

LES PRIX PRÉDATEURS ENTRE LA LETTRE DE LA JURISPRUDENCE ET L'ESPRIT DU RAISONNEMENT ÉCONOMIQUE : À PROPOS DE L'ARRÊT WANADOO DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

(TPICE, 30 janvier 2007)

Dans un arrêt rendu le 30 janvier 2007, le Tribunal de première instance des Communautés européennes a confirmé la condamnation prononcée par la Commission à l'encontre de France Télécom pour avoir, à l'époque de la naissance du marché de l'accès haut débit à internet pour les particuliers, pratiqué des prix prédateurs et ainsi abusé de sa position dominante. Dans cet arrêt attendu, le Tribunal décline l'invitation qui lui était adressée par la requérante — et à travers elle par la doctrine économique — de faire évoluer la jurisprudence sur la prédation. Le Tribunal s'en tient aux critères dégagés dans les arrêts AKZO et Tetra Pak et précise qu'il n'est pas nécessaire, pour établir l'existence d'un comportement prédateur, de démontrer que l'entreprise qui s'y livre avait *a priori* des chances raisonnables de récupérer dans un second temps les pertes qu'implique nécessairement ce type de stratégie dans un premier temps. Le Tribunal réaffirme par ailleurs qu'il n'existe pas « d'exception d'alignement », au sens où une entreprise dominante ne peut se prévaloir du fait qu'elle n'a fait que s'aligner sur les prix pratiqués par ses concurrents pour échapper à la prohibition des prix prédateurs au titre de l'article 82 CE.

MOTS-CLÉS

Droit de la concurrence. Abus de position dominante. Prix prédateurs. Exception d'alignement. Raisonement économique.

TPICE, 30 janvier 2007 :

France Télécom c/ Commission

(T-340/03)

Le Tribunal :

(...)

— *Sur la justification tirée d'un droit d'alignement de WIN sur les prix de ses concurrents :*

— *Arguments des parties :*

171. Selon WIN, le droit pour un opérateur, quel qu'il soit, de s'aligner de bonne foi sur le prix antérieurement pratiqué par un concurrent est l'essence du processus concurrentiel.

(...)

— *Appréciation du Tribunal :*

(...)

182. Il ne saurait (...) être affirmé que le droit d'alignement d'une entreprise dominante sur les prix de la concurrence est absolu et qu'il a été reconnu comme tel par la Commission dans sa pratique décisionnelle et par la jurisprudence, spécialement lorsque ce droit aboutirait à justifier le recours à des prix prédateurs interdits par ailleurs par le traité.

(...)

187. WIN ne saurait invoquer un droit absolu à s'aligner sur les prix de ses concurrents pour justifier son comportement. S'il est vrai que l'alignement de l'entreprise dominante sur les prix des concurrents n'est pas en soi abusif ou condamnable, il ne saurait être exclu qu'il le devienne lorsqu'il ne vise pas seulement à protéger ses intérêts, mais a pour but de renforcer cette position dominante et d'en abuser.

— *Sur la récupération des pertes :*

— *Arguments des parties :*

219. WIN avance que la récupération des pertes est un élément à part entière du test de prédation dont la Commission doit apporter la preuve. Elle estime que, si l'entreprise en position dominante ne peut raisonnablement espérer, en particulier parce que l'entrée sur le marché considéré est aisée, réduire la concurrence à long terme afin de récupérer ses pertes, il n'est pas rationnel pour elle de s'engager dans une politique de prix prédateurs. Dans cette hypothèse, la politique de prix bas menée par l'entreprise trouverait nécessairement son explication en dehors d'une stratégie de prédation.

220. Selon WIN, cette position est partagée

par l'ensemble de la doctrine économique et juridique ainsi que par de nombreuses juridictions et autorités de concurrence, parmi lesquelles figurent celles des États-Unis mais aussi de plusieurs États membres de l'Union européenne. La jurisprudence communautaire elle-même n'aurait jamais exclu qu'une telle démonstration doive être faite.

(...)

— *Appréciation du Tribunal :*

228. C'est (...) à bon droit que la Commission a considéré que la démonstration d'une récupération des pertes n'était pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs.

