



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence  
*Competition Law Journal*

## JURISPRUDENCES

## EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

**Chroniques** | Concurrences N° 2-2013 – pp. 188-197

---

### **Florian BIEN**

florian.bien@uni-wuerzburg.de

| *Professeur, Université de Würzburg*

### **Silvia PIETRINI**

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

| *Maître de conférences, Université Lille 2, Droit et Santé*

### **Jean-Christophe RODA**

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

| *Maître de conférences, Aix-Marseille Université*

**Florian BIEN\***

florian.bien@uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Würzburg

**Silvia PIETRINI**

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

Maître de conférences, Université Lille 2,  
Droit et Santé

**Jean-Christophe RODA**

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Maître de conférences  
Aix-Marseille Université

## Abstracts

### 1. EU

#### 1.1. Germany

**ABUSE OF A DOMINANT POSITION – SHARED USE OF A FERRY PORT – DENIAL OF ACCESS – OBJECTIVE JUSTIFICATION – BURDEN OF PROOF: 188**

The Federal Court of Justice places high demands of proof relating to the justification of a denial of access to a ferry port  
Federal Court of Justice, 11.12.2012, *Puttgarden II*, KVR 7/12

**PUBLIC LIABILITY – MERGER PROHIBITION – FAULT – ACTION FOR DAMAGES: 190**

The Regional Court of Cologne dismisses an action for public liability after the unlawful prohibition of a merger project  
Regional Court of Cologne, 06.02.2013, *Phonak v. Federal Republic of Germany*, 5 O 86/12

#### 1.2. Italy

**PUBLIC ENFORCEMENT – ABUSE OF DOMINANT POSITION – ACCESS TO FILE THE COMPETITION AUTHORITY – RIGHTS OF THE DEFENCE: 191**

The Supreme Court Administrative sets limits on access to the file of the Competition Authority  
Supreme Court Administrative, 19.02.2013, *Case Competition Authority competition v. Rete Ferroviaria Italiana and Trenitalia*, n° 1568/2013

**PRIVATE ENFORCEMENT – ABUSE OF DOMINANT POSITION – DISCRIMINATORY PRACTICES – FOLLOW-ON ACTION – TELECOMS: 192**

The Court of Milan says that the telecom operator has abused its dominant position and imposes to repair the damage suffered by a contractor  
Court of Milan, 13.02.2013, *Case OKCOM v. Telecom Italia*

**PRIVATE ENFORCEMENT – PUBLIC ENFORCEMENT – AGREEMENT – PARALLEL LITIGATION – CLASS ACTION: 195**

The Court of Genoa suspends the proceedings on a class action pending a decision by the Competition Authority  
Court of Genoa, 04.10.2012 and the Competition Authority, measurement instruction of 28 March 2013, No. 1743, *Case expensive ferry*

### 2. US

**PRIVATE ENFORCEMENT – CLASS ACTION – CERTIFICATION – SHERMAN ACT – MONOPOLIZATION: 195**

The Supreme Court of the United States rejects Antitrust Suits and sets Higher Bar for Class Certification  
U.S. Supreme Court, 27.03.2013, *Comcast Corp. et al., v. Behrend et al.*, n° 11-864

## 1. UNION EUROPÉENNE

### 1.1. Allemagne

**ABUS DE POSITION DOMINANTE – DROIT D'UTILISATION COMMUNE D'UN PORT DES FERRY-BOATS – REFUS D'ACCÈS – JUSTIFICATION OBJECTIVE – CHARGE DE LA PREUVE : La Cour fédérale de justice pose des exigences très élevées concernant la preuve de la justification d'un refus d'accès (Cour fédérale de justice, décision du 11 décembre 2012, *Puttgarden II*, KVR 7/12)**

