

## FLASH CONCURRENCE

### Charge et standard de la preuve dans le cadre de poursuites pour prix prédateurs :

#### Précisions jurisprudentielles

*Par Jean-Christophe Grall et Nicolas Geay*

L'actualité juridique en matière de prix prédateurs aura été particulièrement riche au cours du premier semestre 2009 avec deux décisions importantes, l'une rendue par la Cour de cassation le 17 mars 2009 concernant la charge de la preuve portant sur l'application de prix prédateurs (1), l'autre rendue par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) le 2 avril 2009, s'agissant cette fois du standard de la preuve de l'existence d'une politique de prix prédateurs (2).

A titre préalable, on se souviendra que la pratique de prix prédateurs « *se définit comme une politique de prix par laquelle une entreprise dominante baisse ses prix et, de ce fait, subit délibérément des pertes ou réduit ses profits à court terme, pour éliminer ou discipliner un ou plusieurs concurrents ou pour bloquer l'entrée sur le marché de concurrents potentiels dans le but de protéger ou de renforcer sa position dominante* » (CA Paris, 8 avril 2008).

A ce titre, elle constitue un abus de position dominante interdit en tant que pratique anticoncurrentielle par les articles L.420-2

du Code de commerce et 82 du Traité CE (TCE).

#### 1) Nouveauté sur la charge de la preuve d'une pratique de prix prédateurs :

Les autorités de concurrence considèrent qu'il existe une présomption d'intention prédatrice caractérisant un abus de position dominante lorsqu'une entreprise vend en dessous de ses coûts variables moyens (ou "évitable"). Cette présomption opère un renversement de la charge de la preuve et il appartient alors à l'entreprise en cause de démontrer que les prix pratiqués ne sont pas prédateurs car ils sont objectivement justifiés.

En principe, la pratique de prix prédateurs se constate sur le marché sur lequel l'entreprise détient sa position dominante.

Mais les autorités de concurrence ont déjà eu l'occasion de sanctionner des prix prédateurs mis en œuvre sur un marché connexe que l'entreprise ne domine pas, lorsque de tels prix lui permettent néanmoins de ren-

forcer sa position sur le marché qu'elle domine (CJCE Akzo, 3 juillet 1991).

C'est ainsi que dans le cas d'espèce qui nous concerne, le laboratoire Glaxo se voyait reprocher d'avoir pratiqué des prix prédateurs sur le marché non dominé mais néanmoins lié des céphalosporines de deuxième génération injectables « afin de se bâtir une réputation d'agressivité destinée à retarder l'arrivée des génériques sur le marché de l'aciclovir injectable » sur lequel il détenait une position dominante.

Alors que le Ministre de l'économie reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir retenu une présomption d'existence d'un plan de prédation caractérisant un abus de position dominante du fait que, en vendant ses produits en dessous de leur prix d'achat, elle vendait en dessous de ses coûts variables, la Cour de cassation considère au contraire qu'une telle présomption n'existe pas lorsque les prix litigieux sont pratiqués sur un marché qui n'est pas celui dominé :

*« Les articles L.420-2 du Code de commerce et 82 du Traité CE présupposent l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif qui n'est normalement pas présent lorsqu'une pratique est mise en œuvre sur le marché distinct du marché dominé. Que ces dispositions peuvent cependant trouver application notamment lorsque l'autorité de concurrence démontre l'existence de circonstances particulières [...] ».*

Par conséquent, il appartient au Ministre de l'économie de démontrer « l'existence de circonstances particulières » permettant de caractériser un lien entre la position dominante détenue par une entreprise sur le marché dominé et son comportement sur le marché non dominé.

Or, en l'espèce, la Cour de cassation considère que la Cour d'Appel avait justement relevé l'absence de telles circonstances particulières car les liens entre les marchés étaient « limités à des caractéristiques générales résultant du fait qu'il s'agit de marchés hospitaliers non administrés » et « qu'aucun élément n'établit que les concurrents poten-

*tiels du laboratoire Glaxo sur le marché de l'aciclovir injectable disposaient d'informations précises et complètes sur les prix pratiqués par les différents opérateurs sur le marché du céfuroxime sodique et sur les pertes du laboratoire Glaxo et donc de la possibilité d'interpréter la politique de prix mise en œuvre par le laboratoire Glaxo sur le marché des céphalosporines de deuxième génération injectables comme un signal d'agressivité destiné à les dissuader d'entrer sur le marché de l'aciclovir injectable ».*