NOTE

Anne-Lise SIBONY

Docteur en droit

Les faits ayant donné lieu à l'arrêt commenté remontent à la période allant du mois de mars 2001 au mois d'octobre 2002. À cette époque, l'accès haut débit à internet commençait seulement à être commercialisé auprès des particuliers en France. La société Wanadoo interactive (ci-après WIN) avait rapidement acquis une position de force sur ce marché grâce à ses formules d'abonnement ADSL. Dans une décision du 16 juillet 2003, la Commission a reproché à WIN d'avoir commis un abus de position dominante en pratiquant des prix prédateurs au cours de cette période et a condamné la société France Télécom, venant aux droits de WIN, à une amende de 10,35 millions d'euros pour violation de l'article 82 CE. L'arrêt rapporté rejette le recours formé par France Télécom contre cette décision. Pour s'en tenir aux principaux moyens de fond soulevés dans cette affaire et, parmi eux, aux moyens de droit, France Télécom reprochait à la Commission d'avoir procédé à la qualification de prix prédateurs au regard de critères erronés. Dans l'arrêt rapporté, le Tribunal rejette tous les moyens de la requérante et confirme

la condamnation prononcée par la Commission. Cet arrêt témoigne d'une fidélité à la lettre de la jurisprudence communautaire existante sur les prix prédateurs (1) sinon au raisonnement économique qui la justifie. En particulier, la proposition issue de la doctrine économique tendant à faire de la possibilité de récupération des pertes un critère de qualification des prix prédateurs est rejetée, ce qui confirme l'existence d'une différence entre le droit communautaire et le droit fédéral américain sur ce point. L'arrêt apporte par ailleurs une précision concernant le droit pour une entreprise, même dominante, de s'aligner sur les prix pratiqués par ses concurrents : ce droit existe, mais ne saurait constituer une cause d'exonération et permettre à une entreprise d'échapper à la prohibition des prix prédateurs.

Si le droit applicable à la prédation ne sort pas modifié de cet arrêt, qui exprime un refus de faire évoluer la jurisprudence (II), il est nécessaire pour mesurer sa portée de revenir sur le contexte doctrinal qui l'entoure et les critiques dont cette jurisprudence fait l'objet (I).

(1) CJCE, 3 juillet 1991, AKZO c/ Commission, C 62/86, Rec., p. I-3359 ; TPICE, 6 octobre 1994, Tetra Pak c/ Commission, T 83/91, Rec., p. II-755, confirmé par CJCE, 14 novembre 1996, Tetra Pak c/ Commission, C 333/94 P, Rec., p. I5951.

I. Le contexte de l'arrêt : la jurisprudence antérieure sur la prédation et les critiques doctrinales

L'affaire Wanadoo offrait au Tribunal l'occasion de faire évoluer une jurisprudence critiquée, aux termes de laquelle des prix sont qualifiés de prédateurs principalement au regard de critères de coût. Dans l'arrêt rapporté, ces critères initialement posés par l'arrêt AKZO sont appliqués de manière mécanique et l'on peut se demander si le Tribunal, sous couvert de fidélité, ne commet pas un contresens. En effet, l'arrêt AKZO pourrait avoir un autre sens que celui suggéré par une lecture littérale (A). Quelle que soit l'interprétation retenue, le test posé par cet arrêt est critiqué par la doctrine économique, dont la requérante s'inspirait en l'espèce (B).

A. Le sens de l'arrêt AKZO

Les juridictions communautaires ont déjà eu l'occasion de se prononcer sur des pratiques de prix prédateurs. Dans l'arrêt AKZO, premier arrêt rendu en la matière, la Cour de justice a consacré ce que le Tribunal appelle un « test » des prix prédateurs (2). Ce test exprime deux manières alternatives de procéder à la qualification de prix prédateurs, qui s'appliquent dans des hypothèses factuelles distinctes. La première hypothèse est celle de prix « inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) » (3). Dans ce cas, la comparaison prix-coûts est déterminante, car « [u]ne entreprise dominante 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 » (4). La seconde hypothèse concerne des prix « inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables ». Dans ce cas, les prix « doivent être considérés

comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent (5). La comparaison prix-coûts n'est plus alors suffisante pour établir la prédation et doit être complétée par un examen de la stratégie de l'entreprise.

