

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Sous la responsabilité de Dominique BRAULT, Avocat à la Cour, Ancien rapporteur général de la Commission de la concurrence, Président d'honneur de l'AFEC, et Véronique SÉLINSKY, Maître de conférences à l'Université Montpellier I, Avocat



Par Anne-Lise
SIBONY
Docteur en droit

Retour sur la méthode de qualification des prix prédateurs

Le Conseil de la concurrence condamne, pour la première fois, une pratique de prix prédateurs et invite, par sa décision du 14 mars 2007, à faire le point sur les différentes étapes du raisonnement général à suivre pour pouvoir qualifier de prédation une pratique de prix bas.

RLC 817

Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007, GlaxoSmithKline France

Jusqu'à une date récente, la jurisprudence en matière de prix prédateurs n'était pas très fournie. Les principes fixés dans l'arrêt *AKZO* (CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, *AKZO c/ Commission*, Rec. CJCE, I, p. 3359) avaient connu assez peu d'applications (essentiellement *TPICE*, 6 oct. 1994, aff. T-83/91, *Tetra Pak c/ Commission*, Rec. CJCE, II, p. 755, confirmé par CJCE, 14 nov. 1996, aff. C-333/94 P, *Tetra Pak c/ Commission*, Rec. CJCE, I, p. 5951 et, parmi les décisions du Conseil de la concurrence, décision n° 04-D-17 du 11 mai 2004 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par AOL). Cette année en revanche, la prédation a connu un regain d'actualité jurisprudentielle, tout d'abord avec l'arrêt *Wanadoo* du Tribunal (*TPICE*, 30 janv. 2007, aff. T-340/03, *France Telecom c/ Commission*, non encore publié au Recueil), puis avec la décision *Glaxo* du Conseil de la concurrence (Cons. conc., déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007, *GlaxoSmithKline France*), dans laquelle l'autorité de concurrence française condamne pour la première fois une pratique de prix prédateurs en infligeant au laboratoire Glaxo une amende de 10 millions d'euros.

Cette décision invite d'autant plus à faire le point sur la méthode de qualification des prix prédateurs qu'elle se présente elle-même comme une décision de principe, dans laquelle le Conseil s'emploie précisément à « détailler les différentes étapes du raisonnement général à suivre pour pouvoir qualifier de prédation une pratique de prix bas » (pt. 174). Il est vrai que les faits ressemblaient à un cas d'école. Le laboratoire Glaxo détenait des droits exclusifs sur plusieurs spécialités pharmaceutiques vendues aux hôpitaux et notamment deux de ces produits, le Zinnat, un antibiotique appartenant à la classe des anti-infectieux généraux (pt. 15), utilisé sous injectable pour prévenir le risque d'infection à l'occasion d'une intervention chirurgicale (pt. 19) et le Zovirax, un autre anti-infectieux, très utilisé à l'hôpital, qui constitue un médicament phare du laboratoire Glaxo. À mesure que les brevets et autres droits de Glaxo expiraient, l'arrivée de génériques devenait possible. Sous l'effet de la concurrence des fabricants de génériques, d'autres laboratoires dans la même situation que Glaxo avaient ainsi perdu en quelques années tout ou partie des marchés qu'ils détenaient. Glaxo en revanche était parvenu à limiter très substantiellement l'effet de l'entrée de producteurs de médicaments génériques. Ses parts de marché n'avaient que

peu reculé et elles avaient même augmenté après un recul initial. Pour parvenir à ce résultat, Glaxo avait proposé des prix très bas à tous les hôpitaux qui s'étaient tournés vers ses concurrents, quitte à vendre ces médicaments à un prix inférieur à ce qu'ils lui coûtaient. Favelab, un laboratoire qui avait commencé à commercialiser un générique correspondant au Zinnat injectable n'avait pu y résister et avait déposé son bilan. Après sa sortie de Favelab du marché, Glaxo avait augmenté ses prix de sorte qu'il avait plus que récupéré les pertes occasionnées par la baisse de prix initiale. Tous les éléments de la prédation réussie étaient donc réunis. Encore convenait-il de les ordonner en une décision juridiquement bien motivée, ce qui, au regard de la jurisprudence et des débats doctrinaux fournis sur la prédation, n'était pas si simple.

Lue en regard de la jurisprudence communautaire récente, la décision du Conseil apporte nombre de clarifications, notamment sur l'articulation entre la démarche juridique de qualification et certains critères mis en avant par l'analyse économique, tels que la possibilité pour le prédateur de récupérer ses pertes. De manière très pédagogique, le Conseil propose dans cette décision une définition de la prédation intégrant les acquis récents de l'analyse économique (I) avant d'indiquer les différentes étapes de la qualification de prédation (II).

I. – LA DÉFINITION DE LA PRÉDATION

L'exercice de définition auquel se livre le Conseil de la concurrence est la première des clarifications bienvenues. En effet, il a encore récemment été souligné que toute la difficulté en matière de prédation par les prix consiste à distinguer cette pratique abusive d'autres formes de prix bas (Perrot A., Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ?, RLC, 2006/8, n° 613). Pour pouvoir reconnaître des pratiques prédatrices, il est donc particulièrement utile de disposer d'une définition. En s'appuyant sur les synthèses récentes des recherches économiques (EAGCP, An Economic Approach to Article 82, < http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/note_eagcp_july_05.pdf >; OCDE, Predatory Forcelosure, DAF/Comp (2005) 14), le Conseil expose que « (I) a prédation peut être définie comme la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un niveau tel qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme » >

dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché pour récupérer ses pertes » (pt. 164). La condition préalable tenant à la démonstration d'une position dominante est donc réaffirmée (A), tandis que la pratique de prédation est définie par référence à l'intention qui anime une stratégie en deux temps (B).

A. – Une stratégie d'entreprise dominante

L'exigence d'une position dominante est tout sauf nouvelle en matière d'abus de position dominante, puisqu'il s'agit, selon une jurisprudence constante, d'une condition préalable à l'examen de l'abus. Aussi bien, cette condition semble résulter de la lettre même des textes, tant français que communautaires. Comment pourrait-il en effet y avoir abus de position dominante sans position dominante ? Du point de vue juridique, la question semble saugrenue (cf. néanmoins Sibony A.-L., Le juge et le raisonnement économique en droits français et communautaire de la concurrence, LGDJ, 2007, à paraître, n°s 239 et s.). Pourtant, la doctrine économique, très abondante à propos de la prédation, invite à revenir sur ce qui pour le juriste est évident, à savoir que le constat d'une position dominante est un préalable nécessaire à la qualification de tout abus. La raison pour laquelle les économistes ne voient pas les choses tout à fait comme les juristes tient au fait qu'ils n'abordent pas la prédation à partir de la catégorie plus générale d'abus de position dominante, mais directement, comme s'il s'agissait d'une qualification autonome. Or, dans leur analyse, ils ne rencontrent pas la nécessité de définir un marché sur lequel le prédateur détiendrait une position dominante, au sens juridique de ce terme.

Cette différence entre la conception juridique et la conception économique des conditions préalables à la prédation pourrait paraître bien théorique. La décision rapportée fournit au contraire une illustration de son incidence très concrète, puisque le Conseil, faute d'avoir pu satisfaire, pour une partie des pratiques dont il était saisi, à l'exigence juridique de délimitation du marché, renonce à poursuivre ces pratiques, et ce alors même que, d'un point de vue économique, la prédation aurait sans doute pu être caractérisée dans tous ses éléments. Bien que cela ne constitue pas un point saillant de la décision – puisqu'il s'agit de l'abandon de certains griefs – l'occasion est suffisamment rare pour être saisie. Aussi voudrait-on montrer, à partir de l'exemple que constitue la présente décision, qu'il ne serait peut-être pas mauvais de s'interroger à nouveau sur le bien-fondé d'une règle pourtant solidement ancrée en droit positif et qui a pour elle l'autorité des textes, règle qui consiste à exiger qu'une position dominante soit établie à titre préalable avant de qualifier une pratique d'abus.

Le prédateur doit-il détenir une position dominante ? La question a été soulevée (Newton C., *Do Predators Need to be Dominant?*, ECLR, 1999, p. 127). Plusieurs arguments sont avancés pour remettre en cause la pertinence de l'exigence d'une position dominante en matière de prédation. Le premier est d'ordre logique. On le sait, la position dominante est définie comme « une position 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 ap-

préciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76, *United Brands* c/ Commission, Rec. CJCE, I, p. 207, pt. 65). Or, la prédation est une stratégie d'entreprise menacée par la concurrence, c'est-à-dire qui n'est précisément pas – ou plus – en mesure de se comporter indépendamment de ses concurrents, autrement dit une entreprise dont la position ne répond plus véritablement à la définition de la position dominante. En ce sens, il y a un certain paradoxe à exiger que le prédateur soit en position dominante, celle-ci apparaissant davantage comme le résultat escompté de la prédation que comme une condition préalable. En l'espèce, Glaxo était précisément dans cette situation d'entreprise dont la position dominante était menacée, car les monopoles qu'elle détenait sur plusieurs spécialités pharmaceutiques disparaissaient un à un à mesure qu'expiraient les brevets correspondants (cf. p.e. pt. 276). La prédation avait donc un sens, celui de défendre une position de moins en moins dominante. Or, c'est précisément ce cas de figure qui a conduit

un auteur à suggérer qu'il serait plus pertinent de se demander si la prédation crée ou renforce une position dominante plutôt que de s'attacher à l'existence d'une position dominante avant la prédation (cf. Newton C., *préc.*).

Le second argument qui a été avancé pour mettre en cause la pertinence de l'exigence d'une position dominante aux fins de caractériser la prédation est d'ordre conceptuel. Il consiste à souligner que l'examen de la position dominante ne s'attache pas aux véritables

conditions de possibilité de la prédation. Si nul ne conteste qu'un prédateur doit occuper une position de force par rapport à sa proie pour que la prédation soit possible, en revanche certains font valoir que cette position de force n'est pas appréhendée de la manière la plus juste par la notion de position dominante. En effet, les économistes ont montré que l'élément pertinent en matière de prédation consiste plutôt dans l'asymétrie qui existe entre le prédateur et sa proie que dans une position dominante du prédateur sur un marché. Cette asymétrie peut porter sur différents facteurs de concurrence. Elle peut notamment concerner l'information dont disposent respectivement le prédateur et la proie sur la rentabilité du marché (dans l'hypothèse de la prédation par « signal »). Elle peut aussi concerner les modes de financement respectifs du prédateur et de sa proie (dans l'hypothèse de la prédation financière). Dans ce cas, l'asymétrie pertinente existe plus précisément, lorsque le financement du prédateur n'est pas ou peu affecté par des pertes qu'il subit, tandis que la proie, elle, doit montrer des résultats positifs pour obtenir des financements. Dès lors, on peut se demander si la position dominante est bien la condition préalable qu'il convient d'exiger en matière de prédation ou bien s'il ne faudrait pas envisager, selon le type de prédation rencontré, de démontrer l'existence des conditions de possibilité de cette prédation en particulier (pour de plus amples développements sur ces points, cf. Sibony A.-L., *Le juge et le raisonnement économique, préc.*, n°s 681 et s.). Sans doute la réflexion sur ce sujet mérite-t-elle d'être encore affinée avant de pouvoir inspirer le droit positif. Celui-ci, pour l'heure, s'en tient à l'exigence, commune à tous les abus, de délimitation préalable du marché pour établir une position dominante. Pour nourrir la réflexion d'un exemple concret, il n'est toutefois pas inutile d'observer les conséquences pratiques qu'a eu, en l'espèce, cette exigence.

Il y a un certain paradoxe à exiger que le prédateur soit en position dominante, celle-ci apparaissant davantage comme le résultat escompté de la prédation que comme une condition préalable.

L'effet de l'exigence de délimitation du marché : les griefs abandonnés.

En l'espèce, la délimitation des marchés concernés était plutôt facilitée par le type de produits en cause. S'agissant de médicaments, il existe, en effet, des classifications médicales à plusieurs niveaux, qui permettent de savoir quelles molécules sont substituables pour quels usages thérapeutiques. La pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence comme la jurisprudence s'appuient sur ces classifications pour délimiter les marchés de médicaments (pts. 125 et s.). En l'espèce, les pratiques du laboratoire Glaxo concernaient principalement deux spécialités, le Zovirax injectable, d'une part, et le Zinnat en comprimé, d'autre part. Cependant, seules les pratiques concernant la première de ces deux spécialités ont pu être poursuivies, faute pour le Conseil d'avoir pu délimiter de manière incontestable l'existence d'un marché pertinent de la seconde. C'est ainsi que l'exigence de délimitation du marché a, en l'espèce, conduit à l'abandon de deux griefs sur les quatre qui avaient été notifiés (griefs n° 2 et 3). Pourtant, à la lecture de la décision, on ne peut s'empêcher d'être frappé par le caractère apparemment contingent de cet abandon.

