

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. JÁN MAZÁK

présentées le 25 septembre 2008<sup>1</sup>

1. Dans la présente affaire, la Cour est appelée à connaître d'un prétendu abus de position dominante sous la forme d'une politique de prix prédateurs entrant dans la catégorie de pratiques d'exclusion ou «éliminatoires» de la part d'entreprises dominantes<sup>2</sup>. La jurisprudence précédente de la Cour en matière de politique de prix prédateurs est essentiellement constituée des arrêts AKZO/Commission<sup>3</sup> et Tetra Pak/Commission<sup>4</sup>.

Wanadoo ADSL<sup>6</sup> (ci-après les «services en cause») des prix prédateurs ne lui permettant pas de couvrir ses coûts variables jusqu'au mois d'août 2001, ni ses coûts complets à partir du mois d'août 2001, dans le cadre d'un plan visant à préempter le marché de l'accès à Internet à haut débit dans une phase importante de son développement<sup>7</sup>. La Commission lui a ordonné de mettre fin à cette infraction et lui a infligé une amende de 10,35 millions d'euros<sup>8</sup>.

2. Le présent pourvoi trouve ses origines dans une décision de la Commission du 16 juillet 2003<sup>5</sup>, par laquelle la Commission des Communautés européennes a constaté que Wanadoo Interactive a enfreint l'article 82 CE en pratiquant pour ses services eXtense et

3. La décision litigieuse a été confirmée par l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 30 janvier 2007, France Télécom/Commission<sup>9</sup> (ci-après l'«arrêt attaqué»). Par le présent pourvoi, France Télécom SA (ci-après «FT»), anciennement Wanadoo Interactive SA (ci-après «WIN»), demande l'annulation de l'arrêt attaqué.

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — La politique de prix prédateurs est parfois également appelée «pratique de prix inférieurs aux coûts».

3 — Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission (C-62/86, Rec. p. I-3359).

4 — Arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, dit «Tetra Pak II» (C-333/94 P, Rec. p. I-5951).

5 — Décision relative à une procédure d'application de l'article [82 CE] (affaire COMP/38.233 — Wanadoo Interactive) (ci-après la «décision litigieuse»).

6 — Asymmetric Digital Subscriber Line (ligne numérique à paire asymétrique).

7 — Article 1<sup>er</sup> de la décision litigieuse.

8 — Articles 2 et 4 de la décision litigieuse.

9 — T-340/03, Rec. p. II-107.

## I — Le contexte du litige

4. Le contexte factuel du litige a été résumé comme suit par le Tribunal aux points 1 à 11 de l'arrêt attaqué:

«1 Dans le contexte du développement de l'accès à Internet à haut débit, la Commission a décidé, en juillet 1999, l'ouverture, au sein de l'Union européenne<sup>[10]</sup>, d'une enquête sectorielle au titre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 17 [...] portant notamment sur la fourniture de services relatifs à l'accès à la boucle locale et à l'utilisation de la boucle locale résidentielle. Dans ce cadre, les informations recueillies ont conduit la Commission à examiner en détail les conditions tarifaires de fourniture par [WIN] de services d'accès à Internet à haut débit à destination de la clientèle résidentielle en France. À cette fin, elle a ouvert une procédure d'office en septembre 2001.

2 WIN était à l'époque litigieuse une société du groupe France Télécom. Son capital était détenu à 99,9 % par Wanadoo SA. La participation de France Télécom dans le capital de Wanadoo a oscillé entre 70 et 72,2 % pendant la période litigieuse. Le

groupe formé par Wanadoo et ses filiales [...] rassemblait toutes les activités relatives à l'internet du groupe France Télécom ainsi que les activités d'édition d'annuaires téléphoniques. [...] WIN assurait les responsabilités opérationnelles et techniques liées aux services d'accès à Internet sur le territoire français, y compris les services ADSL [...].

3 La Commission a adressé à WIN une première communication des griefs le 19 décembre 2001 [...] et une communication des griefs complémentaire le 9 août 2002 [...], auxquelles WIN a répondu respectivement les 4 mars et 23 octobre 2002.

4 Le 16 janvier 2003, la Commission a transmis à WIN un courrier qualifié de 'lettre factuelle' [...], en lui donnant accès au dossier ayant servi à la rédaction de ladite lettre. WIN a [...] eu accès au dossier les 23 et 27 janvier 2003. Par courrier du 26 février 2003, WIN a demandé à la Commission de lui fournir des éclaircissements sur plusieurs aspects de la lettre factuelle. La Commission a répondu par lettre du 28 février 2003, de sorte que WIN a présenté un mémoire en réponse à la lettre factuelle le 4 mars 2003.

<sup>10</sup> — En vertu des pouvoirs que lui conférait le règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, 13, p. 204).

- 5 Par [la décision litigieuse], la Commission a constaté que [WIN a enfreint l'article 82 CE<sup>11</sup>], elle lui a ordonné de mettre fin à cette infraction [...] et lui a infligé une amende de 10,35 millions d'euros [...].
- 6 La décision définit le marché en cause comme le marché français de l'accès à Internet à haut débit pour la clientèle résidentielle. Les produits sur lesquels porte l'infraction sont les services d'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL (Wanadoo ADSL et eXtense).
- 7 Selon la décision, dans le cas de Wanadoo ADSL, l'abonné devait, à l'époque litigieuse, payer mensuellement un abonnement à [FT] au titre de la prestation de service, la location du modem ADSL auprès de [FT], ainsi qu'un abonnement à WIN en sa qualité de fournisseur d'accès à Internet (ci-après le 'FAI'). Dans le cadre du service eXtense, le modem était acheté par l'utilisateur et ce dernier payait un seul abonnement mensuel à WIN correspondant au service fourni par [FT] et à l'accès Internet forfaitaire illimité.
- 8 Après l'examen de différents éléments, dont les parts de marché (considérants 211 à 222 de la décision) et les effets d'«adossement» à [FT] (considérants 223 à 228), la Commission conclut à l'existence d'une position dominante de WIN sur le marché en cause. Elle s'attache ensuite à démontrer que la pratique de tarification en dessous des coûts mise en œuvre par WIN s'est inscrite dans le cadre d'une stratégie intentionnelle de prédation en vue de 'préempter' le marché et, de ce fait, constitue un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE (considérant 254).
- 9 La décision fixe le début de la période d'infraction au 1<sup>er</sup> mars 2001 et la fin au 15 octobre 2002, date d'entrée en vigueur du remède présenté par [FT] en mars 2002. Les coûts variables n'auraient pas été couverts par les tarifs pratiqués de mars à août 2001 et les coûts complets ne l'auraient pas été à partir de cette dernière date (article 1<sup>er</sup> de la décision, voir point 5 ci-dessus).
- 10 Cette décision a été notifiée le 23 juillet 2003 à WIN [...].
- 11 À la suite d'une opération de fusion intervenue le 1<sup>er</sup> septembre 2004, [FT] vient aux droits de WIN.»

11 — Voir point 2 des présentes conclusions.

## II — La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

5. Par requête enregistrée au greffe du Tribunal le 2 octobre 2003, WIN a formé un recours en annulation de la décision litigieuse.

6. Par l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté le recours.

7. Au soutien de sa demande d'annulation de la décision litigieuse, WIN avait soulevé quatre moyens en invoquant: i) une violation de ses droits de la défense ainsi que des formes substantielles; ii) le défaut de motivation; iii) la violation du principe d'individualisation des sanctions, et iv) la violation de l'article 82 CE<sup>12</sup>.

8. Le présent pourvoi porte uniquement sur la seconde branche — relative à la question de l'abus — du quatrième moyen (lequel concerne une violation de l'article 82 CE)<sup>13</sup>. Dans cette branche, WIN a principalement soutenu que la Commission avait violé

l'article 82 CE en ce qu'elle n'avait pas démontré à suffisance de droit que WIN avait abusé de sa position dominante en facturant des prix prédateurs pour les services en cause, de mars 2001 à octobre 2002 (ci-après la «période litigieuse»).

9. Cette allégation était composée de deux catégories de griefs concernant i) le test de couverture de coût et ii) l'application par la Commission du test de prédation.

10. Tout d'abord, il apparaît que les parties s'accordent en substance sur les points suivants:

- les services en question sont des abonnements d'accès à Internet, par conséquent il s'agit de services de fourniture prolongée dans le temps; la durée de vie moyenne d'un abonnement est de 48 mois;

12 — Au soutien de son recours devant le Tribunal, WIN avait également demandé à titre subsidiaire l'annulation ou la réduction de l'amende, en invoquant: i) la violation des principes selon lesquels les sanctions doivent être individualisées et doivent avoir une base légale appropriée; ii) l'absence de conséquences du comportement en question; iii) la détermination erronée de la durée de l'infraction, et iv) la violation du principe de proportionnalité.

13 — Voir points 122 à 130 de l'arrêt attaqué.

- chaque abonnement génère un revenu mensuel récurrent, et

— les coûts sont composés, d'une part, des coûts «d'acquisition de la clientèle» ou «de conquête», tels que des frais publicitaires ou promotionnels, des «packs de démarrage» pour les consommateurs, etc. (qui appartiennent à la catégorie des coûts non récurrents, dès lors qu'une société n'a à les supporter qu'une seule fois pour s'assurer d'un contrat d'abonnement avec un client), et, d'autre part, des «coûts de production» et des «coûts de réseau» (qui constituent des coûts récurrents, en ce qu'ils sont associés à la prestation du service correspondant à l'abonnement et qu'ils doivent être supportés chaque mois par la société; il peut s'agir soit de coûts variables, comme dans le cas de frais d'accès au réseau de FT, laquelle modifie ces frais en fonction du nombre d'abonnés, soit de coûts fixes tels que des frais liés au fonctionnement de la société).

11. Afin de déterminer la couverture des coûts, la Commission a principalement comparé les revenus mensuels avec la somme des coûts mensuels récurrents et la partie des coûts non récurrents qu'elle a étalée sur une période de 48 mois pour en calculer le montant correspondant à un mois. La Commission a notamment calculé la moyenne du rapport qui en résulte pour quatre périodes consécutives, à savoir du 1<sup>er</sup> janvier au 31 juillet 2001, du 1<sup>er</sup> août au 15 octobre 2001, du 15 octobre 2001 au 15 février 2002 et du 15 février au 15 octobre 2002.

A — *Les griefs relatifs au test de couverture des coûts*

12. Le Tribunal a relevé<sup>14</sup> que, «en appliquant cette méthode, la Commission a considéré que les prix pratiqués par WIN ne lui permettaient pas de couvrir ses coûts variables jusqu'en août 2001 ni ses coûts complets de janvier 2001 à octobre 2002 [...], la non-couverture des coûts complets jusqu'en août 2001 ne faisant pas de doute compte tenu du niveau de couverture des coûts variables».

