



LE MOT DE LA SEMAINE

Prix prédateurs

1041

Démonstration difficile : l'exemple des vedettes vendéennes



Par MAURICE NUSSENBAUM, professeur à l'université Paris Dauphine, expert financier agréé par la Cour de cassation, président de Sorgem Evaluation, membre du Club des juristes (Expert)

La définition des prix prédateurs est théoriquement aisée : une entreprise en position dominante sur son marché a-t-elle cherché à évincer un ou plusieurs concurrents à l'aide d'une politique tarifaire appropriée consistant à vendre en dessous de son prix de revient ?

L'application pratique est complexe car il faut montrer tout d'abord que l'entreprise est en position dominante sur un marché pertinent au sens du droit de la concurrence et ensuite qu'elle a adopté une stratégie de prédation en vendant en dessous de son prix de revient non pas dans l'intérêt des consommateurs mais pour évincer des concurrents qui ne sont pas en mesure de s'aligner.

Le prix de revient renvoie à l'analyse des coûts, à la fois les coûts totaux, variables et fixes moyens (c'est-à-dire divisés par le nombre d'unités produites) et on ne pourra parler de prédation que si le coût total moyen n'est pas couvert par les prix mais cette condition nécessaire n'est pas suffisante. Il faut en plus établir l'existence d'un plan d'élimination (c'est uniquement si le coût variable - ou marginal - n'est pas couvert que l'on peut présumer un but anticoncurrentiel).

Dans certains cas, on ne prend pas en compte les coûts fixes s'ils ne sont pas engendrés par l'activité considérée. Dans l'affaire *Deutsche Post* dont l'activité principale est le service public de la poste, l'analyse d'une éventuelle prédation sur une activité nouvelle concurrentielle a porté sur la couverture par les tarifs des services concurrentiels des seuls coûts incrémentaux c'est-à-dire les coûts fixes et variables que l'entreprise ne supporte que sur sa seule activité concurrentielle.

L'affaire des vedettes vendéennes montre que ces concepts sont parfois difficiles à appliquer faisant naître ainsi une incertitude juridique.

Le marché concerné est relatif aux services de transport de passagers entre l'île d'Yeu et le continent (à l'aide de l'Amporelle) et l'affaire oppose la société des vedettes Inter-Iles Vendéennes (VIIV, aujourd'hui liquidée) et la Régie départementale des passages d'eaux de la Vendée (La Régie).

La procédure dure depuis 11 ans : deux cassations et deux arrêts de la cour d'appel de Paris ne sont pas venus à bout de la définition du marché pertinent.

En 2004 le conseil de la concurrence a considéré que la Régie, bien qu'ayant une position dominante sur le marché du transport de passagers entre l'île et le continent, n'a pas abusé de sa position dominante au moyen de prix prédateurs. Sur la base des seuls coûts incrémentaux, c'est-à-dire ceux que la Régie n'aurait pas supporté en n'exerçant pas l'activité concurrentielle l'été, il n'est pas établi qu'ils n'aient pas été couverts par ses tarifs. Entre 2005 et 2009, deux arrêts de la cour d'appel de Paris feront l'objet de cassation tout en ayant confirmé la conclusion du conseil de la concurrence sur l'absence d'abus de position dominante.

Le 13 juillet 2010, la Cour de cassation va censurer la décision de la cour d'appel de 2009 notamment sur sa définition du marché pertinent en rappelant que cette notion doit reposer uniquement sur des critères liés à la demande et qu'il convient de rechercher si les services de transport considérés étaient, durant l'été « interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques de leurs prix et de leur usage ».

La Cour de cassation souligne également la nécessité d'utiliser les tests de coûts issus des jurisprudences *Akzo* et *Deutsche Post*, qui permettent d'établir le caractère abusivement bas des prix pratiqués même si la Régie est un service général recevant des aides d'État.

On revient donc, après cette succession de décisions au point de départ, la définition des concepts de base : marché pertinent, existence et abus d'une position dominante. Il fallait donc établir que la vedette « l'Amporelle » était indispensable pour permettre à la Régie d'assurer sa mission de service public (y compris l'été) pour que ses coûts fixes ne soient pas à prendre en compte pour établir l'existence de prix prédateurs.

Cette affaire illustre les difficultés que rencontrent les juges pour appliquer au droit de la concurrence des concepts économiques pour trancher sur des questions juridiques complexes telles que la définition du marché pertinent et l'abus de position dominante.