Le Conseil a en effet dû renoncer à poursuivre une partie des pratiques en raison de l'absence dans le dossier d'une donnée certes nécessaire pour délimiter un marché, mais qui paraît bien anecdotique au regard de la pratique dans son ensemble. Qu'on en juge ! Les classifications médicales sont un élément pertinent mais non suffisant pour la délimitation du marché (pts. 125 à 127). Le Conseil devait donc examiner les autres indices permettant de déterminer si le Zinnat en comprimé, un médicament utilisé notamment dans le traitement des otites chez l'enfant, subit une pression concurrentielle significative de la part d'autres spécialités (pt. 127). Or, en l'espèce, il existait un médicament aux indications thérapeutiques assez proches, l'Orelox (pts. 134 et s.). Afin de juger si les quelques différences qui existent entre ces deux médicaments d'un point de vue thérapeutiques étaient ou non significatives du point de vue de la délimitation du marché, il était nécessaire de comparer leur prix (pt. 136). Mais, s'agissant de médicaments susceptibles de plusieurs dosages et posologies, la comparaison pertinente n'était pas entre les prix d'un comprimé de chaque spécialité, mais entre les coûts de traitement d'une même affection avec l'une et l'autre médicament. Ce coût s'obtient en multipliant le coût d'une dose journalière de traitement par le nombre moyen de jours de traitement. À cet égard, les données disponibles concernant plusieurs affections respiratoires indiquaient que le prix d'un traitement par Orelox était plus élevé que celui d'un traitement par Zinnat, ce qui suggérait une faible substituabilité et donc deux marchés distincts (pt. 138). Toutefois, la comparaison n'avait pas pu être menée pour le traitement de l'otite moyenne aiguë de l'enfant, qui constitue pourtant la principale indication du Zinnat. En effet, l'instruction avait relevé que les documents officiels ne comportaient pas d'indication sur la durée moyenne du traitement de cette forme d'otite. Dès lors, il manquait un élément significatif pour conclure sur la substituabilité des deux médicaments. L'absence de statistique sur la durée moyenne de traitement d'une forme d'otite est donc ce qui a conduit le Conseil à reconnaître qu'il n'était pas possible de conclure à l'existence d'un marché comportant à la fois le Zinnat et l'Orelox. Partant, la position dominante sur ce marché ne pouvait pas non plus être établie (pt. 141). Pour cette raison contingente, le Conseil a dû renoncer aux griefs de prédation et de remises couplées qui concernaient le Zinnat (pt. 142).

Un abandon justifié ? Que retenir de ce renoncement partiel du Conseil à poursuivre des pratiques de prix de prédation et

de remises couplées ? À première vue, il n'y a là rien de remarquable. Le Conseil se serait exposé à une censure certaine de la Cour d'appel de Paris s'il avait fondé sa délimitation du marché sur un raisonnement lacunaire ou s'il avait caractérisé des prix de prédation sans passer par le constat d'une position dominante sur un marché. Dès lors, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'il ait renoncé à poursuivre une partie des pratiques qu'il avait pourtant constatées, et ce même si l'on ne peut s'empêcher de penser que les informations manquantes sur la durée moyenne du traitement de certaines otites auraient sans doute pu être réunies lors de l'instruction. Après tout, il n'y a là qu'une manifestation de l'exigence parfaitement justifiée selon laquelle une décision condamnant une entreprise à de lourdes sanctions doit être fondée sur un raisonnement cohérent et prenant en considération tous les éléments pertinents. Les principes de justice ont un prix et le respect des droits des entreprises se paie parfois d'une répression moindre. Il ne faut pas le déplorer.

En revanche, si l'on ne s'en tient pas aux exigences légitimes propres à la délimitation du marché mais que l'on considère la véritable utilité de cette délimitation dans le raisonnement d'ensemble qui mène à la qualification de prix prédateurs, on peut porter, *de lege ferenda*, un regard différent sur cet aspect de la décision. En effet, s'il est absolument justifié d'exiger de la rigueur dans la délimitation du marché, quel est le sens de cette exigence lorsque la délimitation du marché n'a pas de véritable rôle dans la qualification de l'abus ? Cet argument s'écarte du droit positif, puisqu'il suppose que l'on puisse retenir un abus sans avoir au préalable constaté une position dominante et, donc, délimité un marché. Cela est, certes, très loin d'être admis en jurisprudence, mais l'interrogation est néanmoins permise.

En effet, outre les arguments déjà évoqués qui relativisent la pertinence de la définition du marché dominé, des analyses économiques récentes, dont s'inspire par ailleurs le Conseil (cf. notamment pts. 176, 230 et 257 et s.), ont souligné que les points déterminants pour la qualification de prix de prédation étaient moins la détention d'une position dominante, appréciée par référence à une part de marché, que, d'une part, la mise en évidence d'un dommage pour les consommateurs et, d'autre part, celle d'un scénario crédible de prédation (cf. Perrot A., Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ?, RLC, 2006/8, n° 613). L'exigence d'un dommage aux consommateurs est mise en avant comme un critère permettant de distinguer entre les prix bas qui ne sont que l'expression d'une vive concurrence et ceux qui témoignent de pratiques anticoncurrentielles. Dans cette approche par les effets, prônée par les économistes et largement adoptée par le Conseil, l'attention prioritaire accordée au dommage concurrentiel ne signifie pas que l'on renonce à définir des marchés. En revanche, le marché qui doit être défini dans cette approche est « le marché sur lequel la pratique est susceptible de produire ses effets » (cf. Perrot A., préc.), non le marché dominé (*Ibid. in fine*). Dès lors, à s'en tenir à cette logique, l'impossibilité de délimiter un marché dominé, comme celle rencontrée par le Conseil en l'espèce n'aurait pas dû constituer un obstacle à la qualification de prix prédateurs ou de remises couplées abusives, dès lors que les conditions de la prédation pouvaient par ailleurs être établies. En l'occurrence, il semble qu'en l'espèce tant un effet néfaste sur un marché affecté qu'un scénario anticoncurrentiel probable, étayé par des éléments de fait, auraient pu être établis. En outre, la démonstration du Conseil relativement aux pratiques de prédation relative au Zinnat injectable montre bien que Glaxo était en position de pratiquer une stratégie de préda- ➤

tion. C'est pourquoi l'on retire de la décision le sentiment que l'exigence de délimitation du marché a fonctionné ici uniquement à l'avantage de l'entreprise prédatrice. Ce n'est pas alors le prix des principes de justice que l'on paie, mais celui d'une jurisprudence qui continue à exiger la délimitation préalable du marché, là même où cela n'est pas nécessaire à une motivation suffisante. Pour une fois, l'approche économique, si elle pouvait juridiquement être suivie jusqu'au bout, aurait permis une répression plus efficace que l'approche retenue par le droit positif.

Pour libérer le Conseil de la concurrence du carcan que constitue l'exigence de délimitation d'un marché en réalité non pertinent, il faudrait que la jurisprudence française et communautaire évolue et que soit admis en droit que la qualification d'abus peut être motivée de manière suffisante par référence à un dommage plausible aux consommateurs, résultant d'un scénario anticoncurrentiel rendu suffisamment probable par les faits de l'espèce. Au lieu de faire porter son contrôle sur la délimitation – parfois artificielle – du marché, le juge le ferait uniquement porter sur la partie réellement déterminante de la décision, à savoir la motivation qui permet de lier entre eux les éléments de fait établis par des preuves solides au moyen d'un scénario allégué par l'autorité de concurrence. L'économie n'aurait plus alors dans le procès le rôle de source d'expertise indispensable pour une vaine définition du marché dominé, mais le rôle bien plus utile de source d'arguments pour construire la motivation de la décision prise par l'autorité de concurrence (et les allégations adverses des entreprises). Le juge n'aurait pas à s'incliner devant l'expertise économique, mais, conformément à son rôle, à trancher entre des allégations opposées relativement à l'interprétation des faits et à exercer un contrôle de cohérence et de complétude des motifs qui conduisent l'autorité de concurrence à retenir un scénario anticoncurrentiel.

Tout en sacrifiant à l'exigence de délimitation du marché, le Conseil souligne précisément l'importance de la découverte d'un scénario anticoncurrentiel. C'est le sens de la définition de la prédation comme une stratégie en deux temps guidée par l'intention d'éviction.

B. – Une stratégie en deux temps guidée par l'intention d'éviction

La définition précitée de la prédation comme une « *pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un niveau tel qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché pour récupérer ses pertes* » (pt. 164) permet de dégager des éléments caractéristiques de toute prédation (1). Néanmoins, il existe différentes variantes dans les stratégies de prédation (2).

1) Les éléments caractéristiques de toute prédation : sacrifice, intention et dommage prévisible

Selon la définition donnée par le Conseil, la prédation est une stratégie en deux étapes consistant, dans un premier temps, à consentir des pertes dans le but d'évincer, de dissuader ou de discipliner les concurrents pour, dans un second temps, recouvrer (et au-delà) les pertes consenties. Expliquant cette définition, le Conseil souligne que ce qui caractérise la prédation n'est pas la simple existence d'un sacrifice financier, car une entreprise peut avoir maintes raisons légitimes de consentir de tels sacrifices temporaires en vue de futurs profits (pt. 165), mais l'existence d'un sacrifice *consenti dans un*

but particulier, un but d'éviction des concurrents ou de neutralisation de leur agressivité concurrentielle (pt. 166). Sacrifice et intention d'exclure sont donc les deux éléments caractéristiques de toute prédation, qui doivent tous deux être envisagés par l'autorité de concurrence à travers la question de savoir si le comportement de sacrifice intentionnel peut, de manière prévisible, causer un dommage aux consommateurs.

Sacrifice. Le Conseil adopte donc ce que l'on a pu appeler le « *test du sacrifice* » (cf. aussi en ce sens le document de travail de la Commission sur les abus-exclusion, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, déc. 2005, < <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf> >, pt. 96). Ce test a certes été l'objet d'un certain nombre de critiques, mais il convient de souligner que ces critiques portent toutes sur les difficultés qu'il y aurait à faire du sacrifice un critère général et unique de l'abus-exclusion. En revanche, en ce qui concerne la prédation, tous les auteurs conviennent que le critère du sacrifice est pertinent (cf. p.e. OCDE, *Predatory Foreclosure* préc. p. 264 (synthèse de la discussion par J. Vickers) *Adde* : HAWK, B., À propos de la « concurrence par les mérites » : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du *Sherman Act*, Concurrences, n° 3-2005, p. 33 ; ELHAUGE, E. *Defining Better Monopolization Standards*, Stanford L. Rev., 2003, pp. 253-344, spéc. p. 274). L'existence d'un sacrifice dans un premier temps est donc une caractéristique des stratégies de prédation.

Intention. Mais le Conseil insiste sur le but dans lequel ce sacrifice est consenti, autrement dit sur l'intention de l'entreprise, qui est un second élément essentiel dans la caractérisation de la prédation. Ceci n'est pas vraiment nouveau, car la Cour de justice n'a pas dit autre chose lorsqu'elle s'est référée dans l'arrêt *AKZO* à « *la stratégie de l'entreprise dominante* » (*AKZO* préc., pt. 74). Cependant, il convient de le souligner, car on a parfois tendance, en droit de la concurrence, à opposer à tort l'approche économique « *par les effets* » – donc objective – avec une approche juridique en termes d'intention, qui accorde pertinence à un élément subjectif. Ainsi, certains auteurs considèrent que les critères d'intention sont à bannir de l'appréhension de la prédation (cf. OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc. p. 76 et 77, et les auteurs cités). En ce sens, une critique ancienne des critères d'intention avait été formulée par le juge Posner, au motif que la preuve de l'intention serait manipulable, si bien que, en s'y attachant, on risquait de condamner les entreprises les moins prudentes dans la formulation de leurs documents internes, mais non les pratiques les plus nuisibles (POSNER, R. *Antitrust Law : An Economic Approach*, 1976, pp. 189-190). La Cour suprême des États Unis s'est rangée à cette analyse et a considéré dans l'affaire *Brooke* que l'intention n'était pas un bon critère de qualification (*BrookeGroup Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 113 (1993)). Certains auteurs, également convaincus par les arguments critiquant le critère de l'intention, ont recommandé l'adoption d'une approche semblable en droit communautaire (Mastromanolis, E.-P., *Predatory Pricing Strategies in the European Union : A Case for Legal Reform*, ECLR, 1998, p. 211, spéc. p. 219).

