consommateurs n'est pas un calcul mécanique des pertes et profits, et il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve du bénéfice total réalisé.

Le préjudice probable peut être démontré en appréciant les effets d'éviction susceptibles de résulter du comportement, en liaison avec d'autres facteurs, tels que des barrières à l'entrée⁵⁹. Dans ce contexte, la Commission examinera également les possibilités de retour sur le marché. Il peut être plus aisé pour l'entreprise dominante d'adopter un comportement prédateur en ciblant sélectivement certains clients au moyen de prix peu élevés, car cela lui permettra de limiter ses pertes. Il est moins probable qu'elle adopte un tel comportement en pratiquant un prix peu élevé de façon générale sur une longue période.

L'objectif du test de coût est donc d'opérer une distinction entre les pratiques proconcurrentielles et celles anticoncurrentielles. Ces dernières années, les économistes ont proposé une nouvelle approche des pratiques de prédation, qui bien que reposant toujours sur une comparaison prix/coût, prend en compte les effets dans l'analyse de la prédation.

⁵⁸ Points 71 et 72 de la Communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOUE 24/02/2009, C 45/7.

⁵⁹ Cela a été confirmé par l'arrêt rendu dans l'affaire T-83/91, *Tetra Pak International/Commission (Tetra Pak II)*, Recueil 1994, p. II755, confirmé sur pourvoi dans l'affaire C-333/94 P, *Tetra Pak International/Commission*, Recueil 1996, p. I-5951. Dans le cadre de la première affaire, le Tribunal de première instance a établi qu'il n'était pas nécessaire d'apporter la preuve d'une récupération effective (point 150 *in fine*). Plus généralement, la prédation pouvant s'avérer plus complexe que prévu initialement, les coûts totaux résultant pour l'entreprise dominante d'un tel comportement pourraient dépasser ses bénéfices ultérieurs et, partant, rendre impossible toute récupération, même s'il peut toujours être rationnel de décider de poursuivre la stratégie prédatrice entamée plus tôt. Voir également l'affaire COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, décision de la Commission du 16 juillet 2003, points 332 à 367.

III- La prise en compte des effets dans l'analyse de la prédation

La question des tests permettant d'apporter la preuve d'une pratique d'exclusion est aujourd'hui débattue. Dans son rapport de discussion, la Commission européenne met en avant les effets défavorables de ces pratiques pour les consommateurs et élabore une série de critères qui diffèrent selon les formes de l'exclusion. Identifier le meilleur test consiste à déterminer s'il vaut mieux se tromper en étant plus sévère ou au contraire en l'étant moins. Cela revient à déterminer si les conséquences économiques sont plus sévères en cas de faux positif ou de faux négatif.

Concernant les conditions de succès de la prédation, là aussi l'analyse économique a évolué. Certains économistes proposent ainsi de nouveaux tests reflétant mieux les avancées de la microéconomie. Aujourd'hui l'approche des autorités de concurrence en matière de prédation tient compte des effets de la pratique. Cette analyse des effets se retrouve dans les nouveaux tests proposés (A) et la jurisprudence en a tiré un certain nombre de conséquences (B).

A- L'analyse des effets à travers les tests économiques

L'approche retenue dans le test Areeda Turner n'est pas abandonnée, mais les économistes ont proposé de nouveaux tests qui permettent d'apprécier les chances de succès ou d'échec d'une stratégie prédatrice (1). Par ailleurs, en prenant en compte la stratégie des entreprises, il est possible de distinguer quatre types de prédation (2).

1- Les différents tests proposés pour apprécier les effets de la prédation

Pour les économistes, il est possible de traiter de la prédation indépendamment des coûts. Cela consiste à juger les effets des prix bas sur la concurrence et les concurrents. Seules, les baisses de prix « stratégiques » qui ne reposent pas sur une baisse des coûts peuvent être qualifiées de prédatrices. Plusieurs tests ont ainsi été proposés : le test du bien être du consommateur (i), le test du concurrent aussi efficace (ii), le test du sacrifice de profit (iii) et le test de l'absence de sens économique (iv).

i) Le test du bien être du consommateur

D'un point de vue juridique, l'objectif de l'article 102 du Traité de Lisbonne n'est pas véritablement tranché. Bien entendu, il s'agit de protéger le consommateur, mais plus généralement l'objectif de la Commission européenne est de préserver le jeu de la concurrence afin que les entreprises en position dominante n'excluent pas leurs concurrents par d'autres moyens qu'une concurrence par les mérites.

Pour les économistes, le propre du droit de la concurrence est d'accroître le bien être du consommateur⁶⁰. Le dommage au consommateur apparaît donc comme le moyen le plus direct et le moins approximatif pour évaluer si une pratique d'exclusion est abusive. En pratique ce test ne revient pas à calculer l'augmentation ou la baisse du surplus des consommateurs liée à la pratique d'exclusion. Il s'agit d'analyser les effets sur les prix, la qualité et parfois l'innovation en tenant compte à la fois des aspects positifs et négatifs de la pratique incriminée sur ces variables. Ensuite, il s'agit d'opérer un arbitrage entre les effets proconcurrentiels et ceux anticoncurrentiels.

Cette approche a été retenue dans l'affaire Microsoft à propos des restrictions de licence imposées par la société aux fabricants d'ordinateurs. Toutefois, il y a plusieurs limites. Tout d'abord, le bilan ne peut être quantitatif car il est presque impossible de chiffrer une probabilité. Ce test est également approximatif car il porte non pas sur les effets ex-post, mais sur les effets tels qu'ils pouvaient être anticipés au moment de la pratique abusive.

ii) Le test du concurrent aussi efficace

Ce test repose sur l'idée que la concurrence est détériorée si les pratiques d'exclusion entraînent la sortie de concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise qui cherche à les éliminer⁶¹. A l'heure actuelle cette approche n'a jamais été utilisée par les autorités européenne et américaine, notamment en raison des difficultés tenant à sa mise en œuvre.

⁶⁰ Quel test de preuve pour l'article 82 ?, in Revue Lamy de la concurrence n°11, avril/mai 2007, p. 111 à 115, François Lévêque.

⁶¹ Richard Posner, Antitrust law : an economic perspective, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

Pour mettre en application ce test, il convient de comparer les coûts de production et de transaction de l'entreprise dominante et de l'entreprise plaignante. Or, par nature, elles sont les seules à connaître ces données et elles ont tout intérêt à les manipuler. En outre, ce test requiert de tenir compte de l'évolution attendue des économies d'échelle, d'envergure et d'apprentissage des rivaux susceptibles d'être exclus.

Par ailleurs, l'élimination d'un concurrent moins efficace peut également être préjudiciable à la concurrence et au consommateur. Même moins efficace, un concurrent peut contraindre l'exercice de pouvoir de marché de l'entreprise dominante. Les consommateurs bénéficieront d'un prix moins élevé⁶².

iii) Le test du sacrifice de profit

Le test du sacrifice de profit a été utilisé par la Cour suprême des Etats Unis dans l'affaire Aspen Skiing. Cette société de remontée mécanique avait refusé à l'entreprise du domaine skiable contigu, Aspen Highlands Skiing, de combiner son forfait avec le sien. Aspen Highlands Skiing avait pourtant proposé de l'acheter au prix de détail.

Pour la Cour Suprême, Aspen Skiing acceptait ainsi un sacrifice de profit immédiat en contrepartie d'un effet négatif de long terme sur son concurrent.

Pour un économiste, l'entreprise consent un sacrifice dès qu'elle fixe son prix à un niveau inférieur au prix d'équilibre qui maximise son profit. Il convient de retenir le profit de court terme. L'existence d'un sacrifice n'est pas une condition suffisante ni nécessaire d'un comportement abusif. Ainsi, les stratégies de firmes dominantes qui consistent à augmenter les coûts des rivaux n'entraînent pas, par exemple, de sacrifice de profit à court terme.

⁶² Voir l'exemple de Steven Salop (2006). Un monopole produit à coût marginal de 20 et le prix de monopole est égal à 50. Son seul concurrent potentiel n'est capable de produire qu'à un coût de 40. Pour empêcher l'entrée du concurrent, le monopoleur a intérêt à fixer son prix au niveau limite de 39. Dans cette situation, l'entrée potentielle a pour effet de baisser le prix et d'augmenter le surplus des consommateurs. Le surplus total est lui aussi plus élevé car le rival moins efficace ne produit pas. La perte liée au fait qu'une partie de la production serait produite plus cher n'a pas lieu. Si le monopoleur décide d'éliminer la menace d'entrée en étant capable par une pratique d'exclusion d'augmenter le coût de son rival de 12. Le monopole pourra alors fixer son prix à 50. Dans ces circonstances, le test du concurrent moins efficace ne permet pas de condamner la pratique du monopole. En effet, il n'empêche pas d'entrer un concurrent aussi efficace : celui-ci verrait son coût passer de 20 à 32, soit un niveau inférieur au prix de marché de 50.

iv) L'absence de sens économique

Le test de l'absence de sens économique consiste à démontrer que la pratique en cause n'est pas rationnelle d'un point de vue économique pour l'entreprise dominante en dehors de sa tendance à éliminer ou à réduire la concurrence. Il a été en particulier mis en avant par le ministère de la Justice américain dans la décision *American Airlines*. Cette société avait augmenté ses capacités sur des lignes concurrentes desservant l'aéroport de Dallas par des compagnies à bas coût sans autre perspective de bénéfice que son affaiblissement.

Selon Georges Werden le test de l'absence de sens économique réclame une démonstration en deux temps. En premier lieu, l'autorité de concurrence ou le plaignant doit apporter la preuve que la pratique incriminée a tendance à affaiblir la concurrence. En second lieu, l'absence de sens économique est analysée en comparant le bénéfice pour l'entreprise dominante, hormis celui de l'affaiblissement de la concurrence et le coût de la pratique. Si ce dernier est supérieur au premier, le test est positif et la pratique d'exclusion condamnée.

Le test de l'absence de sens économique corrige une partie des défauts du test du sacrifice. Il oblige à se poser la question de la rationalité d'une perte de profit de court terme puisque ce coût de la pratique est mis en regard d'un éventuel bénéfice hors de l'affaiblissement de la concurrence.