13. Répondant à la contestation par WIN de la méthode choisie par la Commission pour calculer le taux de couverture des coûts, le Tribunal a rappelé, à titre liminaire, que, dans la mesure où ce choix implique de la part de la Commission une appréciation économique complexe, il y a lieu de lui reconnaître un large pouvoir d'appréciation. Le contrôle du juge doit dès lors se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir<sup>15</sup>.

14. Par la suite, se référant aux arrêts précités *Akzo/Commission* et *Tetra Pak II*<sup>16</sup>, le Tribunal a souligné que, «d'une part, des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables permettent de présumer le caractère

14 — Voir point 138 de l'arrêt attaqué.

15 — Voir point 129 de l'arrêt attaqué citant à cet égard l'arrêt de la Cour du 28 mai 1998, *Deere/Commission* (C-7/95 P, Rec. p. I-3111, point 34 et jurisprudence citée).

16 — Respectivement cités dans les notes 2 et 3.

éliminatoire d'une pratique de prix et que, d'autre part, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent»<sup>17</sup>.

15. Le Tribunal a estimé que la Commission a fondé sa décision litigieuse sur l'hypothèse d'une couverture effective des coûts retraités. Selon le principe de l'amortissement d'une immobilisation, la Commission a étalé les coûts d'acquisition de la clientèle sur 48 mois. Sur cette base, elle a examiné séparément la couverture des coûts variables retraités et celle des coûts complets retraités<sup>18</sup>.

16. Par ailleurs, le Tribunal a rejeté l'allégation de WIN selon laquelle la Commission aurait retenu un test de couverture statique sans prendre en compte le retraitement dans le temps des coûts mensuels récurrents, lequel aurait d'ailleurs été beaucoup plus défavorable à WIN. Le Tribunal a estimé que, pour chaque période de l'infraction considérée et pour tous les abonnés, la Commission a intégré les baisses successives de tarifs intervenues au cours de la période litigieuse. Elle a même structuré son analyse en fonction de ces baisses<sup>19</sup>.

17. De plus, le Tribunal a retenu que la Commission pouvait valablement considérer que les recettes et les coûts postérieurs au mois d'octobre 2002 — et, partant, postérieurs à l'infraction — ne sauraient entrer en ligne de compte pour évaluer le taux de couverture des coûts pendant la période considérée<sup>20</sup>.

18. Enfin, le Tribunal a observé que, quand bien même WIN établirait le caractère adapté à certains égards de la méthode qu'elle préconise (à savoir la méthode dite «des 'cash-flows' actualisés»), cela ne saurait suffire à prouver l'illégalité de la méthode utilisée en l'espèce par la Commission<sup>21</sup>.

19. En outre, WIN a soutenu que la Commission avait commis une erreur lors de l'application de sa propre méthode de calcul et, particulièrement, lorsqu'elle avait calculé les coûts fixes et les coûts variables.

20. À cet égard, le Tribunal a jugé que, indépendamment de la recevabilité de ce moyen, le fait que, faisant usage de son pouvoir d'appréciation, la Commission ait pu admettre qu'un taux de couverture des coûts variables de 99,7 % ne constituait pas une infraction ne saurait l'obliger à faire de même pour un taux de 98 ou 99 %, selon le cas, des

17 — Voir point 130 de l'arrêt attaqué.

18 — Voir point 132 de l'arrêt attaqué.

19 — Voir points 140 à 143 de l'arrêt attaqué.

20 — Voir point 152 de l'arrêt attaqué.

21 — Voir point 153 de l'arrêt attaqué.

coûts complets et qu'il y a dès lors lieu de rejeter ce moyen comme étant inopérant<sup>22</sup>.

adoptés, ou accomplis, par des entreprises non dominantes<sup>23</sup>.

B — *Les griefs relatifs au test de prédation*

21. Le Tribunal a également rejeté le grief de WIN tiré du test de prédation appliqué par la Commission.

22. En premier lieu, il a rejeté l'argumentation de WIN selon laquelle un opérateur aurait le droit de s'aligner de bonne foi sur les prix pratiqués précédemment par un concurrent s'ils sont inférieurs aux coûts de l'entreprise concernée.

23. Ayant noté que ni la pratique décisionnelle de la Commission ni la jurisprudence communautaire ne reconnaissent comme absolu le droit d'une entreprise dominante d'aligner ses prix sur ceux de ces concurrents, le Tribunal a souligné que des obligations spécifiques pèsent sur les entreprises en position dominante, lesquelles peuvent être privées du droit d'adopter des comportements, ou d'accomplir des actes, qui ne sont pas en eux-mêmes abusifs et qui seraient même non condamnables s'ils étaient

24. Le Tribunal a conclu que, dès lors, «WIN ne saurait invoquer un droit absolu à s'aligner sur les prix de ses concurrents pour justifier son comportement. S'il est vrai que l'alignement de l'entreprise dominante sur les prix des concurrents n'est pas en soi abusif ou condamnable, il ne saurait être exclu qu'il le devienne lorsqu'il ne vise pas seulement à protéger ses intérêts, mais a pour but de renforcer cette position dominante et d'en abuser»<sup>24</sup>.

25. En deuxième lieu, le Tribunal a rejeté le moyen de WIN tiré de l'absence de plan de prédation et de réduction de la concurrence.

26. Aux yeux de WIN, la Commission aurait commis une violation grave de l'article 82 CE en concluant qu'un tel plan avait existé. D'après WIN, en réalité, une telle stratégie de prédation ne pouvait en aucun cas être considérée comme rationnelle dans les conditions de marché existant à l'époque, compte tenu notamment des faibles barrières à l'entrée<sup>25</sup>.

22 — Voir points 165 à 169 de l'arrêt attaqué.

23 — Voir point 186 de l'arrêt attaqué.

24 — Voir point 187 de l'arrêt attaqué.

25 — Voir point 188 de l'arrêt attaqué.

27. Citant la jurisprudence communautaire, le Tribunal a rappelé que, dans le cas de prix prédateurs inférieurs à la moyenne des coûts totaux, l'existence d'un plan d'élimination de la concurrence devait être prouvée et l'intention de cette élimination devait être démontrée sur la base d'indices sérieux et concordants<sup>26</sup>. Le Tribunal a ensuite fait remarquer que les déclarations, citées par la Commission et qui figurent dans des documents internes de la société, constituent un indice de l'existence d'un plan de prédation, que d'autres éléments viennent conforter. Le Tribunal a retenu que, dans sa requête, WIN s'était limitée à des affirmations vagues ne permettant pas à celui-ci de se prononcer. Par conséquent, le Tribunal les a rejetées. Il a conclu que la Commission a fourni des indices sérieux et concordants de l'existence d'un plan de prédation pendant toute la période litigieuse<sup>27</sup>.

29. Le Tribunal a retenu que, conformément aux jurisprudences *Akzo/Commission* et *Tetra Pak II*, c'est à bon droit que la Commission a considéré que la démonstration d'une récupération des pertes n'était pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs. En suivant la jurisprudence communautaire, la Commission pouvait considérer comme abusifs les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables. Dans ce cas, le caractère éliminatoire d'une telle pratique de prix était présumé. En ce qui concerne les coûts complets, la Commission devait apporter en plus la preuve que la pratique de prix prédateurs de WIN s'inscrivait dans le cadre d'un plan visant à «préempter» le marché. Dans les deux hypothèses, il n'était pas nécessaire d'établir, à titre de preuve supplémentaire, que WIN avait une chance réelle de récupérer ses pertes<sup>29</sup>.

28. En troisième lieu, WIN a avancé que la récupération des pertes est un élément entièrement distinct du test de prédation et dont la Commission doit apporter la preuve. La Commission aurait donc commis une grave erreur de droit en soutenant que la démonstration de la récupération des pertes n'est pas nécessaire. En outre, selon WIN, la Commission aurait commis une erreur manifeste d'appréciation doublée d'une erreur de droit en estimant avoir rapporté la preuve d'une possibilité de récupération des pertes<sup>28</sup>.

### III — Conclusions

30. FT conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— annuler l'arrêt attaqué, et, au choix:

— soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue de nouveau;

26 — Voir points 195 à 198 de l'arrêt attaqué.

27 — Voir points 199 à 215 de l'arrêt attaqué.

28 — Voir points 219 à 223 de l'arrêt attaqué.

29 — Voir points 224 à 229 de l'arrêt attaqué.

- soit trancher le litige au fond, annuler la décision litigieuse et faire droit aux demandes formulées par la demanderesse au pourvoi dans sa requête de première instance, et

A — *Le premier moyen, tiré d'un défaut de motivation*

33. Le premier moyen du pourvoi est composé de deux branches. Par la première branche, la demanderesse au pourvoi avance que le Tribunal aurait manqué à son obligation de motiver dûment l'exigence de prouver la possibilité de récupérer les pertes.

- condamner la Commission aux dépens.

31. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

34. Par la seconde branche du premier moyen, ladite demanderesse avance que le Tribunal aurait manqué à son obligation de motivation concernant le droit d'aligner de bonne foi les prix sur ceux des concurrents, droit qu'il a exclu sans explication.

- rejeter le pourvoi, et

35. Par commodité, j'examinerai lesdites branches dans l'ordre inverse.

- condamner la demanderesse au pourvoi aux dépens.

1. Le droit d'aligner ses prix sur ceux des concurrents

#### IV — Le pourvoi

a) Argumentation des parties

32. La demanderesse au pourvoi invoque sept moyens au soutien de son pourvoi.

36. La *demanderesse au pourvoi* conteste le fait que le Tribunal se soit borné à relever, au

point 187 de l'arrêt attaqué, que, «s'il est vrai que l'alignement de l'entreprise dominante sur les prix des concurrents n'est pas en soi abusif ou condamnable, *il ne saurait être exclu qu'il le devienne* lorsqu'il ne vise pas seulement à protéger ses intérêts, mais a pour but de renforcer cette position dominante et d'en abuser»<sup>30</sup>. La demanderesse au pourvoi estime que l'observation précitée est purement hypothétique et que le Tribunal a omis d'expliquer de quelque façon que ce soit si, en l'espèce, WIN a eu l'intention de renforcer sa position dominante ou d'en abuser.