À notre avis, il faut se réjouir que le Conseil de la concurrence ne se soit pas rallié à cette approche. En effet, l'opposition entre une approche juridique fondée sur l'intention et une approche économique fondée sur les effets est une fausse opposition, car, sur le plan des principes, il n'y a aucune contradiction entre un critère d'intention et une approche économique objective. L'économie, comme le droit, s'intéresse à l'intention sous la dénomination de « *stratégie* ». C'est même l'objet de toute une branche de l'économie que d'étudier les stratégies d'entreprises. L'in-

tention n'a donc rien d'étranger à l'analyse économique. Par ailleurs, comme l'illustre la décision du Conseil, les apports de l'économie industrielle à la compréhension des stratégies d'entreprise permettent de prouver l'intention d'une entreprise autrement que par les seuls documents internes, effectivement manipulables. L'économie suggère précisément une appréhension objective de l'intention. Objective, l'approche économique est aussi indirecte, puisqu'elle consiste à induire l'intention prédatrice de l'entreprise à partir de son comportement, sous l'hypothèse de rationalité. En somme l'approche économique permet de surmonter les objections relatives à la preuve directe de l'intention en fournissant une méthode plus sûre de preuve par présomption. Autrement dit, l'analyse économique de la prédation permet de mieux mettre en œuvre le critère juridique de l'intention et ne conduit nullement à y renoncer.

Dommage prévisible. Outre un sacrifice et une intention d'exclure les concurrents, le Conseil mentionne un troisième élément pour caractériser la prédation. Il s'agit du dommage à craindre pour les consommateurs (pt. 166). Comme le Conseil le précise plus loin dans sa décision, il ne s'agit pas d'exiger la preuve d'un effet réel de la prédation ou d'un dommage actuel pour les consommateurs (pt. 351). Il s'agit plutôt d'indiquer que la « *recherche d'un dommage* » (cf. Perrot A., préc.) doit orienter la démarche de qualification de l'autorité de concurrence. De la même manière que la récupération des pertes est pour l'entreprise l'horizon de la prédation, la possibilité d'un dommage pour les consommateurs est le point de mire que l'autorité de concurrence ne doit pas perdre de vue. Ainsi, le Conseil souligne que ce dommage redouté pour les consommateurs est la raison d'être de la répression de la prédation, qui est exercée par l'autorité de concurrence dans le but de protéger le bien-être du consommateur (pt. 166). On peut observer que les horizons respectifs du prédateur et du Conseil, à savoir la récupération des pertes, d'une part, et le dommage aux consommateurs, d'autre part, sont intimement liés. En effet, le dommage aux consommateurs ne survient que lorsque l'entreprise récupère ses pertes. Même lorsque les deux restent virtuels, ce lien subsiste : la possibilité de récupération des pertes rend vraisemblable le dommage aux consommateurs. C'est ce lien qu'il convient de garder à l'esprit pour la discussion sur la possibilité de récupération des pertes (cf. *infra*).

Au-delà de ces éléments communs à toute prédation – un sacrifice temporaire, une intention d'exclure et l'horizon d'un dommage aux consommateurs – il existe différentes variantes de prédation.

2) Les variantes stratégiques de la prédation

Reprenant les analyses de la doctrine économique (Rapport EAGCP, préc.; Perrot A., préc.), le Conseil expose que l'on peut distinguer trois principaux types de prédation (pts. 257 et s.). Le premier scénario, qui allait s'avérer pertinent pour comprendre le comportement de Glaxo en l'espèce, concerne une entreprise qui se construit une réputation de prédateur. Le second envisage le cas d'une entreprise qui cherche à leurrer ses concurrents potentiels, en les trompant sur la réalité du marché. Enfin, le troisième est relatif à la stratégie de prédation financière.

L'analyse économique de la prédation permet de mieux mettre en œuvre le critère juridique de l'intention et ne conduit nullement à y renoncer.

Premier scénario : la stratégie de réputation. Le premier scénario repose sur une asymétrie d'information, comme il en existe entre une entreprise présente sur un marché – ici Glaxo qui commercialise des médicaments sous brevet jusqu'à une date récente – et des concurrents potentiels, ici des fabricants de génériques. Au départ, ces entreprises ignorent la réalité d'un marché sur lequel elles envisagent d'entrer et, en particulier, la manière dont l'entreprise en place réagirait à leur entrée. Pour anticiper ces réactions et mettre au point leur stratégie, elles ne peuvent que se fier à leurs croyances. Dès lors, la réputation de l'entreprise en place peut influencer ces croyances et, partant, leur stratégie. C'est pour cette raison que la réputation de prédateur est un élément décisif : en se construisant une telle réputation, une entreprise peut décourager ses concurrents d'entrer sur le marché. C'est ce qui s'est passé en l'espèce puisque de nombreux laboratoires avaient demandé des autorisations de mise sur le marché (AMM)

correspondant aux médicaments Glaxo qui allaient tomber dans le domaine public, ce qui était le signe qu'ils envisageaient d'entrer sur ces marchés. Pourtant, après l'épisode de prédation condamné par le Conseil, seuls deux laboratoires sont effectivement entrés sur le marché, les autres y ayant renoncé, dissuadés par l'anticipation d'être à leur tour l'objet d'une guerre des prix ciblée. Mais avant d'en venir à la manière dont le Conseil a démontré que le scénario de prédation par réputation correspondait bien aux faits dont il était saisi, il faut évoquer les deux autres scénarios de prédation.

Deuxième scénario : la stratégie du leurre (ou du « signal »). Une seconde hypothèse de prédation consiste pour le prédateur à vouloir leurrer un concurrent en « *brouillant les signaux* » du marché. Par une telle stratégie, il s'agit d'induire en erreur des concurrents potentiels quant à la profitabilité d'une activité. Ainsi, le prédateur pourra par exemple lancer une opération promotionnelle sur les produits et dans les lieux choisis par un nouvel entrant pour tester le marché, empêchant ce nouvel entrant de découvrir la profitabilité réelle de l'entrée.

Troisième scénario : la prédation financière. Ce scénario prolonge et affine la théorie dite des « *poches profondes* » (« *deep pockets* ») (Selon Rey P. et Tirole J. Analyse économique de la notion de prédation, Revue française d'économie, 1997, pp. 3-32, p. 12, l'idée et l'expression sont dues à C. EDWARDS, Conglomerate Bigness as a Source of Power, Business concentration and Pricing Policy, Princeton University Press, 1955, pp. 331-359). Les analyses économiques récentes ont en effet montré que l'élément décisif pour la prédation n'est précisément pas que le prédateur ait des poches beaucoup plus profondes que sa proie, mais l'asymétrie dans la dépendance de leurs financements vis-à-vis de leurs résultats commerciaux respectifs (EAGCP, préc., p. 21).

Ces trois scénarios sont des exemples-types de prédation, qui illustrent la définition conceptuelle donnée par le Conseil. Cette illustration n'est pas purement pédagogique. Les scénarios ont en effet plus que valeur d'exemple : ils sont ce qui permet de faire la transition entre la définition théorique de la prédation et la qualification juridique d'une pratique prédatrice concrète.

>

II. – LA QUALIFICATION DE LA PRÉDATION

La démarche de qualification exposée par le Conseil ne se présente pas comme le décalque exact de la définition qu'il donne de la prédation. Si tel était le cas, il faudrait établir successivement l'existence d'un sacrifice et l'intention de l'entreprise d'exclure ses concurrents puis de récupérer ses pertes (cf. *supra* I A). La démarche proposée retrouve ces éléments de la qualification, mais en les inscrivant, d'une part, dans les exigences consacrées par la jurisprudence, spécialement le test de coût formulé par l'arrêt AKZO (A), et en insistant, d'autre part, sur l'identification d'une stratégie de prédation (B). Cette démarche éclaire le rôle de l'analyse des effets dans la qualification de prédation (C), ce qui n'est pas le moindre des apports de la décision rapportée.

A. – Les tests de coûts ou la preuve de l'intention prédatrice

Dans sa décision, le Conseil applique le test de coût, bien connu depuis l'arrêt AKZO, qui distingue plusieurs hypothèses selon que les prix sont inférieurs au coût variables moyen, ou compris entre le coût variable moyen et le coût total moyen ou encore supérieur au coût total moyen. L'apport de la décision rapportée relativement à ce test de coût concerne la signification qui lui est donnée par le Conseil. Le Conseil interprète la règle posée par l'arrêt AKZO comme une règle de preuve et, plus précisément, comme une règle relative à la preuve de l'intention. Cette interprétation, qui nous paraît juste, consiste à voir dans les deux seuils de coûts mentionnés dans l'arrêt AKZO (pts. 71 et 72) des critères de déclenchement de deux présomptions distinctes.

Les deux présomptions de l'arrêt AKZO. Si les prix sont inférieurs au premier seuil (coût variable moyen), cela signifie que l'entreprise subit non seulement des pertes, mais encore des pertes qui augmentent avec les quantités vendues, comme le relève la Cour de justice elle-même au point 71 de l'arrêt AKZO. Autrement dit, l'entreprise choisit d'essuyer des pertes qu'elle pourrait éviter en s'abstenant de vendre à ce prix. Un tel comportement ne serait pas rationnel si l'entreprise cherchait à réaliser des profits. On peut donc en inférer que l'entreprise a une autre intention. Or, comme il ne serait absolument pas rationnel de subir des pertes évitables sans un motif particulier, on peut supposer que l'entreprise choisit de réaliser des pertes temporairement pour faire des profits plus importants plus tard. Ces inférences à partir d'un niveau de prix inférieur au coût variable moyen caractérisent une présomption. On voit en outre que l'objet de cette présomption est l'intention de l'entreprise et, plus précisément, son intention prédatrice.

Cette interprétation de l'arrêt AKZO en termes de présomption est adoptée par le Conseil aux points 171 et 172 de la décision rapportée. Elle contraste avec l'interprétation du même passage de l'arrêt AKZO par le Tribunal de première instance dans son arrêt *Wanadoo* (préc. pts 195 et 197 ; Sibony, A.-L., Les prix prédateurs entre la lettre de la jurisprudence et l'esprit du raisonnement économique, LPA, 6 juin 2007, p. 14). En effet, selon le Tribunal, il résulte de l'arrêt AKZO que « des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables pratiqués par une entreprise détenant une position dominante sont considérés per se comme abusifs » (*Wanadoo*, préc., pt. 195). Le Tribunal raisonne donc comme si les prix inférieurs aux coûts, d'une part, et l'intention prédatrice, d'autre part, étaient deux éléments distincts de la qualification de prédation (pt. 197). Pour sa part, le Conseil considère l'infériorité des prix par rapport

aux seuils de coûts définis dans l'arrêt AKZO comme un élément de preuve de l'intention. Dans cette perspective, le constat de prix inférieurs aux coûts n'a pas pour conséquence de déclencher l'application d'une règle de fond, qui interdirait « per se » les prix inférieurs au coût variable moyen. Ce constat déclenche l'application d'une règle de preuve, qui est une présomption forte – mais réfragable – d'intention prédatrice (pt. 176). De même, le constat de prix inférieur au coût total moyen déclenche une autre présomption, moins forte et surtout moins « complète » en ce sens qu'elle ne peut constituer à elle seule une preuve suffisante de l'intention prédatrice, mais seulement un indice, qui doit être complété par d'autres éléments probants. De manière cohérente avec cette approche probatoire du « test de coût », le Conseil précise que les présomptions posées dans l'arrêt AKZO ne sont pas les seules concevables et que, selon le type d'activité en cause, des seuils de coûts différents, formulés en termes de « coût évitable » ou de « coût incrémental » peuvent être plus pertinents pour déclencher des présomptions d'intention prédatrice (pts. 176 et 184). En l'espèce, l'application du test de coût ne nécessitait cependant aucune adaptation, puisqu'il existait un moyen très simple de constater le coût variable moyen, identifiable au prix d'achat des médicaments par le laboratoire Glaxo.