En outre, lorsque la pratique n'est pas associée à une perte de profit, le test de l'absence de sens économique oblige à se demander pourquoi la pratique est profitable. Une pratique dont le coût se réduit à son coût de mise en œuvre mais dont le bénéfice autre qu'anticoncurrentiel est nul, sera condamnée alors qu'elle ne l'était pas avec le test du sacrifice.

Ces quatre tests permettent donc de tenir compte des effets de la pratique supposée de prédation. Cependant selon certains auteurs, dont Bolton, Brodley et Riordan⁶³, les autorités de concurrence négligent les aspects stratégiques qui interviennent dans la prise de décision des entreprises. Ces aspects ne constituent pas en eux-mêmes des stratégies de prédation, mais sont susceptibles de renforcer une stratégie de prédation.

⁶³ Bolton.P, Brodley.JF, MH. Riordan (2000). "Predatory pricing : theory and legal policy". *The Georgetown Law journal* 88.2239-2330.

Il convient également pour apprécier le caractère prédateur ou non de la stratégie d'envisager la stratégie de l'entreprise en position dominante.

2- La prise en compte de la stratégie des entreprises : la mise en évidence de quatre types de prédation

En tenant compte de la stratégie des entreprises, il est possible d'isoler quatre types de prédation : la prédation financière (i), la prédation par construction d'une réputation d'agressivité (ii), la prédation par signal (iii) et la prédation par le test de marché (iv).

i) La prédation financière

La prédation financière consiste à exclure une entreprise lorsqu'elle dispose de moins de ressources financières que le prédateur. Cependant ce raisonnement repose sur l'idée que tous les intervenants sur le marché disposent d'une information complète sur la stratégie ou les ressources financières des autres intervenants.

En réalité, les investisseurs ont une information imparfaite sur le comportement de la victime et les raisons de sa situation financière. La stratégie du prédateur consiste donc à démontrer aux investisseurs que la « victime » n'est pas une entreprise rentable.

Selon Bolton, Brodley et Riordan, cinq conditions sont nécessaires pour qualifier une stratégie de prédation financière :

- La victime doit dépendre de financements externes,
- Le financement est lié à la performance,
- La prédation réduit la performance de la victime suffisamment pour mettre en danger sa source de financement,
- Le prédateur a conscience de la dépendance de la victime du financement externe et
- Le prédateur a un meilleur accès au crédit ou peut financer la prédation en interne.

ii) La prédation par construction d'une réputation d'agressivité

Dans le cadre de la stratégie de signalement, l'objectif du prédateur est de faire croire à la victime et aux entrants potentiels, que les conditions du marché ne sont pas favorables (profit négatif ou trop faible). La firme prédatrice essaye d'établir une réputation d'extrême dureté à l'égard de ses concurrents. L'intérêt de la réputation est qu'elle fonctionne comme une dissuasion, que les entrants connaissent ou non les véritables motivations de l'entreprise dominante.

Pour les auteurs, quatre conditions sont nécessaires pour déterminer si un effet de réputation intervient dans le cadre d'une stratégie de réputation :

- Si le prédateur est une entreprise multi-produits, il fait face à une concurrence limitée et localisée ou s'il est mono-produit il fait face à des entrées potentielles successives dans le temps,
- L'effet de réputation permet de renforcer une autre stratégie prédatrice (par exemple une prédation financière) ou repose sur la conviction de la part des concurrents potentiels que le prédateur est capable de reproduire cette stratégie dans le futur,
- Le prédateur met en œuvre délibérément une stratégie d'effet de réputation. Cela nécessite que la preuve d'un plan existe, le prédateur doit faire de la publicité autour de l'échec des entrants. Les informations relevant de la stratégie ne doivent pas être révélées et la prédation doit être répétée dans le temps ou sur d'autres marchés,
- Les entrants potentiels observent la sortie de la victime et les effets de la stratégie sont connus de tous.

iii) La prédation par signal

Si l'entrant potentiel constate une baisse sur le marché, il part du postulat que l'entreprise en place a des coûts très faibles. Selon les auteurs, quatre conditions sont nécessaires pour déterminer s'il y a prédation par signalement de coût :

- Un événement ou une série d'événements connus par la victime peuvent avoir permis au prédateur de réduire ses coûts variables de manière significative,

- Au moment même ou l'information sur une éventuelle baisse des coûts est révélée, le prédateur réduit ses prix,
- Dans le passé, le prédateur, a réduit ses prix quand ses coûts ont baissé,
- L'éventuelle réduction des coûts est suffisante pour entraîner la sortie des concurrents ou limiter l'extension vers d'autres marchés des victimes.

iv) La prédation par le test de marché

Dans cette technique de prédation, le prédateur cherche à rendre impossible toute appréciation du potentiel du marché en termes de profits ou encore de demande. Lorsqu'un entrant potentiel décide d'entrer seulement sur un segment du marché, le prédateur réduit fortement ses prix pour rendre impossible toute évaluation du marché.

Quatre conditions doivent être remplies pour déterminer s'il y a prédation par le marché test :

- La victime essaye d'entrer sur un marché géographique ou sur un segment spécifique du marché,
- Le prédateur baisse ses prix à un niveau inférieur à ses coûts pour le produit en cause (avant ou après l'entrée de la victime sur le marché),
- La baisse des prix du prédateur dans son marché test n'est pas le reflet de sa politique générale de prix,
- La baisse des prix empêche la victime de mieux connaître les conditions de concurrence qui prévalent normalement sur le marché.

Les différentes théories économiques modernes permettent de mieux appréhender le comportement des entreprises. Cependant, elles ne permettent pas à elles seules de démontrer l'existence d'une stratégie prédatrice. Il s'agit davantage d'éléments de preuve qui permettent de corroborer l'existence de la prédation.

Les autorités de concurrence ont, elles aussi, adopté une autre démarche en matière de prix prédateurs afin de tenir compte des effets de la pratique. Ainsi, afin d'apprécier si l'entreprise en position dominante développe ou non une stratégie prédatrice, elles s'attachent à analyser le comportement de la société. Plus particulièrement lorsque les prix pratiqués sont supérieurs aux coûts variables de l'entreprise mais inférieurs aux coûts fixes, les autorités de concurrence

vérifieront pour qualifier la pratique que la stratégie de la firme s'inscrit dans le cadre d'une éviction anticoncurrentielle.

B- L'approche par les effets en matière jurisprudentielle

Depuis quelques années, les autorités de concurrence ont adopté une démarche plus complexe, de nouveaux critères ont été développés. Ainsi une entreprise dominante bien que pratiquant des prix inférieurs à ses coûts fixes pourra justifier son comportement dès lors que ses prix sont supérieurs aux coûts variables (1). Cette position a été confirmée dans les lignes directrices retenues par la Commission européenne pour l'application de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

1- Les justifications à une politique de prix bas

La jurisprudence de l'Autorité de la concurrence sous l'influence du droit de l'Union européenne admet dans certaines hypothèses qu'une entreprise en position dominante puisse offrir des produits à un prix inférieur à ses coûts fixes (i). Par ailleurs, d'autres éléments sont à prendre en considération pour apprécier l'intention d'éviction (ii).

i) L'évolution de la position de l'Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence a retenu⁶⁴ que le constat d'une pratique prédatrice doit se faire au travers d'une série d'éléments. Tout d'abord dans un premier temps il convient d'analyser les marges. Ainsi si une entreprise vend en dessous de ses coûts de production, il est possible qu'elle adopte une stratégie prédatrice, toutefois ce critère n'est pas suffisant et devra être corroboré par d'autres indices pour déterminer le « plan prédateur ».

En outre, la prédation n'a de sens que si elle permet l'élimination ou l'affaiblissement de certains concurrents et les autorités de concurrence se penchent sur la possibilité d'éviction.

⁶⁴ Cons.conc décision 04-D-17 du 11 mai 2004 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés AOL France SNC et AOL Europe SA.

Enfin, les autorités tiennent compte de l'effet structurant de la baisse tarifaire sur le marché, ou la présence ou non de marques⁶⁵.

La jurisprudence communautaire, sur laquelle s'appuie largement l'Autorité de la concurrence, impose de démontrer le « plan prédateur » de l'entreprise dominante, lorsque celle-ci pratique des prix inférieurs au coût moyen total mais supérieur à la moyenne de ses coûts variables.

La volonté d'éliminer les concurrents peut être déduite de documents, du comportement de l'entreprise, notamment lorsque sa politique tarifaire est différenciée de sa politique commerciale sans que l'on puisse l'expliquer ou lorsque cette politique a pour objectif d'éliminer un concurrent ciblé⁶⁶.

Une entreprise peut justifier qu'elle pratique des prix inférieurs aux coûts totaux pour couvrir des coûts fixes importants par exemple⁶⁷.

La présomption de prix prédateurs établie par des coûts inférieurs aux coûts variables peut être renversée si l'on apporte la preuve de l'absence de stratégie prédatrice crédible. Dans une décision Française des jeux, le Conseil a retenu que « *la jurisprudence considère généralement que la vente au dessous du coût variable moyen suffit à caractériser une stratégie prédatrice, aucune autre justification ne pouvant être apportée à un tel comportement* », pour ajouter ensuite « *cependant, d'une part, ce critère ne peut être appliqué lorsqu'un prix n'est inférieur au coût variable moyen que de façon épisodique ; d'autre part, l'existence d'une stratégie prédatrice doit être crédible au regard du contexte* »⁶⁸.

⁶⁵ Les prix prédateurs, Nouveau droit français de la concurrence, Aurélien Condomines, Jurismanager, avril 2009

⁶⁶ Cons.conc décision 00-D-70 du 31 janvier 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution du disque à Paris.

⁶⁷ Cons.conc décision 07-D-44 du 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.

⁶⁸ Cons.conc décision n° 00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir.

En l'espèce, l'entreprise dominante n'avait qu'une part de marché faible sur le marché où l'abus était commis et les barrières à l'entrée n'étaient pas significatives, la probabilité qu'une stratégie prédatrice ait une chance d'aboutir était impossible et donc les prix n'ont pas été jugés comme prédateurs.