On peut distinguer deux lectures de ce « test ». La première, qui est celle du Tribunal dans l'arrêt rapporté, voit dans les critères posés par l'arrêt AKZO des critères de fond. Ainsi, au point 195 de l'arrêt rapporté, le Tribunal affirme que des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables sont considérés « per se » comme abusifs. Au point 197, il présente la non-couverture des coûts et l'intention comme deux éléments de la qualification de prix prédateurs. Cela le conduit à vérifier que la Commission a bien caractérisé ces deux éléments et à conclure qu'elle n'a pas commis d'erreur de droit.

Cette lecture nous paraît pourtant erronée d'un point de vue logique, car l'intention et les critères de coût ne se situent pas sur le même plan. Il nous semble au contraire que, dans l'arrêt AKZO, la Cour a fait des critères de coûts des indices de l'intention, l'intention constituant — et l'on peut le regretter — le seul véritable critère de qualification consacré par cet arrêt. Cette seconde lecture nous paraît à la fois fidèle aux motifs de l'arrêt AKZO et plus judicieuse dans le contexte actuel.

Considérer les critères de coût comme des critères d'appréciation des preuves plutôt que comme des critères de fond nous paraît tout d'abord conforme à la motivation de l'arrêt AKZO lui-même. En effet, le raisonnement qui sous-tend le premier critère de coûts est le suivant : les prix inférieurs aux coûts variables, parce qu'ils impliquent des pertes sur chaque unité vendue, attestent à eux seuls du fait que l'entreprise cherche autre chose que la maximisation de ses profits à court terme (puisqu'elle pourrait minimiser ses pertes en vendant moins). Les prix inférieurs aux coûts variables sont donc un

(2) V. notamment point 170 de l'arrêt commenté. Sur la notion de « test de qualification », v. A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droits français et communautaire de la concurrence*, LGDJ, coll. *Droit et économie* 2007, à paraître, n^{os} 721 et s.

(3) AKZO, préc., pt 71.

(4) *Ibid.*

(5) AKZO, préc., pt 72.

NOTE

indice suffisant d'une stratégie de prédation. Selon ce raisonnement, bien que cela ne soit pas clairement exprimé et bien que cela puisse paraître insuffisant, l'objet de la preuve est l'intention prédatrice et cette intention est présumée à partir d'un niveau de prix qui l'atteste à lui seul. Autrement dit, la comparaison prix/coûts est un indice suffisant pour fonder une présomption et non l'objet même de la preuve. En revanche, dans la seconde hypothèse, celle où les prix couvrent les coûts variables moyens mais non les coûts totaux moyens, il nous semble que la Cour a considéré que comparaison prix/coûts ne fournissait qu'un commencement de preuve de l'intention prédatrice, qui doit être complété par d'autres indices. Cela peut se justifier par l'idée selon laquelle, dans cette seconde hypothèse, il est moins évident que dans la première que l'entreprise poursuit une stratégie d'éviction de ses concurrents, car il peut y avoir d'autres raisons pour pratiquer à un moment donné des prix qui ne couvrent pas tous les coûts. En réalité, les économistes soulignent aujourd'hui que c'est plus généralement, et non dans la seule hypothèse où les prix sont compris entre les coûts variables et les coûts totaux moyens, qu'il peut exister d'autres raisons que la prédation à des stratégies de prix bas (6).