L'application du test de coût en référence à des prix de transfert. Le laboratoire Glaxo ne fabriquait pas lui-même le médicament en cause, mais l'achetait à une autre entreprise pour le revendre. Le Conseil n'a donc pas eu besoin de reconstituer un coût de production, ce qui est un exercice toujours délicat en raison de la nécessité d'allouer les coûts communs. Il suffisait en l'espèce d'observer le prix que payait Glaxo France pour se procurer le médicament auprès d'une filiale italienne du groupe Glaxo, prix qui était attesté par des factures. Glaxo contestait cependant l'utilisation de ce coût, au motif qu'il ne s'agirait pas d'un prix d'achat comme les autres, mais d'un « prix de transfert » entre deux filiales d'un même groupe. Le Conseil a écarté cet argument au motif que la qualification de prix de transfert n'emporte en elle-même aucune conséquence en droit de la concurrence. Tout au plus de tels prix doivent-ils être écartés pour un test de coût lorsqu'ils correspondent à une opération artificielle, sans lien avec un échange réel de marchandises, ou lorsque la filiale qui achète des produits pour les revendre n'a aucune autonomie pour fixer ses prix de vente (pt. 196). Mais, en l'espèce, le laboratoire Glaxo bénéficiait d'une réelle autonomie commerciale et les prix de transfert devaient donc être présumés sincères, c'est-à-dire correspondant à une situation de concurrence, conformément à la convention OCDE sur les prix de transfert. Comme le relève le Conseil, Glaxo ne soutenait pas que les prix de transferts pratiqués violaient les principes de l'OCDE, ce qui serait revenu à mettre en doute la sincérité des comptes certifiés du groupe, ainsi que celle de ses déclarations fiscales. La mauvaise foi ne se présument pas, les prix de transfert devaient être présumés sincères et n'appelaient par conséquent aucun traitement particulier. On peut observer que ce raisonnement est fondé sur des arguments juridiques – convention OCDE sur les prix de transfert, principe de bonne foi – qui dépassent les faits de l'espèce, ce qui permet de considérer que les prix de transfert sont, en principe, des données pertinentes pour apprécier le coût variable en présence de biens achetés pour être revendus.

Au-delà de cette précision, il convient de souligner à nouveau que toute la discussion sur l'application du test de coût ne sert qu'à une seule chose, à savoir établir l'intention préda-

trice. L'intention, qui est un élément de la définition de la prédation rappelée plus haut (*cf. supra* I. A), doit donc être caractérisée pour que des prix puissent être qualifiés de prédateurs. Dans cette démarche de qualification, le raisonnement économique n'est pas utilisé pour fournir une règle ou des critères de qualification, mais pour fonder des présomptions. Le raisonnement économique est un raisonnement probatoire, qui sert à mettre en œuvre le critère juridique de l'intention. En ce sens, cette décision du Conseil de la concurrence s'inscrit parfaitement dans la logique défendue par certains auteurs, selon laquelle la démarche de qualification de l'abus de position dominante repose fondamentalement sur un critère d'intention (*cf.*, sur ce point, Eilmansberger T., *How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC : in Search of Clearer and more Coherent Standards for Anticompetitive Abuse*, CML Rev, 2005, p. 129, spéc. p. 149 et s. *contra* Hawk, B. *op. cit.*, pour qui l'intention ne devrait pas avoir de place dans la qualification d'abus de position dominante). La décision commentée montre aussi que, comme nous l'avons dit plus haut, il serait faux de considérer qu'une approche juridique en termes d'intention est incompatible avec l'analyse économique. Celle-ci sert précisément à mettre en œuvre le critère de qualification relatif à l'intention. C'est du reste cet apport de l'économie qui permet d'éviter les écueils qui ont été dénoncés à propos du critère d'intention (*cf. supra* I. B) et de s'appuyer sur des preuves de l'intention qui ne sont pas manipulables par les entreprises.

Il demeure que le critère de l'intention mérite d'être affiné (pour une discussion sur ce point, *cf. Eilmansberger, T., op. cit. loc. cit.*, qui propose de s'attacher à l'intention de fausser le jeu de la concurrence). Par ailleurs, l'intention d'exclure un concurrent ne peut à elle seule fonder la qualification d'abus de position dominante. Aussi n'est-ce pas sur cette seule intention que se fonde le Conseil. L'étape suivante dans la qualification de prix prédateur consiste à identifier une stratégie de prédation, qui rend vraisemblable un dommage pour les consommateurs.

B. – L'identification d'une stratégie

L'identification d'une stratégie de prédation se fait en référence aux trois stratégies types qui ont été évoquées plus haut (*cf. supra* I. B) et comporte deux étapes : tout d'abord le choix par le Conseil d'un scénario vraisemblable, puis la corroboration de ce scénario au regard de tous les éléments versés aux débats.

Le choix d'un scénario vraisemblable. Les stratégies de prédation répertoriées par la doctrine économique constituent autant de scénarios types (*cf. supra* I. B. 2) à partir desquels l'autorité de concurrence aborde l'examen des faits. Ici, le raisonnement économique ne joue plus un rôle probatoire, mais heuristique : le Conseil se demande si les faits dont il est saisi peuvent s'expliquer par la mise en œuvre de l'une ou l'autre stratégie de prédation parmi celles qui sont connues. Autrement dit, l'économie fournit ici une aide à l'interprétation des faits. Il convient à cet égard de préciser que les trois stratégies de prédation répertoriées ne doivent pas être comprises comme les trois seules possibilités de prédation. Il s'agit de trois modèles de prédation étudiés par les économistes, dont rien ne dit qu'ils couvrent toutes les stratégies que les entreprises pourraient inventer. Rien ne permet non plus d'exclure que ces trois modèles puissent, dans certains cas, être combinés entre eux. Il s'agit donc de repères pour interpréter les faits, ni plus ni moins.

En l'espèce, le Conseil a reconnu dans les pratiques du laboratoire Glaxo une stratégie de prédation par construction d'une réputation de prédateur (pts. 262 et s.). Cette stratégie est rationnelle pour une entreprise dont les positions sur plusieurs marchés sont susceptibles d'être menacées par l'entrée de nouveaux concurrents. Tel était le cas de Glaxo, puisque plusieurs brevets qui lui assuraient un monopole sur différents médicaments expiraient à des dates proches. Dès lors, en l'espace de quelques années, Glaxo allait devoir affronter la concurrence des fabricants de génériques sur plusieurs marchés. Dans ce contexte, le laboratoire avait tout intérêt à réagir férocement à l'arrivée des premiers fabricants de génériques, en baissant ses prix à un point tel que leur entrée ne serait plus rentable. De la sorte, Glaxo pouvait espérer dissuader les

fabricants de génériques d'entrer sur d'autres marchés, parfois beaucoup plus importants, qui allaient s'ouvrir par la suite (pts. 264 et s.). Le contexte factuel de l'affaire rendait donc vraisemblable une telle stratégie, car il la rendait rationnelle. En outre, la baisse agressive et sélective de prix avait eu lieu sur un marché de taille relativement modeste, en comparaison avec d'autres marchés nouvellement ouverts à la concurrence, de sorte que Glaxo paraissait avoir cherché à établir sa réputation de prédateur à peu de frais, ce qui était, derechef, parfaitement rationnel. Cependant, raison n'est pas preuve et le Conseil, après avoir identifié un scénario vraisemblable, a entrepris de démontrer en quoi ce scénario était corroboré par les faits, et ce en dépit des contestations soulevées par Glaxo.

La corroboration du scénario retenu. Le premier élément corroborant le scénario retenu consiste dans le schéma d'évolution des prix du Zinnat injectable. Glaxo avait pratiqué des baisses de prix très importantes et appliquées sélectivement aux seuls hôpitaux qui s'étaient tournés vers ses concurrents, puis, une fois que le fabricant de génériques Favelab était sorti du marché, Glaxo avait rehaussé ses prix (pts. 54 et s., pts. 65 et s. et pt. 249).

Le second élément permettant de corroborer le scénario retenu tient aux effets constatés sur le marché du céfuroxime sodique, le médicament commercialisé par Glaxo sous le nom de Zinnat injectable. En effet, le fabricant de générique Favelab, qui avait commencé à commercialiser un générique de ce médicament, a dû déposer son bilan au bout de deux ans (pt. 70). Le premier effet attendu d'une stratégie de prédation, à savoir la sortie des concurrents, s'était donc produit. Un second effet avait également été observé, à savoir la dissuasion de nouvelles entrées sur un autre marché, bien plus important pour Glaxo. En effet, un grand nombre de laboratoires avaient demandé et obtenu des autorisations de mises sur le marché de médicaments génériques correspondant au Zovirax injectable. Ils étaient treize en tout à avoir obtenu des AMM, mais n'étaient pas entrés sur le marché (pt. 39). La dissuasion sur un grand marché à partir de l'agressivité manifestée sur un petit marché semble donc bien avoir fonctionné (pt. 230).

Si ces éléments de fait paraissaient corroborer le scénario retenu par le Conseil, Glaxo n'en soulevait pas moins plusieurs arguments tendant à l'infirmer. Le Conseil a donc dû rejeter un à un ces arguments avant de pouvoir conclure à une pratique de prédation par recherche de réputation. Glaxo invoquait principalement l'exception d'alignement sur ses concurrents (pts. 283 et s.) et l'impossibilité de récupérer les pertes subies (pts. 298 et s.).

Le raisonnement économique est un raisonnement probatoire, qui sert à mettre en œuvre le critère juridique de l'intention.

L'exception d'alignement consiste à prétendre que, loin d'avoir activement poursuivi une stratégie de prédation, l'entreprise s'est contentée de réagir aux baisses de prix dont ses concurrents ont eu l'initiative. L'efficacité de ce moyen de défense en matière de prédation reste une question qui n'a pas été tranchée nettement en droit positif (cf. arrêt *Wanadoo*, préc. pt. 187). Elle ne l'est pas non plus en l'espèce, car le moyen manquait en fait (pt. 297). À défaut d'apporter une réponse de principe sur ce point, la décision rapportée est cependant instructive en raison du standard de motivation que s'impose le Conseil pour rejeter cet argument. Le Conseil répond en effet très précisément aux allégations de Glaxo, en se référant aux modalités et à la chronologie de la fixation des prix (pt. 285). Il remarque tout d'abord que, s'agissant d'un système d'appel d'offre, l'alignement ne peut être instantané et ne peut s'effectuer qu'*ex post* pour les marchés futurs (pt. 285). En outre, le Conseil se replace à l'époque de chaque décision de Glaxo relative à ses tarifs, en tenant compte des informations qui étaient publiques à ce moment là, ce qui lui permet de conclure que Glaxo n'a pu s'aligner sur des prix moyens qui ne pouvaient encore être calculés au moment des décisions litigieuses (pt. 291). C'est donc par un examen *in concreto* particulièrement minutieux que le Conseil rejette en l'espèce l'argument tiré d'un prétendu alignement sur les prix des concurrents.

La possibilité de récupération des pertes. Le second argument invoqué par Glaxo pour infirmer le scénario de prédation retenu par le Conseil avait trait à l'impossibilité de récupérer ses pertes (pts. 298 et s.). Là encore, l'argument manque en fait, puisque la récupération réelle des pertes montre *a fortiori* qu'elle était possible (pts. 316 et s.). Et là encore, l'intérêt de la décision réside avant tout dans la manière dont le Conseil traite l'argument de la récupération. En premier lieu, c'est la place de l'argument de la récupération dans le raisonnement d'ensemble qui doit retenir l'attention. Cet argument est traité comme un argument de défense, qui ne doit donc être examiné que parce qu'il est invoqué par l'entreprise défenderesse. Ce traitement contraste singulièrement avec celui qui a pu être recommandé par plusieurs auteurs (Mastromanolis E.-P., préc., p. 291; OCDE, *Predatory foreclosure*, préc., p. 12 et p. 70 et références citées. *Adde* : Hemphill S., *The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analysis*, Stanford L. Rev. 2001, p. 1587; Calvet H., *Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur*, RLC 2005/4, n° 337). Il est en effet soutenu que, à l'instar de la Cour suprême des États-Unis, les interprètes d'autres droits seraient bien inspirés de considérer la possibilité de récupération des pertes comme une condition préalable de la prédation. L'examen des pratiques de prédation, exposent ces auteurs, devrait débiter par l'examen de la possibilité de récupération. Cela permettrait, selon eux, un traitement plus expédient de plaintes pas toujours bien fondées émanant de concurrents qui prétendent être victimes de prédation alors qu'ils ne sont que moins performants. L'argument principal invoqué au soutien de cette thèse est le suivant : en l'absence de possibilité de récupération, le prédateur supposé ne peut passer à la seconde phase de la prédation, la seule qui nuise aux consommateurs. Dès lors, l'autorité de concurrence, qui ne doit intervenir qu'au bénéfice des consommateurs, n'a aucune raison d'intervenir s'il n'est pas démontré que les pertes pouvaient être recouvrées.

Utilisé comme un critère liminaire, l'argument de la possibilité de récupération présente sans doute l'inconvénient de réaliser un filtrage trop drastique des plaintes pour prédation.

