

Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Chroniques | Concurrences N° 1-2013 – pp. 213-229

Florian BIEN

florian.bien@uni-wuerzburg.de

| Professeur, Université de Würzburg

Karounga DIAWARA

Karounga.diawara@fd.ulaval.ca

| Professeur, Université Laval, Québec

Pierre KOBEL

pierre.kobel@hirsch-law.ch

| Avocat, Hirsch Kobel, Genève

Silvia PIETRINI

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

| Maître de conférences, Université Lille 2, Droit et Santé,
Centre René Demogue-CRDP

Jean-Christophe RODA

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

| Maître de conférences, Centre de Droit Économique
Université Aix-Marseille

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Abstracts

CARTELS – CLASS ACTION – ACCES TO FILE-DAMAGES: 228
The Superior Court of Quebec rules that class action applicants can obtain access to the totality of the communications intercepted during the public inquiry
 Superior Court of Quebec, 28.06.12, Jacques v. PÔtroles Irving inc. 2012 OCCC 2954

1. JURISPRUDENCES EUROPÉENNES

1.1. Allemagne

**ENTREPRISES COMMUNES – COORDINATION ENTRE LES ASSOCIÉS
– CONTRÔLE DES FUSIONS – ENTENTES – DOUBLE CONTRÔLE
– ENQUÊTE SECTORIELLE : Le Bundeskartellamt affiche sa
détermination à lutter contre les joint-ventures coopératives**
(Bundeskartellamt, B1-33/10 - Enquête sectorielle “enrobé d’asphalte”, sept. 2012)

Le principe d'un double contrôle des joint-ventures en droit allemand de la concurrence

La fusion des activités des entreprises en une joint-venture peut causer deux sortes de problèmes de concurrence. Il convient de signaler en premier lieu la modification de la structure du marché résultant de la fusion, notamment la création éventuelle ou le renforcement de la position dominante sur le marché au profit de la joint-venture. À cela s'ajoute le risque d'affaiblissement de concurrence au cas où les associés de la joint-venture seraient des entreprises concurrentes. Dans le but de sauvegarder la loyauté au sein de la joint-venture, elles pourraient être tentées d'éviter de se livrer à une véritable concurrence entre elles. Partant de l'analyse de ces deux risques concurrentiels, l'on retient à la fois les dispositions sur le contrôle des concentrations des entreprises (modification de la structure du marché) et l'interdiction des ententes (coordination des comportements entre associés) comme critère de fond pour l'appréciation des joint-ventures et des effets qui en résultent. Il s'agit, au niveau du droit de l'Union, du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises d'une part et de l'article 101 TFUE d'autre part. Ces dispositions correspondent respectivement au paragraphe 36 de la loi allemande contre les restrictions à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*) pour le contrôle des concentrations et au paragraphe 1^{er} GWB pour l'interdiction des ententes. L'on parle alors du principe de double contrôle.

Une différence majeure entre le droit européen et le droit allemand des ententes intervient au niveau procédural. En droit de l'Union, depuis la réforme du règlement n° 4064/89 opérée par le règlement n° 1310/97 du 30 juin 1997 et reprise par le règlement n° 139/2004, lorsqu'il s'agit d'une joint-venture accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome ("entreprise commune de plein exercice" au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations) et dépassant le seuil indiqué à l'article 1^{er} du règlement sur les concentrations, seul ce règlement doit déterminer la procédure applicable. Le règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 TFUE (ex. art. 81 et 82 du traité) ne s'applique pas à ce cas. Cela résulte de l'article 21 al. 1^{er} du règlement sur les concentrations. La conséquence éventuelle d'une coordination du comportement concurrentiel des entreprises mères, qui restent indépendantes, n'est appréciée que dans le cadre de la procédure de contrôle des concentrations. Cette appréciation de la dimension coopérative de l'entreprise commune est faite conformément aux critères de l'article 101 TFEU en application de l'article 2, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004.

En revanche, en droit allemand des ententes, le double contrôle s'effectue en deux procédures distinctes. En dehors du contrôle des concentrations, qui doit intervenir dans les quatre mois de la notification (paragraphe 40, alinéa 2 phrase 1 GWB), une évaluation fondée sur le paragraphe 1^{er} GWB se déroule dans le cadre d'une procédure parallèle. Il faut regretter, du point de vue des entreprises concernées, qu'aucun délai n'est prévu pour cet examen. Ainsi, l'épée de Damoclès, qui pèse sur la création des joint-ventures à travers le risque d'une éventuelle décision d'interdiction ainsi que la nullité de droit civil pour violation de l'interdiction des ententes, est source d'une insécurité juridique non négligeable.

Enquête approfondie à la suite de la découverte d'un grand nombre de joint-ventures dans le secteur de l'asphalte

Le *Bundeskartellamt* a lancé en juin 2010 une enquête dans le secteur d'enrobé d'asphalte sur base du paragraphe 32e de la loi allemande contre les restrictions de la concurrence, disposition qui correspond à l'article 17 du règlement n° 1/2003. Cette enquête trouvait son origine dans la découverte, à l'occasion de procédures de contrôle des concentrations, d'un grand nombre de joint-ventures d'étendue nationale. Tant pour les entreprises concernées que pour le *Bundeskartellamt*, il reste à savoir si les joint-ventures constituées dans le secteur d'enrobé d'asphalte violent le droit des ententes et nécessitent, par conséquent, leur dissolution.

Contrôle commun d'une partie importante de la production de l'asphalte par les quatre plus grands producteurs

L'enrobé d'asphalte est un mélange de granulats et de bitume, utilisé principalement pour la construction et la réhabilitation des routes. Par conséquent, la plus grande partie des commandes provient du secteur public. Le chiffre d'affaires annuel en 2009 sur la vente de ce produit en Allemagne était d'environ 1,9 milliard d'euros. Quelques grandes entreprises ainsi que plusieurs petits et moyens concurrents opèrent à ce niveau du marché soit avec leurs propres usines, soit grâce à des participations à des joint-ventures. Cependant, il n'est pas rare de retrouver les fournisseurs d'enrobé d'asphalte à d'autres niveaux de marché en aval, notamment dans la construction des routes.

Étant donné que l'enrobé d'asphalte doit être transporté chaud par le camion de l'usine de mélange au lieu d'installation, sa distribution intervient principalement au niveau régional. Ainsi le rayon moyen de livraison couvre-t-il jusqu'à 25 km autour de l'usine.

Il existe plus de 550 usines de mélange d'asphalte en Allemagne, dont la moitié est exploitée par des joint-ventures. Les quatre plus grands producteurs allemands d'asphalte sont Werhahn, Strabag, Eurovia et Kemna. Ils détiennent des parts dans 405 usines dont 60 % fonctionnent sous la forme de joint-ventures. En outre, au moins deux de ces grands producteurs participent dans 156 usines de mélange d'asphalte dont le volume de ventes au niveau national et le chiffre d'affaires s'élèvent à 29 %. Dans les ¾ des cas, ces quatre producteurs détiennent ensemble la majorité des actions. Souvent deux associés au moins ainsi que leurs joint-ventures exploitent aussi leurs propres usines dans la même région ou encore dans des marchés géographiquement proches.

Le *Bundeskartellamt* soutient la nullité des joint-ventures constituées en violation de l'interdiction des ententes

Le rapport sectoriel concernant la production de l'asphalte a été publié le 1^{er} octobre 2012. Le *Bundeskartellamt* rappelle à cette occasion que les entreprises concernées – les joint-ventures ainsi que les sociétés qui y participent – sont seules

tenues d'apprécier la compatibilité de leurs pratiques avec l'interdiction des ententes du paragraphe 1^{er} GWB et, en cas de violation, d'y mettre immédiatement un terme. D'après le *Bundeskartellamt*, la solution optimale dans ce cas serait la dissolution de la joint-venture en cause. À cette occasion, le *Bundeskartellamt* renvoie à l'arrêt de la cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) du 4 mars 2008 (KVZ 55/07 – Nord-KS). Dans son arrêt, la Cour fédérale de justice avait jugé que le contrat de société conclu en violation de l'interdiction légale des ententes et ayant pour objet la création d'une joint-venture était nul conformément au paragraphe 1^{er} GWB en combinaison avec le paragraphe 134 du code civil allemand – BGB (cf. l'art. 101, al. 2 TFUE). Par conséquent, la joint-venture serait "inexistante", et ne jouirait même pas du statut d'une société de fait. De même, aucun acte de sortie de la joint-venture inexistante ne serait exigé aux sociétés qui y participent.

La distinction de différents types de configuration du marché

Dans son rapport d'enquête, le *Bundeskartellamt* décrit et spécifie différentes configurations du marché dans lesquelles l'existence des joint-ventures présenterait un intérêt certain pour le droit des ententes. Il établit d'emblée une nette différence entre les configurations qui ne posent aucun problème concurrentiel et celles qu'il qualifie problématiques quant aux règles de la concurrence. Ces derniers sont repartis dans trois catégories. Dans le premier groupe ("catégorie A"), il est fait allusion à des situations où une joint-venture ainsi que deux de ses associés au moins exploitent leurs activités avec des usines sur le même marché géographique et offrent les mêmes produits. Une telle coordination d'actions des associés et de la joint-venture serait donc fondée sur des considérations portant atteinte à la législation sur les ententes. Il s'agit, selon le *Bundeskartellamt*, d'une présomption. Pour ce faire, il renvoie à la décision de la Cour fédérale de justice du 8 mars 2008 (KVZ 55/07 – Nord-KS) précédemment évoquée. Les cas relevant de la catégorie C couvrent les hypothèses dans lesquelles il existe un risque de limitation de la concurrence entre un associé et la joint-venture en raison de différentes possibilités d'information liées au droit des sociétés. Tombent aussi dans cette catégorie au titre de l'effet dit de groupe les joint-ventures dont les associés n'interviennent ni sur le même marché régional, ni sur le marché voisin.

Le *Bundeskartellamt* trouve également dans les différents cas classés ou à classer dans la catégorie B un motif à la base d'une coordination susceptible de porter préjudice au jeu normal de la concurrence. Il en est ainsi des cas où seul un associé de la joint-venture exerce ses activités sur le même marché géographique que celle-là, tandis qu'un autre associé au moins exploite le marché voisin ("catégorie B2").