Une chose nous semble en tous cas certaine : la lecture proposée de l'arrêt AKZO est plus compatible avec ces arguments économiques que celle du Tribunal. En effet, si les critères de coûts sont considérés comme des critères d'appréciation des preuves de l'intention prédatrice, déclenchant respectivement une présomption valant preuve complète et une présomption valant seulement commencement de preuve de cette intention, la preuve contraire pourra dans tous les cas être rapportée. C'est précisément ce qui distingue une présomption d'une règle de fond. Dans cette perspective, le raisonnement économique permettant de rendre

compte des raisons spécifiques expliquant le niveau bas des prix dans une espèce particulière constituera précisément une telle preuve contraire, dont le juge appréciera la valeur au cas par cas. C'est pour cela que ce la lecture proposée de l'arrêt AKZO est compatible avec la proposition formulée par la Commission dans son document de travail sur l'article 82 CE selon laquelle les entreprises devraient être admises à démontrer que leurs pratiques de prix inférieurs aux coûts sont justifiées (7)

Si notre lecture de l'arrêt AKZO est juste, il faut en conclure que cet arrêt fait en réalité de l'intention prédatrice l'unique critère de qualification de la prédation et distingue seulement deux hypothèses qui appellent un régime différent de la preuve de cette intention. Sur le fond, cette solution n'est pas satisfaisante : il n'est pas raisonnable de faire de l'intention d'exclure ses concurrents le seul critère de l'abus. Nous pensons que l'intention a bien un rôle à jouer, mais qu'il faut, pour conclure à l'abus, avoir de solides raisons de penser que cette intention a des chances de produire des effets néfastes sur la concurrence, au préjudice des consommateurs. Or, force est de constater qu'aucun des critères de l'arrêt AKZO ne permet de s'en assurer (pas même les critères de coûts si on les considère comme des critères de fond). C'est la raison pour laquelle le test posé par cet arrêt est si critiqué par la doctrine économique.

B. Un test critiqué par la doctrine économique

Les critères de qualification retenus par les juridictions en matière de prédation de part et d'autre de l'Atlantique ont de longue date retenu l'attention de la doctrine économique. Il est impossible de rendre compte de cette doctrine abondante en quelques lignes, mais il faut signaler que le test retenu dans l'arrêt AKZO, bien qu'inspiré par la doctrine économique des années 1950, a été par la suite critiqué par de nombreux auteurs

(6) V. sur ce point, A. Perrot, *Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ?*, RLC 2006/8, n° 613.

(7) DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, décembre 2005, points 130 et s.

économistes (8). Il ressort de ces analyses théoriques que les deux critères de coûts retenus par la jurisprudence (coût variable moyen et coût total moyen) ne sont pas toujours judicieux. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, tout critère relatif à des mesures de coûts est très difficile à mettre en œuvre, comme l'atteste du reste l'arrêt rapporté (9). D'un point de vue tant théorique que pratique, il y a donc des raisons de plaider pour une évolution du test de qualification des prix prédateurs.

L'argument qui est surtout mis en avant par la doctrine économique est le suivant : la prédation ne devrait être retenue que s'il est établi que l'entreprise dominante pouvait dès l'origine raisonnablement espérer récupérer ses pertes. Ainsi, dans le document précité, l'OCDE émettait la recommandation suivante : « [l]e critère de la récupération des pertes devrait être utilisé systématiquement dans les affaires concernant la pratique de prix d'éviction » (10). L'idée sous-jacente à ce critère est simple et tout à fait compatible avec le raisonnement du juge communautaire en matière de prédation (11). Il s'agit de souligner que la prédation est toujours une stratégie en deux temps, qui consiste, dans un premier temps, à subir des pertes pour évincer ses concurrents, puis, dans un second temps, à récupérer ces pertes. Il en découle que, si, en raison des particularités d'un marché, il est possible de dire *a priori* qu'une entreprise qui vendrait à perte pour gagner des clients ne pourrait en tout état de cause pas récupérer ses pertes, notamment parce que les concurrents évincés pourraient facilement revenir sur le marché dès qu'elle augmenterait ses prix, alors une entreprise rationnelle n'a aucune raison de se lancer dans une stratégie de prédation. Dans ce cas, expliquent les économistes, il n'est pas nécessaire de se lancer dans une analyse complexe des prix et des coûts puisque, même si l'entreprise vend à des prix très bas, elle ne pourra pas les remonter. La pratique n'est peut être pas

rationnelle pour l'entreprise, mais, si elle existe, elle ne peut être que bénéfique pour les consommateurs et le droit de la concurrence ne devrait donc pas s'en préoccuper (12). Ainsi, c'est le souci que le droit de la concurrence ne punisse que les pratiques préjudiciables aux consommateurs qui conduit à mettre en avant le critère de la récupération des pertes.