Le Conseil, on l'a vu, partage cette orientation concernant la répression des prix prédateurs. Il expose en effet que celle-ci n'a d'autre raison d'être que de protéger le bien-être des consommateurs (pt. 166, préc.). Pourtant, à la différence des auteurs précités, il n'en déduit pas qu'il devrait, à titre liminaire et de sa propre initiative, constater que l'entreprise soupçonnée de prédation avait ex ante, c'est-à-dire au moment où elle a élaboré sa stratégie, toutes les raisons d'anticiper qu'elle serait en mesure de recouvrer ses pertes après l'épisode de prédation. Sans doute cela est-il conforme à la position adoptée par le Tribunal de première instance dans l'arrêt *Wanadoo* (préc., pt. 228), mais, au vu des divergences déjà évoquées entre l'approche du Conseil et celle adoptée par le Tribunal dans cet arrêt, on peut douter que cela ait été pour le Conseil une raison déterminante de ne pas traiter la possibilité de récupération comme un élément de la qualification dont la preuve lui incomberait. Il existe en effet une raison plus fondamentale de ne pas considérer la possibilité de récupération comme un élément devant nécessairement être établi aux fins de la qualification de prédation. Cette raison tient au sens de l'argument en cause. De même

que les tests de coûts ne doivent pas être considérés comme des critères de qualification, mais comme des éléments de preuve de l'intention (cf. *supra*, II, A), de même la possibilité pour l'entreprise de récupérer ses pertes n'est qu'un élément qui permet de corroborer le risque de préjudice pour les consommateurs. En d'autres termes, c'est un élément de preuve par présomption de l'effet potentiel du comportement. Tout comme l'intention, cet effet potentiel est un élément de la qualification d'abus, comme le rappelle par ailleurs le Conseil (pt. 351). L'argument de la possibilité de récupération est donc pertinent, mais il l'est à l'intérieur du raisonnement probatoire qui doit être mené pour démontrer l'effet potentiel de la pratique et non en tant que critère autonome et liminaire de la qualification de prédation.

On conviendra que la place assignée par le Conseil à l'argument relatif à la possibilité de prédation, si elle ne répond pas aux vœux de tous les auteurs, est bien choisie. En effet, c'est une place qui était encore largement vacante, dans la mesure où la jurisprudence récente en matière d'abus de position dominante s'est signalée par l'admission de motivations relativement sommaires et faiblement contrôlées concernant l'effet potentiel des pratiques tenues pour abusives (TPICE, 30 sept. 2003, aff. T-203/01, *Michelin c/ Commission*, Rec, CJCE, II, p. 4071 pt. 245, TPICE, 17 déc. 2003, aff. T-219/99, *British Airways c/ Commission*, Rec, CJCE, II, p. 5917, pt. 298, confirmé par CJCE, 15 mars 2007, aff. C-95/04 P, *British Airways c/ Commission*, non encore publié au Recueil, spéc. pts. 78 à 80). Utilisé comme un critère liminaire, l'argument de la possibilité de récupération présente sans doute l'inconvénient de réaliser un filtrage trop drastique des plaintes pour prédation (Sibony A.-L., préc., n° 787 et réf. citées). En revanche, intégré comme dans la présente décision à la discussion des effets potentiels, il fournit à l'entreprise un moyen de contredire, si elle le peut, le scénario postulé par l'autorité de concurrence. Ainsi l'argument économique est-il pris en considération par le jeu du contradictoire et sans que de la répression de la prédation s'en trouve paralysée.

On peut par ailleurs remarquer que, dans cet usage, le raisonnement économique ne se présente plus comme un raisonnement heuristique ou probatoire, mais comme un élément qui permet de mieux structurer la motivation des décisions

relativement à l'effet potentiel qui doit être démontré. C'est du reste sur ce dernier point que la décision rapportée marque un très net progrès dans la pratique décisionnelle.

C. – L'analyse des effets

Comme cela a été évoqué, le Conseil rappelle que la démonstration des effets réels de la pratique n'est pas requise aux fins de la qualification de prix prédateurs (pt. 351). En revanche, les effets potentiels de cette pratique doivent être démontrés. On ne saurait trop insister sur ce point, car, faute de démonstration convaincante de ces effets potentiels, on punirait une simple intention, ce qui serait inacceptable.

En l'espèce, comme on l'a vu, certains effets s'étaient réellement manifestés, ils étaient donc plus que potentiels. Encore fallait-il montrer qu'ils n'étaient pas accidentels, mais correspondaient bien à la stratégie mise en œuvre. Faute d'une telle démonstration, c'est l'imputabilité des effets à la pratique qui aurait pu être douteuse. Or, à cet égard, la décision rapportée est exemplaire. Le Conseil ne se contente pas d'exposer que les pratiques relevées ont eu un double effet d'exclusion des concurrents entrés sur le marché et de dissuasion des concurrents potentiels (pt. 266, pt. 381). Il ne se contente pas non plus d'illustrer par une comparaison très éloquente avec un marché similaire l'effet de retardement de l'entrée des génériques produit par la stratégie de Glaxo (pt. 353 et s.). Le Conseil s'attache aussi à montrer *comment* l'effet de réputation propre à la stratégie retenue pouvait jouer et a bien joué (pt. 357 et s.). Cette démonstration rend la décision particulièrement solide, car, même si les effets réels n'ont en principe pas à être démontrés, une objection aurait pu être formulée à l'encontre d'une décision retenant un effet de réputation. En effet, aurait-on pu dire, dans le cadre d'un recours contre cette décision, condamner une entreprise à raison de sa réputation, n'est-ce pas renouer avec la théorie du criminel né? Condamner-on une personne parce qu'elle a, par le passé, commis des infractions? Cela est interdit en droit pénal et devrait l'être de même dans la matière quasi-pénale qu'est le droit de la concurrence.

Le grand mérite de la décision du Conseil est de démontrer par anticipation pourquoi la condamnation de la prédation par construction d'une réputation ne prête pas le flanc à cette

critique de principe. En effet, on ne peut dire que le laboratoire Glaxo est condamné, à raison de sa réputation de prédateur, pour une prédation qu'il n'aurait pas réellement commise. La réputation n'est pas une circonstance extérieure à l'infraction, elle est l'arme du délit. Une arme immatérielle, certes, mais bien réelle. C'est ce que démontre le Conseil en s'attachant très précisément à la manière dont les concurrents ont renoncé à entrer sur le marché, après avoir interprété les signaux envoyés par Glaxo par son comportement (pt. 362). Cette démonstration est nécessaire pour corroborer définitivement le scénario retenu. En effet, la stratégie de prédation par réputation repose sur une hypothèse relative à la formation des anticipations par les concurrents. L'hypothèse explicite de ce scénario consiste à considérer que les concurrents potentiels observent comment l'entreprise dominante réagit à l'entrée de nouveaux concurrents et anticipent qu'elle réagira de la même manière à d'autres entrées. Et c'est cette hypothèse que le Conseil a pris soin de corroborer par des déclarations d'entreprises (pt. 361).

En somme, la décision du Conseil fait apparaître l'analyse des effets comme le prolongement logique de la méthode de qualification retenue, qui procède par identification et corroboration d'un scénario. En effet, un scénario se présente comme une « *histoire micro-économique* » (Perrot A., préc.) qui permet de rendre compte des effets potentiellement néfastes du comportement observé, compte tenu de l'ensemble des circonstances de fait. Pour que le scénario remplisse sa fonction, qui est de structurer la démarche de qualification, il faut donc qu'il conduise de l'intention, mise à jour à partir du test de coût, à l'effet potentiel, en passant par le comportement observé. Les effets potentiels sont l'objet même que le scénario vise à démontrer. C'est la raison pour laquelle l'exigence de corroboration du scénario, qui est la simple traduction de l'exigence de motivation pesant sur le Conseil, débouche nécessairement sur une analyse précise des effets. La notion de scénario ayant été retenue par la Cour de justice (CJCE, 15 févr. 2005, aff. C-12/03 P, Commission c/ Tetra Laval, Rec. CJCE, I, p. 987, pt. 44), reste à espérer qu'elle acceptera à l'avenir d'en tirer toutes les implications et de contrôler la motivation des arrêts qui lui sont déférés relativement à l'effet potentiel des pratiques qualifiées d'abusives. ♦

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

ENTENTES HORIZONTALES

RLC 818

Cartels

Les secteurs de la bière et du papier sanctionnés pour des pratiques de cartel.

Déc. Comm. CE, n° IP/07/507, 18 avr. 2002; TPICE, 26 avr. 2007, aff. T-109/2 e.a.; Communiqué de presse n° 32/07

Quatre brasseurs ont été condamnés par la Commission au paiement d'une amende de 273 millions d'euros pour entente

sur le marché néerlandais de la bière entre 1996 et 1999.

Le Tribunal confirme par ailleurs la condamnation des fabricants de papier autocopiant, mais diminue le montant de l'amende pour deux des dix entreprises incriminées : l'une parce qu'elle n'a pas participé aux pratiques de partage de marché (l'amende est diminuée de 15 %) ; l'autre aux motifs que les éléments de preuve fournis aux autorités de concurrence méritaient une réduction de l'amende 50 % au lieu des 35 % accordés par la Commission.

Ces affaires confirment une fois de plus le succès des procédures de clémence et incitent les tiers victimes de ces pratiques à demander des dommages et intérêts en réparation aux juridictions des États membres.

Catherine Robin,
Avocat – Alérion ➤

RLC 819

Diffusion de barèmes de coûts par un organisme professionnel auprès de ses membres permettant la détermination de leurs tarifs

Un syndicat professionnel ou un groupement professionnel peut diffuser des informations destinées à aider ses membres dans l'exercice de leur activité, mais cette aide ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession.

Cons. conc., déc. n° 07-D-16, 9 mai 2007, relative à des pratiques sur les marchés de la collecte et de la commercialisation des céréales

Saisi par le ministre de l'Économie et des Finances le 18 novembre 2003, le Conseil de la concurrence a eu à connaître de pratiques mises en œuvre par des organismes professionnels d'agriculteurs et des coopératives de collecteurs de céréales dans la région Rhône-Alpes, à l'occasion de leur activité de collecte et de commercialisation des céréales. Dans un premier temps, le Conseil a rejeté le grief adressé à des coopératives pour avoir suivi les prix de collecte communiqués par une autre coopérative en position dominante, ce qui avait conduit à un alignement des tarifs. Le Conseil a, en effet, considéré qu'« aucun élément du dossier n'établit une concertation pour suivre les prix fixés par Cérégrain, ou ne fait même état de pressions exercées par Cérégrain pour contraindre ses concurrents à s'aligner sur les prix » (déc. § 66).

Le Conseil a, en revanche, sanctionné trois coopératives, situées dans la Drôme et en Ardèche, pour avoir inséré dans le règlement intérieur d'un GIE, qu'elles avaient constitué pour agir comme mandataire au stade de la commercialisation des céréales, une clause de non concurrence par laquelle les membres collecteurs s'interdisaient de démarcher les agriculteurs appartenant à une autre coopérative que celle à laquelle ils appartiennent. Le Conseil a considéré qu'une telle clause « tend à limiter le libre exercice de la concurrence et les débouchés des différentes coopératives, et à répartir les sources d'approvisionnement » (§ 86).