Une entreprise jouissant d'une position dominante sur le marché n'est pas en principe obligée de partager ses réseaux ainsi que ses infrastructures avec ses concurrents. Il existe cependant une exception mise en évidence par la doctrine dite des "essential facilities", développée par le droit américain des ententes et reprise dans la pratique juridique européenne. Une entreprise qui occupe une position dominante sur le marché peut, selon cette doctrine, être contrainte à accorder aux autres entreprises l'accès aux installations et infrastructures qui, en raison de leur nature, de leurs propriétés spécifiques ou de leur emplacement, constituent un élément déterminant susceptible d'encourager ou, au contraire, de fausser le jeu normal de la concurrence sur un marché secondaire. L'on cite à titre d'exemple le refus d'accès aux infrastructures nécessaires à l'exercice des activités de transport tels que les ports ou aéroports (cf. Commission européenne, 21 décembre 1993, JO n° L 015 du 18 janvier 1994, pp. 8 ss "*Sealink II*"; 11 mars 1998, JO n° L 72/30 – *aéroport de Francfort*).

Depuis 1998, le législateur allemand a explicitement intégré cette doctrine en droit allemand de la concurrence. Elle se présente dès lors comme un cas type du délit d'abus de position dominante prévu au paragraphe 19 *GWB*. Et pourtant, l'obligation faite à une entreprise en position dominante d'accorder à ses concurrents l'accès à ses infrastructures constitue une atteinte grave à ses droits de propriété ainsi qu'à ses activités économiques. Pour y échapper, l'entreprise concernée est régulièrement tenue de justifier objectivement son refus, ce qui n'est pas une tâche aisée, comme l'illustre si bien l'affaire *Puttgarden II*. En effet, la Cour fédérale de justice pose des exigences très élevées quant à la preuve d'une justification objective.

---

**L'allégation de l'entreprise dominante sur l'incertitude des chances de succès des procédures d'autorisations administratives nécessaires constitue-t-elle un argument suffisant pour justifier son refus d'accorder à un concurrent le droit d'accès à ses infrastructures portuaires ?**

---

En droit allemand, l'obligation d'accès trouve son fondement juridique au paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GWB*, qui dispose qu'une entreprise qui occupe une position dominante sur le marché commet un abus lorsqu'elle refuse qu'une autre entreprise accède à ses propres réseaux ou à d'autres infrastructures contre paiement d'une redevance adéquate, dès lors que ce refus empêche l'autre entreprise, pour des raisons de droit ou de fait, de concurrencer l'entreprise en position dominante sur le marché en amont ou en aval, sauf si cette dernière peut prouver que, pour des considérations techniques ou autres, l'accès à son réseau n'est pas possible ni raisonnable. C'est sur l'entreprise en position dominante que repose dans ce cas la charge de la preuve d'impossibilité ou d'incompatibilité d'une utilisation commune. Dans l'affaire commentée, l'entreprise dominante pouvait évoquer l'existence d'obstacles juridiques actuels l'empêchant d'accorder l'accès. L'arrêt de la Cour fédérale de justice faisant objet de ce commentaire examine l'importance d'une suppression éventuelle de ces obstacles juridiques au moyen d'une autorisation administrative.

\*Avec la collaboration d'Ulrich Pfeffer, Assistant de recherche, Université de Würzburg.

## La Cour d'appel de Düsseldorf juge justifié le refus d'accès de l'exploitant du port de Puttgarden et annule l'ordonnance du *Bundeskartellamt* condamnant un abus

Scandlines est propriétaire du port des ferry-boats de Puttgarden (Allemagne) et détient un monopole d'exploitation du ferry en direction de Rødby (Danemark). Ce ferry relie le détroit de 19 km de large entre les deux îles de la mer baltique Fehmarn (Allemagne) et Lolland (Danemark). Il fait partie de l'itinéraire dit "*Vogelfluglinie*", nom qui fait référence à un important axe migratoire emprunté par des millions d'oiseaux chaque année, desservant les grandes agglomérations de Hambourg (Allemagne) et de Copenhague (Danemark). Selon Wikipedia, les ferrys de Scandlines avaient transporté en 2010 350 000 véhicules poids-lourds, 1,6 millions de voitures et 6,2 millions de passagers. Ils ont également transporté un nombre assez important des trains tels que les wagons de Nord-Express (Copenhague-Paris) et d'Italia-Express (Copenhague-Rome). Il est prévu de construire un lien fixe entre les deux îles, en forme de tunnel ou de pont, à l'horizon de 2020.