On peut observer que le raisonnement suivi pour faire le lien entre la possibilité de récupération des pertes et le bien-être du consommateur, tout comme le raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt AKZO, s'appuie sur une présomption de rationalité de l'entreprise, ici pour considérer qu'il n'est pas vraisemblable qu'une entreprise se livre à une stratégie de prédation lorsqu'il ne serait pas économiquement rationnel de le faire. À cet égard, il est important de noter que l'argument économique ne porte pas sur la récupération effective des pertes, mais sur la possibilité de récupération des pertes, telle qu'elle peut être anticipée rationnellement par l'entreprise au moment où elle détermine sa stratégie de prix (*ex ante* selon l'expression des économistes). Cela doit d'autant plus être souligné qu'il existe une ambiguïté sur ce point dans l'arrêt rapporté, tant dans l'argumentation des parties telle qu'elle est rapportée par le Tribunal (13) que dans la réponse du Tribunal (14).

La requérante s'appuyait pourtant clairement sur la doctrine économique qui vient d'être exposée, en affirmant que « si l'entreprise en position dominante ne peut raisonnablement espérer (...) récupérer ses pertes, il n'est pas rationnel pour elle de s'engager dans une politique de prix prédateurs » (15). Elle se référait donc bien à la possibilité de récupération appréciée *ex ante*. Par cet argument, le Tribunal était directement invité à faire évoluer les critères jurisprudentiels consacrés, mais il s'y est refusé.

(8) Pour une synthèse, V. p.e. OCDE, *Predatory Foreclosure*, 2005, DAF/COMP(2005)14, <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>.

(9) V. pts 122 à 169.

(10) Recommandation n° 4, p. 12.

(11) V. AKZO, pt 71, préc.

(12) Cp. l'argumentation la requérante, pt 191.

(13) Cp. les pts 219 et 223.

(14) Pt 228.

(15) Pt 219.

II. Le refus de faire évoluer la jurisprudence antérieure

Le Tribunal s'en tient strictement au test de l'arrêt AKZO, refusant de le compléter par un critère relatif à la possibilité de récupération, et ce alors même que la Cour, dans son arrêt Tetra Pak, n'avait pas fermé cette voie. Il faut cependant noter que c'est le critère de la récupération qui est ici rejeté (A), ce qui laisse finalement ouverte la question importante, celle de savoir dans quelle mesure la possibilité de récupération doit être considérée comme pertinente pour la qualification de prédation. Sur un second point, « l'exception d'alignement » invoquée par la requérante, le Tribunal se situe également dans la continuité d'une jurisprudence bien établie, en rejetant clairement une telle exception : le droit de s'aligner sur les prix des concurrents ne peut justifier une pratique de prix prédateurs (B).

A. Le rejet du critère de la récupération

L'argumentation développée par la requérante selon laquelle il devrait être exigé de la Commission qu'elle établisse la possibilité pour l'entreprise dominante de recouvrer ses pertes n'était pas présentée pour la première fois au juge communautaire. Elle avait déjà été avancée par Tetra Pak dans une autre affaire de prix prédateurs. Dans cette affaire, la Cour n'avait pas clairement tranché la question. En effet, bien que statuant en tant que juge de cassation, elle s'était soigneusement gardée de poser un principe général, jugeant que, « dans les circonstances de la présente espèce, il ne serait pas opportun d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que Tetra Pak avait une chance réelle de récupérer ses pertes » (16). On comprend donc aisément que les conseils de France Télécom aient tenté leur chance sur ce terrain, et ce d'autant qu'ils pouvaient invoquer une doctrine abondante faisant valoir que, en l'absence de possibilité de

récupération, les prix bas ne peuvent nuire aux consommateurs et ne devraient donc pas être sanctionnés (17) .