Enfin et surtout, le Conseil a condamné des organismes représentatifs d'agriculteurs et des collecteurs pour avoir établi, par le biais d'une commission interprofessionnelle, des barèmes indicatifs de frais du séchage de maïs. Le séchage du maïs, étape intermédiaire entre sa collecte et sa commercialisation, est en effet assuré par les collecteurs qui le facturent aux agriculteurs sous forme d'une réfaction sur le prix de collecte. Dans le département de l'Ain, cette réfaction était déterminée selon un barème indicatif établi par les organismes représentatifs des agriculteurs (Association générale des producteurs de maïs, AGPM) et des collecteurs à l'aide des éléments de coûts communiqués par les organismes représentatifs des collecteurs (Fédération française des coopératives agricoles de collecte, d'approvisionnement et de transformation, FFCAT, et Fédération du négoce agricole, FNA) réunis au sein d'une Commission interprofessionnelle. Le Conseil de la concurrence a déclaré cette pratique contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce considérant qu'elle excède l'aide qu'un organisme professionnel est autorisé à apporter à ses membres (cf. aussi Cons. conc., déc. n° 07-D-05, 21 févr. 2007, Union française des orthoprothésistes). **En effet,**

en leur communiquant un barème de tarifs des prestations de séchage du maïs, les organisations en cause empêchent les collecteurs de fixer individuellement leurs tarifs en fonction de leurs coûts réels et les incitent au contraire à forfaitiser leurs prix, ce qui contribue à les rigidifier et les aligner. Les parties prétendaient que leurs pratiques pouvaient être validées par application de dispositions du droit communautaire contenues dans le règlement d'exemption CE n° 26/62, en date du 4 avril 1962, relatif à la production et au commerce des produits agricoles. Or, le Conseil n'avait appliqué en l'espèce que les dispositions du droit interne. Mais, il a admis que l'article 81 (1) aurait pu être applicable en cas d'affectation du commerce entre États membres; dès lors, l'examen de la situation au regard du règlement 26/62 était d'autant plus pertinente que ce règlement peut en outre utilement servir de « guide d'analyse » pour statuer sur une éventuelle exemption au titre du droit national. Les autorités nationales de concurrence peuvent appliquer les règlements d'exemption par catégorie, en vertu de l'effet direct de ces dispositions (CJCE, 28 févr. 1991, aff. C-234/89, Delimitis c/ Henniger, Rec. CJCE, I, p. 935, Rev. conc. consom. 1991, n° 62, p. 35, obs. Dalens). Aujourd'hui, l'application du droit communautaire par les juridictions et autorités nationales est organisée par le Règlement CE 1/2003 (complété par la communication du 7 avril 2004 remplaçant la communication no 97/C 313/03 du 15 octobre 1997 relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence et la communication n° 93/C 39/06 du 13 février 1993 relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales); or, un accord validé par le droit communautaire ne peut être interdit par le droit national. Mais l'autorité de concurrence conserve, de même que les juridictions, la possibilité de statuer dès lors que sa décision ne risque pas d'entrer en conflit avec le droit communautaire dont la primauté doit être assurée. En l'espèce, le Conseil a exposé qu'il n'avait « pas de doute » sur la non applicabilité du règlement invoqué, malgré le caractère indicatif du barème. En effet, la pratique concernée n'entraînait pas, selon lui, dans le champ d'application du règlement d'exemption exclusivement limité au domaine agricole alors que le séchage de maïs est une activité industrielle détachable. Surtout, on ne peut invoquer aucun progrès économique susceptible de résulter de la diffusion d'un barème qui « décourage la recherche de gains de productivité ou encore les innovations technologiques des séchoirs ».

Véronique Sélinsky
et Sylvie Cholet, Avocat à la Cour

PREUVES

RLC 820

Déclarations faites au cours de l'instruction pénale

Les éléments recueillis lors d'une instruction pénale démontrant la matérialité des faits condamnés au titre de l'article L. 420-6 du Code de commerce sont opposables aux parties dans les procédures de concurrence et permettent « au Conseil, auquel s'impose la chose jugée au pénal, de relever les mêmes faits comme éléments constitutifs de l'entente ».

Cons. conc., déc. n° 07-D-15, 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France

Entre 1989 et 1996 le Conseil régional d'Île de France (CRIF) a eu recours à une formule d'achat inédite pour rénover son

patrimoine immobilier scolaire : les marchés d'entreprises de travaux publics (METP).

Une instruction pénale diligentée dès 1996 a permis de découvrir l'existence d'irrégularités dans la procédure de dévolution de ces marchés : les entreprises candidates étaient présélectionnées, à l'occasion de commissions occultes organisées par un mandataire du CRIF intervenant en tant qu'assistant à la maîtrise d'ouvrage. Ces présélections s'opéraient selon une règle de répartition des marchés : « Cette "règle" portant le nom de M. Pierre-Charles A..., président du Conseil régional d'Île-de-France de 1988 à 1993, veillait à préserver un équilibre économique entre grands groupes et PME, un tiers des marchés étant réservé aux petites et moyennes entreprises du bâtiment, les deux tiers aux grands groupes. » (déc. § 35). En échange, les entreprises de BTP versaient à la région une contribution de 2 % du montant des marchés pour le financement de certains partis politique.

Par décision du 26 octobre 2006, le Tribunal correctionnel de Paris a condamné un certain nombre de personnes physiques, exerçant des responsabilités dans ces entreprises de BTP, pour corruption, recel de favoritisme, ainsi que pour le délit prévu à l'article L. 420-6 du Code de commerce consistant à prendre « frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 ». La Cour de Paris a confirmé le jugement par un arrêt en date du 27 février 2007. Le Conseil de la concurrence avait été saisi parallèlement des mêmes faits. Dans sa décision du 9 mai 2007, il prend acte des décisions prononcées par le juge pénal et condamne 14 sociétés pour entente prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce en soulignant qu'elles « se sont livrées à une entente générale et continue pour se répartir 88 marchés publics d'un montant total de 10 milliards de francs ».

Les entreprises poursuivies ont soulevé de nombreux arguments de procédure liés aux difficultés de l'articulation entre la procédure pénale et la procédure devant le Conseil. L'instruction par le Conseil de la concurrence avait été suspendue en raison des nécessités de l'instruction pénale. De nombreux documents jugés nécessaires à l'instruction du dossier par le premier rapporteur, n'ont, de ce fait, jamais été transmis et les entreprises poursuivies considéraient que cela empêchait de démontrer tout accord caractérisant une entente illicite. Finalement, le juge a transmis l'intégralité du dossier pénal, sans opérer un tri : or, l'article L. 463-5 du Code de commerce dispose : « Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête **ayant un lien direct** avec des faits dont le Conseil est saisi ».

En l'absence d'indices matériels, le Conseil estime pouvoir légitimement se fonder sur des « déclarations faites au cours de l'instruction pénale » qui « comme toutes les pièces d'origine pénale sont pleinement opposables aux parties dans les procédures de concurrence » (§ 290).

Il relève que ces éléments ont été « retenus par le Tribunal correctionnel de Paris dans son jugement du 26 octobre 2005, confirmé par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 27 février 2007, comme démontrant les faits qui permettent au Conseil, auquel s'impose la chose jugée au pénal, de relever les mêmes faits comme éléments constitutifs de l'entente à l'égard des entreprises parties à l'instance » (§ 295).

Dans des décisions précédentes intervenues à la suite de condamnations pénales, le Conseil avait déjà précisé qu'en raison du « lien étroit, institué par le législateur lui-même, entre les faits à la source du délit pénal de l'article L. 420-6 et les in-

fractions au droit de la concurrence réprimées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce », la matérialité des faits a pour « conséquence directe » la constitution des secondes (Cons. conc., déc. n° 06-D-07 bis, 21 mars 2006, travaux publics dans la région Île de France, § 416; déc. n° 05-D-69, 15 déc. 2005, travaux routiers en Seine maritime).

Cette position est compréhensible s'agissant des faits non contestés par les parties poursuivies devant le tribunal correctionnel. C'est plus hasardeux pour les entreprises dont aucun salarié n'était mis en cause devant les juridictions pénales : en pareil cas, ne convient-il pas de ne sanctionner qu'en présence d'éléments matériels incontestables ? Décider le contraire, comme l'a fait le Conseil, revient à présumer que le seul fait de se voir attribuer des marchés pendant la période de l'entente équivaut à y avoir participé.

S.C.

Sur cette décision, cf. également la rubrique Droit processuel, RLC 2007/12, n° 858.

ABUS DE DOMINATION

821

Position dominante collective des cimentiers

Le Conseil de la concurrence retient la position dominante collective des cimentiers Lafarge et Vicat sur le marché de l'approvisionnement en gros du ciment alimentant la Corse.

Cons. conc., déc. n° 07-D-08, 12 mars 2007, secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse

Il était reproché aux cimentiers Lafarge et Vicat d'avoir, notamment, abusé de leur position dominante collective sur le marché de l'approvisionnement en gros du ciment alimentant la Corse, en ayant octroyé des remises de fidélité aux négociants, sous la condition que ces derniers n'importent aucun ciment en provenance de Grèce et d'Italie.

Aucun des deux grands cimentiers ne détenant une position dominante individuelle, il s'agissait de savoir s'ils pouvaient être vus comme détenant ensemble une position dominante collective. Pour ce faire, le Conseil a fait application des critères issus pour l'essentiel de la jurisprudence communautaire.

1. Position dominante collective

Dans un premier temps, il rappelle qu'une position dominante collective peut d'abord résulter de « l'existence de liens structurels entre des entreprises d'une part, tels que des liens en capital ou encore des accords formalisés entre elles, et l'adoption d'une ligne commune d'action sur le marché d'autre part » (CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge; TPICE, 7 oct. 1999, Irish Sugar; Cass. com., 5 mars 1996, n° 94-17.699, Total Réunion Comores; CA Paris, 30 oct. 2001, OMVESA; CA Paris, 4 juin 2002, CFDT Radio Télé; Cons. conc., déc. n° 06-D-02, 20 févr. 2006 et n° 06-D-18, 28 juin 2006) ou, à défaut de liens structurels, par la réunion des trois critères dégagés dans l'arrêt *Airtours First Choice* : « la structure oligopolistique et la transparence du marché concerné, la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune et enfin la non contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle » (TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342-99).

Dans un second temps, il a fait application de ces règles au cas d'espèce. Au titre des liens structurels et de l'action commune, le Conseil a ainsi relevé, (i) d'une part, l'existence de nombreux liens contractuels ayant notamment pour objet d'as-

>

surer conjointement le transport du ciment vers la Corse par un transporteur dont ils détenaient le contrôle commun de l'activité, et l'exploitation d'infrastructures de stockage et d'ensachage de ciment sur le port de Bastia, (ii) d'autre part, une identité dans les prix de vente pratiqués sur les mêmes régions. Poursuivant l'analyse, « à titre surabondant », il a également constaté la réunion des conditions d'une domination collective de nature comportementale résultant de la jurisprudence *Airtours* : (i) « La structure oligopolistique du marché est établie puisque les deux cimentiers français se sont partagé, à parts quasi-égales, 93,7 % du marché, en moyenne, pour les trois années considérées (1997 à 1999). La transparence résulte de l'homogénéité des produits et de leur caractère facilement observable. » ; (ii) les cimentiers étrangers (qui ne détiennent que 10 % des parts de marché) sont incapables de faire face aux trop fortes contraintes mises en place par Lafarge et Vicat pour se substituer à eux dans l'approvisionnement des négociants en Corse, et ne détiennent « donc pas un pouvoir de contestation crédible, à proportion de la puissance de marché des cimentiers français » ; (iii) chacune des contrevenantes étant à même de déceler sans délai une éventuelle déviance de l'autre et d'y répondre immédiatement, les représailles sont suffisamment prévisibles pour les dissuader d'engager le conflit.

2. Abus résultant des remises fidélisantes

La décision est également particulièrement intéressante en ce qu'elle permet de préciser, dans un exposé à finalité pédagogique, les positions du Conseil sur les remises accordées par des entreprises dominantes, et sur la distinction entre les remises licites et les remises « fidélisantes » qui constituent des barrières à l'entrée des concurrents (§ 207 et s.). On remarquera également un passage intéressant sur la question du lien de causalité entre la domination et l'abus, point en général peu évoqué dans les décisions : en l'espèce, la décision souligne la domination écrasante (plus de 90 % du marché d'approvisionnement en gros de la Corse), renforcée par des obstacles quasiment infranchissables liés aux ententes nouées avec le GIE et le Syndicat, par le rôle joué par la norme NF et verrouillée par leur mainmise sur le transport. Pour pouvoir lutter contre la stratégie des dominantes, les concurrents auraient dû accorder des contre remises d'un taux moyen, neuf fois plus grand que le taux accordé par Lafarge et Vicat. Le Conseil conclut que « les remises ciblées accordées sous la condition que le négociant bénéficiaire n'importe aucun ciment étranger sont abusives ; il existe un lien causal direct entre la position dominante et l'abus » (§ 278 et 279).

3. Distinction entre la domination collective et l'entente tacite

Enfin, cette décision est l'occasion pour le Conseil de rappeler la distinction entre la dominance collective et l'entente : « Sont en dominance collective, des entreprises qui, du fait des circonstances spécifiques au marché concerné et de leurs caractéristiques propres, adoptent des comportements parallèles qui les conduisent à se comporter comme si elles ne formaient qu'une seule entreprise, sans que cette identité de comportement nécessite le concours de leurs volontés » (ex. déc. § 179 et 204). Mais, dès lors qu'un tel concours de volontés est démontré, notamment par l'adhésion à un accord restrictif de concurrence, le Conseil considère comme « sans objet » une analyse fondée sur l'observation de comportements parallèles.

V.S. et S.C.

Sur cette décision, cf. également la rubrique Droit processuel, RLC 2007/12, n° 859.