Un calendrier ambitieux censé aboutir au démantèlement des joint-ventures

Pour remédier à la situation jugée incompatible avec le droit de la concurrence, le *Bundeskartellamt* a prévu le calendrier suivant : il tient juste après la publication de l'enquête

sectorielle à annoncer d'abord aux entreprises concernées les joint-ventures qu'il estime être formées en violation du droit des ententes. Ces entreprises disposent de trois mois pour examiner les préoccupations du *Bundeskartellamt* et indiquer si elles sont disposées à adopter les mesures appropriées, notamment la décartellisation, en vue de mettre définitivement fin aux ententes illicites. Le plan de décartellisation devrait être déposé dans six mois et mis définitivement en application dans les six autres mois après. Au cas contraire, le *Bundeskartellamt* menace d'ouvrir des procédures administratives conformément au paragraphe 32 GWB. La clôture de ces procédures peut justement aboutir à une obligation de décartellisation. Le *Bundeskartellamt* rappelle aussi, qu'il est en outre possible d'ordonner des mesures provisoires, des astreintes administratives, des amendes ainsi que la restitution des gains économiques obtenus grâce à la violation de la loi.

Un contrôle illimité dans le temps est-il justifié ?

Il a déjà été souligné plus haut que le double contrôle des joint-ventures, basé d'une part sur les dispositions relatives au contrôle des concentrations, et d'autre part sur l'interdiction des ententes, s'effectue en droit allemand en deux procédures distinctes. Cela serait moins problématique si les deux procédures évoluaient essentiellement de manière parallèle. Mais, contrairement aux différentes procédures antérieures initiées par le *Bundeskartellamt*, la particularité de cette enquête sectorielle consiste à ce que la constitution d'un grand nombre des joint-ventures concernées remonte parfois loin dans le passé.

Une procédure particulièrement remarquable sur cette question est celle qui a abouti à la récente décision du *Bundeskartellamt* du 21 novembre 2012. Il ressort du communiqué de presse y afférent que le *Bundeskartellamt* interdit la continuation d'une joint-venture qui commercialise les produits chimiques (CVH Chemie-Vertreib GmbH & Co.KG). À en croire le communiqué de presse des entreprises concernées, la constitution de la joint-venture en question avait préalablement été examinée et validée dans le cadre du contrôle des concentrations il y a seize ans. Dans pareils cas, il reste à savoir quelle importance accorder au principe constitutionnel de protection de bonne foi. Au cas où l'on doit peser les intérêts en présence, à savoir la protection des droits acquis des associés concernés d'une part et l'intérêt général à l'application de l'interdiction des ententes d'autre part, il faudrait prendre en considération l'étendue de la restriction concurrentielle supposée par le *Bundeskartellamt* ainsi que les éléments de preuve retenus par ce dernier. Pour ce faire, il convient de recourir aux différentes configurations (types A, B et C) relevées dans le cadre de l'enquête sectorielle ; ces dernières pourraient en effet constituer le point de départ pour la classification.

Concernant les joint-ventures visées par l'enquête sectorielle sur l'enrobé d'asphalte, le *Bundeskartellamt* fait savoir que dans grand nombre de cas il n'y aurait eu dans le passé aucune procédure de contrôle des concentrations relative à la création des joint-ventures. Il rappelle que certaines joint-ventures auraient déjà été créées avant 1973, année où la loi allemande sur les restrictions à la concurrence insérait pour la première

fois les dispositions sur le contrôle des concentrations. Dans d'autres cas, les seuils du chiffre d'affaires requis n'auraient pas été atteints. Dans d'autres cas encore, les participations minoritaires ne devaient pas être soumises à un contrôle obligatoire conformément au paragraphe 37, alinéa 1^{er}, point 4 GWB, étant donné qu'elles n'étaient pas de nature à influencer la concurrence de manière substantielle. Or, même si, à défaut de notification et de contrôle préalables, les fondateurs et leur joint-venture ne pouvaient pas au départ se fier sur la légalité d'une autorisation de fusion accordée dans le passé, il serait problématique d'interdire *a posteriori* l'exploitation ou la continuation d'une joint-venture sur la base du paragraphe 1^{er} GWB, au risque de porter atteinte au principe de protection de bonne foi. C'est dans pareils cas qu'il faudrait une fois de plus être très exigeant avec la preuve des effets anticoncurrentiels que contiendrait le contrat de société.

L'exercice d'une activité commune sur le même marché par les associés et la joint-venture permet-il de présumer l'existence d'une restriction concurrentielle ?

À la question de savoir si le seul fait pour les associés et leur joint-venture d'exercer une même activité sur le même marché laisse présumer l'existence d'une restriction concurrentielle, le rapport final du *Bundeskartellamt* sur l'enquête sectorielle semble ne pas apporter de réponse convaincante. Se référant à deux décisions récentes de la Cour fédérale de justice (cf. décision du 8 mai 2001, KVR 12/99 – Ost-Fleisch et décision précitée Nord-KS), le *Bundeskartellamt* se limite essentiellement à présumer les effets anticoncurrentiels d'une joint-venture vis-à-vis du comportement des sociétés fondatrices. Il est vrai que c'est dans ce sens que les décisions de la Cour fédérale de justice susmentionnées, qui d'ailleurs concernaient chacune les cas de la "catégorie A1" contenus dans l'enquête sectorielle, peuvent être comprises. Cependant, il convient de noter que le *Bundeskartellamt* avait auparavant dans les deux cas apporté de nombreuses preuves concrètes sur les effets anticoncurrentiels de la création des joint-ventures correspondantes. De plus, la Cour fédérale de justice insiste, dans l'arrêt Nord-KS, sur la nécessité de procéder à une évaluation globale de tous les paramètres économiques et d'apprécier les effets qui en découlent au cas par cas. Cette évaluation globale devrait justement être soumise à des exigences beaucoup plus rigoureuses en cas d'un contrôle *a posteriori* visant la coordination supposée anticoncurrentielle des associés d'une joint-venture. La simple référence à un comportement probable car économiquement et commercialement rationnel semble loin de satisfaire à cette exigence. Par contre, abaisser le niveau de ces exigences conduirait à faire de l'interdiction des ententes un instrument susceptible de sanctionner à tout moment le simple risque d'une coordination des comportements des entreprises.

F. B. ■

1.2. Italie

LIBRE CONCURRENCE – AVOCAT – MÉDIATEUR – DÉONTOLOGIE : Le Tribunal administratif du Latium considère que les règles déontologiques applicables aux avocats-médiateurs visent à assurer la libre concurrence entre les avocats (*Tribunal administratif du Latium, arrêts n° 8854-8855-8858/2012, 29 oct. 2012*)

Depuis 2010, l'avocat peut exercer la fonction de médiateur (décret législatif du 4 mars 2010 n° 28). En 2011, le Conseil National des Barreaux italien – le CNF – a adopté des nouvelles règles déontologiques applicables aux seuls avocats qui souhaitent exercer également l'activité de médiateur, le but poursuivi étant celui d'éviter des conflits d'intérêt entre les deux professions (délibération du 5 juillet 2011). Dans trois arrêts publiés le 29 octobre 2012, le Tribunal administratif du Latium a affirmé que ces règles déontologiques sont compatibles avec le principe de libre concurrence entre les avocats.

Aux cas d'espèce, une association pour la promotion des règlements alternatifs des différends, reconnue comme organisme de médiation et de formation et constituée majoritairement d'avocats d'une part, et des avocats exerçant également l'activité de médiateur d'autre part, avaient contesté la délibération du 5 juillet 2011 du CNF. L'association avait contesté en particulier le nouvel article 55 bis du Code déontologique des avocats par lequel le Conseil National des Barreaux a limité considérablement l'accès de l'avocat à l'activité de médiateur, bien au-delà des critères d'impartialité et de neutralité qui doivent être remplis lorsque la personne ou l'organisme en question exerce une activité de médiation (ce texte régit également l'activité des avocats qui ont, par exemple, la qualité d'associés d'avocats-médiateurs ou qui partagent des locaux avec des collègues ayant une activité de médiateur). Selon les requérants, les dispositions déontologiques contenues dans cet article sont incompatibles avec le principe de libre concurrence puisqu'elles prévoient plusieurs limitations qui ne s'appliquent qu'aux avocats-médiateurs. Dès lors, il existerait une discrimination entre les organismes de médiation composés quasi exclusivement d'avocats et les autres organismes de médiation, les premiers étant par ailleurs confrontés à des frais supplémentaires (ces organismes de médiation ne peuvent pas fixer leurs sièges dans les locaux utilisés par ses membres ayant la qualité d'avocat-médiateur).

Les règles déontologiques ne constituent pas un frein à la concurrence

En reprenant les observations du CNF, le Tribunal administratif du Latium n'a pas accueilli les arguments des requérants. Le Tribunal a souligné que le choix opéré par le législateur de permettre à l'avocat d'exercer également l'activité de médiation alors que les activités sont *radicalement* différentes, a soulevé plusieurs questions auxquelles le CNF a répondu en introduisant des règles déontologiques supplémentaires afin d'éviter une *utilisation abusive* de l'institution de l'avocat-médiateur à des *finances exclusivement financières*. Selon le Tribunal, l'article 55

bis du Code déontologique des avocats ne viole pas les principes européens et nationaux de libre concurrence et assure, en revanche, la libre concurrence entre les avocats, en imposant à ces derniers des obligations qui visent à éviter que "l'association de la profession d'avocat et de la profession de médiateur devient un instrument pratique pour capturer la clientèle d'autrui". Le fait que le CNF soit intervenu pour introduire des nouvelles dispositions pour les seuls avocats-médiateurs constitue dès lors un moyen pour prévenir des abus qui porteraient atteinte non seulement au principe de la libre concurrence au sein des barreaux mais aussi aux principes déontologiques qui s'imposent à la profession d'avocat.

S. P. ■

PROGRAMME DE CLÉMENCE – RESPONSABILITÉ PÉNALE – RESPONSABILITÉ CIVILE – ACCÈS AUX PREUVES : L'Autorité de concurrence italienne invite le législateur à renforcer le programme de clémence pour lutter contre les cartels

(*Autorité garante de la concurrence et du marché (AGCM), Proposition de réforme en vue de la loi annuelle pour le marché et la concurrence 2013, 2 oct. 2012*)

Le 2 octobre 2012, l'Autorité garante de la concurrence et du marché (ci-après "AGCM") a publié un document contenant plusieurs propositions en vue de l'adoption de la loi annuelle pour le marché et la concurrence 2013 (cet outil législatif a été introduit en 2007 mais il n'est opératif que depuis peu).