Les sociétés norvégiennes Eidsiva et Fosen envisageaient, dans le cadre d'une joint-venture, d'exploiter la même ligne toutes les heures avec leurs ferry-boats. Mais l'exécution de leur projet dépendait principalement de l'accord d'utilisation commune des infrastructures portuaires existantes, dont l'accès leur était pourtant refusé par Scandlines. À la suite d'une plainte déposée par Eidsiva et Fosen, le *Bundeskartellamt* adopta le 27 janvier 2010 à l'encontre de Scandlines une ordonnance constatant le délit d'abus de position dominante et donc la violation du paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GWB* et de l'article 102 TFUE. Selon le *Bundeskartellamt*, Scandlines occupe en tant qu'exploitant de l'unique port de Puttgarden une position dominante sur le marché relatif à la mise à la disposition des infrastructures portuaires nécessaires au service des ferry-boats sur l'itinéraire Puttgarden/Rødby. D'après le *Bundeskartellamt*, le port constitue une infrastructure au sens du paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GWB* ainsi qu'une "*essential facility*". Dès lors, le refus d'y accéder en vue d'une utilisation commune empêche d'autres entreprises de concurrencer l'entreprise dominante sur le marché en aval des services des ferry-boats. Aussi, dans sa décision du 27 octobre 2010, le *Bundeskartellamt* avait-il enjoint à Scandlines d'entamer des négociations avec Eidsiva et Fosen et de leur faire une proposition d'accès raisonnable. Scandlines attaqua cette décision devant la Cour d'appel de Düsseldorf qui l'annula le 7 décembre 2011. La Cour soutient que le refus de Scandlines d'accorder à Eidsiva et à Fosen l'accès à ses infrastructures portuaires est justifié, car une utilisation commune du port de Puttgarden serait impossible, notamment pour des raisons juridiques tel qu'il ressort du paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *in fine*. Certes les parkings et espaces de stockage prévus dans le cadre de l'utilisation commune du port sont pour le moment réservés au transport ferroviaire ; et il n'est pas possible de prédire une éventuelle suppression de cet obstacle par une décision de désaffectation conformément aux textes légaux régissant le transport ferroviaire. Selon la Cour d'appel, l'incertitude d'une telle prévision est, conformément aux règles applicables en matière de preuve, à la charge du *Bundeskartellamt* et des entreprises sollicitant l'accès.

## La Cour fédérale de justice rejette explicitement le critère assez étendu retenu par la Cour d'appel de Düsseldorf pour la reconnaissance de l'impossibilité juridique et renvoie l'affaire à la même cour d'appel pour un nouvel examen

Sur recours du *Bundeskartellamt*, la Cour fédérale de justice a annulé le 11 décembre 2012 l'arrêt de la Cour d'appel de Düsseldorf et renvoyé l'affaire à la même cour pour un nouvel examen. La Cour fédérale de justice reproche à la Cour d'appel une application erronée des conditions d'une justification objective reprises au paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *in fine*.

Elle considère notamment comme erroné le fait de mettre à la charge du *Bundeskartellamt* l'incertitude de la réponse à la question de savoir, si l'utilisation commune du port de Puttgarden envisagée par Eidsiva et Fosen peut être autorisée par les textes légaux et réglementaires régissant le transport ferroviaire. Dans la répartition de la charge matérielle de la preuve, la Cour d'appel distinguerait de manière incorrecte l'actuel obstacle juridique d'une part et la possibilité de son éventuelle suppression d'autre part, ce qui laisse admettre un critère assez étendu pour la reconnaissance de l'impossibilité juridique. Ainsi, la Cour de justice fédérale reproche-t-elle aux juges de la Cour d'appel de Düsseldorf de ne pas être suffisamment exigeants par rapport aux motifs à donner par le propriétaire des infrastructures pour justifier le refus d'accès. D'après les juges fédéraux, le simple fait que le projet d'utilisation commune envisagé nécessite une autorisation administrative préalable ne saurait pas suffire pour légalement refuser l'accès.