Leur argumentation n'a cependant pas prospéré. L'argument de la récupération est rejeté laconiquement et sans que l'on puisse être certain à la lecture de l'arrêt qu'il a été correctement pris en compte par le Tribunal. Après avoir vérifié que la Commission avait en l'espèce satisfait aux exigences posées par l'arrêt AKZO (18) , le Tribunal juge que « [c]'est dès lors à bon droit que la Commission a considéré que la démonstration d'une récupération des pertes n'était pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs » (19) .

Sur ce point, l'arrêt est décevant non seulement parce que l'argument de la possibilité de récupération méritait mieux qu'une phrase lapidaire, mais aussi parce qu'il semble que le Tribunal ne réponde pas précisément à l'argument soulevé par France Télécom. En effet, comme nous l'avons souligné, la requérante ne prétendait pas que la Commission devait, pour établir la prédation, prouver la récupération des pertes, mais qu'elle devait démontrer que France Télécom pouvait initialement anticiper la possibilité de récupérer ses pertes (20). L'arrêt commenté sera sans doute frappé de pourvoi et il faut espérer que la Cour statuera alors clairement sur la question de savoir si la possibilité de récupération, appréciée *ex ante* doit ou non être établie pour conclure à une pratique de prédation.

Dans cette perspective, trois remarques nous paraissent devoir être faites. La première concerne l'articulation du critère de la récupération des pertes avec la jurisprudence existante, la seconde concerne la signification de ce critère en termes de politique jurisprudentielle et la troisième concerne le statut logique de ce critère par rapport à la qualification de prédation.

Premièrement, en ce qui concerne l'articulation du critère de la possibilité de récupération avec les critères de l'arrêt

[16] Tetra Pak, préc., pt 44.

[17] V. H. Calvet, *Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur*, RLC, 2005/4, n° 337.

[18] Point 227.

[19] Point 228.

[20] *Supra* I. B.

NOTE

AKZO, le Tribunal paraît avoir considéré l'alternative suivante : appliquer fidèlement la jurisprudence AKZO ou bien consacrer le critère de la (possibilité de) récupération. Pourtant, ce n'est pas en ces termes que la question se pose. À cet égard, il convient de souligner que, si la Cour admettait la pertinence de la possibilité de récupération des pertes, cela constituerait une évolution mais non un revirement de jurisprudence. En effet ce critère doit être compris comme un critère liminaire, qui s'applique en amont des critères de coûts de l'arrêt AKZO et ne les remplace pas (on peut souhaiter les remplacer aussi, mais c'est une question distincte). L'articulation correcte de ces critères nous semble être la suivante : s'il est établi que l'entreprise ne pouvait raisonnablement espérer récupérer ses pertes, peu importe le rapport entre ses prix et ses coûts, car il ne pouvait y avoir de stratégie de prédation. Autrement dit, le critère de la récupération des pertes permet de ne procéder à l'examen comparé des prix et des coûts que lorsque cela est nécessaire.

Deuxièmement, d'un point de vue de politique jurisprudentielle, il semble que, lorsque la Cour a refusé de se prononcer clairement dans l'arrêt Tetra Pak, c'est par crainte de consacrer une solution qui empêcherait l'utilisation préventive de l'article 82 CE en matière de prédation. C'est du moins ce qui transparaît de la motivation adoptée. Dans cet arrêt, la Cour avait, pour justifier que la possibilité de récupération n'ait pas à être établie « en l'espèce », avancé que, « [e]n effet, une pratique de prix prédateurs doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a un risque d'élimination des concurrents (...). L'objet recherché, qui est de préserver une concurrence non faussée, ne permet pas d'attendre qu'une telle stratégie aboutisse à l'élimination effective des concurrents ». Une telle motivation suggérerait que le critère de la récupération, s'il était admis, aurait pour conséquence que des prix « prédateurs » (selon l'ancienne ter-