L'Autorité de concurrence invite tout d'abord à poursuivre la vaste réforme de libéralisation entreprise par la loi du 24 mars 2012 n° 27 portant sur les "Dispositions urgentes pour la concurrence, le développement des infrastructures et la compétitivité". Nombreux sont les secteurs concernés : la distribution, les télécommunications, les services publics, les transports, l'administration publique, les professions réglementées... L'approche se veut pragmatique et chaque secteur est passé au crible. L'Autorité précise les mesures déjà mises en œuvre, les mesures adoptées mais qui ne sont pas encore appliquées et les mesures qui doivent être adoptées. L'analyse de chaque secteur s'achève avec des propositions "opérationnelles" visant à promouvoir la concurrence.

La deuxième partie du document contient des propositions sur les compétences de l'AGCM. On retiendra le souhait exprimé par l'Autorité d'harmoniser la législation nationale en matière de contrôle des concentrations et de répression des ententes illicites aux dispositions européennes et de renforcer les pouvoirs en matière d'aides d'État. Nos développements seront toutefois consacrés aux mesures envisagées pour accroître l'efficacité du programme de clémence. Après avoir constaté qu'à la différence des expériences étrangères, le mécanisme mis en place n'a pas donné les résultats escomptés, l'AGCM déclare son intention de renforcer considérablement la procédure de clémence, allant jusqu'à proposer des mesures correctives qui, si adoptées par le législateur, auront des conséquences majeures tant sur le plan civil que sur le plan pénal.

copier aucune information avec des moyens mécaniques ou électroniques et à utiliser ces informations exclusivement dans le cadre de la procédure judiciaire ou administrative en vue de l'application des règles de concurrence. En revanche, les tiers à la procédure de clémence n'auraient aucune possibilité d'accéder à ces déclarations. Selon l'AGCM, les modalités d'accès aux preuves devraient être définies ultérieurement, dans l'attente d'un nouvel éclairage de la Cour de justice de l'Union européenne sur cette question.

S. P. ■

1.3. Suisse

DISTRIBUTION SÉLECTIVE – RESTRICTIONS VERTICALES – ATTRIBUTION DE TERRITOIRES – EEE/SUISSE : La Commission de la concurrence sanctionne un fabricant européen de véhicules automobiles pour avoir restreint les exportations de véhicules de l'EEE vers la Suisse (*Commission de la concurrence, décision dans l'enquête 22-0408 concernant BMW, 7 mai 2012, DPC 2012/3 540*)

Le 7 mai 2012, la Commission de la concurrence, autorité suisse compétente en matière de concurrence (ci-après la "COMCO"), prit une décision qui retint l'attention bien au-delà du secteur automobile, notamment de nos confrères européens. En effet, dans ce dossier, un accord contenant une clause parfaitement conforme au droit communautaire était jugé contraire à l'article 5, alinéa 4 de la loi sur les cartels (Loi fédérale du 6 octobre 1995, sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251 (ci-après "LCart")), donnant lieu au prononcé d'une amende, de CHF 156 868 150 – soit environ 130 000 000 €. Cette décision est en appel auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après "TAF"), autorité judiciaire ayant un plein pouvoir de cognition. Bien que le prononcé du TAF soit attendu, ce jugement sera encore susceptible de recours, sur le droit uniquement, auprès de la juridiction suprême suisse, le Tribunal fédéral.

Les faits de la cause

Tout commença (ou presque) par une émission de la télévision suisse allemande ("Kassensturz") mettant en scène un journaliste qui, se faisant passer pour un client, visita tour à tour les garages Audi, Mercedes et BMW de l'Allemagne limitrophe. Alors que le présumé client obtint des offres des deux premières marques, il se vit opposer une fin de non-recevoir de la part des revendeurs allemands de la célèbre marque munichoise. Étonnamment, BMW n'hésita pas à confirmer à "Kassensturz", dans un courrier que cette dernière fit promptement parvenir à la COMCO, qu'en conformité avec le droit communautaire, les accords avec ses partenaires sur le territoire de l'Espace économique européen (ci-après "EEE") prévoyaient que les dits partenaires avaient le droit de commercialiser les véhicules sur tout le territoire de l'EEE et uniquement sur ce territoire, ajoutant que, la Suisse ne faisant pas partie de l'EEE, le droit communautaire ne lui était pas applicable. Toujours selon BMW, cette règle avait pour finalité de renforcer la position de ses partenaires, que ceux-ci soient situés à l'intérieur ou à l'extérieur de l'EEE.

L'émission "Kassensturz" fut précédée et surtout suivie d'un nombre important de plaintes à la COMCO de la part de clients suisses déplorant de ne pouvoir acheter des véhicules de marques BMW ou MINI en Allemagne, en Autriche, au Royaume-Uni et même aux États-Unis.

Dans le cadre de l'enquête de la COMCO, BMW produisit les contrats de distribution sélective du 1^{er} octobre 2003 conclus par BMW avec ses revendeurs situés sur le territoire de l'EEE. Ces contrats stipulent, conformément à la prise de position de BMW, que "les agents ne sont pas autorisés à livrer des véhicules BMW neufs ou des pièces de rechanges BMW neuves à des clients sis dans des pays hors de l'EEE, que ce soit directement ou indirectement, ou à équiper des véhicules à ces fins" (Notre traduction du texte suivant : "1.5 Export : Dem Händler ist es weder gestattet, unmittelbar oder über Dritte neue BMW Fahrzeuge und Original BMW Teile an Abnehmer in Länder ausserhalb des EWR zu liefern noch Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten").

Il ressort aussi de la décision que le contrat entre BMW Suisse et ses revendeurs en Suisse contenait initialement aussi une clause restrictive dont le contenu confidentiel n'apparaît pas dans la version publique de la décision et qui interdisait apparemment tout approvisionnement autre que par le biais de "BMW Schweiz AG". Or, ce contrat avait été soumis à la COMCO pour approbation dans le cadre des dispositions finales de la loi sur les cartels du 20 juin 2003 introduisant des sanctions administratives directes et donna lieu, à l'époque, à une communication convenue avec la COMCO de BMW à ses revendeurs suisses afin de les autoriser à procéder à des achats de véhicules dans l'EEE. Voilà qui explique pourquoi l'enquête discutée ici, se concentre essentiellement sur le contrat de distribution sélective relatif à l'EEE et ses effets en Suisse.

Enfin, trois semaines avant que la COMCO ne rende sa décision, BMW l'informa qu'elle avait adressé à tous ses revendeurs dans l'EEE une clarification selon laquelle la Suisse devait être considérée, du point de vue de leur contrat, comme faisant partie de l'EEE. Une initiative louable bien entendu, mais assurément tardive pour valoir coopération au sens de l'article 49a alinéa 2 LCart ou circonstance atténuante au sens de l'article 6 de l'Ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence du 12 mars 2004 (RS 251.5).

La COMCO considéra qu'il y avait ici accord vertical entre BMW et ses revendeurs dans l'EEE, contraire à l'article 5, alinéa 4 LCart dont le contenu est le suivant : "Sont également présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace les accords passés entre des entreprises occupant différents échelons du marché, qui imposent un prix de vente minimum ou un prix de vente fixe, ainsi que les contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues".

Contexte des affaires en matière d'accords verticaux

Cette affaire n'est pas isolée et fait suite à plusieurs décisions qui sont presque toutes devant le TAF (décision du 25 mai 2009, enquête sécateurs et cisailles Felco, DPC 2009/2, p. 143

(laquelle ne fit l'objet d'aucun appel puisqu'il s'agissait d'une auto-dénonciation) ; décision du 2 novembre 2009, enquête 22-0326 médicaments hors-liste (fixation des prix de revente), DPC 2010/4, p. 649 ; décision du 30 novembre 2009, enquête 22-0349, Gaba (cloisonnement du marché suisse) DPC 2010/1, p. 65 ; décision du 28 novembre 2011, enquête 22-0396, Nikon (cloisonnement du marché suisse)). Elle s'inscrit dans un contexte économique généralement tendu en raison notamment de l'envol du franc suisse par rapport à l'euro depuis la fin 2010 : l'industrie d'exportation suisse est en berne, le tourisme d'achat fait souffrir la grande distribution et les marges réalisées par les banques sont absorbées par le différentiel de change. L'ilot de cherté suisse n'est désormais plus un simple sujet de conversation ou d'étonnement pour les étrangers de passage. Faisant l'objet d'une couverture médiatique systématique, il est devenu un objectif politique prioritaire du gouvernement fédéral (<http://www.evd.admin.ch/themen/00129/00169/index.html?lang=fr>). L'inafaillibilité de cette thématique a même conduit notre Conseil fédéral à soumettre au Parlement une nouvelle modification de la loi sur les cartels visant à déclarer illicite certains accords durs horizontaux et verticaux en lieu et place de l'actuel système fondé sur les effets de ces accords (Message du Conseil fédéral du 22 février 2012 relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence <http://www.evd.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=fr&msg-id=43503>). Cela permettait en passant de faire pièce à l'une des motions déposées par une députée au Parlement, laquelle visait à ce que le Conseil fédéral complète la loi sur les cartels en introduisant une disposition interdisant aux entreprises d'offrir leurs produits à des prix plus élevés en Suisse qu'à l'étranger... (http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113984).

Méthode d'analyse en droit suisse de la concurrence

Le droit suisse des cartels n'étant pas fondé sur l'illicéité de principe de tout accord restrictif de concurrence, il a fallu, lors de l'introduction de sanctions directes, que des éléments constitutifs suffisamment précis soient définis pour satisfaire l'adage "*nullum crimen sine lege certa*" et permettre les sanctions conformément à l'article 49a LCart (amendement introduit par la loi fédérale du 30 juin 2003 entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 introduisant des sanctions directes pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices). Des présomptions de suppression de la concurrence efficace furent ainsi introduites à l'article 5, alinéa 3 pour certaines restrictions horizontales et à l'article 5, alinéa 4 en relation avec certaines restrictions verticales, d'une gravité particulière. Ces dernières présomptions concernant des accords verticaux, furent introduites au moment des débats parlementaires, origine qui explique leur fondement scientifique discutable et remis en cause par une partie de la doctrine en Suisse. Non contente de ce nouvel instrument, la COMCO adopta une pratique selon laquelle lesdites restrictions pouvaient être sanctionnées, même en cas de renversement de la présomption.