37. La *Commission* estime que, devant le Tribunal, la demanderesse au pourvoi n'avait plaidé qu'une «exception de l'alignement» ou un «droit fondamental à aligner les prix» dont disposerait toute entreprise, qu'elle soit ou non en position dominante, même lorsque les prix de ses concurrents sont tels que les prix qu'elle adopterait seraient inférieurs à ses coûts. Dès lors, pour la Commission, c'est à bon droit que le Tribunal a exclu l'existence d'un tel droit absolu.

## b) Appréciation

38. Aux points 176 à 182 de l'arrêt attaqué, le Tribunal s'est penché sur la question de savoir si WIN a le droit d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents. Le Tribunal a conclu qu'il n'était pas possible d'affirmer qu'une entre-

prise en position dominante a un droit absolu d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents. C'est le point de vue que la Commission avait tiré de sa pratique antérieure ainsi que de la jurisprudence pertinente.

39. Cette conclusion me paraît correcte.

40. Toutefois, au point 185 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a invoqué de façon générale une jurisprudence établie en vertu de laquelle, si une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et s'il faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger lesdits intérêts, l'on ne peut admettre de tels comportements lorsqu'ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser<sup>31</sup>.

41. Par la suite, au point 186 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rappelé sa propre jurisprudence selon laquelle il résulte de la nature des obligations imposées par l'article 82 CE que, dans des circonstances spécifiques, les entreprises en position dominante peuvent être

30 — Voir point 187 de l'arrêt attaqué. Les italiques sont ajoutés par mes soins.

31 — Y sont cités l'arrêt de la Cour du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continentaal/Commission* (27/76, Rec. p. 207, point 189), ainsi que les arrêts du Tribunal du 1<sup>er</sup> avril 1993, *BPB Industries et British Gypsum/Commission* (T-65/89, Rec. p. II-389, point 117), et du 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission* (T-24/93 à T-26/93 et T-28/93, Rec. p. II-1201, point 146).

privées du droit d'adopter des comportements, ou d'accomplir des actes, qui ne sont pas en eux-mêmes abusifs et qui seraient même non condamnables s'ils étaient adoptés, ou accomplis, par des entreprises non dominantes<sup>32</sup>.

42. Le Tribunal a conclu que, dès lors, «WIN ne saurait invoquer un droit absolu à s'aligner sur les prix de ses concurrents pour justifier son comportement. S'il est vrai que l'alignement de l'entreprise dominante sur les prix des concurrents n'est pas en soi abusif ou condamnable, il ne saurait être exclu qu'il le devienne lorsqu'il ne vise pas seulement à protéger ses intérêts, mais a pour but de renforcer cette position dominante et d'en abuser»<sup>33</sup>.

43. Il semble que le Tribunal a examiné de façon générale le droit pour une entreprise en position dominante d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents, sans pour autant l'avoir appliqué aux faits de l'affaire concrète dont il était saisi.

44. En d'autres termes, le Tribunal n'a pas analysé spécifiquement si WIN a aligné ou non ses prix en vue de renforcer sa position dominante et d'en abuser. À mon avis, le

Tribunal a totalement omis de traiter cette question dans l'affaire en cause.

45. À cet égard, il y a lieu d'examiner si le Tribunal a rempli son obligation procédurale de motivation imposée par l'article 36 du statut de la Cour de justice, applicable au Tribunal en vertu de l'article 53 dudit statut. L'article 36 dispose que les arrêts sont motivés<sup>34</sup>.

46. Dans ses conclusions dans l'affaire Acerinox/Commission, l'avocat général Léger avait fait observer qu'«[o]n peut considérer que la motivation d'un arrêt doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement du Tribunal, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la décision prise et à la Cour d'exercer son contrôle juridictionnel»<sup>35</sup>.

32 — Y est cité l'arrêt du Tribunal du 17 juillet 1998, ITT Promedia/Commission (T-111/96, Rec. p. II-2937, point 139).

33 — Voir point 187 de l'arrêt attaqué.

34 — Concernant les dispositions correspondantes du statut CECA de la Cour de justice, voir arrêt de la Cour du 11 septembre 2003, Belgique/Commission (C-197/99 P, Rec. p. I-8461, point 63).

35 — Conclusions présentées le 28 octobre 2004 dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 14 juillet 2005 (C-57/02 P, Rec. p. I-6689, point 32). Celles-ci citent à cet égard les arrêts du 14 mai 1998, Conseil/de Nil et Impens (C-259/96 P, Rec. p. I-2915, points 32 à 34); du 17 mai 2001, IECC/Commission (C-449/98 P, Rec. p. I-3875, point 70), ainsi que les trois ordonnances du président de la Cour du 19 juillet 1995, Commission/Atlantic Container Line e.a. [C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165, point 58]; du 14 octobre 1996, SCK et FNK/Commission [C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, point 52], et du 25 juin 1998, Antilles néerlandaises/Conseil [C-159/98 P(R), Rec. p. I-4147, point 70]. Voir également arrêt Acerinox/Commission, précité (point 36).

47. Si la Commission a plaidé devant le Tribunal qu'une entreprise en position dominante ne devrait pas être autorisée à aligner ses prix lorsque, de la sorte, elle ne recouvrerait plus le coût du service en question<sup>36</sup>, à l'évidence, la réponse du Tribunal sur ce point est un peu plus subtile. En effet, le libellé du point 187 de l'arrêt attaqué semble indiquer que le Tribunal tentait de laisser la porte ouverte à une «défense fondée sur le droit à l'alignement» dans de futures affaires où une entreprise en position dominante facturerait des prix inférieurs au coût.

48. Après avoir cité la jurisprudence initiée par l'arrêt *United Brands et United Brands Continentaal/Commission*, précité<sup>37</sup>, ainsi que la jurisprudence relative aux obligations spéciales incombant aux entreprises en position dominante, le Tribunal, répondant à la question qu'il avait lui-même posée au point 184 de l'arrêt attaqué, a adopté une description de l'alignement licite aux prix des concurrents qui diffère légèrement du test invoqué par la Commission et employé dans la décision litigieuse, décrit aux points 176 et 183 de l'arrêt attaqué.

49. Dès lors, le Tribunal aurait dû apprécier si cette (nouvelle) formule s'applique au cas d'espèce, ce qu'il n'a manifestement pas fait.

50. Je me range au contraire à l'argumentation de la demanderesse au pourvoi selon laquelle l'observation faite par le Tribunal au point 187 de l'arrêt attaqué<sup>38</sup> est purement hypothétique et semble à première vue incomplète. À cet égard, je ne puis admettre l'argument de la Commission selon lequel cette observation est «complétée» (et/ou la nouvelle formule décrivant ce qui constitue un alignement autorisé s'applique aux faits d'espèce) par les points 199 à 218 de l'arrêt attaqué, dans lesquels le Tribunal a retenu que la Commission a réuni tous les éléments nécessaires pour prouver une politique de prix prédateurs inférieurs aux coûts totaux. Tout d'abord, cet argument a été avancé trop tardivement lors de la procédure pour être recevable, à savoir qu'il n'a été soulevé par la Commission que lors de la procédure orale et qu'il constituait donc un fait nouveau au regard des plaidoiries écrites. De plus, cet argument est à mon avis fondé sur des points de l'arrêt attaqué qui ne se rapportent pas au point 187 de cet arrêt.

51. Enfin, je considère que l'absence de raisonnement dont fait preuve le Tribunal et la faiblesse de son argumentation sont d'autant plus graves que cette affaire semble être la première dans laquelle les juridictions communautaires sont directement confrontées à une telle défense en faveur de l'alignement.

36 — Argument aisément pris en défaut, puisque la Commission ne précise pas à quels coûts (variables ou fixes, etc.) elle se réfère.

37 — Voir arrêts précités *United Brands et United Brands Continentaal/Commission* (point 189); *BPB Industries and British Gypsum/Commission* (point 117), et *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission* (point 146).

38 — Il affirme essentiellement que l'alignement peut devenir condamnable lorsqu'il ne vise pas seulement à protéger les intérêts de l'entreprise en position dominante mais a également pour but de renforcer cette position dominante et d'en abuser.

52. Il en résulte que le Tribunal a manqué à son obligation de motivation et, qui plus est, a commis une erreur en droit.

53. Il y a dès lors lieu d'accueillir la seconde branche du premier moyen du pourvoi.

2. La preuve (de la possibilité) d'une récupération des pertes

a) Argumentation des parties

54. La *demanderesse au pourvoi* soutient essentiellement que, dans l'arrêt Tetra Pak II, précité, la Cour a jugé que, *dans cette affaire spécifique*, il ne serait pas opportun d'exiger, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré qu'une entreprise à position dominante avait une chance réelle de récupérer ses pertes<sup>39</sup>. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a décidé de faire de cette observation une règle générale, mais il a omis de motiver ce choix. La demanderesse au pourvoi ajoute que les faits de ladite affaire Tetra Pak II étaient totalement différents de ceux de la présente affaire, dans la mesure où Tetra Pak International SA détenait une position dite super dominante dans un marché mûr. Enfin, le droit communautaire n'a jamais énoncé

qu'il n'est pas nécessaire de prouver la possibilité de récupérer les pertes.

55. Dans son mémoire en réponse, la *Commission* renvoie à ses remarques sur le septième moyen du pourvoi. En substance, elle affirme que la jurisprudence communautaire n'indique pas que la preuve de la récupération des pertes est obligatoire. À titre subsidiaire, la Commission affirme que, en réalité, la décision litigieuse a été examinée de façon très détaillée si une récupération était probable en l'espèce et a conclu que c'était le cas.

b) Appréciation

56. Au point 226 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a cité le point 44 de l'arrêt Tetra Pak II, précité, aux termes duquel, «dans les circonstances de la présente espèce, il ne serait pas opportun d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que Tetra Pak avait une chance réelle de récupérer ses pertes. En effet, une pratique de prix prédateurs doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a un risque d'élimination des concurrents. Or, un tel risque a été constaté en l'espèce par le Tribunal aux points 151 et 191 de l'arrêt [Tetra Pak II, précité]. L'objet recherché, qui est de préserver une concurrence non faussée, ne permet pas d'attendre qu'une telle stratégie aboutisse à l'élimination effective des concurrents». Le Tribunal a ensuite retenu, aux points 227 et 228 de l'arrêt attaqué, que «[...] la Commission

39 — Point 44.

pouvait donc considérer comme abusifs les prix inférieurs à la moyenne des coûts variables. Dans [un tel cas], le caractère éliminatoire d'une telle pratique de prix est présumé [...]. En ce qui concerne les coûts complets, la Commission devait apporter en plus la preuve que la pratique de prix prédateurs de WIN s'inscrivait dans le cadre d'un plan visant à 'préempter' le marché. Dans les deux hypothèses, il n'était pas nécessaire d'établir, à titre de preuve supplémentaire, que WIN avait une chance réelle de récupérer ses pertes. C'est dès lors à bon droit que la Commission a considéré que la démonstration d'une récupération des pertes n'était pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs»<sup>40</sup>.