Cette position a été réaffirmée par l'Autorité de la concurrence dans deux décisions de 2005 : les pratiques alléguées étaient ponctuelles ou de faible durée et donc ne pouvaient s'inscrire dans le cadre d'une stratégie prédatrice crédible⁶⁹.

ii) La preuve de l'intention d'éviction

Tout d'abord afin d'apprécier l'intention d'éviction, il convient de regarder qui a enclenché la dynamique de la baisse des prix : si l'entreprise en position dominante répond à une baisse des prix initiée par une petite entreprise, l'intention d'éviction des concurrents est faible. En revanche, lorsque c'est l'entreprise en position dominante qui a initié une telle baisse, il y a là un premier indice de l'intention d'éviction.

Ensuite il convient de regarder la temporalité de la baisse et s'interroger à savoir si la baisse des prix est continue ou temporelle. Ce critère est notamment très important lorsqu'il s'agit d'une activité saisonnière. Il faut chercher s'il existe une correspondance entre la hausse et/ou la baisse des prix avec la hausse et/ou la baisse de l'activité. Dans l'affaire des Vedettes vendéennes, la Cour d'appel a décidé que la période d'été ne coïncidait pas avec la période de baisse des prix et qu'à ce titre, la période d'été constituait un marché pertinent⁷⁰.

Enfin, il faut prendre en compte la spatialisation de la baisse des prix : la baisse des prix est-elle homogène sur l'ensemble du territoire où l'entreprise exerce son activité ? Dans une affaire relative au béton prêt à l'emploi en Provence Alpes Côte d'Azur⁷¹, le territoire a été maillé. Les cimentiers italiens ont voulu pénétrer la région PACA et les prix ont commencé à

⁶⁹ Cons.conc décision 05-D-13 du 18 mars 2005 relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage.

⁷⁰ Voir infra.

⁷¹ Cons.conc décision 00-D-39 d 24 janvier 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la production et de la distribution des produits en béton préfabriqués sur un territoire recouvrant la vallée du Rhône, du département de l'Ain jusqu'à Marseille, ainsi que les départements de l'Isère et de la Savoie au nord-est et de l'Hérault au sud-ouest.

baisser. Les cimentiers italiens ont porté plainte devant l'Autorité de la concurrence pour prédation, or il n'y a pas de véritable position dominante des cimentiers. Ainsi, on a utilisé la notion de pratiques concertées. L'AC a retenu que les entreprises françaises étaient en position dominante collective car sur les autres marchés, elles n'ont pas baissé leurs prix.

Dans sa communication, la Commission est venue préciser les critères permettant d'apprécier la stratégie d'éviction. L'approche n'est pas nouvelle mais la Commission encadre la démarche à suivre.

2- Les apports de la communication de la Commission sur les orientations retenues pour l'application de l'article 102 du Traité de Lisbonne

Tout d'abord, d'une manière globale, la Commission européenne rappelle que l'éviction doit être préjudiciable pour les consommateurs (i). Plus particulièrement en matière de prix prédateurs, la Commission précise que l'entreprise accusée de pratiquer une telle stratégie doit consentir un sacrifice et que l'éviction doit être anticoncurrentielle (ii). Reste enfin posée la question de l'alignement sur les prix des concurrents (iii).

i) Une éviction préjudiciable pour les consommateurs

L'objectif de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est de faire en sorte que les entreprises dominantes n'entravent pas le libre jeu de la concurrence en évinçant leurs concurrents par des pratiques anticoncurrentielles, en ayant de ce fait un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs, que ce soit sous l'effet de prix plus élevés que ceux qui auraient autrement été appliqués ou d'une autre manière, telle que la limitation de la qualité ou la réduction du choix pour les consommateurs⁷².

L'effet anticoncurrentiel s'apprécie à l'égard de plusieurs critères :

- La position de l'entreprise dominante,

⁷² Voir points 19 à 22 de la Communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOUE 24/02/2009, C 45/7.

- Les conditions régnant sur le marché en cause: ce facteur comprend les conditions d'entrée et d'expansion, telles que l'existence d'économies d'échelle et /ou de gamme, les effets de réseau ou encore l'existence de barrières à l'entrée,
- La position des concurrents de l'entreprise,
- La position des clients ou des fournisseurs
- La portée du comportement abusif présumé : un effet d'éviction est d'autant plus probable que le pourcentage des ventes totales sur le marché en cause qui sont affectées par le comportement est élevé, que ce comportement est de longue durée et qu'il est appliqué avec régularité,
- Les preuves éventuelles d'une éviction réelle (performances de l'entreprise en position dominante au détriment de ses concurrents),
- Les preuves directes d'une stratégie d'éviction.

ii) Une éviction anticoncurrentielle⁷³

La Commission interviendra généralement lorsqu'il existe des preuves de ce qu'une entreprise dominante adopte un comportement prédateur en supportant des pertes ou en renonçant à des bénéfices à court terme, et ce délibérément (ci-après «sacrifice»), de façon à évincer ou à pouvoir évincer un ou plusieurs de ses concurrents réels ou potentiels en vue de renforcer ou de maintenir son pouvoir de marché, portant de ce fait préjudice aux consommateurs⁷⁴.

Dans certains cas, il sera possible de s'appuyer sur des preuves directes, consistant en des documents de l'entreprise dominante démontrant clairement une stratégie prédatrice⁷⁵ tels qu'un plan détaillé prévoyant un sacrifice dans le but d'évincer un concurrent, d'empêcher des

⁷³ Voir points 63 à 74 de la Communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOUE 24/02/2009, C 45/7.

⁷⁴ La Commission peut également poursuivre les pratiques prédatrices d'entreprises dominantes sur des marchés secondaires où elles n'occupent pas encore de position dominante. De tels abus seront plus probables, en particulier, dans les secteurs où les activités sont protégées par un monopole légal. S'il n'est pas nécessaire que l'entreprise dominante adopte un comportement prédateur afin de préserver sa position dominante sur le marché protégé par ce monopole légal, elle peut utiliser les bénéfices réalisés sur le marché monopolistique en vue d'un subventionnement croisé des activités qu'elle mène sur un autre marché et, partant, menacer d'éliminer toute concurrence effective sur cet autre marché.

⁷⁵ Voir l'affaire T-83/91, Tetra Pak International/Commission (Tetra Pak II), Recueil 1994, p. II 755, points 151 et 171, ainsi que l'affaire T340/03, France Télécom/Commission, Recueil 2007, p. II-107, points 198 à 215.

concurrents d'entrer sur le marché ou de prévenir l'apparition d'un nouveau marché ou en des éléments démontrant l'existence de menaces concrètes d'agissements prédateurs⁷⁶.

S'il existe suffisamment de données fiables, la Commission procédera à l'analyse dite du concurrent aussi efficace, afin de déterminer si le comportement en question est de nature à porter préjudice aux consommateurs. En principe, seule la fixation de prix inférieurs au coût moyen marginal à long terme est susceptible d'évincer des concurrents aussi efficaces du marché.

Pour déterminer si même un concurrent hypothétique aussi efficace que l'entreprise dominante risque de se voir évincer par les pratiques en question, la Commission examinera les données économiques se rapportant aux coûts et aux prix de vente, et vérifiera notamment si l'entreprise dominante pratique des prix inférieurs aux coûts.

Si les données font clairement ressortir qu'un concurrent aussi efficace peut concurrencer efficacement les pratiques de prix de l'entreprise dominante, la Commission en déduira en principe que ces pratiques ne risquent guère d'avoir un effet préjudiciable sur la concurrence effective et donc sur les consommateurs; il est alors peu probable qu'elle interviendra.

Si, au contraire, il en ressort que le prix appliqué par l'entreprise dominante risque d'évincer du marché des concurrents aussi efficaces, la Commission intégrera cet élément dans l'appréciation générale de l'éviction anticoncurrentielle, en tenant compte des autres preuves quantitatives et/ou qualitatives pertinentes.

La Commission se base sur une analyse exclusivement fondée sur les effets du comportement. Le facteur déterminant dans l'analyse de la Commission ne devrait donc pas être « l'objet » ou « l'intention » de l'entreprise dominante par rapport à une pratique donnée, mais seulement l'« effet » d'exclusion que la pratique des prix a ou peut avoir sur le marché.

⁷⁶ Dans l'affaire Akzo (affaire 62/86, Akzo Chemie/Commission, Recueil 1991, p. I-3359), la Cour a reconnu qu'il existait des preuves manifestes qu'Akzo avait, à l'occasion de deux réunions, menacé ECS de vendre au-dessous de ses prix de revient si elle ne se retirait pas du marché des peroxydes organiques. Il existait en outre un plan détaillé et chiffré décrivant les mesures qu'Akzo mettrait en œuvre si ECS ne se retirait pas de ce marché (voir les points 76 à 82, 115 et 131 à 140).

L'intention ne peut donc qu'être prise en compte en vue d'établir l'effet probable du comportement, mais ne devrait en aucun cas être un facteur déterminant lorsqu'il s'agit de décider de la légalité du comportement d'une entreprise.

La Commission examinera si, et en quoi, les agissements présumés réduisent la probabilité que les concurrents exercent une concurrence. Ainsi, par exemple, si l'entreprise dominante dispose de meilleures informations sur les coûts ou d'autres conditions du marché ou est capable de fausser les signaux du marché relatifs à la rentabilité, elle peut adopter un comportement prédateur afin d'influencer les prévisions des entrants potentiels et, partant, les dissuader d'entrer sur le marché visé. Si ce comportement et ses effets probables se font sentir sur de nombreux marchés et/ou à chaque nouvelle entrée, il pourra être démontré que l'entreprise dominante cherche à acquérir une réputation d'entreprise prédatrice.

Lorsque le concurrent ciblé est tributaire d'un financement externe, de fortes baisses des prix ou tout autre comportement prédateur de l'entreprise dominante pourraient influencer négativement sur ses résultats, ce qui pourrait sérieusement compromettre son accès au financement à l'avenir.

Il n'est pas nécessaire que les concurrents aient quitté le marché pour démontrer les effets d'éviction anticoncurrentiels. En effet l'entreprise dominante peut avoir intérêt à ce que ses concurrents restent sur le marché en s'alignant sur ses prix bas, plutôt qu'ils vendent leurs actifs à bas prix à un nouvel entrant ce qui permettrait à ce dernier d'avoir des coûts peu élevés.