La Cour fédérale de justice justifie sa prise de position essentiellement comme suit: la répartition de la charge de la preuve retenue par la Cour d'appel est déjà contraire à la notion d'impossibilité, qui comprendrait des obstacles empêchant de façon permanente l'exécution des prestations. À titre d'exemple, un obstacle juridique permanent existe lorsqu'un projet soumis à une autorisation préalable ne peut, dans aucune circonstance et de manière définitive, bénéficier d'une telle autorisation ou que les autorisations nécessaires ne peuvent plus être obtenues. La Cour fait remarquer que cette conception correspond également au but du paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GWB*, lequel vise à garantir l'ouverture des marchés en amont et en aval d'infrastructures essentielles à l'exercice de la libre concurrence. La Cour rappelle que l'application du paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GWB* nécessite constamment de faire des projections. L'on ne saurait procéder autrement pour la question de la faisabilité juridique du projet. Dès lors il faudrait prendre en compte toutes les formalités administratives nécessaires à la réalisation du projet envisagé ainsi que leurs chances de succès.

## La Cour fédérale de justice souligne le rapport entre la règle et l'exception exprimé au paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GWB* en faveur du droit d'accès

Selon la Cour fédérale de justice, la répartition de la charge de la preuve adoptée par la Cour d'appel comporte le risque d'édulcorer le sens même assigné au paragraphe 19,

alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GW*B par le législateur. En effet l'utilisation commune des infrastructures portuaires dans le but de faciliter l'exercice normal de la concurrence sur le marché en aval du service des ferry-boats est explicitement mentionnée dans les documents législatifs relatifs au paragraphe 19 *GW*B comme cas d'application. Il s'avère justement que les projets d'une telle complexité ne sauraient être exécutés sans l'obtention des décisions administratives nécessaires, dont l'issue ne peut être prévisible étant donné que les services administratifs compétents bénéficient des pouvoirs discrétionnaires, qui leur permettent d'examiner objectivement les différents points de vue.

Par ailleurs, la Cour fédérale souligne que le groupe des mots "*dies gilt nicht*" (cela ne s'applique pas) comporte la règle sur la charge de la preuve (cf. paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GW*B) et qu'elle prouve à suffisance que le législateur a voulu établir le rapport entre la règle et son exception en faveur du droit d'accès. Dès lors, c'est au propriétaire des installations qu'il appartient de prouver l'existence d'une impossibilité juridique.

#### **Doit-on aussi être très exigeant par rapport à la preuve de la nécessité d'accès à une infrastructure jugée essentielle ?**

Comme nous l'avons vu la Cour fédérale de justice pose des exigences très élevées concernant l'existence d'une impossibilité juridique. Il nous semble tout naturel que l'arrêt de la Cour fédérale de justice influence aussi la charge de la preuve pour la détermination de la raison d'accès au sens du paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GW*B *in fine*. C'est ainsi que l'entreprise qui sollicite le droit d'accès en vertu du paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GW*B doit expliquer et prouver qu'il ne lui est pas possible pour des raisons de droit ou de fait d'entrer en concurrence sur le marché en aval sans la possibilité d'une utilisation commune des réseaux ou infrastructures de l'entreprise en position dominante. Ici également, il est difficile de prévoir l'issue des procédures administratives nécessaires à une éventuelle mise en place de ses propres réseaux et infrastructures. En suivant le raisonnement de la Cour fédérale de justice, l'incertitude est à mettre à la charge de celui qui l'évoque et, dans le cas d'espèce, à la charge de l'entreprise qui requiert l'accès. Elle doit notamment démontrer que l'infrastructure dont elle sollicite l'accès ne peut être dupliquée. Au besoin elle doit prouver qu'elle a d'abord tenté sans succès d'obtenir les autorisations nécessaires auprès des administrations compétentes. En effet, le *Bundeskartellamt* a dans sa décision du 27 janvier 2010 indiqué qu'une autorisation de bâtir un autre port à côté de celui exploité par Scandlines est peu probable dans les cinq prochaines années. Tous les plans sont suspendus jusqu'à la conclusion du processus de planification du projet d'un lien fixe sur le détroit de Fehmarn. L'on se demande dès lors si la Cour d'appel de Düsseldorf partagera l'avis du *Bundeskartellamt* sur la question de savoir si l'accès au port est indispensable au concurrent potentiel de Scandlines.