57. Comme cela a déjà été souligné précédemment au sujet du grief tiré du droit d'aligner ses prix, la motivation d'un arrêt doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement du Tribunal, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la décision prise et à la Cour d'exercer son contrôle juridictionnel<sup>41</sup>.

58. À mes yeux, le Tribunal a omis de justifier son point de vue selon lequel, à la lumière des faits spécifiques de l'espèce, il n'était pas nécessaire de prouver la possibilité de récupérer les pertes.

59. Le Tribunal a cité un arrêt qui constatait sans ambiguïté aucune que, *dans les circonstances particulières de cette affaire*, il n'était pas opportun d'exiger qu'il soit démontré qu'une entreprise à position dominante avait une chance réelle de récupérer ses pertes. J'estime que le Tribunal n'aurait pas dû transformer en une règle générale cette observation, laquelle se fondait clairement sur les faits spécifiques de ladite affaire Tetra Pak II. En procédant de la sorte sans apporter la moindre explication, le Tribunal a manifestement manqué à son obligation de motiver ses décisions.

60. Par conséquent, je conclus que le Tribunal a commis une double erreur. D'une part, la lecture et l'interprétation incorrectes qu'il a fait de l'arrêt Tetra Pak II, précité, constituent l'utilisation d'une règle incorrecte. D'autre part, comme cela a été expliqué précédemment, le Tribunal a manifestement manqué à son obligation de motivation.

61. J'ajouterai également que le Tribunal a omis de répondre précisément à l'argument soulevé par WIN. Cette société n'avait pas prétendu que la Commission devait prouver la récupération «effective» des pertes. Elle avait au contraire affirmé que la Commission devait prouver que WIN pouvait «prévoir la possibilité» de récupérer ses pertes.

62. En fait, en fonction du degré auquel l'omission par le Tribunal de répondre à certains arguments de la demanderesse au

40 — Voir points 226 à 228 de l'arrêt attaqué.

41 — Voir jurisprudence citée à la note 35.

pourvoi affecte l'issue de la procédure et, partant, porte atteinte aux intérêts de la demanderesse au pourvoi, il peut également s'agir d'une violation du droit d'être entendu<sup>42</sup>.

en jugeant que la preuve de la possibilité de récupérer les pertes n'était pas une condition préalable pour constater une pratique de prix prédateurs.

63. Par conséquent, il y a également lieu d'accueillir la première branche du premier moyen.

#### 1. Argumentation des parties

64. Il résulte de ce qui précède que le Tribunal a manqué à son obligation de motivation et a commis une erreur de droit. Il y a dès lors lieu d'annuler l'arrêt attaqué.

*B — La première branche du septième moyen du pourvoi, tirée d'une violation de l'article 82 — récupération des pertes — possibilité de récupération des pertes en tant que condition préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs*

66. La *demanderesse au pourvoi* affirme que la jurisprudence communautaire exige que soit prouvée la possibilité de récupérer les pertes, faute de quoi la prédation est impensable, puisqu'une pratique de prix prédateurs sans perspective de récupérer les pertes ne répond à aucune logique économique. Ladite demanderesse soutient que ce point de vue est partagé par de nombreuses juridictions et autorités de concurrence nationales ainsi que par une grande partie de la doctrine.

65. Le septième moyen est composé de deux branches. Dans sa première branche, que j'examinerai ici, la demanderesse au pourvoi affirme que le Tribunal a violé l'article 82 CE

67. La *Commission* affirme que la jurisprudence communautaire n'exige pas que soit spécifiquement prouvée la possibilité de récupérer les pertes. Contrairement à l'approche du droit antitrust des États-Unis, la notion d'abus' au sens de l'article 82

<sup>42</sup> — Arrêt de la Cour du 10 décembre 1998, Schröder e.a./ Commission (C-221/97 P, Rec. p. I-8255, point 24).

présuppose l'existence d'une position dominante<sup>43</sup> qui suffit à elle seule pour affirmer que la récupération des pertes est possible.

dans l'arrêt *Tetra Pak II*, précité, la Cour souhaitait manifestement éviter d'adopter une formule de portée générale<sup>44</sup> dispensant de la preuve de la possibilité de récupérer les pertes lors d'affaires ultérieures de prix prédateurs<sup>45</sup>.

## 2. Appréciation

68. Après avoir cité l'arrêt *Tetra Pak II*, précité, le Tribunal a conclu, au point 228 de l'arrêt attaqué, que c'est à bon droit que la Commission a considéré que la démonstration d'une récupération des pertes n'était pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs.

69. J'estime que l'interprétation de la jurisprudence communautaire par le Tribunal et par la Commission, est erronée. De mon point de vue, cette jurisprudence exige que soit prouvée la possibilité de récupérer les pertes.

70. Je considère que, en utilisant la précision «*dans les circonstances de la présente espèce*»

71. En effet, comme l'avocat général Fennelly l'a, à juste titre, souligné dans ses conclusions dans l'affaire *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission*<sup>46</sup>, «la Cour ne paraît pas être allée aussi loin que l'avocat général [...] Ruiz-Jarabo Colomer, qui avait recommandé<sup>47</sup> à la Cour de ne pas faire 'de la possibilité de récupération des pertes une nouvelle condition pour la constatation de prix éliminatoires incompatibles avec l'article [82]', notamment parce que, selon [l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer], 'la récupération des pertes est le résultat cherché par

44 — Pour une interprétation similaire, voir notamment Whish, R., *Competition Law*, Butterworths, 4<sup>e</sup> éd., 2001, p. 650; Jones, A., et Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 2001, p. 342; Korah, V., «The Paucity of Economic Analysis in the Decision on Competition: Tetra Pak II», *Current Legal Problems*, vol. 46, 1993, p. 172; Kon, S., et Turnbull, S., «Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgment in the NAPP Case» (2003), *ECLR* 24(2) 70 à 86, p. 75.

45 — Toutefois, de mon point de vue, il ressort clairement du point 44 de l'arrêt *Tetra Pak II*, précité, qu'il n'est pas nécessaire de prouver une récupération effective. Cela découle de la remarque de la Cour audit point, aux termes de laquelle «une pratique de prix prédateurs doit pouvoir être sanctionnée dès qu'il y a un risque d'élimination des concurrents. Or, un tel risque a été constaté en l'espèce par le Tribunal aux points 151 et 191 de l'arrêt [*Tetra Pak II*, précité]. L'objet recherché, qui est de préserver une concurrence non faussée, ne permet pas d'attendre qu'une telle stratégie aboutisse à l'élimination effective des concurrents».

46 — Voir arrêt du 16 mars 2000 (C-395/96 P et C-396/96 P, Rec. p. I-1365). Voir point 129 des conclusions et note 84.

47 — Voir point 78 de ses conclusions dans l'affaire *Tetra Pak II*, précitée.

43 — Voir arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission* (85/76, Rec. p. 461).

l'entreprise dominante, mais les prix prédateurs constituent en eux-mêmes une pratique anticoncurrentielle, indépendamment du point de savoir s'ils atteignent ou non leur objectif'».

72. Qui plus est, en utilisant de tels termes, la Cour s'est clairement démarquée de la déclaration catégorique du Tribunal dans son arrêt Tetra Pak II, précité, selon laquelle il ne serait pas «nécessaire d'établir, de manière spécifique, que l'entreprise en cause pouvait raisonnablement escompter récupérer les pertes ainsi consenties»<sup>48</sup>.

73. À mon avis, il ressort également des jurisprudences précitées AKZO/Commission<sup>49</sup> et Hoffman-La Roche/Commission<sup>50</sup> que la preuve de la possibilité d'une récupération est nécessaire pour constater une prédation en vertu de l'article 82 CE<sup>51</sup>. À moins qu'il n'y ait une possibilité de récupération, l'entreprise en position dominante ne se livre

probablement qu'à une concurrence normale<sup>52</sup>.

74. Dans un tel cas, lorsqu'il n'existe aucune possibilité de récupérer les pertes, il ne devrait en principe pas être porté atteinte aux consommateurs ni à leurs intérêts. Je note ici que je souscris au point de vue de l'avocat général Jacobs, lequel avait observé, dans ses conclusions dans l'affaire Bronner, que «l'objectif premier de l'article [82 CE] est d'empêcher des distorsions de concurrence — et, en particulier, de sauvegarder les intérêts des consommateurs — plutôt que de protéger la position de concurrents particuliers»<sup>53</sup>.

75. Enfin, je saisis cette occasion pour souligner que l'importance de la preuve d'une possibilité de récupération a été mise en avant,

48 — Arrêt du Tribunal du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission (T-83/91, Rec. p. II-755, point 150).

49 — Point 71.

50 — Point 91.

51 — À mon avis, l'appréciation de la possibilité d'une récupération exige une évaluation ex ante ou anticipative de la structure de marché une fois l'exclusion réalisée. Il est donc question de la possibilité de récupérer les pertes telle qu'elle peut raisonnablement être prévue par l'entreprise en position dominante au moment où elle fixe ses prix. Il semblerait en effet qu'une telle appréciation soit analogue à l'analyse effectuée par la Commission dans le contrôle des opérations de concentration. Voir arrêt du 15 février 2005, Commission/Tetra Laval (C-12/03 P, Rec. p. I-987, points 42 à 44). Voir aussi, notamment, Ezrachi, A., «EC Competition Law», Hart, 2008, p. 140; Papandropoulos, P., «Article 82 EC reform», in *Droit & économie, Concurrences* n° 1-2008, ainsi que de la Mano, M., et Durand, B., «A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82», DG Concurrence, bureau de l'économiste en chef, *Discussion Paper* du 12 décembre 2005, p. 3.