Une fois constatée une restriction à la concurrence résultant d'un accord, l'article 5 LCart exige un examen en trois étapes : 1° celui de l'éventuelle subsistance sur le marché d'une concurrence intra- ou inter-marques et, cas échéant,

le constat que la concurrence efficace n'est pas supprimée de sorte que la présomption est renversée ; 2° en cas de renversement de la présomption (pratiquement systématique), l'examen de la notabilité qualitative et quantitative de la restriction à la concurrence ; 3° l'examen de l'absence de motifs d'efficacité économique au sens de l'article 5, alinéa 2 LCart permettant de justifier la restriction (chiffres 10 et ss de la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux, décision de la Commission de la concurrence du 28 juin 2010, (ci-après "la Communication")). Dans toutes les affaires mentionnées ci-dessus les entreprises furent sanctionnées, alors que les conditions du marché avaient conduit au constat d'un renversement de la présomption de suppression de la concurrence efficace.

Ces particularités législatives devraient conduire à un examen des effets sur le marché de la restriction considérée. En pratique, cet examen est difficile, de sorte que la méthode suivie par la COMCO relève souvent plus du procédé argumentatif que de l'analyse économique rigoureuse.

Analyse dans le cas d'espèce

La COMCO constate d'abord que la clause d'interdiction d'exportation exclut les ventes de véhicules neufs BMW et MINI en dehors de l'EEE, de sorte qu'elle la qualifie d'accord sur les attributions de territoires conduisant à un cloisonnement illicite du marché suisse. La COMCO constate ensuite que cette clause interdit tant les approvisionnements directs que le commerce parallèle. En réponse aux arguments avancés par BMW et se fondant sur les éléments suivants, soit le courrier de BMW cité ci-dessus, l'absence de volonté manifestée par BMW de communiquer rapidement un correctif à ses revendeurs, le nombre de plaintes reçues de clients, les dépositions des grossistes et la vente de véhicules dits de seconde main pour contourner l'interdiction d'exportation, la COMCO confirme l'effet obligationnel ("*pacta sunt servanda*") sur les revendeurs BMW de la clause d'interdiction d'exportation de sorte qu'il s'agit bien d'un accord restrictif de concurrence au sens de l'article 5, alinéa 4 LCart.

Passant à la seconde étape portant sur le renversement de la présomption, la COMCO relève tout d'abord que, du point de vue de la concurrence intra-marque, un important potentiel d'arbitrage (contesté par BMW) prévaut en raison du différentiel de prix entre la Suisse et l'Allemagne (de plus de 20 % en moyenne pour un taux de change de 1,25 CHF pour 1 €). Face à un tel potentiel, les très modestes importations directes de véhicules BMW en comparaison d'autres marques (2,07 % pour BMW contre 7,29 % de moyenne pour les autres marques tous marchés confondus en 2011) ne peuvent s'expliquer, selon la COMCO, que par l'interdiction d'exportation. C'est sans succès que BMW tenta de remettre en question le présupposé d'un effet des importations directes sur le niveau des prix en Suisse, en se référant aux véhicules AUDI dont le prix reste élevé en dépit d'importations directes plus importantes. Enfin, la COMCO rejette l'explication selon laquelle les prix en Suisse seraient pour partie le résultat de modèles de base mieux équipés, considérant que, précisément, le client suisse peut souhaiter bénéficier d'une offre de véhicules moins équipés.

À notre avis, cette enquête montre bien que la méthode suivie par l'autorité suisse est, dans son résultat, assez proche de celle qui serait pertinente en matière de restriction par

D'un point de vue purement pratique, cette affaire servira d'enseignement aux juristes de droit communautaire qui seront bien avisés dorénavant, d'ajouter la Suisse à l'EEE lorsqu'ils procèderont à la définition du territoire d'exploitation des distributeurs.

Finalement, on doit constater que cette lutte contre l'îlot de cherté est peut-être la seule question européenne qui fasse l'unanimité en Suisse. Ironie du sort, une telle politique, dans une période de difficulté économique et de chômage en augmentation telle que la connaît actuellement la Suisse, pourrait malencontreusement contribuer à une tendance déflationniste, ce qui irait à fins contraires de celles généralement évoquées en relation avec la question de l'adhésion si controversée.

P. K. 

II. JURISPRUDENCES ÉTRANGÈRES

2.1. Etats-Unis

**PRIVATE ENFORCEMENT – ENTENTE – SHERMAN
ACT ET DROIT ANTITRUST DES ÉTATS – CLASS
ACTION – REJET POUR DÉFAUT DE PREUVES
SUFFISANTES : La Cour d’appel du sixième
Circuit rejette l’action intentée par plusieurs
comtés de l’Ohio à l’encontre des deux
principaux exploitants des mines de sels de
l’État** (*U.S. Court of Appeals, Erie County, Ohio v. Morton Salt
and Carcill Inc., Sixth Cir., n° 11 – 4153, 18 déc. 2012*)

Une décision rendue le 18 décembre 2012 par la Cour d'appel du sixième Circuit vient confirmer, une nouvelle fois, que les plaignants qui intentent une action privée en “*stand alone*” (c'est-à-dire, sans agir de manière consécutive à une action des autorités antitrust), doivent fournir des preuves suffisamment solides pour pouvoir franchir les premiers filtres procéduraux établis par la jurisprudence (sur cette question, v. *Concurrences* n° 1-2012, p. 236 et s., obs. J.-C. R.). En cas contraire, la juridiction de jugement risque fort de rejeter la plainte comme étant insuffisamment étayée. C'est la sanction qu'a subi le comté d'Erie, qui avait initié une *class action*, composée de plusieurs autres comtés

de l'Ohio (*Erie County, Ohio v. Morton Salt and Cargill Inc.*, U.S. Court of Appeals, Sixth Cir., n° 11 – 4153, 18 déc. 2012). Pourtant, les plaignants avaient cru pouvoir se fonder sur un rapport très sévère, émanant des autorités de l'État, qui pointait les dysfonctionnements et anomalies existant sur le marché local du sel. Celui-ci fait l'objet d'un partage par les entreprises Cargill et Morton Salt, qui exploitent les principales mines de l'Ohio, dans un duopole parfaitement stable depuis plusieurs années.

Le rapport élaboré par le Bureau de l'inspection générale de l'Ohio mettait en lumière l'exclusion des concurrents ne provenant pas de l'État et concluait à l'existence d'une probable stratégie d'allocation du marché au profit de Cargill et Morton Salt. En particulier, le document se basait sur cinq "indicateurs" : l'existence de parts de marchés stables, un taux de renouvellement des contrats élevé (ce taux traduisant que les entreprises en place n'étaient quasiment jamais délogées, notamment lors de la passation des marchés publics), des structures de soumission au marchés suspects, des enchères fantaisistes dans plusieurs cas et, enfin, des prix (et des profits) très élevés pratiqués par les deux opérateurs.

Ayant pris connaissance de ce rapport, le comté d'Erie et plusieurs autres comtés potentiellement victimes des pratiques portèrent plainte contre Cargill et Morton Salt devant les juridictions de l'Ohio, sur le fondement du *Valentine Act*, loi d'État reprenant le contenu du *Sherman Act*. Les défenseurs obtinrent que l'affaire soit finalement jugée par le Tribunal fédéral du District Nord de l'Ohio. Celui-ci débouta les plaignants qui interjetèrent appel.

La Cour d'appel du sixième Circuit, par sa décision du 18 décembre 2012, a confirmé la solution du Tribunal du District Nord de l'Ohio. La Cour indique, pour justifier le rejet de l'action des plaignants, que ces derniers se sont contentés de reprendre les éléments présents dans le rapport, sans rien de plus. Or, selon la juridiction d'appel, ce document *“décrit dans le détail les signes d'un marché non-concurrentiel, mais ne fournit pas d'indices d'une collusion illégale sur ce marché”*. Autrement dit, le rapport ne faisait que souligner l'existence de problèmes de concurrence sur le marché du sel, peut-être causés par des pratiques illicite, mais sans prouver celles-ci. Il revenait aux plaignants de fournir à la Cour des éléments plus probants que ceux contenus dans le document établi par le Bureau de l'inspection générale. En l'état, les plaignants *“n'avaient rien fait d'autres que pointer l'existence d'un comportement parallèle qui pouvait être le produit d'actions indépendantes”*. Sans éléments suggérant l'existence de contacts illicites ou d'une stratégie commune, l'action ne pouvait prospérer. Ainsi, pour la Cour d'appel, la stabilité des parts de marché ou les prix élevés n'étaient pas des indices suffisants pour caractériser une telle entente. De même, les allégations selon lesquelles les défendeurs auraient volontairement perdu des marchés dans une logique de “non-agression” n'étaient pas, en soi, des preuves de l'existence de tels comportements. La solution peut paraître sévère de prime abord, mais elle se situe dans la droite ligne de la jurisprudence établie depuis quelques années, et qui tend à contrôler plus strictement que par le passé les actions privées, afin d'éviter tout abus (*Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 2007).

Enfin, et de manière sans doute plus originale, on signalera que la décision a été rendue sur le fondement du droit antitrust de l'Ohio, à savoir le *Valentine Act*. Pourtant, la Cour d'appel du sixième Circuit a raisonné de manière quasi-exclusive sur la base du *Sherman Act* et de la jurisprudence fédérale. Relevant que "*l'Ohio s'est depuis longtemps inspiré du droit fédéral pour appliquer le Valentine Act*" et que "*les parties se sont largement référé au droit fédéral*", la Cour a considéré qu'il était logique "*d'analyser la demande des plaignants par référence au droit fédéral*". Aussi bien par la volonté des défendeurs de rapatrier le litige devant les juridictions fédérales que par celle de la Cour raisonner en suivant le cadre d'analyse posé par le *Sherman Act*, l'affaire illustre la puissance d'attraction du droit fédéral. Par là-même, resurgit aussi la question, plus polémique, de l'utilité ou de la qualité de certains droits antitrust des États...