EXPLOITATION ABUSIVE

RLC 822

Primes aux agents de voyages britanniques

Les primes accordées par British Airways aux agents de voyages britanniques sur les ventes de billets organisés sous sa bannière s'analysent comme des pratiques abusives prohibées par l'article 82 du Traité CE.

CJCE, 15 mars 2007, aff. C-95/04 P, *British Airways plc c/ Commission*

British Airways, première compagnie aérienne anglaise, avait mis en place un système de primes selon lequel les agents de voyage recevaient une prime récompensant le franchissement d'un seuil minimal annuel de vente et la progression annuelle des ventes de billets sur cette compagnie par rapport à l'année précédente ; le système s'est ensuite sophistiqué et récompensait l'évolution positive du pourcentage des ventes de billets British Airways dans le volume total des ventes de billets de chaque agent. Par ailleurs, trois agents de voyages anglais percevaient des commissions supplémentaires en fonction de la progression des ventes de billets British Airways dans leur chiffre d'affaires mondial.

Saisie d'une plainte d'une compagnie aérienne concurrente, la Commission, confirmée par le Tribunal de première instance, avait condamné ces pratiques pour abus de position dominante prohibé par l'article 82 du Traité CE.

La Cour rejette le pourvoi introduit par British Airways. Parmi les différents moyens examinés, on retiendra qu'elle confirme que les systèmes de primes sont abusifs car ils « ne reposaient pas sur une contrepartie économiquement justifiée, restreignaient la liberté desdits agents de traiter avec d'autres compagnies aériennes, produisaient par conséquent un effet d'exclusion et étaient susceptibles de restreindre la concurrence » (pt. 56 de l'arrêt) (1) et qu'ils ont un effet discriminatoire pour les agents de voyage du Royaume Uni (2).

1. Les systèmes de primes de British Airways sont abusifs

La Cour souligne tout d'abord que la liste des pratiques fixée à l'article 82 du traité n'est qu'une liste d'exemples d'abus de position dominante et que les systèmes de primes mis en place par British Airways peuvent être prohibés même s'ils ne sont pas mentionnés dans le texte (pts. 57 et 58 de l'arrêt). British Airways soutenait ensuite que la jurisprudence *Hoffmann-La Roche* et *Michelin* ne pouvait être invoquée que dans les circonstances décrites dans ces arrêts et qui n'étaient pas celles dans lesquelles les pratiques qui lui étaient reprochées s'inscrivaient. Rappelons que dans l'affaire *Hoffmann-La Roche* l'octroi de rabais de fidélité était lié à la condition que le client s'approvisionne durant une période déterminée pour la totalité ou l'essentiel de ses besoins globaux en certaines vitamines auprès de la société Hoffmann-La Roche. La Cour avait considéré un tel système de rabais comme un abus de position dominante dans la mesure où son octroi en vue d'inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise en position dominante est incompatible avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun (CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, Rec. CJCE, I, p. 461, pt. 90). Dans l'affaire *Michelin*, les acheteurs n'étaient pas tenus d'une obligation d'approvisionnement exclusif mais le système des

rabais annuels dont ils pouvaient bénéficier n'était pas transparent, était lié à des objectifs de vente individualisés, prenant en considération une période d'un an jugée trop longue. De plus, les concurrents ne pouvaient que très difficilement surenchérir sur les propositions de rabais de Michelin. Il en résultait un faisceau d'éléments conduisant à qualifier le système de rabais de Michelin comme un abus de position dominante (CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, Michelin c/ Commission, Rec. CJCE, I, p. 3461, pt. 71). La Cour réfute une telle interprétation et, suivant l'argumentation de l'avocat général, examine le mécanisme mis en place par British Airways au regard des éléments de chacun des arrêts susvisés transposables au cas d'espèce. Ainsi, l'arrêt Michelin est-il pertinent puisqu'il se prononce sur des rabais qui dépendent d'objectifs de vente individuels sans être des rabais de quantité ni de fidélité comme dans l'arrêt Hoffmann-La Roche. De même, la Cour préconise-t-elle de procéder comme dans l'affaire Michelin et d'« apprécier l'ensemble des circonstances, notamment les critères et les modalités de l'octroi du rabais, et examiner si ce rabais tend, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée » (pt. 67 de l'arrêt).

Aussi pour apprécier le caractère éventuellement abusif du système de primes de British Airways, la Cour précise qu'il convient de vérifier que, comme dans l'arrêt Hoffmann-La Roche, « ces primes peuvent produire un effet d'éviction, c'est-à-dire si (elles) sont à même, d'une part, de rendre plus difficile, voire impossible, l'accès au marché pour les concurrents de l'entreprise en position dominante et, d'autre part, de rendre plus difficile, voire impossible, pour ses cocontractants, le choix entre plusieurs sources d'approvisionnement ou partenaires commerciaux » (pt. 68 de l'arrêt).

En l'espèce, le système de British Airways a un effet de fidélisation susceptible de produire un effet d'éviction qui résulte de ce que :

- les primes sont liées à des objectifs de vente individualisés par agent de voyage ;
- des variations même modestes du chiffre d'affaires réalisé avec British Airways peuvent avoir des effets très importants sur les revenus des agents de voyages puisque le montant de la prime est lié non seulement à l'obtention de l'objectif de vente mais également sur la totalité du chiffre d'affaires avec British Airways ; la vente de quelques billets supplémentaires pouvait donc être décisive ;
- British Airways détient une part de marché très supérieure à celle de ses concurrents, ne permettant que très difficilement à ceux-ci d'offrir aux agents de voyage une offre compétitive.

2. Les systèmes de primes de British Airways sont discriminatoires

L'article 82 CE prohibe toute discrimination, de la part d'une entreprise en position dominante, consistant à appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence (CJCE, 29 mars 2001, aff. C-163/99, Portugal c/ Commission, Rec. CJCE, I, p. 2613, pt. 46).

Dans le cas d'espèce, British Airways avait appliqué des taux de commission différents à des agents de voyages opérant au Royaume-Uni selon que ceux-ci avaient remplis leurs objec-

tifs de ventes par rapport à la période de référence ou non. La Cour vérifie que :

- les prestations ayant donné lieu à commissions différentes sont bien équivalentes : le système permet effectivement de bénéficier de commissions différentes pour des volumes de ventes de billets identiques selon que les agents ont atteint ou non leurs objectifs de progression des ventes par rapport à la période de référence (pts. 136 à 141 de l'arrêt) ;
- l'existence d'un désavantage concurrentiel : la Cour retient que la preuve concrète et quantifiable d'un tel désavantage n'est pas requise dès lors qu'il avait été mis en évidence que l'effet de fidélisation des primes octroyées par British Airways pouvait aboutir à des « modifications exponentielles et considérables » des revenus des agents de voyage, affectant ainsi les possibilités de se concurrencer entre eux (pts. 142 à 150 de l'arrêt).

C.R.

REC 823

Déchets : contrat d'utilisation du logo « point vert »

Le Tribunal confirme que le système de collecte des emballages en Allemagne comportant le logo « point vert » constitue une exploitation abusive d'une position dominante et une barrière à l'entrée du marché.

TPICE, 24 mai 2007, aff. T-151/01, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c/ Commission

Dans le cadre de la réglementation allemande relative à la récupération des déchets, la société Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland (« DSD ») est, depuis 1991 en Allemagne, la seule société agréée qui exploite un système collectif de ramassage, de tri et de recyclage des emballages pour le compte des fabricants et distributeurs adhérents qui apposent alors un logotype « point vert » sur les produits. Ces derniers concluent un contrat d'utilisation du logo avec DSD aux termes duquel ils lui paient une redevance sur tous les produits marqués. DSD sous-traite les opérations de traitement des emballages à des entreprises locales.

Saisie d'une plainte de certains fabricants, la Commission a considéré que le contrat d'utilisation du logo « point vert » constituait un abus de position dominante de la part de DSD et a ordonné certaines mesures contestées par DSD devant le Tribunal dans le présent arrêt. DSD estimait en effet que les mesures que la Commission lui ordonnait de prendre étaient en contradiction avec le principe de proportionnalité et allaient au-delà de ce qui était nécessaire pour mettre fin à l'infraction et rétablir le principe de la légalité au regard des règles méconnues. (Déc. n° 2001/463/CE relative à une procédure d'application de l'article 82 (CE), aff. COMP D3/34493 – DSD, JOCE n° L 166).

Le Tribunal confirme la position de la Commission. Il considère effectivement que le contrat d'utilisation du logo « point vert » manifeste une exploitation abusive de la position dominante de DSD ainsi qu'une barrière à l'entrée du marché et il valide les mesures ordonnées par la Commission pour rétablir la concurrence.

L'exploitation abusive de la position dominante de DSD est essentiellement caractérisée par le fait que le montant de la redevance payée pour l'utilisation du « point vert » est calculé sur la totalité des emballages de vente commercialisés en Allemagne avec le logo alors même que les fabricants :

>

– ne recourent aux services de DSD que pour une partie des emballages ou n'y ont pas recours mais utilisent un emballage européen standardisé qui reprend le logo ;

– pour la partie non traitée par DSD, procèdent au traitement de leurs emballages par le biais de systèmes collectifs concurrents ou des systèmes individuels.

Dans ces cas de figure, les entreprises sont soumises à des prix et des conditions de transaction inéquitables, et, du fait de la différence excessive entre le coût de la fourniture du service de DSD et son prix font l'objet d'une exploitation abusive de position dominante au sens de l'article 82, paragraphe 2, a) du Traité CE.

Par ailleurs, le coût élevé de la redevance payée à DSD empêche les entreprises d'adhérer à un autre système collectif concurrent ou à un système individuel. En effet, l'opération ne serait économiquement pas rentable puisque outre la redevance à DSD, il serait nécessaire soit de payer une rémunération à un concurrent de DSD, soit de mettre en place des lignes d'emballage et des circuits de distribution distincts. Le système de redevance de DSD constitue ainsi **une barrière à l'entrée sur le marché des concurrents** de DSD.

Le Tribunal valide par ailleurs les mesures ordonnées par la Commission pour mettre fin à l'infraction. DSD doit cesser de percevoir la redevance liée à l'utilisation du logo sur les emballages qui ne font pas l'objet d'une prestation de traitement par elle, lorsque le fabricant peut démontrer qu'ils ont été traités par le biais d'un autre système

C.R.

PRATIQUES LICITES

RLC 824

Constitution d'un groupement

Un groupement pour répondre à un appel d'offres peut être pro-concurrentiel dans certains cas, et il n'est pas illicite qu'un seul membre du groupement exécute seul un marché à bon de commande.

Cons. conc., déc. n° 07-D-11, 28 mars 2007, marchés publics de travaux routiers passés par le Conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims

Dans une décision de non lieu en date du 28 mars 2007, le Conseil rappelle un principe souvent oublié : « la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements, en vue de répondre à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi. Ainsi, de tels groupements peuvent avoir un effet pro-concurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir, alors qu'elles n'auraient pas été en mesure de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive. Ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates ou dissimulent une entente de prix ou de répartition des marchés » (cf. aussi, Cons. conc., déc. n° 06-D-32, 31 oct. 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par des géomètres-experts dans le cadre de marchés publics dans le département de l'Aveyron, RLC 2007/10, n° 683, obs. Sélinisky V.).

En l'espèce, des entreprises de travaux publics avaient eu recours à la constitution de groupements pour répondre à des appels d'offre lancés par le Conseil général de la Marne, la ville de Reims et le district de Reims, relatifs à des marchés de travaux de voirie à bons de commande annuels et trien-

naux. Le rapporteur avait considéré comme indice d'entente prohibée par l'article L. 420-1 du Code du commerce la réalisation de l'intégralité des travaux de certains de ces marchés par un seul membre des groupements attributaires.

Le Conseil a relevé, au contraire, que « les caractéristiques propres aux marchés à bons de commande, dont relèvent tous les marchés considérés dans la présente affaire » justifient qu'un membre du groupement ait été amené à exécuter seul l'ensemble du marché dès lors que, dans les marchés à bons de commande, les entreprises « ignorent le nombre et la situation des lots dont le groupement sera attributaire, puis, une fois le marché attribué, leur charge de travail et les commandes qui seront passées par le maître d'ouvrage ».

V.S et S.C.

RLC 825

Refus d'un moyen de paiement édité par un concurrent

Une entreprise, même dominante, ne commet pas de pratique anticoncurrentielle, lorsque pour défendre sa politique commerciale, elle interdit aux membres de son réseau d'accepter des moyens de paiement commercialisés par des concurrents.