52 — Voir, à cet égard, les conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'affaire Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, précitée (point 136). Du reste, sachant que la comparaison des prix et des coûts nécessaire dans les affaires de prix prédateurs sera forcément controversée et sujet à contentieux (voir arrêt AKZO/Commission, précité; voir également Howarth, D., «Unfair and Peratory Pricing under Article 82 EC», in G. Amato et C.-D. Ehlermann, *EC Competition Law*, Hart, 2007, p. 258 à 262), ne serait-ce que sur la question de savoir quels coûts sont variables et lesquels sont fixes, quelle est la période pertinente, etc. L'exigence de la preuve d'une possibilité de récupération permettrait en principe de réduire le coût d'erreurs (notamment de faux cas) dans des affaires supposées de prix prédateurs. Qui plus est, pour ce qui est de la preuve préalable de la possibilité de récupération en tant que filtre utile et maniable, je souscris au point de vue que, en principe, «il est bien plus facile de déduire de la structure d'un marché que la récupération est improbable que de déterminer le coût que supporte un producteur donné». Voir affaire américaine A. A. Poultry Farms, Inc v Rose Acre farms, Inc 881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989), cert denied, 494 US (1990). Une telle évaluation de la récupération «permet à une juridiction d'éviter de s'engager dans la zone difficile de l'analyse des coûts, de l'examen de divers tableaux de comptabilité et d'expertises contradictoires sur la question de savoir quels sont les coûts pertinents». Voir affaire australienne Boral (2003) 195 ALR 609, point 292.

53 — Voir point 58 des conclusions présentées le 28 mai 1998 (arrêt du 26 novembre 1998, C-7/97, Rec. p. I-7791).

non seulement par la jurisprudence précitée, mais aussi, entre autres, par l'Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP)<sup>54</sup>, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)<sup>55</sup> et le groupe des régulateurs européens<sup>56</sup>.

76. Dans mes observations finales sur la question de la preuve de la possibilité de récupération, je tiens à souligner que l'argumentation de la Commission selon laquelle dans la Communauté européenne, en vertu de l'article 82 CE, la récupération serait présumée en cas de position dominante ne me convainc pas, ne serait-ce que parce que la constatation de la position dominante est souvent fondée sur des conditions historiques du marché, alors que, comme je l'ai expliqué

précédemment, la preuve de la possibilité de récupération est intrinsèquement antérieure et anticipative, et évalue la structure du marché telle qu'elle sera à l'avenir<sup>57</sup>.

77. Il ressort de ce qui précède qu'il y a lieu d'accueillir le septième moyen en sa première branche.

78. J'estime que, même compte tenu des seules considérations précédentes, il y a lieu d'annuler l'arrêt attaqué. Du reste, je considère que les questions de la preuve de la possibilité de récupération et du droit d'aligner les prix occupent à tel point une place centrale dans la présente affaire que celle-ci doit être rejugée en première instance.

54 — «En particulier, la possibilité de récupération du prédateur doit être examinée attentivement». Rapport de l'EAGCP — groupe d'éminents universitaires économistes conseillant la direction générale de la concurrence et le commissaire chargé de la concurrence de la Commission — intitulé «An economic approach to Article 82», juillet 2005, p. 52, disponible sur Internet à l'adresse [http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).

55 — «Le test de la récupération devrait être systématiquement appliqué dans des affaires de prix prédateurs». «Predatory Foreclosure», OCDE, direction des affaires financières et des entreprises, comité de la concurrence, DAF/COMP (2005) 14, 15 mars 2005, p. 8 et suiv., disponible sur Internet à l'adresse <http://www.oecd.org/dataoecd/26/53/34646189.pdf>. Pour une vue d'ensemble récente sur 35 juridictions, voir «The International Competition Network, Report on Predatory Pricing», par The Unilateral Conduct Working Group, présenté à la 7<sup>e</sup> conférence annuelle de l'International competition network à Kyoto en avril 2008 et disponible sur Internet à l'adresse [http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral\\_WG\\_3.pdf](http://www.icn-kyoto.org/documents/materials/Unilateral_WG_3.pdf).

56 — À la page 36 d'un document consultatif du 21 novembre 2003, intitulé «Draft joint ERG/EC approach on appropriate remedies in the new regulatory framework», le groupe de régulateurs européens chargés de communications électroniques, des réseaux et des services, mis en place par la Commission, affirme que «[l]a pratique de prix prédateurs a donc les caractéristiques suivantes: i) le prix facturé est inférieur aux coûts; ii) les concurrents sont soit chassés du marché, soit exclus; iii) l'entreprise est en mesure de récupérer ses pertes» (italiques ajoutées par mes soins). Ce document est disponible sous le lien [http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330\\_draft\\_joint\\_approach\\_on\\_remedies.pdf](http://www.erg.eu.int/doc/publications/erg0330_draft_joint_approach_on_remedies.pdf).

57 — Voir: «Ce[ll]a étant, il convient cependant de prendre en compte que la preuve de la position dominante n'implique pas nécessairement que l'entreprise dominante puisse récupérer ses pertes. Si la preuve de la récupération signifie que le monopole de la société en position dominante continuera à exister, il est important de noter que les phases de perte et [de] récupération ne coïncident pas [...]. Le fait qu'une société ait eu une position dominante lorsqu'elle vendait à perte ne signifie pas qu'elle pourra ultérieurement récupérer ses pertes passées en élevant ses prix: les conditions de concurrence peuvent être bien différentes à l'avenir [...]. En second lieu, en pratique, les affaires de prix prédateurs n'ont été couronnées de succès conformément à l'article 82 CE que lorsque la récupération était soit déjà bien acquise, soit probable dans les faits.» Extrait de O'Donoghue, R., et Padilla, A. J., «The Law and Economics of Article 82 EC», Oxford, Hart, 2006, p. 254. Voir également OCDE op. cit., p. 8 et suiv.: «Les agences doivent cependant garder à l'esprit que l'appréciation de la position dominante n'équivaut pas à une évaluation de la récupération.»

C — *Le deuxième moyen du pourvoi, tiré d'une violation de l'article 82 — alignement des prix sur ceux des concurrents*

si la riposte de WIN à la concurrence était «raisonnable» et «appropriée».

79. En son deuxième moyen, la demanderesse au pourvoi affirme que le Tribunal a violé l'article 82 CE en niant le droit de WIN d'aligner, en bonne foi, ses prix sur ceux des concurrents.

#### 1. Argumentation des parties

80. Pour la *demanderesse au pourvoi*, le Tribunal n'a pas contesté le fait que WIN a simplement aligné ses prix sur ceux de ses concurrents. Toutefois, il a omis d'en tirer une quelconque conclusion. Sans exposer de motifs, le Tribunal s'est borné à déclarer qu'«il ne saurait être exclu» qu'un tel alignement devienne abusif ou condamnable. Dès lors, le Tribunal n'aurait pas respecté les conditions de mise en œuvre de l'article 82 CE. Le droit d'aligner ainsi ses prix serait consacré par la pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de la Cour, ainsi que par la doctrine relative au droit de la concurrence et la pratique décisionnelle des autorités françaises. Du reste, il s'agirait pour la demanderesse au pourvoi de l'unique moyen de rester compétitive sur le marché. Enfin, ladite demanderesse affirme que, dans la lignée jurisprudentielle de l'arrêt *United Brands et United Brands Continentaal/Commission*<sup>58</sup>, le Tribunal aurait dû examiner

81. La *Commission* considère que la demanderesse au pourvoi ne reproche au Tribunal ni une erreur de droit dans les observations relatives au droit supposé de WIN d'aligner ses prix, ni une quelconque contradiction dans le raisonnement de l'arrêt attaqué. Quant aux arguments faisant état d'une riposte «raisonnable» et «appropriée», c'est dans le pourvoi que ladite demanderesse les soulève pour la première fois en reprochant à la Commission de n'avoir pas opéré un tel test de proportionnalité. En tout état de cause, la demanderesse au pourvoi ne critique qu'un seul et unique point de l'arrêt attaqué, à savoir le point 187<sup>59</sup>. La Commission considère qu'interdire à une entreprise en position dominante d'aligner ses prix, lorsque cela entraîne des prix inférieurs aux coûts, est tout à fait compatible avec les principes inhérents à l'article 82 CE en vertu desquels une «responsabilité spéciale» pèse sur l'entreprise en position dominante. À titre subsidiaire, la Commission soutient que la décision litigieuse a déduit des faits que l'allégation de WIN — selon laquelle elle s'était simplement alignée sur les concurrents — n'était pas fondée. Le Tribunal n'avait pas à se prononcer sur ces faits.

59 — Aux termes duquel «il ne saurait être exclu que [l'alignement des prix sur ceux des concurrents] devienne [abusif ou condamnable] lorsqu'il [...] a pour but de renforcer cette position dominante et d'en abuser».

58 — Précité.

## 2. Appréciation

82. En premier lieu, comme je l'ai déjà souligné au point 39 des présentes conclusions, c'est à juste titre que, aux points 176 à 182 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a retenu que la jurisprudence communautaire n'accorde pas à l'entreprise en position dominante un droit absolu d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents.

83. Or, dans le moyen examiné ici, la demanderesse au pourvoi n'explique pas en quoi ce raisonnement du Tribunal est incorrect, pas plus qu'elle ne reproche au Tribunal une erreur de droit.

84. La demanderesse au pourvoi maintient au contraire, tout comme elle l'a fait devant le Tribunal, que le droit (absolu) de tout opérateur d'aligner de bonne foi ses prix sur ceux des concurrents est reconnu par la Commission elle-même dans ses décisions antérieures ainsi que par la jurisprudence de la Cour et que ce droit est unanimement confirmé par la doctrine académique et les analyses économiques.

85. Conformément à l'article 58 du statut de la Cour de justice et à l'article 112, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure, un pourvoi doit indiquer de façon précise les éléments critiqués de l'arrêt dont l'annulation

est demandée ainsi que les arguments juridiques qui soutiennent de manière spécifique cette demande. La Cour a rappelé à plusieurs reprises que ne répond pas à cette exigence le pourvoi qui se limite à répéter ou à reproduire textuellement les moyens et les arguments qui ont déjà été présentés devant le Tribunal<sup>60</sup>.

86. À cet égard, l'avocat général Geelhoed a rappelé la jurisprudence pertinente dans ses conclusions dans l'affaire Sumitomo Metal Industries et Nippon Steel/Commission<sup>61</sup> en précisant que «[d]ans une jurisprudence constante et volumineuse, la Cour a établi que les moyens invoqués doivent viser l'arrêt du Tribunal[<sup>62</sup>] et que, sous peine d'irrecevabilité, le pourvoi doit indiquer de façon précise les points de l'arrêt dans lesquels le Tribunal de première instance a enfreint le droit communautaire[<sup>63</sup>] De cette exigence de précision, il découle, notamment, que la seule énonciation abstraite d'un moyen sans autre développement ne répond pas à cette exigence[<sup>64</sup>].».

60 — Arrêt Schröder e.a./Commission, précité (point 35). Une telle interprétation du pourvoi équivaudrait à une tentative de faire rejurer le fond de l'affaire et aucune disposition ne prévoit que la Cour puisse rejurer au fond. Voir, notamment, arrêt du 3 mars 2005, Biegi Nahrungsmittel et Commonfood/Commission (C-499/03 P, Rec. p. I-1751, points 37 et 38).