**PUBLIC ENFORCEMENT – ENTENTE – SHERMAN
ACT – ACCORDS DE NON-SOLLICITATION :**
**Le Department of Justice agit à nouveau
contre des entreprises ayant conclu des
accords de non-sollicitation visant des
salariés hautement qualifiés** (*U.S. District Court of
California, United States v. eBay, Inc., Case n° CV 12 – 58690,
16 nov. 2012*)

précisément, un marché du recrutement. Comme le précise la plainte du *Department of Justice*, “des entreprises dans la même branche d’activité ou dans des branches similaires se concurrencent souvent pour embaucher et retenir les salariés talentueux. Cela est particulièrement vrai dans le secteur des nouvelles technologies (...). La sollicitation de salariés qualifiés d’une autre entreprise est une méthode efficace pour concurrencer autrui et se renforcer”. Là où les juristes français envisageraient la situation sous l’angle du débauchage et de la concurrence déloyale, les autorités antitrust américaines traitent celle-ci sous l’angle du droit du marché. L’atteinte au marché est, pour ces dernières, caractérisée par l’élimination de la concurrence entre eBay et Intuit et surtout, par “le dommage causés aux salariés, en termes de réduction des salaires, de diminution des bénéfices et des opportunités qu’ils auraient pu obtenir autrement, si la concurrence n’avait pas été éliminées” entre les firmes concernées. La caractérisation du marché concerné n’est cependant pas davantage poussée, dans la mesure où le *Department of Justice* considère que les accords litigieux doivent être prohibés *per se* “sans qu’il soit nécessaire de procéder à une analyse plus élaborée du secteur concerné”.

**PRIVATE ENFORCEMENT – APPLICATION
EXTRATERRITORIALE DU DROIT ANTITRUST
AMÉRICAIN – FTAIA – DOMESTIC EFFECTS
EXCEPTION – CARTEL ÉTRANGER : Un tribunal
fédéral apporte de nouvelles précisions
concernant l'application extraterritoriale du
droit antitrust américain, à propos de l'affaire
du cartel chinois de la vitamine C** (*U.S. District
Court E.D.N.Y., In re Vitamin C Antitrust Litigation, F.Supp.2d,
nj 05-CV-0453, 06-MD-1738 BMC JO, 16 nov. 2012*)

groupes européens ou japonais... Dans un pan précédent de l'affaire, des plaignants américains avaient pu obtenir, en mai 2012, un accord transactionnel – un des premiers du genre – de la part d'un des membres du cartel chinois, qui n'avait pas réussi, pour se dédouaner, à convaincre le juge américain qu'ils avaient agi en suivant les directives des autorités de Pékin.

Dans le volet plus récent de l'affaire commentée, les plaignants s'étaient regroupés en *class action*. La classe avait été certifiée préalablement par le Tribunal new yorkais et comprenait "tout acheteur direct de vitamine C pour livraison aux États-Unis auprès des défendeurs" chinois. Ces derniers considéraient que les demandeurs étaient des plaignants "totalement" étrangers, achetant des produits à l'étranger. À l'inverse, les auteurs de la *class action* se dépeignaient comme des "entreprises multinationales, avec une présence substantielle aux États-Unis". Pour bien comprendre la situation, on peut isoler l'exemple de la société Mitsubishi International Food Ingredients, filiale américaine de l'entreprise japonaise Mitsubishi Corp. En 2005, la filiale avait acheté pour 63 000 dollars de vitamines C à l'un des cartellistes, qui expédia les marchandises en Pennsylvanie. Deux mois plus tard, une nouvelle commande d'un montant identique eut lieu : celle-ci fut livrée aux États-Unis, mais réglée directement par un dirigeant de la société mère japonaise. Dans bien des autres cas, la situation était similaire : la commande émanait d'une société mère asiatique ou européenne, mais les marchandises étaient livrées aux États-Unis et revendues, pour l'essentiel, aux consommateurs américains.

L'application du droit antitrust américain, sollicitée par des plaignants étrangers, à l'encontre d'un cartel chinois

La discussion s'était donc essentiellement nouée autour de cette question des "plaignants-acheteurs étrangers", dans l'optique essentielle de savoir si le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (ci-après "FTAIA") interdisait à ces derniers d'agir et d'obtenir réparation devant les tribunaux américains. En effet, parmi les développements les plus intéressants à relever, ce sont ceux concernant le FTAIA qui retiennent l'attention. On sait que ce texte de 1982, qui tente de codifier la fameuse doctrine des effets établie par la jurisprudence *Alcoa* en 1945, dispose que – par exception – le droit antitrust fédéral ne s'appliquera qu'aux comportements étrangers ayant des effets "directs, substantiels et raisonnablement prévisibles" sur le commerce des États-Unis (sur ce texte, v. E. Cavanagh, *The FTAIA and Claims by Foreign Plaintiffs Under State Law*, Antitrust – Fall 2011, p. 43 et s.). Malgré l'intervention en 2004 de la Cour suprême dans l'affaire *Empagran* (*F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 2004), le FTAIA soulève encore de nombreuses interrogations, si bien que les conditions exactes selon lesquelles le droit américain peut s'appliquer à des affaires de cartels mondiaux restent encore aujourd'hui assez peu claires (H. Buxbaum et R. Michaels, *Jurisdiction and Choice of Law in International Antitrust Law – A US Perspective*, in *International Antitrust Litigation*, éd. J. Basedow, S. Francq et L. Idot, Hart Publ. 2012, p. 233). La décision du 16 novembre 2012 apporte toutefois quelques précisions supplémentaires en ce domaine.

La stratégie des entreprises chinoises tendait à présenter l'affaire comme étant la plus éloignée possible du champ d'attraction du droit américain. D'où la volonté marquée des défendeurs de considérer les plaignants comme étant "absolument" étrangers : en effet, dans un passé récent, la jurisprudence américaine avait pu se montrer assez stricte à l'égard des demandeurs non-américains cherchant à agir devant les juridictions des États-Unis (H. Buxbaum et R. Michaels, *op. cit.*, p. 234 et s.). La Cour suprême, dans l'affaire *Empagran*, avait indiqué que le FTAIA "excluait du champ du Sherman Act les comportements anticoncurrentiels causant uniquement un dommage à l'étranger ('foreign injury')". Ainsi, selon les défendeurs, le droit américain n'était pas applicable à leur cas puisque les comportements en cause tombaient sous le coup du régime général du FTAIA. L'exception que prévoit le texte ne pouvait donc jouer, puisque l'essentiel du cartel et de ses effets étaient localisés à l'étranger, et impliquaient des acheteurs non-américains. En particulier, le facteur à prendre en considération était la localisation de l'acte d'achat ou de la transaction, et non le lieu de la délivrance des marchandises pour déterminer, en quelque sorte, le "centre de gravité" de la pratique anticoncurrentielle, et son éventuel rattachement au for américain.

De leur côté, les plaignants estimaient que de tels arguments étaient hors de propos, dans la mesure où le marché américain était directement affecté : les marchandises étaient pour l'essentiel destinées au marché américain, et revendues aux consommateurs américains. Dès lors, la question de savoir si les plaignants étaient totalement ou partiellement étrangers, ainsi que la détermination d'un centre de gravité artificiel, ne se posait pas.

L'admission par le Tribunal du District Est de New York de la domestic effects exception

Par son jugement du 16 novembre 2012, le tribunal du District Est de New York a tranché en faveur des plaignants, en rejetant l'essentiel des requêtes des opérateurs chinois. Selon le juge fédéral, l'exception du FTAIA, qui permet à des plaignants étrangers d'agir devant les juridictions américaines sur le fondement du droit antitrust, s'appliquait ("domestic effects exception"). Ici, il importait finalement peu que les demandeurs soient, pour l'essentiel, des acheteurs étrangers. Le point crucial du raisonnement résidait dans le fait, incontesté, que les vitamines C cartellisées avaient été acheminées et revendues aux États-Unis.

Le Tribunal évoque d'abord la question du lien de causalité entre le comportement du cartel à l'étranger et les effets sur le marché américain, nécessaires à l'application des règles fédérales. Les juridictions ont souvent rejeté la compétence des tribunaux américains lorsque la connexion entre le dommage subi aux États-Unis ("domestic effects") et le comportement anticoncurrentiel était indirecte. Un lien de cause à effet direct est classiquement recherché. Or, en l'espèce, dans la mesure où les plaignants étrangers achetaient des vitamines C pour la revente aux États-Unis, le Tribunal a considéré que le prix supra-concurrentiel qu'ils payaient et qui se répercutaient sur les consommateurs américains, était le résultat direct de l'augmentation des prix décidé par le cartel chinois.

Puis, le juge new yorkais revient sur la jurisprudence *Empagran* et l'interprétation qui en avait été faite par les défendeurs. Il indique que celle-ci concernait des faits bien différents de l'espèce en cause. Dans l'affaire examinée en 2004, les produits cartellisés n'avaient jamais atteint le marché américain : les marchandises étaient distribuées par des plaignants étrangers, en dehors des États-Unis. Autrement dit, c'est parce que la commande et la délivrance des marchandises cartellisées avaient toutes deux eu lieu en dehors des États-Unis que la Cour suprême avait considéré que le droit antitrust n'avait pas vocation à s'appliquer. Dans l'affaire commentée, les vitamines C étaient achetées pour être distribuées aux États-Unis, ce qui en permettait d'établir un point d'ancrage suffisant avec les États-Unis, et permettait l'application de l'exception du FTAIA (c'est-à-dire, l'exception permettant l'application du droit antitrust fédéral ou "*domestic effects exception*").

En aucun cas, et contrairement à ce qu'affirmaient les défendeurs, l'arrêt *Empagran* et les décisions ultérieures, n'ont précisé que la localisation des transactions étaient le facteur décisif à prendre en considération. Tenter d'écarter le jeu du FTAIA en indiquant que le fait que les transactions avaient eu lieu à l'étranger et que les dommages subis l'étaient également, était artificiel et vain. En outre, la Cour suprême s'est uniquement prononcée sur la situation dans laquelle l'achat et la délivrance des biens cartellisés avaient eu lieu en dehors des États-Unis. Dans ce cas, le droit fédéral antitrust ne peut être appliqué. En revanche, la Cour a laissé ouverte la possibilité de faire jouer le *Sherman Act* (par l'intermédiaire de la "*domestic effects exception*" du FTAIA), lorsque l'achat des marchandises était effectué aux États-Unis, *ou bien* lorsque leur livraison avait lieu sur le sol américain. Le Tribunal conclut donc à l'applicabilité des règles antitrust au cas d'espèce.