En règle générale, le comportement prédateur d'une entreprise à un effet négatif sur les consommateurs, car sa stratégie d'éviction si elle est couronnée de succès augmentera son pouvoir de marché et elle est susceptible de tirer un avantage de ce sacrifice. Il suffit, par exemple, que ce comportement soit susceptible d'empêcher ou de retarder une baisse des prix qui se serait, autrement, produite. La détermination du préjudice subi par les consommateurs n'est pas un calcul mécanique des pertes et profits, et il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve du bénéfice total réalisé.

Le préjudice probable peut être démontré en appréciant les effets d'éviction susceptibles de résulter du comportement, en liaison avec d'autres facteurs, tels que des barrières à l'entrée⁷⁷. Dans ce contexte, la Commission examinera également les possibilités de retour sur le marché.

Il peut être plus aisé pour l'entreprise dominante d'adopter un comportement prédateur en ciblant sélectivement certains clients au moyen de prix peu élevés, car cela lui permettra de limiter ses pertes. Il est moins probable qu'elle adopte un tel comportement en pratiquant un prix peu élevé de façon générale sur une longue période.

En général il est peu probable qu'un comportement prédateur soit à l'origine de gains d'efficacité, toutefois la Commission s'engage à entendre les entreprises sur ce point.

iii) L'alignement sur le prix des concurrents

La Commission indique dans ses lignes directrices que si l'entreprise suspectée de pratiquer des prix dominants ne fait que s'aligner sur les prix de ses concurrents, il n'y a pas prédation. Cependant, les conditions sont très strictes :

- Les réductions de prix doivent viser à réduire au minimum les pertes à court terme,
- Il ne doit pas exister d'autres alternatives moins anticoncurrentielles,
- Les intérêts de l'entreprise dominante doivent être supérieurs aux intérêts de la concurrence.

Les lignes directrices limitent la portée de la défense d'« alignement de prix » et accordent en particulier à l'autorité de concurrence ou au juge un pouvoir d'appréciation très important afin

⁷⁷ Cela a été confirmé par l'arrêt rendu dans l'affaire T-83/91, *Tetra Pak International/Commission (Tetra Pak II)*, Recueil 1994, p. II755, confirmé sur pourvoi dans l'affaire C-333/94 P, *Tetra Pak International/Commission*, Recueil 1996, p. I-5951. Dans le cadre de la première affaire, le Tribunal de première instance a établi qu'il n'était pas nécessaire d'apporter la preuve d'une récupération effective (point 150 *in fine*). Plus généralement, la prédation pouvant s'avérer plus complexe que prévu initialement, les coûts totaux résultant pour l'entreprise dominante d'un tel comportement pourraient dépasser ses bénéfices ultérieurs et, partant, rendre impossible toute récupération, même s'il peut toujours être rationnel de décider de poursuivre la stratégie prédatrice entamée plus tôt. Voir également l'affaire COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, décision de la Commission du 16 juillet 2003, points 332 à 367.

d'évaluer si une telle défense est proportionnelle. En outre, il n'y a aucune définition de ce qu'est « une alternative moins concurrentielle »⁷⁸.

La Commission encadre de manière très restrictive le recours à cette défense, qui semble bien éloignée de celle qui existe dans d'autres juridictions et même diverge de la position de la pratique administrative européenne actuelle⁷⁹.

L'approche par les effets des pratiques de prix prédateurs permet d'éviter que des entreprises en position dominante soient condamnées alors qu'elles ne mettent en œuvre aucune stratégie d'éviction anticoncurrentielle. Toutefois, nous pouvons nous interroger sur le fait de savoir si une telle approche n'est pas trop restrictive et empêche ainsi toute condamnation pour pratique prédatrice.

Cette question mérite d'être posée à la lecture de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 mars 2009⁸⁰ dans l'affaire GlaxoSmithKline. En l'espèce, la Cour a conclu à l'absence de prix prédateurs, la preuve de la construction d'une réputation d'agressivité alors que l'entreprise n'était pas en position dominante sur le marché en cause, n'ayant pas été rapportée.

⁷⁸ Une nouvelle approche à l'égard des abus de monopolisation ?, Alexandre Vandecasteele et Denis Waelbroeck, *Revue internationale de droit économique* 2006, p.86 à 123.

⁷⁹ Voir pour un résumé de la situation à cet égard en Europe et ailleurs par ex. Waelbroeck (D.), « Exclusionary Pricing and Price Discrimination under EC Competition Law », in *Current Competition Law*, Vol. III, Andenas (M.), Hutchings (M.), Marsden (Ph.) (eds), BIICL 2005, p. 300.

⁸⁰ Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, FS P+B+R, Min. Éco. c/ SAS Laboratoire Glaxosmithkline France : JurisData n° 2009-047484.

IV- Prix prédateur sur un marché non dominé : la difficile preuve de la construction d'une réputation d'agressivité⁸¹

L'arrêt GlaxoSmithKline (GSK) rendu par la Cour de cassation le 17 mars 2009⁸², permet de faire une synthèse de la jurisprudence en matière de prix prédateur et constitue à cet égard une bonne illustration de nos propos antérieurs.

La décision Glaxo rendue par le Conseil de la concurrence avait suscité l'intérêt à plus d'un titre.⁸³ Pour la première fois, le Conseil avait sanctionné une pratique de prix prédateurs sur le fondement de la prohibition des abus de position dominante. Mais, c'était surtout l'argumentation développée pour établir le scénario de prédation qui avait retenu l'attention tant elle faisait preuve d'une certaine audace.

En l'espèce, le laboratoire pharmaceutique Glaxo détenait des droits exclusifs sur deux médicaments anti-infectieux : le Zinnat et le Zovirax dont les principes actifs sont respectivement le céfuroxime et l'acyclovir. Au moment où leur brevet arrivait à expiration, des offres de médicaments génériques ont commencé à se développer. Pour contrer l'entrée de nouveaux concurrents, le laboratoire Glaxo avait pratiqué une politique de prix bas sur le marché non dominé du céfuroxime. Cette stratégie tarifaire avait eu un effet sur le marché de l'acyclovir, quant à lui dominé par Glaxo. Profitant de l'éviction de ses concurrents, le laboratoire avait conservé, puis augmenté les parts de son médicament Zovirax.

Le Conseil de la concurrence avait vu dans l'attitude du laboratoire l'élaboration d'un scénario de prédation qui reposait sur la construction d'une réputation d'agressivité destinée à dissuader ses concurrents d'entrer sur les marchés dominés. Retenant la qualification de prix prédateurs,

⁸¹ Prix prédateur sur un marché non dominé : la difficile preuve de la construction d'une réputation d'agressivité
Commentaire par Bertrand Duloum, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 31, 30 Juillet 2009, 1761.

⁸² Cass.com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, FS P+B+R, Min. Éco. c/ SAS Laboratoire Glaxosmithkline France :
JurisData n° 2009-047484.

⁸³ Cons. conc, 14 mars 2007, déc. n° 07-D-09, GlaxoSmithKline France : Contrats, conc. consom. 2007, comm. 133, obs. G. Decocq ; RJDA 2007, n° 662, note A. Condomines et Y. Madec ; RDLC 2007, n° 2, p. 110, obs. L. Flochel et A. Wachsmann ; RDC 2007, p. 776, obs. C. Prieto ; A.-L. Sibony, Retour sur la qualification des prix prédateurs : RLC 2007/12, p. 17.

il avait condamné Glaxo à une lourde amende de 10 millions d'euros pour avoir fait obstacle à l'arrivée des médicaments génériques à l'hôpital⁸⁴.

Au fil d'une longue argumentation basée sur des fondements économiques, le Conseil avait dégagé une nouvelle approche des prix bas bâtie autour de la qualification de prédation par construction d'une réputation, dont les développements pouvaient trouver un fondement dans la fameuse jurisprudence communautaire Akzo⁸⁵.

Cette analyse avait été critiquée, notamment quant au niveau de preuve de la stratégie prédatrice⁸⁶. La Cour d'appel de Paris avait réformé la décision du Conseil sur ce fondement en revenant à des considérations plus juridiques⁸⁷ : les juges ont estimé, pour l'essentiel, que la preuve du lien de causalité entre la stratégie d'agressivité sur le marché non dominé et l'attitude des concurrents sur le marché dominé n'était pas démontrée⁸⁸.

Saisie d'un pourvoi du ministre de l'Économie, la chambre commerciale de la Cour de cassation était ainsi amenée à se prononcer sur la délicate question de la preuve de la prédation par construction d'une réputation d'agressivité. La Cour confirme l'analyse de la Cour d'appel qui a fait « ressortir l'absence de circonstances particulières de nature à établir un lien entre le comportement de la société Glaxo sur le marché non dominé et la position dominante détenue par cette société sur l'autre marché ».

Dans un premier temps, la Cour de cassation s'est prononcée sur l'analyse du lien entre les marchés (A), puis elle a concentré son analyse sur la preuve du comportement prédateur (B).

⁸⁴ La notion de prix prédateurs, La Lettre du Droit Economique du cabinet Wilhelm et associés, avril 2007- n° 8 sous la direction de Pascal Wilhelm et de Céline Cohen.

⁸⁵ CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86 : Rec. CJCE 1991, I, p. 3359 ; RTD com. 1992, p. 310, obs. Bolze.

⁸⁶ V. not. L. Flochel et A. Wachsmann, préc..

⁸⁷ CA Paris, 8 avr. 2008 : JCP G 2008, II, 10209, note B. Duloum ; Contrats, conc. consom. 2008, comm. 116, obs. D. Bosco ; RJDA 2008, n° 714 ; RDLC 2008, n° 2, p. 118, obs. C. Prieto.

⁸⁸ Rejet de l'abus de position dominante par prix prédateurs à l'encontre du laboratoire Glaxo, La Semaine Juridique Edition Générale n° 51, 17 Décembre 2008, II 10209, Commentaire par Bertrand Duloum

A- L'analyse du lien entre les marchés

La Cour d'appel avait défini la pratique du prix prédateur comme « *une politique de prix par laquelle une entreprise dominante baisse ses prix, et de ce fait, subit délibérément des pertes ou réduit ses profits à court terme, pour éliminer ou discipliner un ou plusieurs concurrents ou pour bloquer l'entrée sur le marché de concurrents potentiels dans le but de protéger ou de renforcer sa position dominante* ». La définition insiste sur les conditions de cette pratique anticoncurrentielle qui repose sur une position dominante, un sacrifice financier et un lien de causalité entre les deux (1). Dans un second temps, la Cour de cassation conclut à une absence de connexité entre les marchés (2).