Cons. conc., déc. n° 07-D-12, 18 mars 2007, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du chèque cinéma

La société Loischèques a saisi le Conseil de la concurrence pour voir sanctionnées les pratiques de la société Europalaces, principal exploitant de salles de cinéma en France sous les enseignes Gaumont et Pathé, estimant, notamment, qu'elle avait abusé de sa position dominante sur le marché du chèque cinéma. Elle lui reprochait en particulier de chercher à éliminer du marché des chèques cinéma : comme le chèque restaurant, le chèque cinéma est édité par une société qui assure l'interface entre l'offre des exploitants de salles et la demande des organismes intermédiaires (entreprises et comités d'entreprise).

Les dirigeants des salles arborant les enseignes Pathé et Gaumont avaient reçu pour consigne de résilier des protocoles d'accord par lesquels ils s'étaient engagés à accepter le paiement des entrées à leurs salles au moyen de contremarques qu'elle édite et commercialise.

Dans sa décision de non lieu, le Conseil a estimé, en se fondant sur les principes de liberté contractuelle et d'entreprendre dégagés par la jurisprudence communautaire et française (Cons. conc., déc. n° 04-D-60, 25 nov. 2004 ; Cons. conc., déc. n° 02-D-65, 13 juin 2002 ; Cons. conc., déc. n° 99-D-32, 25 mai 1999 ; Cons. conc., déc. n° 90-D-10, 7 févr. 1990 ; Cons. conc., déc. n° 03-D-20, 13 avr. 2003), qu'« il n'est pas abusif pour un exploitant de salle(s), qui souhaite garder la maîtrise de sa politique commerciale, de refuser dans ses salles, un moyen de paiement édité et commercialisé par une société tierce » (§ 83). La décision rappelle que la liberté de choix des demandeurs reste essentielle dans une économie de marché.

Au demeurant, la société Europalaces ne détenait pas une position dominante sur le marché concerné, avec seulement 12 % du parc cinématographique français, et la dénonciation des protocoles d'accords conclus entre les dirigeants de salles et la société Loischèques n'avait pas pour effet d'éliminer celle-ci dudit marché (déc. § 76 et 85).

Le Conseil a également refusé de considérer que le syndicat (FNCF) pouvait être qualifié d'entente, faute d'avoir les élé-

ments de preuve d'un accord de volontés entre les intéressés sur une action à mener à l'endroit de la société Loischèques. En particulier, les dénonciations de contrats pouvaient s'expliquer « de façon plausible, par la politique commerciale menée par la société Loischèques envers les comités d'entreprises et le souci individuel de chaque exploitant de salles de promouvoir son système interne de chèques-cinéma ». La démonstration que chaque opérateur a un intérêt individuel à se comporter comme il le fait constitue un élément important d'appréciation des comportements parallèles et exclut la qualification d'entente en l'absence d'autres indices.

V.S. et S.C.

MESURES CONSERVATOIRES

RLC 826

Contrats de fourniture d'électricité

Le Conseil de la concurrence demande à EDF de modifier ses clauses contractuelles de résiliation anticipée.

Cons. conc., déc. n° 07-MC-01, 25 avr. 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société KalibraXE

Le prononcé de mesures conservatoires par le Conseil de la concurrence a connu une éclipse mais rencontre un regain d'intérêt ; il est donc intéressant d'examiner les décisions qui les accordent. Leur augmentation manifeste la volonté du Conseil de la concurrence d'utiliser tous les outils à sa disposition et d'intervenir dans la procédure avant qu'il ne soit trop tard, suffisamment en amont pour que les mesures prononcées aient une valeur, non seulement pédagogique, mais également thérapeutique. Le Conseil se montre, en effet, très soucieux de mettre en harmonie le temps des procédures et le temps des affaires (cf., sur ce point, les orientations exposées par le Président Lasserre lors de la matinée débat commentant le rapport du Conseil pour l'année 2005, RLC 2006/10, n° 723).

En vertu de l'article L. 464-1 du Code de commerce des mesures conservatoires peuvent être prononcées « si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante » et ces mesures doivent « rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ». En l'espèce, le Conseil a estimé qu'il n'existait pas d'atteinte aux intérêts de l'entreprise plaignante. En revanche, il existait une atteinte potentielle à la concurrence due à « l'opacité des modalités de résiliation anticipée », (à) l'ambiguïté de certaines clauses et à « la présence de clauses d'exclusivité partielle voire totale dans un nombre significatif de contrats de EDF » qui pouvaient « faire obstacle à la possibilité effective pour le client de profiter des opportunités éventuelles de marché ou à sa volonté de s'adresser à un autre fournisseur sans supporter des conditions dissuasives ».

Le communiqué de presse du Conseil précise : « La remise en jeu la plus fréquente possible des positions commerciales acquises est en effet un facteur propice au développement de la concurrence, surtout s'il s'agit d'une activité ouverte récemment à la concurrence et dominée par une entreprise ayant un très important pouvoir de marché ».

En conséquence, « pour remédier à l'atteinte grave et immédiate portée à l'économie du secteur, le Conseil a enjoint à EDF

de définir dans ses conditions générales de vente les règles applicables en cas de résiliation anticipée pour convenance, au moins pour les contrats de fourniture d'électricité aux clients ayant exercé leur éligibilité. Ces règles – qui devront être introduites dans les conditions générales de vente dans un délai de deux mois – devront notamment prévoir les principes de calcul de l'indemnité de résiliation – qui doit être proportionnée et non excessive –, dans les cas où celle-ci serait appelée à jouer ».

V.S.

RLC 827

Diffusion hertzienne analogique des programmes télévisuels

La société TDF se voit enjoindre de respecter des mesures conservatoires visant à assurer l'effectivité de la récente ouverture à la concurrence du secteur de la diffusion hertzienne des programmes télévisuels en mode analogique terrestre.

Cons. conc., déc. n° 07-MC-02, 2 mai 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Emettel

Saisi par la société Emettel, le Conseil de la concurrence s'est prononcé sur des pratiques mises en œuvre par la société TDF, consistant à avoir abusé de sa position dominante sur le marché français de la diffusion hertzienne terrestre analogique des programmes télévisuels, en ayant conclu deux séries de contrats d'une durée de 7 années, une première série avec les chaînes publiques France 2, France 3 et France 5/Arte, interdisant le transfert de site à un diffuseur alternatif sans prévoir de résiliation anticipée, et une seconde série avec France télévision, TF1 et M6, limitant la sortie annuelle du contrat à 20 sites de diffusion hertzienne de programmes télévisuels en mode analogique ayant une puissance inférieure à 1 watt (clause de sortie partielle).

Il convient de préciser que la conclusion de ces contrats est intervenue trois à quatre mois avant l'entrée en vigueur programmée de la directive européenne emportant ouverture à la concurrence de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique, transposée en droit français par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004.

Considérant que la société TDF est susceptible de détenir une position dominante sur les marchés de gros aval et amont de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision et que les contrats dénoncés (en raison de la combinaison d'une durée excessive et de clauses d'exclusivité ou de quasi-exclusivité) sont susceptibles de verrouiller l'accès au marché de concurrents actuels ou potentiels, le Conseil lui a enjoint, dans l'attente de la décision au fond, de prendre des mesures conservatoires (cf. la décision).

TDF en a pris acte et, sans attendre une décision de sanction au fond, a inscrit ces mesures conservatoires dans une liste d'engagements plus large devant s'appliquer au réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique (site d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts). Ces engagements consistent notamment à étendre les mesures conservatoires à la chaîne analogique Canal Plus, à insérer une faculté de résiliation anticipée respectant un préavis de 3 mois dans des contrats bipartites avec les collectivités locales, et dans des contrats tripartites avec ces mêmes collectivités et la chaîne M6 et, enfin, >

à s'engager à mettre en place un comité d'évaluation et de suivi des engagements qui se réunira tous les trimestres. Le Conseil se prononcera sur ces propositions au terme d'un test de marché lancé le 29 mai 2007.

S.C.

SANCTIONS

RLC 828

Entente – Lycées d'Île de France

Le Conseil de la concurrence sanctionne une entente illicite dans le secteur de la rénovation des lycées d'Île de France.

Cons. conc., déc. n° 07-D-15, 9 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés publics relatifs aux lycées d'Île-de-France

Le Conseil de la concurrence a sanctionné les entreprises du BTP concernées en appliquant le plafond autorisé, soit 5 % du chiffre d'affaires des contrevenantes s'agissant de pratiques antérieures à la loi NRE de 2001, pour un total de 47,3 millions d'euros. Il insiste sur le dommage à l'économie lié au « montant exceptionnel des marchés en cause dont le montant total s'est élevé à 10 milliards de francs environ, soit l'un des plus importants programmes d'investissements et de constructions lancés par une collectivité locale ».

S.C.

Sur cette décision, cf. également cette rubrique, RLC 2007/12, n° 820 et la rubrique Droit processuel, RLC 2007/12, n° 858.

RLC 829

Clémence : affaire des portes

Pas de révision des sanctions prononcées à l'encontre des entreprises condamnées à la suite de leur dénonciation par celle qui avait initié et organisé l'entente et avait bénéficié de la procédure de clémence.

CA Paris, 1^{re} ch. Sect. H, 24 avr. 2007, n° RG 2006/06912, affaire des portes

On se souvient que le 11 avril 2006, le Conseil avait condamné neuf entreprises du secteur de la fabrication des portes en bois pour des pratiques d'entente sur les prix, faisant pour la première fois application de la procédure de clémence (Cons. conc., déc. n° 06-D-09, 11 avr. 2006, secteur des portes, RLDA 2006/5, n° 266, obs. Sélinisky V. et Cholet S., RLC 2006/8, n° 331 obs. Cheynel B.). Cette décision faisait suite à une dénonciation par la société France Portes, initiateur et organisateur de l'entente, qui, pour obtenir le bénéfice de l'avis conditionnel d'immunité totale de la sanction qu'elle encourait (1,25 million d'euros) avait notamment apporté au Conseil de nombreux éléments probants, contribuant à établir la réalité de deux cartels (un cartel sur les portes planes et isoplanes et un cartel sur les portes laquées) et à en identifier les auteurs. Elle encourait une sanc-

tion de 1,25 million d'euros déterminée en raison de la « particulière gravité » des pratiques qui lui étaient reprochées « puisqu'elle a été l'instigatrice du cartel "des cinq" dénoncé au Conseil », « les grilles de prix élaborées en commun étant rédigées et diffusées par ses soins » et qu'« elle assurait aussi la surveillance du cartel » mais avait bénéficié dans cette affaire d'une immunité totale de la sanction encourue, pour avoir respecté l'intégralité des conditions posées dans l'avis conditionnel de clémence.

Les deux entreprises à avoir été les plus lourdement sanctionnées, les sociétés Malerba (1,4 million d'euros) et JH Industries (1,6 million d'euros) ont formé un recours contre cette décision.

Sur le fond, la société Malerba invoquait notamment le caractère disproportionné (eu égard notamment au caractère seulement passif et irrégulier de sa participation aux réunions de concertation) et discriminatoire de sa sanction par rapport à celle qui avait été infligée à d'autres entreprises. Elle contestait avoir « sciemment et volontairement » aligné ses prix avec ceux de ses concurrents. La Cour estime que la participation à plusieurs réunions anticoncurrentielles ne laisse aucune place au doute. Elle affirme que le Conseil, qui n'est pas tenu par les propositions de sanction formulées par le représentant du ministre en séance, « qui ne sont qu'indicatives », en a justement apprécié le montant en tenant compte de « la gravité des pratiques tenant à la nature même de l'entente, s'agissant de la fixation de prix minima entre concurrents, à l'implication dans la concertation des principaux opérateurs du secteur concerné (...), à l'importance du marché affecté (300 millions d'euros) et à la durée des pratiques (3 ans) ». « Le fait que la participation de la société Malerba à cette entente n'ait pas été assortie d'agissements directement dirigés contre ses concurrents, comme ceux qu'elle invoque, ne suffit pas à lui ôter tout caractère de gravité ». La Cour adresse ainsi un signal fort aux entreprises condamnées à la suite de la dénonciation de l'un des membres du cartel dans le cadre d'un programme de clémence.

V.S. et S.C.

RLC 830

Revente à perte

La Cour d'appel de Paris confirme les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées.

CA Paris, 29 mai 2007, n° RG 2006/01886, rejet des recours formés contre la décision n° 05-D-70 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des vidéocassettes préenregistrées

Justifient le prononcé de sanctions élevées les pratiques consistant en un détournement de la législation sur la prohibition de la revente à perte, ayant eu pour objet ou pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence en favorisant artificiellement leur hausse, qui sont « par nature, particulièrement graves ».

V.S.