Dans une perspective plus générale, la décision du 16 novembre 2012 s'inscrit dans un courant qui semble s'orienter vers une facilitation de l'action des plaignants à l'encontre des comportements étrangers. Par exemple, l'actualité récente a montré que, après avoir retenue une vision relativement restrictive de la causalité, les juridictions s'orientaient vers une interprétation plus propice à l'action des plaignants. Ainsi, dans l'affaire *Minn-Chem*, évoquée dans la précédente livraison de cette revue (*Minn-Chem*. v. *Atrium*, U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, n° 10-1712, 27 juin 2012, *Concurrences* n° 4-2012, p. obs. J.-C. R.), la Cour d'appel du septième Circuit avait interprété le FTAIA comme exigeant simplement “*un lien causal raisonnablement proche*” (“*reasonably proximate causal link*”) entre le comportement anticoncurrentiel allégué et ses effets sur le commerce américain pour que le droit antitrust fédéral puisse s'appliquer. Ce faisant, la Cour avait rejeté l'interprétation plus stricte retenue par le neuvième Circuit, estimant que les effets sur le marché américains devaient être la “*conséquence immédiate*” du comportement anticoncurrentiel. Les juridictions américaines, en accord avec les autorités fédérales, semblent donc bien décidées à ne pas laisser impunis les cartels étrangers.

J.-C. R. ■

PRIVATE ENFORCEMENT – ENTENTE – CLASS ACTION – PROCÉDURE DE CERTIFICATION :
Le Tribunal du District de Pennsylvanie accepte de certifier une classe de plaignants dans une affaire d’entente dans le secteur du chocolat (*U.S. District Court, In re Chocolate Confectionary Antitrust Litigation, M.D.Pa., n° MDL 1935, CIVA. 1:08-MDL-1935, 7 déc. 2012*)

En cette période de fin d'année (qui sera la période de début d'année, au moment où ces lignes seront publiées), la trêve des confiseries n'a pas eu lieu aux États-Unis. En 2008, plusieurs acheteurs de chocolat s'étaient regroupés en *class action*, afin d'obtenir la condamnation des trois principaux chocolatiers des États-Unis. Plus de 70 % du chocolat américain est en effet produit par trois géants mondiaux, les groupes Hersey, Mars et Nestlé USA. Les acheteurs directs de confiseries estimaient que les trois entreprises s'étaient entendues illégalement, à plusieurs reprises entre 2002 et 2007, pour décider de hausses de prix du chocolat. Pour les plaignants, le marché du chocolat aux États-Unis est structuré de telle sorte qu'il conduit nécessairement à des comportements collusifs. L'existence d'un marché oligopolistique du chocolat, ainsi que la fréquence des réunions entre les différents acteurs dans le cadre de réunions professionnelles rendraient plus que probables, selon les demandeurs, l'existence de contacts informels pour discuter de fixations des prix. De leur côté, les chocolatiers considéraient que les preuves et les arguments avancés étaient, à ce stade de la procédure, insuffisants pour permettre à la *class action* d'aller plus loin. La bataille judiciaire s'est alors poursuivie pendant plusieurs années, sur le terrain procédural, pour déterminer si l'action des plaignants pouvait aboutir ou non.

Le 7 décembre 2012, l'affaire a, semble-t-il, pris un virage décisif (*Inre Chocolate Confectionary Antitrust Litigation*, U.S. District Court, M.D.Pa., n° MDL 1935, CIV.A. 1:08-MDL-1935). Le Tribunal fédéral du District de Pennsylvanie a d'abord rejeté deux demandes *in limine litis* des producteurs de chocolats, visant à écarter des témoignages d'experts des plaignants, confirmant la grande plausibilité d'une entente sur le marché en cause. Ensuite, et surtout, les preuves présentées étant suffisamment convaincantes, le Tribunal a décidé que l'action devait être maintenue. En particulier, le Tribunal a accepté de certifier la classe dont le périmètre avait été dessiné par les plaignants. Ceci ne préjuge en rien de la tournure future des événements, mais il s'agit là d'une étape importante puisque la certification est la phase préalable au procès. Elle permet aussi de déterminer quels seront les effets de l'action : le jugement n'aura d'effet que sur les membres de la classe. En l'espèce, la classe délimitée est celle de "*toute personne ou entité ayant acheté directement des lots de chocolat, standard ou de grande taille, auprès de toute des défendeurs ou de toute entreprise détenue par eux, aux États-Unis ou pour la revente aux États-Unis, pour la période allant du 9 décembre 2002 au 20 décembre 2007*". Même si un certain nombre d'entités ont été exclues par le juge, on constate que la classe est extrêmement large. La délimitation de la classe est loin d'être une étape anodine puisque celle-ci a une incidence sur le montant des dommages et intérêts qui peuvent être alloués, si les défendeurs sont condamnés. Or, plus les montants en jeu sont importants, et plus les entreprises sont incitées

à transiger avec les plaignants, avant l'issue du procès. Bien entendu, cette dernière dépendra aussi largement des éléments de preuves qui seront avancés par la suite, mais le jugement du 7 décembre donne quelques indications sur la solidité des arguments présentés par les plaignants. L'affaire du chocolat ne fait donc que commencer...

J.-C. R. ■

À noter

PRIVATE ENFORCEMENT – ENTENTE – SHERMAN ACT ET DROIT DU SPORT – CLASS ACTION – RETRANSMISSION DES COMPÉTITIONS SPORTIVES – RETRANSMISSION DES MATCHES EN DIRECT PAR INTERNET : Le Tribunal fédéral du District Sud de New York accepte de recevoir la plainte d'abonnés alléguant l'existence d'une entente contre plusieurs ligues sportives et prestataires de services de télévision et Internet (*U.S. District Court S.D. New York, Thomas Lauman et al. v. National Hockey League et al.*, n° 12 Civ. 1817(SAS) et 12 Civ. 3074(SAS), 5 déc. 2012)

La question de la retransmission des compétitions sportives est décidément au cœur de l'actualité du droit antitrust. Après avoir été sous les feux de la rampe du droit européen de la concurrence, avec l'affaire *Premier League*, celle-ci est à nouveau posée, mais de l'autre côté de l'Atlantique. Dans un jugement rendu le 5 décembre 2012, le Tribunal fédéral du District Sud de New York a décidé de rejeter la requête présentée par la *National Hockey League* et la *Major League Baseball*, ainsi que par les entreprises Comcast et Direct TV. Cette requête visait à écarter la demande émanant de plusieurs abonnés à des télévisions par câble et à Internet, formant une classe en cours de constitution (*"putative class action"*). En substance, la plainte des abonnés reprochait à différentes ligues sportives et aux principaux prestataires de service qui retransmettent les matches par télévision ou Internet de s'entendre illicitement pour procéder à une répartition géographique du marché. En particulier, avec le système actuel, il est impossible pour un consommateur qui ne serait pas abonné à une chaîne de télévision payante, de regarder les matches de son équipe locale favorite par Internet. En outre, les consommateurs estiment que la vente de matches "par package", sans possibilité de choisir les matches intéressants, est illicite. En considérant que les plaignants avaient un intérêt à agir et présentaient une demande sérieuse, ce jugement préliminaire ouvre la voie à ce qui pourrait donner lieu à une affaire pouvant entraîner une refonte du système de diffusion des matches *live* aux États-Unis. Affaire à suivre, donc...

J.-C. R. ■

PRIVATE ENFORCEMENT – MONOPOLIZATION – SHERMAN ACT ET DROIT DES MARCHÉS FINANCIERS – CONTRATS À TERMES : Le Tribunal fédéral du District Sud de New York accepte de recevoir la plainte d'opérateurs dénonçant des actes de monopolization sur le marché du pétrole brut WTI (*In re Crude Oil Commodity Futures Litigation, United States District Court, S.D. New York : Master File n° 11 Civ. 3600(WHP)*, 21 déc. 2012)

On signalera également une nouvelle affaire intéressante dans laquelle le droit antitrust rencontre le droit des marchés financiers. L'affaire concerne le marché de l'énergie, et plus précisément celui du pétrole. Le pétrole est généralement négocié à l'aide de contrats à termes sur les différentes places boursières mondiales. Il existe également différents types de pétrole, selon les zones de production et les caractéristiques chimiques. Les principaux types de pétroles qui servent de sous-jacent pour les contrats futurs sont le WTI (West Texas Intermediat) et le Brent (le brut de la mer du nord). Le 21 décembre 2012, le Tribunal du District Sud de New York a accepté de recevoir la plainte d'une *class action* en cours de constitution, alléguant des manipulations sur le prix du pétrole brut qui seraient le fait d'Arcadia et de Parnon, filiales de Farahead Holdings qui négocie, achète et vend des contrats pétroliers dans le monde entier. Les plaignants sont des opérateurs intervenant sur le NYMEX WTI. Ils considèrent que ces manipulations sont constitutives d'actes de *monopolization*, qui tombent sous le coup de la section 2 du *Sherman Act*. L'affaire fait elle-même suite à une action engagée au niveau fédéral par la *State Commodity Futures Trading Commission*. Au-delà de l'intérêt que peut représenter le volet civil antitrust de l'affaire, la décision commentée est extrêmement instructive : les marchés concernés sont décrits avec précision. Surtout, le jugement fait preuve d'une très grande pédagogie, ce qui permet aux non-initiés du droit des marchés financiers de mieux saisir les subtilités de la matière.

J.-C. R. ■

2.2. Canada

CARTEL – RECOURS COLLECTIF – DEMANDE D'AUTORISATION – SECTEUR DE L'ESSENCE : La Cour supérieure du Québec autorise un deuxième recours collectif dans l'affaire du cartel de l'essence (*Cour supérieure du Québec*, 6 sept. 2012, *APA c. Ultramar Itée*, 2012 QCCS 4199)

L'affaire dite du "cartel de l'essence ou de l'octane" continue de livrer ses multiples contours. Alors que le processus public suit son cours avec son lot significatif de mises en accusation et de plaidoyers de culpabilité, les automobilistes, victimes directes de cette entente illicite, ont pris le relais des autorités publiques en assurant l'application privée (*Private enforcement*) grâce au mécanisme du recours collectif. Le jugement rendu par la Cour supérieure du Québec, en date du 6 septembre 2012, porte sur la demande d'autorisation d'un recours collectif introduite par une association consomériste œuvrant dans le domaine de la défense des droits des automobilistes (*Association pour la protection automobile c. Ultramar Itée*, 2012 QCCS 4199).