61 — Conclusions présentées le 12 septembre 2006 (arrêt du 25 janvier 2007, C-403/04 P et C-405/04 P, Rec. p. I-729).

62 — Des moyens qui visent en substance un acte ou une omission des institutions sont inadmissibles. La réitération de tels moyens signifierait qu'il s'agissait d'un appel «ordinaire». Voir notamment arrêts du 7 mai 1998, Somaco/Commission (C-401/96 P, Rec. p. I-2587, point 49), ainsi que du 22 avril 1999, Kernkraftwerke Lippe-Ems/Commission (C-161/97 P, Rec. p. I-2057, points 76 et 77).

63 — Voir, entre autres, arrêts Schröder e.a./Commission, précité (points 35 et 38 à 42), ainsi que du 9 septembre 1999, Lucaccioni/Commission (C-257/98 P, Rec. p. I-5251, points 61 et 62).

64 — Voir arrêt du 8 juillet 1999, Hercules Chemicals/Commission (C-51/92 P, Rec. p. I-4235, point 113).

87. Par conséquent, le deuxième moyen du pourvoi doit, à mon avis, être déclaré irrecevable.

88. Supposons toutefois, afin d'accorder à la demanderesse au pourvoi le bénéfice du doute, que ce moyen soit considéré comme recevable, malgré les objections susmentionnées.

89. Contrairement à ce que la demanderesse au pourvoi semble soutenir, il n'y a à mon avis, aucune contradiction dans les motifs de l'arrêt attaqué, dans la mesure où celui-ci ne contient aucune remarque selon laquelle «le Tribunal ne contesterait pas le fait que WIN a simplement aligné ses prix sur ceux de ses concurrents».

90. Comme j'ai conclu dans mon appréciation précédente du premier moyen, le Tribunal n'a pas appliqué aux faits d'espèce la jurisprudence pertinente concernant le droit d'aligner les prix.

91. En réalité, le Tribunal n'a pas examiné dans les faits d'espèce si WIN avait réellement aligné ses prix de bonne foi sur ceux de ses concurrents. Le problème est que, désormais, les parties s'opposent en procédure de cassation sur cette question matérielle.

92. Or, les pourvois devant la Cour sont limités à des points de droit, ce qui signifie que le Tribunal était seul compétent pour statuer sur les faits de l'espèce en première instance. Du reste, les parties ne sont pas autorisées à produire en cassation des éléments de preuve ou des faits non constatés par le Tribunal.

93. Il en résulte donc, à mon avis, que ce deuxième moyen est doublement irrecevable.

94. En tout état de cause, comme je conclus dans la présente affaire, je considère que l'arrêt attaqué doit être annulé et renvoyé devant le Tribunal pour réexamen. Cela permettrait au Tribunal de trancher la question matérielle de l'alignement des prix par WIN<sup>65</sup>.

95. Pour le principe, je saisisrai néanmoins cette opportunité pour attirer l'attention sur les points qui me paraissent pertinents en l'espèce. Il s'agit, en premier lieu, de la jurisprudence sur laquelle se fonde le Tribunal aux points 185 et 186 de l'arrêt attaqué. Deuxièmement, dans l'arrêt Tetra Pak II, la Cour a souligné que «le champ d'application matériel de la responsabilité particulière pesant sur une entreprise dominante doit être apprécié au regard des circonstances spécifiques de chaque espèce, démontrant un

65 — Lorsque des questions matérielles supplémentaires doivent être tranchées, la Cour renvoie l'affaire devant le Tribunal. Voir, à cet égard, arrêt du 17 décembre 1992, Moritz/Commission (C-68/91 P, Rec. p. I-6849, points 41 et 42).

affaiblissement de la concurrence»<sup>66</sup>. Dès lors, la question de l'alignement doit être examinée au cas par cas dans toute affaire comme celle en l'espèce. Enfin, troisièmement, j'estime que l'on doit admettre des circonstances dans lesquelles une entreprise en position dominante sera exceptionnellement autorisée à démontrer que sa pratique de prix inférieurs au coût variable moyen est objectivement justifiée<sup>67</sup>.

coûts, méthode qui dénaturait le test de prédation imposé par la Cour dans l'affaire AKZO/Commission, précitée. La méthode employée par la Commission ne permettait pas de savoir si, durant la durée de leur abonnement, les abonnés de WIN apportaient à cette dernière une perte ou un gain.

#### D — Le troisième moyen du pourvoi, tiré d'une violation de l'article 82 CE — dénatura-tion du test de prédation

##### 1. Argumentation des parties

96. Dans son troisième moyen, la demanderesse au pourvoi affirme que le Tribunal a également violé l'article 82 CE en omettant de prendre en défaut la méthode utilisée par la Commission pour calculer la couverture des

97. En ce qui concerne les *coûts variables*, la demanderesse au pourvoi soutient que, pour pouvoir considérer des prix inférieurs aux coûts variables comme abusifs au sens de l'article 82 CE, le point 71 de l'arrêt AKZO/Commission, précité, impose que la méthode de calcul de la couverture du coût puisse prouver que les produits ou les services ont été vendus à perte. La méthode employée ne peut être compatible avec l'article 82 CE que si elle prouve que, pour certains abonnés, l'abonnement a entraîné une perte sur une période de 48 mois. Or, compte tenu du fait que, dans son recours en annulation, WIN avait affirmé que pendant la quasi-totalité de la période en cause, chaque abonné individuel lui apportait des gains, sauf à violer l'article 82 CE, le Tribunal ne pouvait pas omettre de vérifier si la Commission avait démontré qu'une partie au moins des abonnés avaient engendré une perte totale pour WIN. Le Tribunal a pourtant entériné l'approche de la Commission, laquelle ne donnait pas une image entière de la profitabilité de chaque abonnement.

<sup>66</sup> — Arrêt Tetra Pak II, précité (point 24).

<sup>67</sup> — Voir conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'affaire Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, précitées (point 127). Voir arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, précité (point 147), où il est précisé que «l'on peut admettre qu'une entreprise en position dominante pratique des ventes à perte dans certaines conditions». Voir notamment Bellamy et Child, «European Community Law of Competition», Oxford, 6<sup>e</sup> éd., 2008, p. 956 et 957, point 10.071: «Dans la mesure où [la jurisprudence AKZO/Commission] implique la présomption que des prix inférieurs aux coûts variables moyens [...] sont nécessairement prédatatoires, elle semble être trop rigide. Des prix inférieurs [aux coûts variables moyens] peuvent être bénéfiques à la concurrence [...]»; Motta, M., *Competition Policy*, Cambridge University Press, 2004, p. 453; Faull, J., et Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, p. 379, point 4.287; Ezrachi, A., op. cit., p. 136; OCDE op. cit., point 18: «Le seul fait qu'une société pratique des prix inférieurs aux coûts ne signifie pas nécessairement que ses actes portent atteinte à la concurrence. Il existe des circonstances dans lesquelles une telle pratique de prix est non seulement inoffensive, mais plutôt bénéfique pour la concurrence. Les institutions doivent examiner méticuleusement toute justification que des prédateurs supposés avancent pour leur pratique de prix»; Wish, R., op. cit., p. 649; Jones, A., et Sufrin, B., op. cit., p. 339; Garzaniti, L., et Liberatore, F., «Recent Developments in the European Commission's Practice in the Communications Sector: Part 2» (2004), ECLR 25(4) 234-240.

98. Pour ce qui est des *coûts complets*, la demanderesse au pourvoi renvoie à son argumentation relative aux coûts variables et affirme que le Tribunal a dénaturé le test de prédation en ne vérifiant pas s'il avait bien été prouvé que les coûts complets des abonnements n'avaient pas été couverts. En réalité, aucun élément n'aurait été produit pour prouver l'existence de quelconques abonnés dont l'abonnement avait généré une perte pour WIN sur une durée de 48 mois.

de couverture ne peut qu'avoir été lui aussi inférieur à 100 % pour la durée totale moyenne de l'abonnement, à savoir 48 mois. À cet égard, la Commission soutient qu'un taux de couverture inférieur à 100 % ne peut pas devenir supérieur à 100 % sur une période plus longue, sauf dans le cas où la situation postérieure à l'infraction permettrait à l'entreprise de dégager des marges de bénéfices par abonné qui seraient très nettement supérieures à un niveau concurrentiel sur une base durable.

99. La Commission réfute ces allégations en plaidant, en premier lieu, que non seulement la méthode appliquée en l'espèce est la même que dans les affaires précitées AKZO/Commission et Tetra Pak II — à savoir une méthode prenant les coûts tels qu'ils apparaissent dans les comptes de l'entreprise — mais que de plus, en l'espèce, la Commission a même appliqué un peu ladite méthode en la rendant plus favorable pour la demanderesse au pourvoi. Ainsi, la Commission dit n'avoir ni appliqué un taux de réduction, ni imputé de coût de substitution aux coûts utilisés dans le calcul.

## 2. Appréciation

101. La demanderesse au pourvoi n'identifie pas quelle partie (c'est-à-dire quels motifs) de l'arrêt attaqué elle conteste<sup>68</sup>.

100. Pour ce qui est de la méthode de calcul alternative (des «cash-flows» actualisés), le Tribunal a jugé que la Commission n'avait pas commis d'erreur d'appréciation manifeste et, à cet égard, le pourvoi ne reproche au Tribunal aucune erreur en droit. Quant à la nécessité de prendre en compte l'intégralité des 48 mois de durée de vie d'un abonnement, la Commission affirme que, puisque le taux de couverture est inférieur à 100 % pour toutes les périodes courtes successives examinées dans la décision litigieuse (et dont le cumul est d'approximativement un an et demi), le taux

102. Dans sa requête initiale, WIN soutenait que la Commission avait retenu un test de couverture statique qui reviendrait en fait à additionner les coûts d'acquisition à 48 fois le montant des coûts récurrents mensuels, tels qu'ils existaient à la date de souscription de l'abonnement, et à comparer ce total à 48 fois les revenus mensuels, tels qu'ils existaient à la même date.

68 — À cet égard et pour éviter toute répétition, je renvoie aux points 85 et 86 des présentes conclusions qui s'appliquent également ici.

103. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal a retenu, respectivement aux points 140 et 142, que, «contrairement à ce qu'a allégué WIN, la Commission n'a pas retenu un test de couverture statique» et que, «contrairement à ce qu'affirme WIN, la méthode ne revient nullement à additionner les coûts d'acquisition à 48 fois le montant des coûts récurrents mensuels, tels qu'ils existaient à la date de souscription de l'abonnement, et à comparer ce total à 48 fois les revenus mensuels, tels qu'ils existaient à la même date»<sup>69</sup>.