**En conclusion, l'application de prix particulièrement bas par une entreprise en position dominante sur un marché autre que celui dominé ne peut automatiquement conduire à une suspicion de pratique de prix prédateurs abusive.**

## **2) Nouveauté sur le standard de la preuve d'une pratique de prix prédateurs :**

Dans l'arrêt Akzo du 3 juillet 1991, la CJCE avait indiqué que la pratique mise en œuvre par une entreprise en position dominante de prix inférieurs à la moyenne de ses coûts variables était toujours prédatrice et abusive, tandis que celle d'application de prix supérieurs à la moyenne des coûts variables mais inférieurs à la moyenne des coûts totaux n'était prédatrice que si un plan d'élimination des concurrents pouvait être établi.

La question s'est posée de savoir si, pour pouvoir qualifier un comportement de prédateur, il devait également être démontré à titre de preuve supplémentaire et préalable que l'entreprise disposait d'une chance réelle de récupérer ses pertes dans le futur grâce à une remontée de ses prix.

Le Conseil de la concurrence, devenu depuis l'Autorité de la concurrence, avait déjà précisé dans certaines décisions que « le sacrifice consenti n'a, en effet, de sens que si l'entreprise prédatrice considère qu'il est possible pour elle de récupérer à plus long terme, sur le marché dominé, les pertes ou les moindres profits subis, une fois que l'éviction recherchée aura produit son effet, c'est-à-dire

la capacité à exploiter son pouvoir de marché grâce à une situation devenue plus favorable après la sortie de concurrents. C'est cette récupération - possible - des pertes après disparition ou affaiblissement des concurrents qui explique pourquoi les autorités de concurrence, dont le but est de protéger le bien-être du consommateur final, prohibent la prédation » (Décisions 07-D-09 et 07-D-39).

Dans une affaire concernant une pratique de prix prédateurs mise en œuvre par France Telecom (Wanadoo Interactive) sur le marché français de l'accès à Internet à haut débit pour la clientèle résidentielle, la CJCE approuve dans un arrêt remarqué du 2 avril 2009 (aff. C202/07P) le TPICE d'avoir jugé que **l'existence d'une pratique de prix prédateurs ne nécessite pas la démonstration supplémentaire d'une récupération des pertes par l'auteur de la pratique :**

*« Il ne ressort pas de la jurisprudence de la Cour que la preuve de la possibilité de récupération des pertes subies du fait de l'application, par une entreprise en position dominante, de prix inférieurs à un certain niveau de coûts constitue une condition nécessaire afin d'établir le caractère abusif d'une telle politique de prix. En particulier, la Cour a eu l'occasion d'exclure la nécessité d'une telle preuve dans des circonstances où l'intention éliminatoire de l'entreprise en cause pouvait être présumée en considération de l'application par celle-ci de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables » (§ 110).*

Ce faisant, la CJCE considère toutefois que la possibilité de récupération des pertes est *« un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question, en ce qu'elle peut contribuer, par exemple, à exclure, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, des justifications économiques autres que l'élimination d'un concurrent, ou à établir, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent » (§ 111).*

**En conclusion, si la possibilité de récupération des pertes grâce à une augmentation ultérieure des prix n'est pas nécessaire pour établir l'existence d'une pratique de prix prédateurs lorsque ces prix sont inférieurs à la moyenne des coûts variables, elle n'en demeure pas moins un élément aggravant empêchant toute justification objective d'une telle pratique.**



### Quelques informations :

**Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation du plan d'affaires annuel 2009 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;
- ☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- ☞ **Au contrôle des concentrations**
  - **Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]**

- Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** installée le 13 janvier 2009 : **[détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification dans le cadre de la LME du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, etc.]** ;
- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive]** ;
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003** : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;
- ☞ **A la définition des pratiques anti-concurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE **[ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions Jouet du 20 décembre 2007, Sanitaire - Chauffage et parfums des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence, etc.]** ;
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 ;
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises**

**et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;

- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics** ;
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses/déloyales dans le cadre de la loi Chatel du 3 janvier 2008 et de la LME du 4 août 2008 : jeux - concours - loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.]

\* \* \*

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites** ;
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2009, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération** ;
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

\* \* \*

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)**