Il est la deuxième décision de justice autorisant le recours collectif de personnes victimes du “cartel de l'essence” après celle rendue par le même tribunal le 30 novembre 2009, par laquelle Simon Jacques, Marcel Lafontaine et l'Association pour la protection automobile (ci-après APA) se sont vus autorisés à exercer un recours collectif pour quatre groupes de personnes. Ces derniers avaient acheté de l'essence à la pompe sur le territoire des quatre marchés visés par des accusations portées par le Directeur des poursuites pénales du Canada (ci-après DPP) : les villes de Victoriaville, Thetford Mines, Sherbrooke et Magog (*Jacques c. Pétro-Canada*, 2009 QCCS 5603), toutes situées dans la province de Québec.

L'un des enjeux importants de la décision analysée se trouve dans l'objet de la demande d'autorisation qui vise d'autres territoires que ceux pour lesquels des accusations ont été portées par le Bureau de la concurrence et le DPP.

Le contexte factuel, à l'origine, le cartel de l'essence dans l'Estrie (Province de Québec)

Après plusieurs années d'enquête, le Bureau de la concurrence annonçait, en juin 2008, que plusieurs distributeurs au détail d'essence situés dans quatre villes de l'Est du Québec (Victoriaville, Thetford Mines, Sherbrooke et Magog) étaient accusés de fixation du prix du carburant ordinaire vendu à la pompe directement aux automobilistes dans les stations-service. Ce cartel a pu être démantelé, grâce notamment à l'utilisation de la technique de l'écoute électronique qui a permis au Bureau de la concurrence d'intercepter des centaines de milliers de communications téléphoniques entre les membres du cartel. Ces interceptions ont eu lieu du 3 mars 2005 au 30 juin 2005, puis du 20 décembre 2005 au 18 avril 2006.

L'écoute électronique et la surveillance visuelle ont démontré l'existence d'une entente par laquelle les distributeurs d'essence au détail coordonnaient les hausses et les diminutions du prix de l'octane, à des moments déterminés de la journée (*Jacques c. Pétro-Canada*, 2009 QCCS 5603, par. 24.). Les stations-service maintenaient cette coordination par l'intermédiaire d'un système de surveillance mutuelle composé de visites d'observation des prix affichés et/ou par des appels téléphoniques.

En juin 2008 et en juillet 2010, des accusations ont été portées contre 38 individus et 14 entreprises parmi lesquels plusieurs (environ sept entreprises et vingt-sept personnes physiques, à ce jour) ont plaidé coupables à l'accusation de complot en vue d'empêcher ou de réduire indûment la concurrence dans la vente au détail de l'essence ordinaire dans les quatre marchés pertinents, en fixant les prix. Ils commettaient ainsi l'acte criminel prévu à l'ancien paragraphe 45 (1) (c) de la *Loi sur la concurrence*, disposition pertinente à l'époque des faits.

C'est dans ce contexte que l'APA – organisme de défense des intérêts des automobilistes comptant environ 9 000 membres – et Monsieur Daniel Thouin, automobiliste ayant acheté du carburant auprès de quelques-unes des stations-service durant la période visée, ont introduit devant la Cour supérieure du Québec une demande d'autorisation pour exercer un recours collectif fondé sur les articles 36 de la

Loi sur la concurrence (L.R.C. 1985, c. C-34, ci-après “L.c.”) et 1457 du *Code civil du Québec* (L.Q. 1991, c. 64, ci-après “C.c.Q.”). Recherchant la réparation du dommage causé par le cartel aux automobilistes qui ont acheté du carburant ordinaire non seulement dans les régions concernées par les enquêtes menées par le Bureau de la concurrence, mais également pour plusieurs autres régions du Québec, l'APA requiert l'autorisation d'exercer un recours collectif. À cette fin, elle demande d'être nommée représentante pour 27 groupes de personnes qui auraient acheté de l'essence sur le territoire de 27 villes ou régions du Québec et qui auraient été victimes d'un complot en vue de fixer les prix de l'essence, pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2002 et le 30 juin 2006. Daniel Thouin en est le membre désigné.

La Cour supérieure est appelée à trancher une série de questions ainsi formulées dont certaines allaient au-delà du problème juridique central concernant l'autorisation du recours collectif,

- “1. Le Tribunal doit-il considérer toutes les pièces soumises par les requérants ?
2. Y a-t-il chose jugée ? Sinon, le Tribunal doit-il appliquer la théorie de la préclusion ?
3. Les faits paraissent-ils justifier les conclusions réclamées (1003 b) *Code de procédure civile* (L.R.Q., c. C-25, ci-après ‘C.p.c.’) ?
4. Les questions soulevées sont-elles identiques, similaires ou connexes (1003 a) C.p.c.) ?
5. Daniel Thouin doit-il être nommé représentant (1003 d) C.p.c.), eu égard aux 27 groupes proposés (la question du lien de droit) ?
6. Le Tribunal doit-il identifier comme questions en litige, celles portant l'octroi de dommages exemplaires et de dommages-intérêts ?” (Para. 16)

En rappelant la règle probatoire essentielle de la simple *apparence sérieuse de droit* applicable au stade préalable de la requête d'autorisation, la Cour supérieure accueille la demande d'autorisation du recours collectif aux fins de réparation des dommages subis par les victimes du cartel qui ont acheté du carburant au-delà des marchés sur lesquels des accusations de complots ont été portées par les autorités de contrôle, accepte l'ensemble de la preuve versée au dossier, y compris les écoutes électronique et les opinions universitaires, et rejette la prétention des requérants relative à l'existence d'éventuels dommages exemplaires ou punitifs.

L'étape de l'autorisation d'un recours collectif sert de mécanisme de filtrage et de vérification permettant de vérifier le sérieux de la demande. Elle requiert simplement la démonstration et non la persuasion, d'où l'intérêt de tenir compte de l'ensemble des allégations versées au dossier, même celles résultant du oui-dire (écoute électronique) ou d'opinions (études universitaires).

La Cour supérieure du Québec a tenu compte de l'ensemble des allégations versées par les requérants au soutien de leur demande en considérant principalement la fonction de la requête d'autorisation et le niveau de preuve requis à ce stade. Relativement au rôle de la demande d'autorisation, la Cour rappelle que celle-ci constitue un mécanisme de filtrage et de vérification visant à s'assurer que le recours proposé est sérieux et dénué de frivolité (Para. 2). Conséquemment, et tout en réitérant une jurisprudence constante, cela suppose d'un point de vue probatoire qu'il pèse simplement sur le requérant "un fardeau de démonstration" et non un "fardeau de preuve" en tant que tel (para. 22).

Au stade de l'autorisation du recours collectif, les faits doivent être tenus pour avérés (para. 3 et 22). Dans ce cadre spécifique, il est pertinent pour le juge de considérer toutes les pièces lui permettant d'apprécier le critère de l'apparence de droit de façon précise. En l'espèce, les requérants ont déposé, au soutien de leur demande, trois études préparées de façon indépendante par des universitaires qui se sont intéressés à l'enquête tenue par le Bureau de la concurrence sur la fixation des prix de l'essence, ainsi qu'un résumé de l'écoute électronique préparé par le Bureau de la concurrence du Canada.

Tout en rappelant qu'il est possible que des documents, inadmissibles en preuve sur le fond d'un dossier, puissent être considérés au stade de la demande d'autorisation, la Cour supérieure conclut à l'admissibilité de ces deux types de preuve car ils permettent de corroborer l'apparence sérieuse des faits allégués. Si la Cour s'est interdite de présager du caractère probant des opinions universitaires, rôle qui, selon elle, appartient au juge du fond, elle s'est permise de préciser, à juste titre, que le résumé de l'écoute électronique préparé par le Bureau de la concurrence aux fins des dossiers criminels constitue à ce stade "la meilleure preuve disponible" (para. 35). D'ailleurs, concernant spécifiquement l'admissibilité, comme moyen de preuve, de l'écoute électronique interceptée au cours de l'enquête criminelle, l'on s'étonne de l'absence de référence à l'article 36 al. 2 L.c. qui permet spécialement au requérant de se prévaloir, lors d'une action en réparation fondée sur l'article 36 al. 1 L.c., comme celle en l'espèce, "des procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant tout tribunal qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction" ou de "toute preuve fournie lors de ces procédures". Cette disposition constitue au moins l'une des bases légales de l'admissibilité des écoutes électroniques dans une action civile.

La demande doit démontrer que l'action collective est appropriée, car les questions sont identiques, similaires ou connexes

Le recours collectif exige certaines caractéristiques d'*homogénéité* du groupe envisagé, et conséquemment, l'existence de *questions communes* dont le tribunal pourrait être saisi. Les questions 3 à 5 ci-dessus identifiées par le tribunal répondent à ces exigences juridiques formulées par l'article 1003 C.p.c., à savoir la clarté et la solidité du raisonnement juridique, lui-même basé sur des faits allégués avérés. En l'espèce, les requérants ont bâti leur argumentation sur le fait que "les intimés ont comploté en vue de fixer les prix de l'essence, non seulement dans les quatre marchés où il y a eu des accusations portées en vertu de la *Loi sur la concurrence*, mais en *plusieurs endroits au Québec*, faisant en sorte que les prix de l'essence ont été artificiellement gonflés. Ils réclament donc la différence entre le prix payé et le prix que les membres auraient dû payer, soit le prix du marché" (para. 19).

Dès lors, tout le débat s'est cristallisé sur la démonstration de l'apparence des éléments de l'ancien article 45 L.c., applicable à l'époque des faits, qui prohibait les ententes restreignant de manière indue la concurrence sur un marché. En effet, les détaillants intimés arguaient que les plaignants n'avaient pas rencontré leur fardeau de démonstration, aux motifs notamment que 1° les conversations ne visaient pas à s'entendre sur les prix, mais plutôt à échanger de l'information concernant ces mêmes prix et que 2° ni les marchés pertinents, ni l'existence d'un pouvoir de marché n'avaient été démontrés (para. 25).