1- La délimitation du marché dominé et du sacrifice tarifaire

L'arrêt apporte quelques confirmations importantes concernant l'exigence de la position dominante et le calcul du sacrifice financier. La Cour de cassation précise que l'existence d'une position dominante est une condition préalable à toute pratique de prédation. En réaffirmant cette condition posée par la lettre des articles L 420-2 du Code de commerce et 102 du Traité de Lisbonne, elle affirme le rattachement de cette pratique à la catégorie générale de l'abus de position dominante.

À l'instar des juges du fond, la Cour de cassation rejette l'approche des économistes selon lesquels la position dominante n'est pas une condition préalable pour apprécier la stratégie prédatrice mais doit s'analyser comme un effet recherché de la pratique.⁸⁹ La position de la Cour s'explique notamment par le fait que l'entreprise met en œuvre une pratique de prédation pour défendre une position de monopole menacée par la concurrence.

En matière de produit pharmaceutique, la délimitation du marché pertinent repose sur la prise en considération des caractéristiques spécifiques de chaque médicament (mode d'utilisation et d'administration) et des particularités du type de patient, ce qui amène les juges à retenir des marchés relativement étroits.

⁸⁹ C. Newton, Do predators need to be dominant ? : ECLR 1999, p. 127 ; pour un développement de cette question, V. A.-L. Sibony, Le juge et le raisonnement économique en droits français et communautaire de la concurrence : LGDJ, 2007, n° 239 et s.

En l'occurrence, le marché retenu est celui de l'acyclovir injectable commercialisé auprès des hôpitaux. Sur ce marché, GSK détient des parts importantes et son monopole s'est prolongé après l'expiration du brevet de la molécule en raison d'un certificat complémentaire de protection. Ces éléments permettent ainsi de caractériser la position dominante de Glaxo sur ce marché au moyen du médicament Zovirax.

Afin de caractériser la pratique de prix prédateurs, les juges doivent établir l'existence d'un sacrifice financier temporaire de l'entreprise dominante destiné à maintenir et à renforcer sa position par l'éviction de ses concurrents ou l'empêchement (ou le renoncement) pour les concurrents potentiels de pénétrer le marché.

Pour démontrer le sacrifice tarifaire du laboratoire Glaxo, le Conseil de la concurrence s'était référé au test de coût établi par l'arrêt Akzo et récemment confirmé par la CJCE dans l'affaire Wanadoo⁹⁰. Selon ce test, l'intention prédatrice est présumée lorsque les prix de vente sont durablement inférieurs à la moyenne des coûts variables de production du bien.

En l'espèce, la pratique de vente à bas prix s'effectuait sur le marché du céfuroxime. Après comparaison du coût d'achat du Zinnat par Glaxo et les prix pratiqués à l'occasion des appels d'offres passés par les hôpitaux, les juges ont établi que ce médicament était vendu en dessous de ses coûts moyens variables.

Un tel comportement, irrationnel d'un point de vue économique du fait des pertes qui augmentent avec les quantités vendues, laissait ainsi présumer l'existence de prix de prédation.

Constatant la position dominante de Glaxo et la pratique de prix inférieurs aux coûts variables, la démonstration de la prédation aurait pu s'arrêter là. Toutefois, ces éléments apparaissent insuffisants pour la qualifier en présence d'une pratique exercée sur un marché non dominé et nécessitent d'établir le lien entre la position dominante et le comportement prédateur.

⁹⁰ CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-202/07

2- L'absence de connexité entre les marchés

La Cour de cassation précise que « *les articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du Traité de Lisbonne présupposent l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendu abusif* ».

Lorsque la pratique tarifaire est mise en œuvre sur le marché dominé, il est facile d'établir ce lien : l'entreprise tire partie de sa position monopolistique pour éliminer ses concurrents directs et ensuite relever ses prix (voir condition de récupération des pertes).

Cependant lorsque la stratégie de prix bas est mise en œuvre sur un marché non dominé, la corrélation entre position dominante et comportement prétendument abusif est plus difficile à rapporter. Se référant à la jurisprudence Akzo et Tétra Pak⁹¹, la Cour de cassation rappelle que cette pratique peut être sanctionnée lorsqu'il existe un lien de connexité entre les marchés permettant d'établir que la stratégie prédatrice effectuée sur le marché non dominé vise à protéger ou à renforcer la position de l'entreprise sur le marché dominant.

Le Conseil de la concurrence s'était appuyé sur deux arguments pour conclure à l'existence de ce lien. Le premier reposait sur une identité des acteurs (les hôpitaux et Glaxo) et du fonctionnement des marchés (procédures d'appel d'offres). Le second faisait référence à la pratique de couplage des ventes par laquelle Glaxo proposait un système de remise liant l'achat du Zinnat injectable à l'achat du Zovirax injectable.

Toutefois, l'analyse n'a pas convaincu les juges et la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir écarté toute connexité entre les marchés. Elle considère que les liens entre les marchés du céfuroxime sodique et de l'acyclovir se limitent à des caractéristiques générales (marchés hospitaliers non administrés), ne permettant pas d'établir que l'entreprise Glaxo avait utilisé le marché non dominé pour démontrer ses intentions prédatrices sur le marché dominé.

La Cour régulatrice confirme l'analyse stricte du lien de connexité qui repose non pas sur des caractéristiques des marchés, mais qui s'établit principalement en fonction des liens existant entre les produits en cause.

⁹¹ CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-333/94

Cette conception de la connexité apparaît convaincante aux vues des finalités de la pratique. La prédation vise à mettre en œuvre une stratégie globale de manipulation de l'information. Elle repose ainsi sur un signal envoyé aux concurrents destiné à les décourager de s'établir ou de se maintenir sur un marché. Or, pour que la réception du signal soit efficace, la menace des bas prix doit viser des produits aux caractéristiques comparables établissant le lien étroit entre les marchés.

À défaut de lien entre les marchés, la pratique ne peut être établie que par la preuve de circonstances révélant le comportement prédateur de Glaxo sur le marché non dominé.

B- La preuve du comportement prédateur

En présence de marchés distincts, le juge est amené à rechercher des circonstances particulières permettant d'établir un lien entre le comportement de Glaxo sur le marché non dominé et l'attitude de ses concurrents sur le marché dominé. La Cour de cassation apprécie cette preuve de manière très stricte, ce qui l'amène à écarter toute influence de la pratique de prix bas sur l'attitude des concurrents (1). Cette solution si elle est juridiquement fondée conduit à douter de la possibilité de sanctionner une entreprise cherchant à construire une réputation d'agressivité (2).

1- Un signal prédateur non reçu par les concurrents

Le Conseil de la concurrence avait reconnu dans le comportement du laboratoire une pratique de prédation par construction d'une réputation d'agressivité : l'importance de la baisse des prix sur un marché modeste, où Glaxo n'était pas en position dominante avait eu pour effet et pour objectif d'envoyer un signal fort d'intimidation, destiné à dissuader ses concurrents potentiels d'entrer sur les marchés dominés.

Ce scénario était corroboré par ses effets directs et indirects : un laboratoire concurrent était sorti du marché du céfuroxime et les autres rivaux qui avaient obtenu une autorisation de mise sur le marché pour les médicaments génériques correspondant au Zovirax n'étaient finalement pas entrés sur ce marché.

L'analyse du Conseil était une analyse essentiellement économique et la qualification de la pratique reposait sur les effets de la stratégie. Cependant, d'un point de vue juridique, cette analyse était sujette à caution, dans la mesure où le Conseil n'a pas apporté la preuve d'un lien réel de cause à effet entre la pratique de prix bas et l'attitude des concurrents.

La Cour de cassation confirme l'analyse de la Cour d'appel qui a jugé que le Conseil, n'était pas parvenu à démontrer le lien nécessaire entre la pratique réalisée sur un marché non dominé et l'éviction des concurrents du marché dominé. Ni la Cour de cassation, ni la Cour d'appel ne rejettent les fondements économiques de la décision, mais les arrêts rappellent que l'analyse économique doit prendre appui sur une base juridique suffisamment étayée.

Ainsi, pour qu'une pratique de prix bas puisse être qualifiée de prédatrice lorsqu'une entreprise la met en œuvre sur un marché non dominé, il est nécessaire d'établir un lien direct entre le signal de réputation d'agressivité émis par le prédateur et sa réception par ses concurrents qui se traduit par un refus de pénétrer le marché.

Or en l'espèce, les juges ont relevé plusieurs éléments permettant de faire douter d'une réception effective et dissuasive du signal d'agressivité. En effet, peu d'entreprises étaient présentes sur le marché du céfuroxime sodique. Rien ne permettait donc de démontrer qu'elles pouvaient disposer immédiatement d'informations précises et complètes sur les prix pratiqués et sur les pertes de Glaxo qui leur auraient permis d'interpréter le message de dissuasion.

Par ailleurs, un laboratoire concurrent a précisé que son refus de s'établir sur le marché de l'acyclovir n'était pas lié à la pratique de prix bas réalisée sur le marché non dominé. De ce fait, le comportement des concurrents potentiels ne semblait pas dicté par l'attitude de Glaxo.

Les juges de la Cour d'appel et de la Cour de cassation se sont éloignés de l'analyse du Conseil qui limitait la preuve de la prédation à un double constat du comportement des entreprises : le Conseil avait dans un premier temps relevé la pratique de prix bas menée par Glaxo, puis avait précisé qu'aucun concurrent n'était rentré sur le marché, sans chercher les causes de cette absence de concurrents potentiels.

La Cour de cassation confirme l'exigence d'une preuve d'un lien de cause à effet entre la stratégie d'agressivité sur le marché non dominé et l'attitude des concurrents potentiels sur le

marché dominé. Cette exigence semble indispensable pour caractériser le grief d'abus de position dominante. En effet, si le comportement de l'entreprise sur le marché non dominé n'a aucune incidence sur le marché dominé, celle-ci ne serait pas accusée d'abuser de sa position.