minologie) ou « prédateurs » (selon la nouvelle) ne pourraient être qualifiés comme tels qu'*a posteriori*, après que l'éventuel recouvrement des pertes avait effectivement eu lieu. Le recouvrement des pertes n'ayant lui-même lieu qu'après l'éviction des concurrents, la Cour semble avoir pensé que ce critère nécessitait d'attendre que la prédation ait réussi pour être sanctionnée, ce qui n'est évidemment pas souhaitable. Il faut cependant remarquer qu'une telle interprétation est erronée. Encore une fois, le critère mis en avant par la requérante et par la doctrine économique n'est pas la récupération, mais la possibilité de récupération, telle qu'elle peut être appréciée *ex ante*, c'est-à-dire au moment où l'entreprise dominante fixe ses tarifs. La proposition doctrinale des économistes consiste à proposer au juge de se poser la question : « l'entreprise pouvait elle, au moment où elle a décidé de sa stratégie de prix espérer recouvrer les pertes qu'impliquent des prix inférieurs aux coûts ? ». Il s'agit d'un exercice mental qui oblige le juge à sonder rétrospectivement les anticipations rationnelles de l'entreprise au début de la période de prédation supposée. Ce critère n'implique donc nullement d'attendre que la prédation ait réussi.

Ces remarques étant faites, reste, troisièmement, la question essentielle : quel devrait être le rôle du critère de la possibilité de récupération dans la qualification de prédation ? La Cour devrait-elle, comme l'y invitera sans doute un pourvoi contre l'arrêt rapporté, consacrer le critère de la possibilité de récupération ? Dans l'affirmative, quel statut devrait-elle conférer à ce critère — s'agit-il d'un critère nécessaire à la qualification de prédation ou seulement un critère pertinent ? Le cas échéant, sur qui devrait peser la charge de prouver la possibilité de récupération ?

Pour répondre à ces questions, il faut revenir à la signification de la possibilité de récupération. C'est une condition nécessaire à la rationalité de la stratégie de

NOTE

prédation et une condition qui rend vraisemblable un dommage aux consommateurs. Sur le terrain de la rationalité, la possibilité de récupération a donc la même fonction que les critères de coûts consacrés par la jurisprudence : c'est un indice fort de rationalité. Un indice fort, mais un indice, autrement dit un élément de preuve et non une condition de fond. Dans cette perspective, il n'y a pas lieu d'en faire un critère nécessaire, car la preuve de la rationalité d'un comportement doit être libre. La vraie question est de savoir à quoi sert la preuve de la rationalité. Jusqu'à présent, elle sert à établir l'intention prédatrice (21). La rationalité économique pourrait cependant s'articuler avec un autre critère de fond, que la doctrine économique met en avant, à savoir le dommage causé aux consommateurs.

Dans cette perspective, l'argument économique consiste à dire que la possibilité de récupération, sans laquelle la prédation n'est pas rationnelle, est une condition nécessaire du préjudice aux consommateurs. Il est alors tentant de traduire cet argument en disant qu'il faut faire du critère de la possibilité de récupération une condition nécessaire de la qualification de prédation. En réalité, il nous semble que cet argument pêche par la même confusion que celle qui a été exposée plus haut (22) entre critères de fond et critères d'appréciation des preuves. Le critère de fond qu'entendent promouvoir les économistes et qui rassemble un soutien croissant dans la doctrine est celui d'un préjudice prévisible aux consommateurs. La jurisprudence n'a pas encore consacré clairement ce critère. En matière d'abus de position dominante, l'intérêt des consommateurs est traditionnellement présenté par la Cour comme une justification abstraite de l'interdiction posée par l'article 82 CE (23), mais le préjudice prévisible aux consommateurs n'a pas à être établi de manière autonome (24). Un vrai changement consisterait à exiger qu'un dommage aux consommateurs soit établi.

Ce serait là un nouveau critère de fond de l'abus en général et de la prédation en particulier. Alors, la possibilité de récupération jouerait en matière de prédation le rôle d'indice d'un préjudice aux consommateurs. Selon le raisonnement qui a été exposé ci-dessus à propos des indices de rationalité, il n'y aurait aucune raison d'en faire un critère obligatoire, car ce serait confondre un élément de preuve pertinent et le critère de fond dont la démonstration serait nécessaire. Si la Cour était à nouveau amenée à statuer sur la possibilité de récupération, nous pensons donc qu'elle devrait en faire un critère pertinent, mais non un critère nécessaire de la prédation. La Commission devrait démontrer un préjudice vraisemblable pour les consommateurs et, pour ce faire, elle pourrait notamment s'appuyer sur le fait que la récupération apparaissant *ex ante* comme possible pour l'entreprise soupçonnée de prédation. Inversement, l'entreprise pourrait évoquer, en tant que moyen de défense, le fait qu'elle ne pouvait pas initialement espérer récupérer ses pertes. Le débat sur la possibilité de récupération ne serait pas un passage obligé en matière de prédation, mais un débat probatoire possible à propos du nouveau critère de qualification que serait le préjudice prévisible aux consommateurs.