Pour rappel, dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society* ([1992] 2 R.C.S. 606), la Cour suprême du Canada avait clairement indiqué que l'application de l'ancien article 45 L.c. exigeait le concours d'éléments matériels (*l'actus reus*) et intentionnels (*la mens rea*). Tout d'abord, *l'actus reus* est établi lorsqu'il s'agit d'un complot entre au moins deux personnes, qui a pour effet de porter atteinte indûment à la concurrence. Cette analyse nécessite l'examen de la structure du marché, dans le but de savoir si l'entreprise en cause dispose d'un certain pouvoir de marché. À cette fin, il faut analyser l'accord dans le contexte économique dans lequel il est appliqué. Pour ce faire, il faut d'abord définir le marché pertinent, mesurer la puissance de marché et la puissance commerciale des entreprises en cause. Enfin, il faut analyser la structure concurrentielle du marché et enfin, effectuer la combinaison de ces deux éléments. En ce qui concerne la *mens rea*, la Cour suprême a précisé que le critère intentionnel comporte deux éléments : un élément subjectif qui est l'intention de l'accusé de conclure l'accord et sa connaissance des modalités de celui-ci. Le second élément de la *mens rea* est objectif et résulte du fait que "l'accusé savait ou aurait dû savoir, en tant qu'homme ou femme d'affaires raisonnable, que c'était là l'effet vraisemblable de l'accord" (*PANS*, [1992] 2 R.C.S. 606, 660).

La Cour rappelle sommairement ce cadre juridique de l'ancien article 45 L.c. et conclut qu'au stade de la demande d'autorisation, il n'est pas nécessaire d'établir chacun des éléments de l'ancienne disposition prohibant les

ententes. Citant avec approbation l'arrêt *Infinion (Option Consommateurs v. Infinion Technologies A.G., 2011 QCCA 2116)*, elle déclare "qu'il est possible d'inférer, au stade de l'autorisation, le pouvoir commercial des intimés et la structure du marché, à partir de l'ensemble du dossier" (para. 28). Elle conclut, à ce propos, que l'examen de l'ensemble du dossier montre que les détaillants se sont entendus "pour fixer les prix de l'essence, à des heures précises, des journées précises, dans des villes bien identifiées et situées en dehors des quatre marchés visés par le recours *Jacques*" (para. 98).

À l'argumentaire des membres du cartel consistant à opposer l'existence de la chose jugée compte tenu de la décision rendue le 30 novembre 2009 autorisant l'exercice d'un recours collectif visant les marchés faisant l'objet de l'enquête, la Cour supérieure oppose, à bon droit, l'objet distinct de la demande d'autorisation sous examen, qui vise les 27 municipalités et territoires : "cette demande n'a pas fait l'objet du jugement rendu le 30 novembre 2009, y compris pour les 9 municipalités comprises dans le grand territoire proposé pour délimiter géographiquement les marchés. Il n'y a donc pas chose jugée, l'objet des deux litiges étant différent" (para. 54-56).

Puisque le cartel est avéré, il en résulte alors un préjudice qui s'évalue en fonction du nombre de litres d'essence vendu par marché. La perte subie pour chaque litre vendu étant la différence entre le prix convenu par les participants au cartel et le prix du marché, soit le prix par litre que le consommateur aurait dû payer dans un marché concurrentiel. Ainsi, la demande démontre que l'action collective est appropriée, car les questions sont identiques, similaires ou connexes. La Cour conclut que les critères posés par l'article 1003 C.p.c. sont dès lors rencontrés (para. 36-41). La demande d'autorisation du recours collectif est ainsi accueillie : l'APA et Daniel Thouin sont nommés représentants pour tous les groupes.

Enfin, et c'est un élément intéressant, profitant du pouvoir qui lui est reconnu au moment de l'autorisation, dans l'appréciation de l'apparence de droit, de disposer d'une question de droit claire (*Trudel c. Banque Toronto-Dominion, 2007 QCCA 413*) ou du bien-fondé ou non d'un moyen (*Carrier c. PGQ, 2011 QCCA 1231, para. 37.*), le juge de la Cour supérieure du Québec a écarté du débat la question des dommages exemplaires ou punitifs lors de l'examen au fond, étant entendu que ce type de dommages n'est pas couvert par les recours en réparation basés sur les articles 36 L.c. ou 1457 C.c.Q., "compte tenu de l'état actuel du droit et du fait que les parties doivent se concentrer sur les véritables enjeux" (para. 265).

K. D. ■

**CARTEL – RECOURS COLLECTIF –
COMMUNICATION D'UN ÉLÉMENT DE PREUVE
– SECTEUR DE L'ESSENCE – ÉCOUTE
ÉLECTRONIQUE : La Cour supérieure du Québec
précise que les demandeurs d'un recours
collectif peuvent obtenir l'accès à la totalité
des communications interceptées lors
de l'enquête publique** (*Cour supérieure du Québec,
28 juin 2012, Jacques c. Pétroles Irving 2012 QCCS 2954*)

Toujours dans le cadre de l'affaire dite du "cartel de l'essence", la Cour supérieure du Québec a rendu, en date du 28 juin 2012, un jugement portant sur l'étendue du droit d'accès des demandeurs d'un recours collectif consécutif à un cartel à la preuve collectée par les autorités de contrôle aux fins d'une poursuite criminelle. Dans le jugement sous examen, il s'agit principalement de l'étendue du droit d'accès aux résumés de l'écoute électronique interceptés par le Bureau de la concurrence et le Directeur des poursuites pénales du Canada (ci-après DPP) dans le contexte de l'enquête et des investigations menées pour mettre au jour un cartel dans le secteur de la distribution au détail du carburant ordinaire dans les régions de Sherbrooke, Magog, Thetford Mines et Victoriaville (Estrie).

Le Bureau de la concurrence a obtenu, entre 2004 et 2006, plusieurs autorisations d'intercepter des communications privées, accordées dans le but de lui permettre de détecter un cartel dans la distribution de l'essence au détail. Ainsi des conversations électroniques ont été interceptées du 3 mars 2005 au 30 juin 2005, puis du 20 décembre 2005 au 18 avril 2006 dans quatre marchés de l'Estrie. Il a pu ainsi, par l'entremise du DPP, porter des accusations criminelles d'entente de fixation de prix en vue de restreindre indûment la concurrence (ancien art. 45 L.c.) à plus d'une cinquantaine de distributeurs d'essence au détail (station-service) parmi lesquels plus d'une trentaine ont plaidé coupables. Consécutivement à cette action publique, Monsieur Simon Jacques et l'Association pour la protection des automobilistes (ci-après APA), organisme canadien de défense des droits des automobilistes, ont d'abord présenté une demande d'autorisation d'un recours collectif qui a été accueillie par la Cour supérieure en novembre 2009 (*Jacques c. Pétro-Canada, 2009 QCCS 5603*).

Ce recours collectif vise à indemniser les personnes qui ont acheté de l'essence dans les quatre marchés identifiés ci-haut, entre 2002 et le 30 juin 2006. Il est intenté à l'encontre de soixante-douze distributeurs de carburant au détail (para. 10). Il est à la deuxième étape de l'exercice du recours, là où la demande principale est discutée au *fond*. C'est dans ce contexte processuel que les plaignants demandent au juge, conformément aux pouvoirs qui lui sont reconnus, d'ordonner à un tiers de donner communication de l'écoute électronique interceptée durant l'enquête publique. Ainsi le juge devait trancher la question de savoir si les autorités de contrôle étaient tenues de communiquer aux demandeurs les enregistrements de communications interceptées concernant le cartel de l'essence, pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 30 juin 2006?

Dans le contexte d'un recours collectif fondé notamment sur l'article 36 L.c., les demandeurs peuvent obtenir l'accès aux communications interceptées

Pour rappel, l'article 36 L.c. prévoit un droit à réparation pour "une somme égale au montant de la perte ou des dommages" subis par suite d'une infraction relative à la concurrence contenue dans la partie VI de la L.c. (notamment l'infraction de complot-art. 45 L.c. et de truquage d'offre-art. 47 L.c.). Ce droit à réparation n'est ouvert qu'aux personnes qui ont subi un préjudice à la suite, notamment, d'une entente ou d'une soumission concertée, que des accusations aient été portées ou non.

Pour faciliter l'exercice du droit à réparation, l'article 32, al. 2 pose la présomption que les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées selon la L.c. établissent, *prima facie*, que la personne a eu un comportement enfreignant la L.c. Il est aussi prévu que la preuve fournie lors de ces procédures, quant à l'effet des actes, constitue une preuve de cet effet dans le dossier civil. Il a ainsi été reconnu dans l'affaire *Forest Protection* que les instigateurs d'un recours privé sous-tendu par l'article 36 L.c. ont le droit d'interroger les enquêteurs du Bureau de la concurrence et "d'obtenir d'eux le fruit de leurs enquêtes" (para. 28) (*Forest Protection Ltd c. Bayer A.G.*, [1996] 68 C.P.R. (3d) 59, para. 57 et s.). La confidentialité de l'enquête publique (art. 29(1) L.c.) n'est pas un obstacle juridique à un tel accès, puisque cette même disposition pose une exception au principe de non-divulgateion lorsqu'est en jeu l'application de la L.c. auprès des autorités de contrôle, comme en l'espèce, car "le fruit des enquêtes du Bureau de la concurrence doit servir à tout objet visé par la Loi sur la concurrence, dont le recours prévu à l'article 36".

K. D. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien Géradin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque, Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa
Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Erese, Dominique Ferré
Didier Ferrié, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Jean-Mathieu Cot
Jacques Gunther, David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Francesco Martucci
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Centre de Recherche en Droit Public
Jean-Philippe Kovar
Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Florian Bien, Karounga Diawara
Pierre Kobel, Silvia Pietrini
Jean-Christophe Roda, Julia Xoudis

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John
Marianne Faessel-Kahn
François Souty, Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIES)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	465 €	474,76 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	445 €	532,20 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	695 €	831,22 €
☐ 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	120 €	122,52 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

☐ Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	615 €	735,54 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

☐ Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	795 €	950,82 €
☐ Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	895 €	1070,42 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France