L'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article L 420-2 du Code de commerce posent comme préalable que l'atteinte à la concurrence (en l'espèce la dissuasion des génériques d'entrer sur le marché) trouve son origine dans le comportement abusif de l'entreprise dominante. Par ailleurs, cette analyse est partagée par la Commission européenne, comme le révèle les lignes directrices sur l'article 102⁹².

2- Une condamnation impossible ?

Si dans cette affaire, la Cour de cassation rejette la qualification, elle ne condamne pas par principe la thèse de la prédation par construction d'une réputation d'agressivité auquel le Conseil de la concurrence a fait référence dans d'autres affaires postérieures⁹³. Pourtant, le haut niveau de preuve exigé par les juges risque fort de rendre inopérante toute condamnation.

La preuve de la prédation par construction d'une réputation d'agressivité peut être plus facilement apportée en présence de marchés identiques ou réellement connexes. Toutefois cette situation risque d'être peu fréquente car elle comporte un coût important pour l'entreprise en raison des quantités de produits vendues.

La pratique de bas prix s'effectuera plutôt sur un marché non dominé, afin d'envoyer un signal fort aux concurrents, tout en limitant les pertes du fait de la plus faible valeur totale du marché. Dans pareille situation, le lien de causalité entre la pratique de prix bas sur le marché non dominé et ses effets sur le marché dominé doit s'appuyer sur une démonstration objective difficile à établir, comme le démontre le présent arrêt.

⁹² JOUE n° C 45, 29 févr. 2009 : Contrats, conc. consom. 2009, comm. 50, note D. Bosco

⁹³ Cons. conc., 23 nov. 2007, déc. n° 07-D-39 : Concurrences 2008, n° 1, obs. A. Wachsmann ; Contrats, conc. consom. 2008, comm. 21 ; Cons. conc., 11 déc. 2007, déc. n° 07-D-44 : Concurrences 2008, n° 1, obs. C. Prieto

De plus, il peut être reproché une forte part de subjectivité exigée par l'identification d'un « signal d'agressivité » ou d'un « message de dissuasion »⁹⁴. En effet la perception d'une réputation dissuasive est une notion qui laisse une large part à l'interprétation. Il est difficile de comprendre les raisons qui poussent une entreprise à ne pas entrer sur un marché et les arguments développés par une partie peuvent être facilement contrecarrés par une autre.

Face à une lutte commerciale intense provoquée par l'essor des médicaments génériques, cette décision ouvre la voie à un champ de réaction important pour les laboratoires de princeps⁹⁵.

⁹⁴ V. en ce sens, RJDA 2008, n° 714

⁹⁵ B. Sabatier, E. Dieny et D. Bégué, Médicaments princeps/médicaments génériques : le pharmacien hospitalier arbitre du développement de la concurrence au service de la qualité : Lamy Droit des affaires, 2008, n° 23, p. 65

Conclusion

L'évolution de l'approche en matière de prix prédateurs, en tenant davantage compte des effets de la pratique et en reposant sur une analyse de la stratégie de l'entreprise, permet que les entreprises qui mettent en œuvre une politique de prix bas résultant d'une concurrence par les mérites ne soient pas inquiétées. Toutefois, eu égard à la politique adoptée par les autorités de concurrence, il est possible de s'interroger sur l'efficacité de l'approche retenue.

La question se pose de savoir s'il vaut mieux que certaines pratiques anticoncurrentielles échappent au contrôle et par conséquent aux sanctions ou s'il faut adopter une politique ferme quitte à sanctionner une pratique proconcurrentielle.

Les risques d'une politique trop restrictive ne sont pas des moindres. Tout d'abord cela peut entraîner une réduction de la volonté d'investir et d'innover par les entreprises, or la concurrence est l'un des moteurs principaux de l'innovation, de la diversification et du bien-être général, et le but de la politique de concurrence n'est pas de décourager les entreprises de se concurrencer et d'innover. Par ailleurs, les entreprises non dominantes ne seront pas encouragées à baisser leurs prix et à innover, ce qui a un impact négatif sur les consommateurs et le bien être général.

Enfin, une approche trop restrictive pourrait entraver la compétitivité mondiale des opérateurs européens face à leurs concurrents étrangers, d'autant plus que les autorités de concurrence américaines imposent la condition de récupération des pertes pour qualifier la pratique de prédatrice.

Plus globalement, la manière d'appréhender la prédation repose sur la finalité que l'on attribue au droit de la concurrence. Selon que l'on cherche à protéger le consommateur, le concurrent ou la concurrence, l'approche diffère et les objectifs ne sont pas similaires.

A l'heure actuelle, la Commission européenne semble avoir arrêté sa position en matière de prix prédateurs, toutefois, celle-ci peut être amenée à évoluer avec la mise en place de tests de coûts généraux, permettant d'appréhender l'ensemble des pratiques d'éviction.

Annexes

- **Cour de cassation 17 juin 2008, Société Vedettes inter-îles vendéennes**
- **Cour de cassation 17 mars 2009, Ministre de l'économie c/ SAS Laboratoire GlaxoSmithKline France.**

**Arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 2008 Société Vedettes inter-
îles vendéennes**

COUR DE CASSATION

Audience publique du 17 juin 2008

Cassation partielle

Mme FAVRE, président

Arrêt n°717FS-P+Bsur

le 1er moyen 4e branche

Pourvoi n°X 05-17.566

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET
ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Vedettes inter-îles vendéennes que sur le pourvoi incident relevé par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que depuis 1986, la société Vedettes inter-îles vendéennes (la VIIIV), qui exploite trois vedettes rapides, assure le transport maritime de passagers entre l'île d'Yeu et le continent pendant la saison estivale du mois d'avril au mois de septembre cependant que d'autres compagnies privées assurent également cette liaison pendant la même période, que la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (la Régie), établissement public industriel et commercial départemental, qui exploite deux ferries de 750 passagers chacun et une vedette rapide l'"Amporelle" (350 passagers), a pour mission d'assurer l'exploitation directe du service maritime de passages d'eau entre l'île d'Yeu et le continent et doit assurer un service quotidien suivant les exigences des marées, effectuant le transport des voyageurs, des marchandises, des véhicules et divers, fonctionnant selon les contraintes du trafic ainsi que, à chaque fois que possible et selon les besoins du trafic, des services supplémentaires y compris de voyages, excursions ; que le conseil général de Vendée, a mis à disposition de la régie en 1992, la vedette rapide "Amporelle" dont il est

propriétaire ; que les deux ferries, comme la vedette rapide "Amporelle" ont le gabarit nécessaire pour assurer le service de transport par tout temps ; que le 28 mars 2001, la VIIV a saisi le Conseil de la concurrence en reprochant à la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée d'abuser de la position dominante qu'elle occupe sur le marché de transport de passagers entre l'île d'Yeu et le continent en période estivale, en développant une offre de transport à des prix inférieurs à leur coût de revient et de pratiquer des prix prédateurs sur lesquels les sociétés privées concurrentes ne peuvent s'aligner ; qu'après avoir ordonné une expertise, le Conseil de la concurrence a, par décision du 23 décembre 2004, dit qu'il n'était pas établi que la régie ait enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident qui est préalable ;

Attendu que la Régie fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté l'exception d'incompétence au profit du tribunal administratif de Nantes, alors, selon le moyen, qu'une activité de service public peut s'exercer aussi bien dans une situation de monopole que sur un marché ouvert à la concurrence ; qu'en l'espèce la Régie est investie par le département de la Vendée d'une mission de service public de continuité territoriale consistant à assurer toute l'année et par tous temps la desserte de l'île d'Yeu, depuis le continent, par voie maritime ; qu'en énonçant que la liaison maritime ne relevait pas du service public pendant les mois d'été - des opérateurs de droit privé l'assurant pour en déduire que la fixation des tarifs par la Régie au cours de la période d'été ne constituait pas un acte administratif et relevait de la compétence du juge judiciaire, la cour d'appel violé la loi des 16 et 24 août 1790, ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs ;

Mais attendu que l'arrêt retient que la régie est chargée d'une mission de service public consistant à transporter les marchandises et les passagers entre le continent et l'île d'Yeu, durant la totalité de l'année, que pendant la période d'avril à septembre, sa vedette rapide participe à cette mission de service public, que le fait que la régie assure des obligations de service public confiées par le Conseil général de la Vendée n'implique pas que toutes ses activités relèvent par nature de ce service public, et que s'agissant des transports en vedette rapide assurés pour la période pendant laquelle existe une offre concurrente la régie n'exerce aucune prérogative de puissance publique en déterminant librement ses prix; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel qui n'a pas énoncé que la liaison maritime ne relevait pas du service public pendant les mois d'été, a exactement déduit que les activités concurrentielles

que la régie assure d'avril à septembre ne relevaient pas de ce service public et que le litige ne ressortissait pas à la compétence du tribunal administratif; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 1134 du code civil ;

Attendu que l'arrêt retient qu'il ressort d'une décision du Conseil d'Etat du 30 juin 2004 que la taille de l'Amporelle répond à des contraintes liées à l'état de la mer l'hiver et qu'elle correspond aux nécessités de la mission de service public assurée par la Régie qui implique des traversées régulières toute l'année et par tous les temps ;

Attendu qu'en statuant ainsi alors que le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur la nécessité pour la régie d'utiliser l'Amporelle afin d'accomplir sa mission de service public, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé ;

Et sur ce moyen pris en sa quatrième branche :

Vu l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Attendu que viole les dispositions de l'article précité l'entreprise qui, disposant d'une position dominante assurant une mission de service public, offre des prestations sur un marché ouvert à la concurrence à un prix inférieur au coût incrémental de ces prestations, c'est-à-dire au coût que l'entreprise ne supporterait pas si elle n'exerçait pas l'activité concurrentielle ;

Attendu que pour décider que le coût de la mise en service de l'Amporelle constituait un coût fixe commun à la mission de service public et à l'activité concurrentielle de la régie et que ce coût ne devait donc pas être indus dans le coût incrémental de l'activité concurrentielle de la Régie, l'arrêt retient encore que la Régie expose que le nombre de passagers que l'Amporelle peut transporter lui permet d'assurer en toutes circonstances les traversées rapides notamment de la population scolaire et étudiante qui rentre sur l'île le mercredi ou les week-end d'hiver ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi par des motifs impropres à établir que si elle ne consacrait pas l'Amporelle d'avril à fin septembre à l'exploitation d'une activité sur un marché ouvert à la concurrence, la Régie, qui disposait par ailleurs de ferries, serait obligée de supporter le coût

de l'Amporelle pour assurer ses missions de service public, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté le recours formé par la société VIIV contre la décision n° 04-D-79 du 23 décembre 2004 du Conseil de la concurrence, l'arrêt rendu le 28 juin 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à M. Pelletier, es qualités, la somme de 2 000 euros et rejette sa demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix-sept juin deux mille huit.

**Arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 2009 Ministre de
l'économie c/ SAS Laboratoire GlaxoSmithKline France**

COUR DE CASSATION

Audience publique du 17 mars 2009

Rejet

Mme FAVRE, président

Arrêt n° 259 FS-P+B+R

Pourvoi n° E 08-14.503

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET
ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par le ministre de l'économie, des finances et de
l'emploi que sur le pourvoi incident éventuel relevé par la société GlaxoSmithKline France ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 8 avril 2008), que saisi de pratiques mises en œuvre par
le laboratoire Glaxo Wellcome France, devenu laboratoire Glaxosmithkline France (Glaxo)
sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques, le Conseil de la concurrence (le
Conseil) a, par décision n° 07-D-09 du 14 mars 2007, retenu que le laboratoire Glaxo a
enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE, lui a
infligé une sanction pécuniaire et a ordonné des mesures de publication ; qu'après avoir défini
les marchés pertinents comme étant celui des céphalosporines de deuxième génération
administrables par injection, comprenant le céfuroxime sodique commercialisé par la société
Glaxo, le céfamandole injectable commercialisé par la société Lilly France et des génériques
de ces deux médicaments antibiotiques utilisés en milieu hospitalier pour la prophylaxie des
infections pouvant survenir lors d'interventions chirurgicales, marché sur lequel le laboratoire

Glaxo n'était pas en position dominante et celui de l'aciclovir injectable, anti-infectieux utilisé essentiellement en milieu hospitalier, pour traiter des infections à virus varicelle-zona ou à herpès et les méningo-encéphalites herpétiques, marché sur lequel le laboratoire Glaxo détenait une position dominante en raison d'un certificat complémentaire de protection expirant en septembre 2002, le Conseil a sanctionné ce laboratoire pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de l'aciclovir injectable, en pratiquant, en 1999 et 2000, des prix prédateurs sur le marché non dominé des céphalosporines de deuxième génération injectables afin de se bâtir une réputation d'agressivité destinée à retarder l'arrivée de génériques sur le marché de l'aciclovir injectable ;

Attendu que le ministre chargé de l'économie fait grief à l'arrêt d'avoir réformé la décision n° 07-D-09 du Conseil et dit qu'il n'est pas établi que le laboratoire Glaxo a enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE, alors, selon le moyen :

1°/que l'existence d'un plan de prédation caractérisant un abus de position dominante est présumée lorsqu'une entreprise vend en dessous de ses coûts variables ; que la cour d'appel a constaté que la société Glaxosmithkline avait vendu le Zinnat en dessous de son prix d'achat, qui est le premier des coûts variables ; qu'en se fondant sur le fait qu'un plan de prédation n'était pas démontré, quand il appartenait à la société Glaxosmithkline d'établir l'absence de tout plan de prédation, la cour d'appel a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE ;

2°/qu'un plan de prédation constitue un abus de position dominante même s'il n'a pas eu d'effet concret ; qu'en se fondant sur le fait, inopérant, que des concurrents étaient entrés sur le marché de l'aciclovir, la cour d'appel a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE ;

3°/que sont constitutives d'abus de position dominante des pratiques de prédation sur un marché non dominé pour dissuader des concurrents d'entrer sur un marché dominé, dès lors que les deux marchés sont liés; qu'en se bornant à relever que les liens entre les marchés de l'aciclovir et du céfuroxime sodique étaient limités à des caractéristiques générales, sans montrer en quoi ces liens auraient été insuffisants pour que les prix prédateurs pratiqués sur le marché du céfuroxime aient été une barrière à l'entrée sur celui de l'aciclovir, la cour d'appel a

privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE ;

Mais attendu que les articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE présupposent l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif qui n'est normalement pas présent lorsqu'une pratique abusive est mise en œuvre sur un marché distinct du marché dominé ; que ces dispositions peuvent cependant trouver application notamment lorsque l'autorité de concurrence démontre l'existence de circonstances particulières telles celles relevées par la Cour de justice des Communautés européennes (arrêt du 3 juillet 1991, Akzo Chemie BV, C-62/86, points 35 à 45) établissant que c'est pour renforcer sa position dominante sur un marché qu'une entreprise a mis en œuvre une pratique abusive sur un marché distinct qu'elle ne domine pas, ou telles celles relevées par la même Cour (arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak International, C-333/94, points 21 à 33) démontrant que des marchés présentent des liens de connexité si étroits qu'une entreprise se trouve dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause ;

Attendu qu'après avoir constaté que le laboratoire Glaxo a vendu à certains hôpitaux en 1999 et 2000, sous le nom de Zinnat injectable, du céfuroxime sodique classé parmi les céphalosporines de deuxième génération, à un prix inférieur à ses prix d'achat, l'arrêt relève que les liens entre le marché des céphalosporines de deuxième génération injectable, antibiotiques soignant des infections et le marché de l'aciclovir injectable, antiviral ayant un usage différent, sont limités à des caractéristiques générales résultant du fait qu'il s'agit de marchés hospitaliers non administrés ; qu'il précise qu'à l'exception des sociétés Panpharma et Ggam, les laboratoires susceptibles d'entrer sur le marché de l'aciclovir injectable n'étaient pas présents sur le marché du céfuroxime sodique ; qu'il retient qu'aucun élément n'établit que les concurrents potentiels du laboratoire Glaxo sur le marché de l'aciclovir injectable disposaient d'informations précises et complètes sur les prix pratiqués par les différents opérateurs sur le marché du céfuroxime sodique et sur les pertes du laboratoire Glaxo et donc de la possibilité d'interpréter la politique de prix mise en œuvre par le laboratoire Glaxo sur le marché des céphalosporines de deuxième génération injectables comme un signal d'agressivité destiné à les dissuader d'entrer sur le marché de l'aciclovir injectable ; qu'il ajoute que, contrairement à ce qu'a retenu le Conseil, les déclarations du représentant de la société Panpharma expliquant les raisons ayant conduit ce fabricant de génériques à ne pas entrer sur le marché de l'aciclovir

injectable ne font pas référence au comportement du laboratoire Glaxo relativement au céfuroxime sodique ; qu'en l'état de ces seules constatations et appréciations, faisant ressortir l'absence de circonstances particulières de nature à établir un lien entre le comportement de la société Glaxo sur le marché non dominé et la position dominante détenue par cette société sur l'autre marché, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident éventuel formé par la société Glaxosmithkline France :

REJETTE le pourvoi principal ;

Condamne le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix-sept mars deux mille neuf.

Bibliographie

Ouvrages

- A-S Choné, *Les abus de domination, Essai en droit des contrats et de la concurrence*, Economica, Recherches juridiques, août 2010.
- A. et G. Decocq, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 4^{ème} édition, juillet 2010.
- Aurélien Condomines, *Les prix prédateurs, Nouveau droit français de la concurrence*, Jurismanager, avril 2009.
- Emmanuel Combe, *La politique de la concurrence*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 2008 novembre, 120 p.
- A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droits français et communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2007, n° 239 et s.
- Emmanuel Combe, *Économie et Politique de la Concurrence*, Dalloz-Sirey, Paris, 27 janvier 2005, 460 p.
- Massimo Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, New York, 12 janvier 2004, 704 p.
- Jean Tirole, *Théorie de l'organisation industrielle*, Paris, 1993.
- Patrick Rey et Jean Tirole, « Analyse économique de la notion de prix de prédation », dans *Revue française d'économie*, vol. 12, n° 1, 1997, p. 3-32.

Reuves et articles en français

- *Prix prédateur sur un marché non dominé : la difficile preuve de la construction d'une réputation d'agressivité*, Commentaire par Bertrand Duloum, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 31, 30 Juillet 2009, 1761.
- *Rejet de l'abus de position dominante par prix prédateurs à l'encontre du laboratoire Glaxo*, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 51, 17 Décembre 2008, II 10209, Commentaire par Bertrand Duloum.
- B. Sabatier, E. Dieny et D. Bégué, *Médicaments princeps/médicaments génériques : le pharmacien hospitalier arbitre du développement de la concurrence au service de la qualité*, *Lamy Droit des affaires*, 2008, n° 23, p. 65.

- *La cour d'appel de Paris repousse tout abus de service public dans la desserte maritime de l'île d'Yeu*, Commentaire par Loïc Grard, Revue de droit des transports n° 7, Juillet 2009, comm. 153.
- *Les coûts à court terme - Application aux tests de prix prédateurs*, Laurent Flochel, Revue des droits de la concurrence, Pratiques Concurrences n°1-2010.
- *Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante : rénovation des tests*, Petites affiches, 3 juillet 2008 n°133, p.14.
- *Quel test de preuve pour l'article 82 ?*, in Revue Lamy de la concurrence n°11, avril/mai 2007, p. 111 à 115, François Lévêque.
- « *Abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises* », Anne Perrot, in Les rapports de la documentation française, Politiques de concurrence (2006) pages 257 à 269.
- Jurisclasseur, Contrats, conc.consom., 2009, comm.167 obs. G.Decocq .
- Jurisclasseur Europe 2009, comm. 242, obs. L.Idot.
- Lamy affaires, comm. n°2309, p 50 et 51.
- Jurisclasseur, Comm.com.électr.2009, comm.65.
- Jurisclasseur Contrats, conc. consom. 2007, comm. 133, obs. G. Decocq.
- Contrats, conc. consom. 2008, comm. 116, obs. D. Bosco ; RJDA 2008, n° 714 ; RDLC 2008, n° 2, p. 118, obs. C. Prieto.
- *Les prix prédateurs et l'arrêt Wanadoo*, JurisClasseur Commercial, Fasc. 268 : Abus de position dominante.-Article 82 du traité CE.
- *Les entreprises publiques et le prix prédateur*, Contrats Concurrence Consommation n° 8, Août 2008, comm. 21, Georges Decocq.
- *Prédation et prix de transfert*, Gildas de Muizon, Microeconomix, novembre 2008.
- *La baisse des prix : pratique concurrentielle ou anticoncurrentielle ?*, in Revue Lamy concurrence n°8 juillet/septembre 2006.
- *Stratégie de prix-Prix prédateurs : l'enseignement de l'analyse économique*, Problèmes économiques n°2683, 11 octobre 2000, Laurent Benzoni.