104. Or, outre l'apparente contestation en cassation de l'appréciation des faits par le Tribunal, la demanderesse au pourvoi ne reproche à celui-ci aucune erreur d'appréciation ni aucune dénaturation des faits pertinents et elle ne fait que répéter les arguments qu'elle a déjà soumis au Tribunal<sup>70</sup>. En ce qui concerne les arguments relatifs à la méthode des «cash-flows» actualisés, le Tribunal a considéré, aux points 153 à 155 de l'arrêt attaqué, que la Commission n'avait pas commis d'erreur de droit en ne choisissant pas cette méthode et, en l'espèce, la demanderesse ne prétend pas que le Tribunal a commis une erreur de droit.

105. Dès lors, je considère que ces motifs suffisent pour rejeter le troisième moyen

69 — Concernant les raisons qui ont poussé le Tribunal à ces constatations, voir points 143 à 151 de l'arrêt attaqué.

70 — Un pourvoi ne peut se limiter à répéter les moyens et les arguments qui ont déjà été présentés devant le Tribunal sans avancer des arguments visant à établir que celui-ci aurait commis une erreur de droit. Voir ordonnance de la Cour du 5 février 1998, *Abello e.a./Commission* (C-30/96 P, Rec. p. I-377, point 45).

comme étant irrecevable et, en tout état de cause, non fondé.

*E — Le quatrième moyen du pourvoi, tiré de l'interprétation erronée de l'article 82 CE par le Tribunal et du manquement à l'obligation de motivation — coûts et revenus postérieurs à la période litigieuse*

106. Par son quatrième moyen, la demanderesse au pourvoi affirme que, en décidant que les coûts et les revenus postérieurs à la période de l'infraction supposée (soit postérieurs du 15 octobre 2002) ne devaient pas être pris en compte, le Tribunal a interprété de manière erronée l'article 82 CE et a manqué à son obligation de motivation. La Commission a conclu, à tort, à une infraction en se basant sur cette limitation dans le temps des coûts et des revenus à prendre en compte.

## 1. Argumentation des parties

107. La *demanderesse au pourvoi* reproche au Tribunal d'avoir entériné l'analyse de la Commission, laquelle excluait les coûts et les revenus postérieurs au 15 octobre 2002. Sauf à se contredire et à violer l'article 82 CE, le Tribunal n'aurait pas dû confirmer la position de la Commission consistant, d'une part, à exclure du calcul du taux de couverture les recettes et les coûts postérieurs à l'infraction supposée mais pourtant inclus dans la période

de 48 mois et, d'autre part, à reconnaître que, dans le cas des abonnements, les coûts et les revenus sont légitimement étalés sur 48 mois. Les exigences de l'article 82 CE n'auraient été satisfaites que si le taux de couverture avait été calculé sur la seule période de 48 mois.

108. La demanderesse au pourvoi affirme que, en validant la position de la Commission, le Tribunal s'est contredit dans ses motifs, dans la mesure où la décision litigieuse avait clairement précisé que les conditions de concurrence étaient «restaurées»<sup>71</sup> à compter du 15 octobre 2002 et où, désormais, la Commission admettait n'avoir jamais pris en compte les revenus postérieurs à la prétendue infraction car ces revenus n'auraient été réalisés que dans un contexte de concurrence affaiblie.

109. D'après la *Commission*, ce moyen ne constitue en réalité qu'une extension du troisième moyen et est le fruit d'une confusion. Il n'a jamais été question d'autoriser un étalement de tous les revenus et coûts d'un abonnement sur une période de 48 mois. La méthode de la Commission, confirmée par le Tribunal, permettrait au contraire — selon le principe de l'amortissement d'une immobilisation — d'étaler sur une certaine période une catégorie particulière de coûts, à savoir les coûts variables non récurrents (coûts dits «de conquête» ou «d'acquisition d'abonné») engagés au début de l'abonnement.

110. La Commission considère que les coûts récurrents ne doivent quant à eux pas être étalés sur une période. Selon la décision litigieuse, l'entreprise était incapable «d'atteindre un niveau de couverture des coûts récurrents (coûts de réseau et coûts de production) suffisant pour que la marge dégagée sur ces coûts récurrents couvre également, à un horizon de temps raisonnable, les coûts variables non récurrents investis dans le développement commercial des produits en cause»<sup>72</sup>. Or, tous les coûts et revenus survenus après l'infraction supposée et que la demanderesse au pourvoi souhaite voir inclus dans le calcul sont récurrents.

111. La Commission affirme en outre qu'il serait incorrect d'inclure, dans les calculs, des projections de marges positives futures résultant de la chute de coûts futurs dont profiteraient tous les concurrents mais qui ne seraient pas suivies de chutes des prix. Un tel résultat ne pourrait être atteint que dans un contexte de concurrence affaiblie. La Commission note que, en tout état de cause, les projections de la demanderesse au pourvoi n'entraîneraient pas un taux positif de couverture du coût total et que, même si l'on admettait ces projections de marges de bénéfices extrêmement hautes sur une période de 48 mois, de telles marges ne peuvent être dégagées que dans un contexte de concurrence affaiblie. De plus, la Commission affirme que, même si l'on ne prenait pas en compte les «coûts d'acquisition», le coût direct mensuel pour WIN de chaque abonné serait supérieur au revenu de l'abonnement.

71 — Voir point 386 de la décision litigieuse.

72 — Voir point 76 des motifs de la décision litigieuse et point 136 de l'arrêt attaqué.

112. Enfin, la Commission affirme que l'approche (erronée) de la demanderesse au pourvoi consiste à admettre que ses abonnés génèrent des pertes mensuelles croissantes pendant un an et demi (la période visée par la décision litigieuse) et à spéculer sur une marge importante pour les années suivant l'intervention de la Commission, de manière à présenter les abonnés comme profitables au terme de l'abonnement.

lorsqu'il a observé que «WIN n'a pas démontré que, en utilisant les données enregistrées dans la comptabilité de WIN en les corrigeant d'une façon favorable à celle-ci de manière à tenir compte du contexte particulier du marché en cause, tout en respectant les impératifs de l'examen requis par l'article 82 CE, la Commission a appliqué, en l'espèce, un test de couverture des coûts illégal» et «qu'il ne ressort pas de la jurisprudence que le recours à la méthode des cash-flows actualisés s'imposait en l'espèce et [...] que WIN n'a avancé aucun argument établissant que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation à cet égard»<sup>73</sup>.

## 2. Appréciation

113. Il semblerait, à première vue, que le moyen examiné ici n'est en fait qu'une extension du moyen précédent et que la demanderesse au pourvoi répète son argument selon lequel seule une période de 48 mois aurait permis de calculer le taux de couverture d'une façon conforme à l'article 82 CE. Le moyen examiné ici semble surtout reposer sur la supposition erronée selon laquelle le Tribunal aurait admis que «les coûts et revenus son étalés sur 48 mois». Le Tribunal n'a rien fait de tel dans l'arrêt attaqué. Il a bien au contraire confirmé la méthode de la Commission consistant à n'étaler qu'une catégorie des coûts, à savoir les coûts variables non récurrents.

115. Enfin, je tiens à rappeler que, en vertu du règlement de procédure de la Cour, le pourvoi ne peut pas modifier l'objet du litige initial devant le Tribunal. Or, le moyen de la demanderesse au pourvoi examiné ici se démarque clairement de la position prise devant le Tribunal, où la demanderesse avait affirmé qu'en refusant d'employer la méthode des «cash-flow» ajustés ou de la valeur actualisée nette, la Commission avait commis une erreur en droit. Or, le pourvoi de la demanderesse ne fait plus mention de cette méthode.

114. En tout état de cause, ma lecture des points 129 à 156 de l'arrêt attaqué n'a révélé aucun élément susceptible de fragiliser l'approche du Tribunal. Je considère que le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit et a appliqué correctement l'article 82 CE,

116. Par conséquent, j'estime que le quatrième moyen du pourvoi doit être déclaré irrecevable et, en tout état de cause, non fondé.

<sup>73</sup> — Points 154 et 155. Concernant les débats sur l'approche de la valeur actualisée nette, voir notamment arrêt britannique du 15 janvier 2002, Napp Pharmaceutical Holdings Ltd v Director General of Fair Trading, Competition Commission Appeal Tribunal (CAT), Case 1001/1/1/01, point 260.

F — *Le cinquième moyen du pourvoi, tiré de la violation de l'article 82 CE et du manquement à l'obligation de motivation — prix considéré comme prédateur alors même qu'il s'accompagne d'une diminution importante de la part de marché de l'entreprise concernée*

contester l'existence d'une position dominante et de demander une réduction de l'amende. C'est dans le pourvoi qu'elle utilise pour la première fois cet argument afin de contester l'existence d'un abus.

117. Par son cinquième moyen, la demanderesse au pourvoi reproche également au Tribunal d'avoir violé l'article 82 CE et d'avoir manqué à son obligation de motivation, en jugeant qu'un prix pouvait être prédateur alors même qu'il s'accompagne d'une diminution importante de la part de marché de l'entreprise concernée. Un tel prix ne doit pas être considéré comme susceptible d'entraîner l'exclusion de concurrents.

#### 1. Argumentation des parties

118. La *demanderesse au pourvoi* maintient que, bien qu'il a été admis que la part de marché de WIN avait chuté depuis le mois d'août 2002, il a néanmoins jugé que l'infraction supposée avait perduré jusqu'au 15 octobre 2002. Or, la prédation suppose une réduction significative de la concurrence et ne peut donc pas se produire lorsque la concurrence s'accroît.

120. En substance, les informations dont dispose la Commission prouvent que la part de marché de WIN a crû continuellement jusqu'au 31 août 2002. Toute chute de cette part de marché dans le dernier mois et demi de la durée de l'infraction ne peut être due qu'à la réduction des prix de gros pratiqués par FT pour l'accès au réseau, réduction que WIN a décidé de ne pas répercuter sur ses prix — contrairement à ses concurrents — mettant ainsi fin à l'infraction le 15 octobre 2002. La Commission ajoute, par souci d'exhaustivité, qu'une telle réduction de la part de marché ne remettrait pas en question la légalité en tant que telle de la décision, mais affecterait tout au plus la durée de l'infraction. Toutefois, cela n'aurait aucun impact sur le montant de l'amende, puisque aucune révision n'en a été demandée au pourvoi.