Au vu des questions que soulève le critère de la possibilité de récupération et qui viennent d'être exposées, la fidélité stricte du Tribunal à la jurisprudence AKZO apparaît donc un peu courte. En ce qui concerne l'exception d'alignement, le Tribunal se montre également fidèle à la jurisprudence, ce qui suscite, là encore, des interrogations.

B. Le rejet de l'exception d'alignement

La requérante invoquait un « droit fondamental de s'aligner sur ses concurrents » (25). Les juridictions communautaires n'ont pourtant jamais consacré un tel droit fondamental. Certes, il est de jurisprudence constante que l'existence d'une position dominante ne saurait pri-

[21] *Supra* I. A.

[22] *Supra* I. A.

[23] CJCE, 21 février 1973, *Continental Can c/Commission*, 6/72, Rec., p. 215, pt 26.

[24] *V. pe*, TPICE, 30 septembre 2003, *Michelin c/Commission*, Rec., p. II-4071, pts 241 à 245.

[25] Pt 72.

ver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaqués (26). Mais les juridictions communautaires n'ont jamais fait de l'alignement sur les prix des concurrents — qui constitue une manière de « préserver ses intérêts commerciaux » — un droit absolu. Au contraire, dès l'arrêt *United Brands* (27), la Cour avait mis en balance le droit d'une entreprise dominante de défendre ses intérêts légitimes avec les nécessités de la répression des abus. La Cour avait alors jugé que le droit de protéger ses intérêts justifiait que soit accordée à l'entreprise dominante « dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, pour autant, cependant, que de tels comportements n'aient pas pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser ». Pour plus de clarté encore, la Cour ajoutait « qu'il est donc loisible à une entreprise dominante d'invoquer des motifs de nature à justifier les pratiques qu'elle adopte, sans toutefois que puissent être admis l'existence de motifs d'exemption » (28). La jurisprudence postérieure n'a pas dé-

menti cette approche (29) : le droit de s'aligner sur les prix des concurrents trouve, comme toute autre stratégie de défense de ses intérêts mise en œuvre par une entreprise dominante, sa limite dans la prohibition des abus édictée par l'article 82 CE. Il n'y a donc pas, dans la jurisprudence, d'exception d'alignement. C'est au contraire la prohibition des abus qui constitue une limite au droit de défendre ses intérêts commerciaux. Dans l'arrêt rapporté, le Tribunal ne fait qu'appliquer cette règle générale.

Il est cependant certain qu'elle ne correspond pas exactement à la position prise par la Commission dans son document de travail sur l'article 82 CE (30). L'exception d'alignement y est acceptée en principe, sous réserve d'un examen de proportionnalité. Par ailleurs, il est précisé que cette exception ne pourrait s'appliquer dans le cas de prix inférieurs aux coûts évitables moyens, présumés prédateurs.

Une seule chose est sûre : l'arrêt rapporté ne modifie pas l'état du droit applicable aux pratiques prédatrices, mais il s'ajoute à la liste des arrêts qui font espérer des évolutions.

(26) V. notamment CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, 27/76, Rec. p. 207, pt 189 ; TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar c/ Commission*, T 228/97, Rec., p. II-2969, pt 112 ; TPICE, 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a. c/ Commission*, T-191/98, T-212/98 à T-214/98, Rec., p. II-3275, pt 1113.

(27) Pt 189 préc.

(28) *Ibid.*

(29) V. *pe Irish Sugar*, préc., pt 112 et jurisprudence citée.

(30) *Préc.*, pts 81 à 83.