Revue et articles en langue anglaise

- Mc Gee, J. (1958). « *Predatory price cutting : the standard oil (N.J) Case* ». Journal of law and economics 1. 137-169.
- Areeda.P et D. Turner (1975) « *Predatory Pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act* », Harvard law review 88, 697-733.
- Williamson.O (1977). « *Predatory pricing : a strategic and welfare analysis* », Yale law journal 87, 284-340.
- Baumol.W. (1979). « *Quasi –Permanence of price reductions : a policy for prevention of predatory pricing* ». Yale Law journal 89.1-26.
- Joskow. P et A. Klevorick (1979). « *A framework for analysing predatory pricing policy* ». Yale law journal 89.213-270.
- Ordovery J. et R. Willig (1981). « *An economic definition of predation : pricing and product innovation* ». Yale law journal 91.8-53.
- Bolton.P, Brodley.JF, MH. Riordan (2000). “*Predatory pricing : theory and legal policy*”. The Georgetown Law journal 88.2239-2330.
- Richard Posner, “*Antitrust law : an economic perspective*”, Chicago, University of Chicago Press, 2001.
- « *Exclusionary Pricing and Price Discrimination under EC Competition Law* », in Current Competition Law, Vol. III, Andenas (M.), Hutchings (M.), Marsden (Ph.) (eds), BIICL 2005, p. 300.
- P. Newton, *Do predators need to be dominant ?* : ECLR 1999, p. 127.

Textes

- Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 (2007 C/306/01).
- Communication de la Commission- Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Communication 2009/C 45/02, JOUE 24/02/2009, C 45/7.
- Discours de Neelie Kroes, Preliminary Thoughts on Policy Review of article 82, speech/05/537, 23 septembre 2005.

Sites Internet

- Site de l'autorité de la concurrence : www.autoritedelaconcurrence.fr/
- Site de la Commission européenne : <http://eur-lex.europa.eu>
- CMS Francis Lefebvre Lettre Concurrence/Economie 2 du 3 juillet 2009 : <http://www.cms-bfl.com/Lettre-Concurrence--Economie-n2-07-03-2009>.
- La notion de prix prédateurs, La Lettre du Droit Economique du cabinet Wilhelm et associés, avril 2007- n° 8 sous la direction de Pascal Wilhelm et de Céline Cohen.
- Retour sur les prix prédateurs, La lettre de la distribution avril 2009, Véronique Selinsky : <http://avocats.fr/space/veronique.selinsky/>

Jurisprudence de la Cour suprême des Etats Unis

- Cour suprême des Etats Unis, Brooke Group Ltd v. Brown et Williamson Tobacco Corporation (1993).

Jurisprudence de l'Union européenne

- Décision de la Commission du 20 mars 2001 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (2001/354/CE), Affaire COMP/35.141 — *Deutsche Post AG*, Journal officiel n° L 125 du 05/05/2001 p. 0027 – 0044.
- Décision de la Commission du 16 juillet 2003, Affaire COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*.
- Décision de la Commission CE n°88/138/CEE, 22 décembre 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, JOCE 11 mars 1988, n°L65, p 19, §81.
- TPICE, 1^{er} avril 1993, affaire T-65-89, *BPB Industries et British Gypsum*, Rec.1993, p. II-389.
- TPICE T-83/91, *Tetra Pak International/Commission (Tetra Pak II)*, Recueil 1994, p. II 755, points 151 et 171,
- TPICE T-340/03, *France Télécom/Commission*, Recueil 2007, p. II-107, points 198 à 215.

- CJCE C-333/94 P, *Tetra Pak International/Commission*, Recueil 1996, p. I-5951
- CJCE affaire C 62/86, *AKZO/Commission*, Recueil 1991, p. I-3359.
- CJCE, 2 avril 2009, Aff. C-202/07 P, *France Télécom SA c/ Commission*, Rec. 2009 p. I-2369.

Jurisprudence française

- Cass.com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, FS P+B+R, *Min. Éco. c/ SAS Laboratoire Glaxosmithkline France* : JurisData n° 2009-047484.
- Cass.com., 17 juin 2008, n° 05-17.566, FS-P+B, *Sté Vedettes inter-îles vendéennes (VIIIV)*, JurisData n° 2008-044222.
- CA Paris, 8 avril 2008 : JCP G 2008, II, 10209, note B. Duloum
- Autorité de la concurrence, décision n°09-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Chep France dans le secteur de la location-gestion de bacs plastiques et de palettes.
- Conseil de la concurrence, Décision du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France (décision 07-D-09),
- Cons. conc., 23 nov. 2007, déc. n° 07-D-39 : *Concurrences 2008*, n° 1, obs. A. Wachsmann ; *Contrats, conc. consom. 2008*, comm. 21.
- Cons. conc., 11 déc. 2007, déc. n° 07-D-44 : *Concurrences 2008*, n° 1, obs. C. Prieto.
- Cons.conc. décision n° 07-D-39, 23 nov. 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres.
- Cons.conc décision 07-D-44 du 11 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Ciné Alpes.
- Cons.conc décision 05-D-13 du 18 mars 2005 relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage.
- Cons.conc décision n°04-D-10 du 1^{er} avril 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres.
- Cons.conc. décision n° 04-D-79, 23 déc. 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée.

- Cons.conc Décision n°04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma).
- Cons.conc décision 04-D-17 du 11 mai 2004 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés AOL France SNC et AOL Europe SA.
- Cons.conc décision 00-D-70 du 31 janvier 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution du disque à Paris.
- Cons.conc décision n° 00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir.
- Cons.conc décision 00-D-39 d 24 janvier 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la production et de la distribution des produits en béton préfabriqués sur un territoire recouvrant la vallée du Rhône, du département de l'Ain jusqu'à Marseille, ainsi que les départements de l'Isère et de la Savoie au nord-est et de l'Hérault au sud-ouest.

Table des matières

Résumé	p 4
Introduction	p 6
I- <u>Pratique de prix bas : le passage d'une approche per se à une approche par les effets</u>	p 9
A- Une pratique de prix bas est-elle pro ou anti concurrentielle ?	p 10
1- <u>Les effets possibles d'une pratique abusive</u>	p 10
2- <u>La prise en compte des effets de la pratique pour apprécier l'abus de position dominante</u>	p 12
i) La raison d'être des règles de concurrence	p 12
ii) La remise en cause de l'approche par catégorie et l'avènement d'une approche par les effets	p 14
B- Esquisse d'une méthode pour évaluer les effets d'une pratique prédatrice	p 17
1- <u>La recherche d'un dommage</u>	p 17
2- <u>La recherche d'une stratégie</u>	p 19
II- <u>Le test de coût à retenir et les difficultés tenant à sa mise en œuvre</u>	p 23
A- Le test Areeda-Turner et ses évolutions	p 24
1- <u>Quel est le coût pertinent à prendre en compte</u>	p 25
i) La prédation n'est pas la vente à perte	p 26
ii) Le coût marginal et le coût moyen évitable	p 28
iii) Le coût évitable	p 29
iv) Le coût incrémental	p 31

2-	<u>La jurisprudence Akzo</u>	p 35
B-	La condition de récupération des pertes	p 37
1-	<u>La jurisprudence Brooke aux Etats Unis</u>	p 37
2-	<u>La condition de récupération des pertes : une condition non nécessaire devant les autorités européennes de concurrence</u>	p 39
i)	L'arrêt France Télécom SA c/ Commission du 2 avril 2009	p 39
ii)	La consécration de la jurisprudence de la CJUE	p 41
III-	<u>La prise en compte des effets dans l'analyse de la prédation</u>	p 45
A-	L'analyse des effets dans les tests économiques	p 42
1-	<u>Les différents tests de coûts proposés pour apprécier les effets de la prédation</u>	p 42
i)	Le test du bien être du consommateur	p 43
ii)	Le test du concurrent aussi efficace	p 43
iii)	Le test du sacrifice de profit	p 44
iv)	L'absence de sens économique	p 45
2-	<u>La prise en compte de la stratégie des entreprises : la mise en évidence de quatre types de prédation</u>	p 46
i)	La prédation financière	p 46
ii)	La prédation par construction d'une réputation d'agressivité	p 47
iii)	La prédation par signal	p 47
iv)	La prédation par test de marché	p 48
B-	L'analyse des effets en matière jurisprudentielle	p 49
1-	<u>Les justifications à une politique de prix bas</u>	p 49
i)	L'évolution de la position de l'Autorité de la concurrence	p 49
ii)	La preuve de l'intention d'éviction	p 51
2-	<u>Les apports de la communication de la Commission sur les orientations retenues pour l'application de l'article 102 du TFUE</u>	p 52

i)	Une éviction préjudiciable pour les consommateurs	p 52
ii)	Une éviction anticoncurrentielle	p 53
iii)	L'alignement sur le prix des concurrents	p 56
IV-	<u>Prix prédateur sur un marché non dominé : la difficile preuve de la construction d'une réputation d'agressivité</u>	p 58
A-	L'analyse du lien entre les marchés	p 60
1-	<u>La délimitation du marché dominé et du sacrifice tarifaire</u>	p 60
2-	<u>L'absence de connexité entre les marchés</u>	p 62
B-	La preuve du comportement prédateur	p 63
1-	<u>Un signal prédateur non reçu par les concurrents</u>	p 63
2-	<u>Une condamnation impossible</u>	p 65
Conclusion		p 67
Annexes		p 68
1-	Cass.com 17 juin 2008 Société Vedettes inter-îles vendéennes	p 69
2-	Cassation.com 17 mars 2009 Min. de l'éco c/ GSK	p 73
Bibliographie		p 77
Table des matières		p 83