#### 2. Appréciation

119. La *Commission* affirme que la demanderesse au pourvoi avait invoqué cet argument en première instance aux seules fins de

121. Comme la Commission l'affirme à juste titre, le présent pourvoi se limite à l'appréciation par le Tribunal de l'abus d'une position

dominante. WIN a soulevé en première instance l'argument d'une prétendue réduction de la part de marché dans le seul but de contester l'existence d'une position dominante<sup>74</sup> et de demander une réduction de l'amende<sup>75</sup>.

122. Selon une jurisprudence constante, permettre à une partie de soulever pour la première fois devant la Cour un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le Tribunal reviendrait à lui permettre de saisir la Cour, dont la compétence en matière de pourvoi est limitée, d'un litige plus étendu que celui dont a eu à connaître le Tribunal. Dans le cadre d'un pourvoi, la compétence de la Cour est donc limitée à l'appréciation de la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges<sup>76</sup>.

123. Il y a dès lors lieu de déclarer le cinquième moyen irrecevable.

74 — Point 95 de la requête de WIN en première instance, dans l'argumentation relative à l'existence d'une position dominante.

75 — Point 272 de la requête de WIN en première instance, dans l'argumentation relative à l'amende.

76 — Voir arrêt du 26 octobre 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun/Commission (C-68/05 P, Rec. p. I-10367, points 95 à 98 ainsi que jurisprudence citée).

G — *Le sixième moyen du pourvoi, tiré de la dénaturation des faits et de la violation de l'article 82 CE — prétendu plan de prédation*

## 1. Dénaturation des faits et des preuves

124. Le sixième moyen se divise en deux branches. Dans la première de ces branches, la demanderesse au pourvoi fait grief au Tribunal d'avoir dénaturé les faits et les preuves dont il a pris connaissance, en ce qui concerne l'existence d'un plan de prédation.

### a) Argumentation des parties

125. La *demanderesse au pourvoi* soutient que le Tribunal a dénaturé les preuves sur lesquelles il a fondé son appréciation de l'existence ou non d'un plan de prédation. Il s'est fondé exclusivement sur les documents de WIN et a déduit l'existence d'un plan de prédation de termes utilisés dans ces documents, tels que «préemption» et «préempter». Or, selon les termes du Tribunal lui-même<sup>77</sup>, ces documents ne révélaient que des «objectifs commerciaux assez ambitieux».

77 — Point 214 de l'arrêt attaqué.

126. La *Commission* considère que la demanderesse au pourvoi recherche le réexamen en cassation d'un grief que le Tribunal a rejeté comme irrecevable, mais elle ne conteste pas pour autant cette constatation d'irrecevabilité. De plus, la demanderesse au pourvoi n'a soulevé aucun argument démontrant la prétendue dénaturation et le Tribunal est seul compétent pour apprécier l'importance qu'il convient d'accorder aux preuves produites devant lui. Par souci d'exhaustivité, la Commission soutient que le Tribunal a fondé son appréciation non pas sur les seuls documents contenant l'expression «pré-empter», mais également sur de nombreux autres documents.

## b) Appréciation

127. La demanderesse au pourvoi recherche le réexamen en cassation d'un grief que le Tribunal a rejeté comme irrecevable par les points 204 et 205 de son arrêt attaqué.

128. Or, ladite demanderesse ne peut pas soulever de nouveau ce grief dans le présent pourvoi. Elle peut uniquement contester, sur la base de moyens spécifiques, la position du Tribunal selon laquelle ce grief formulé en première instance est irrecevable<sup>78</sup> et elle doit présenter des arguments pertinents pour

démontrer que le Tribunal a commis une erreur en droit<sup>79</sup>. Je considère que la demanderesse au pourvoi a omis de contester le rejet du moyen par le Tribunal.

129. La branche examinée ici porte sur une question matérielle et n'apporte aucun argument convaincant démontrant la prétendue dénaturation des faits.

130. En vertu des articles 225 CE et 58, paragraphe 1, du statut de la Cour de justice, celle-ci n'est pas compétente pour constater les faits, ni, en principe, pour examiner les preuves que le Tribunal a retenues à l'appui de ces faits. Dès lors que ces preuves ont été obtenues régulièrement, que les principes généraux du droit et les règles de procédure applicables en matière de charge et d'administration de la preuve ont été respectés, il appartient au seul Tribunal d'apprécier la valeur qu'il convient d'attribuer aux éléments qui lui ont été soumis<sup>80</sup>. Cette appréciation ne constitue donc pas, sous réserve du cas de la dénaturation de ces éléments, une question de droit soumise, comme telle, au contrôle de la Cour<sup>81</sup>.

79 — Arrêt *Abello e.a./Commission*, précité (point 45).

80 — Arrêt du 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission* (C-185/95 P, Rec. p. I-8417, point 24).

81 — Arrêt du 7 novembre 2002, *Glencore et Compagnie Continentale/Commission* (C-24/01 P et C-25/01 P, Rec. p. I-10119, points 65 à 69). Une telle dénaturation doit apparaître de façon manifeste des pièces du dossier, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle appréciation des faits et des preuves. Voir arrêt du 6 avril 2006, *General Motors/Commission* (C-551/03 P, Rec. p. I-3173, points 51, 52 et 54).

78 — Voir *Lenaerts, K., e.a., «Procedural Law of the European Union», 2<sup>e</sup> éd., Londres, 2006, p. 464: «On peut le déduire de l'arrêt *Eppe/Commission* de 1993, C-354/92 P, Rec. p. I-7027, point 13.»*

131. Par conséquent, il y a lieu de déclarer irrecevable la première branche du sixième moyen du pourvoi.

134. La *Commission* affirme, en premier lieu, que l'élément intentionnel de l'abus est nécessairement subjectif et, en second lieu, que la jurisprudence communautaire n'exige pas qu'un plan de prédation soit démontré par les formes de preuves objectives suggérées par la demanderesse au pourvoi.

## 2. Violation de l'article 82 CE

132. Dans la seconde branche du moyen, la demanderesse au pourvoi fait grief au Tribunal d'avoir violé l'article 82 CE. Cet article pose la condition de l'existence d'un plan objectivement identifiable visant à évincer les concurrents. Cette exigence ne saurait en aucun cas être satisfaite au moyen d'un test subjectif de l'abus de position dominante.

### b) Appréciation

135. Il suffit d'observer que, tout comme pour certains des autres moyens cités, la demanderesse au pourvoi semble avoir recours aux mêmes arguments que ceux qu'elle a soulevés devant le Tribunal.

### a) Argumentation des parties

133. La *demanderesse au pourvoi* considère que l'abus de position dominante est une notion objective. Or, le Tribunal a fondé son appréciation et son jugement sur des facteurs purement subjectifs plutôt que sur des éléments objectifs tels que la menace pour les concurrents, des prix sélectifs à l'égard de clients des concurrents, la discrimination des prix, la surenchère ou la durée, la continuité et l'ampleur de ventes à perte.

136. Par conséquent, la seconde branche du sixième moyen doit, elle aussi, être rejetée comme irrecevable.

137. En ce qui concerne le plan de prédation, je considère que le Tribunal a appliqué ici les jurisprudences précitées AKZO/*Commission* et Tetra Pak II de manière correcte et dans le respect des exigences du droit.

138. Il y a dès lors lieu de rejeter le sixième moyen comme irrecevable et, en tout état de cause, comme non fondé.

H — *La seconde branche du septième moyen du pourvoi, tirée de la violation de l'article 82 CE — récupération des pertes — preuve par l'entreprise de l'impossibilité de récupérer les pertes*

139. Par la seconde branche du septième moyen, la demanderesse au pourvoi fait grief au Tribunal d'avoir violé l'article 82 CE en confondant la preuve de la possibilité de récupérer les pertes, apportée par la Commission, avec la preuve de l'impossibilité de récupérer les pertes, apportée par l'entreprise.

## 1. Argumentation des parties

140. La *demanderesse au pourvoi* soutient que WIN a elle-même apporté la preuve de l'impossibilité de récupérer les pertes. Le Tribunal aurait donc dû se prononcer sur la question de savoir si la Commission était fondée à ignorer la preuve de l'impossibilité de récupérer les pertes, apportée par l'entreprise.

141. La *Commission* observe que, en première instance, la demanderesse au pourvoi n'a soulevé aucun argument concernant la question de savoir si la Commission pouvait ignorer une telle preuve. En tout état de cause, la Commission soutient que l'argument a été rejeté implicitement par les points 103 à 121 et 261 à 267 de l'arrêt attaqué. Enfin, la Commission fait observer que, par souci d'exhaustivité, elle avait évalué, dans la décision litigieuse, la possibilité d'une récupération des pertes et elle l'avait considérée comme probable en l'espèce.

## 2. Appréciation

142. À mes yeux, la demanderesse au pourvoi n'a soulevé devant le Tribunal aucun argument selon lequel la récupération des pertes était impossible, si ce n'est l'allégation que la Commission avait elle-même prouvé cette impossibilité dans la décision litigieuse faisant remarquer que «les conditions de concurrence avaient été rétablies».

143. En effet, l'obligation du Tribunal de motiver ses décisions n'implique pas qu'il soit obligé de répondre dans le détail à chaque argument invoqué par le requérant, en particulier si celui-ci ne revêtait pas un caractère suffisamment clair et précis et ne reposait pas sur des éléments de preuve circonstanciés<sup>82</sup>.

82 — Arrêts du 6 mars 2001, Connolly/Commission (C-274/99 P, Rec. p. I-1611, point 121), et Belgique/Commission, précité (point 81).

144. J'estime que l'argument avancé par WIN dans sa requête adressée au Tribunal — et selon lequel la Commission s'était contredite dans son analyse de marché — en vue de prouver l'impossibilité de la récupération ne peut pas être considéré comme clair et précis. Il n'était pas non plus équivalent à une affirmation selon laquelle la Commission n'était pas fondée à ignorer la preuve de l'impossibilité de la récupération produite par l'entreprise concernée.

nécessairement rejetée par les points 103 à 121 et 261 à 267 de l'arrêt attaqué.

145. En tout état de cause, il semblerait qu'une telle preuve serait implicitement mais

146. Je considère par conséquent que la seconde branche du septième moyen doit être rejetée comme irrecevable en tant qu'argument ou moyen nouveau non soulevé devant le Tribunal et, en tout état de cause, non fondé.

## V — Conclusion

147. Compte tenu de toutes les considérations précédentes, je propose à la Cour de statuer comme suit:

«L'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 30 janvier 2007, France Télécom/Commission (T-340/03), doit être annulé.»

De plus, il est à mon avis opportun que, conformément à l'article 61 du statut de la Cour de justice, celle-ci renvoie l'affaire devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes pour qu'il statue et qu'elle se réserve sur les dépens.»