Il est vrai que les exigences posées pour prouver la nécessité d'accès restreignent légèrement le champ d'application du paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GW*B. Mais elles semblent tout à fait justifiées, étant donné que le droit d'accès résultant

du paragraphe 19, alinéa 4<sup>ème</sup>, n° 4 *GW*B constitue une atteinte substantielle aux droits de propriété et aux intérêts économiques de l'entreprise en position dominante, ce qui nécessite qu'on ne le reconnaisse qu'à des conditions très strictes.

#### **Vingt ans de lutte en vain pour l'ouverture du marché sur l'itinéraire *Vogelfluglinie* sur le détroit**

La lutte pour l'ouverture du marché des services des ferry-boats sur la *Vogelfluglinie* met en évidence les difficultés pratiques auxquelles font face les potentiels concurrents qui tentent de faire valoir leur droit d'accès en recourant à la doctrine d'"essential facilities". Il convient de rappeler que déjà en 2003 la Commission avait pris position dans l'affaire *Euro-Port AIS c. Danemark* (JO n° L 55 du 26 février 1994, p. 52) sur les conditions d'accès d'un potentiel concurrent au port danois de Rodby. Du côté allemand, le *Bundeskartellamt* avait en 1999 ordonné à Scandlines d'accorder l'accès à son port de Puttgarden à deux sociétés maritimes, à savoir Easy-line et Stena. Il s'en est suivi une bataille judiciaire de plusieurs années que les deux potentiels concurrents de Scandlines n'ont pas pu mener jusqu'au bout, parce qu'elles sont tombées en faillite. Cette affaire démontre que malgré de nombreuses procédures des contrôles d'abus de position dominante, il n'y a ce jour, soit vingt ans après, aucune concurrence sur le détroit de Fehmarn.

F. B. – U. P. ■

#### **RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE – INTERDICTION DE FUSION – FAUTE DE L'AUTORITÉ DE CONCURRENCE – DOMMAGES ET INTÉRÊTS : Le Tribunal régional de Cologne rejette une action en responsabilité administrative entamée à la suite de l'interdiction illégale d'un projet de fusion (Tribunal régional de Cologne, jugement du 6 février 2013, Phonak c. République Fédérale d'Allemagne, 5 O 86/12)**

Le tribunal régional de Cologne (Landgericht) est le premier tribunal allemand qui, après les arrêts rendus par la Cour de justice et le tribunal de l'Union européenne dans les affaires *Schneider c/ Legrand* (arrêt du 16 juillet 2009, aff. C-440/07 P) et *Airtours c/ First Choice* (arrêt du 9 septembre 2008, aff. T-212/03), a eu l'occasion de se prononcer sur une action en responsabilité administrative liée à l'interdiction de fusion. Il était essentiellement question de savoir si et dans quelles conditions les parties à un projet de fusion pourraient avoir droit aux dommages et intérêts contre la République fédérale d'Allemagne pour l'interdiction par le *Bundeskartellamt* d'un projet de fusion déjà abandonné.

L'affaire concerne l'entreprise danoise d'électronique GN Store Nord qui envisageait de céder sa branche spécialisée dans la fabrication d'appareils auditifs (GN ReSound) à la société suisse Phonak (actuellement Sonova). Alors que les autorités de concurrence américaine, norvégienne et





administratif du Latium et présenté une demande d'accès au dossier de l'AGCM. Elles ont demandé notamment d'accéder à certains documents de l'entreprise ayant saisi l'Autorité, y compris son business-plan pour les années 2008-2012, une étude interne sur les caractéristiques du transport ferroviaire local en Italie, un tableau sur les prix que Arenaways envisageait de pratiquer ainsi que des informations sur l'état financier de cette société. Alors que l'AGCM avait refusé l'accès en invoquant des exigences de confidentialité de Arenaways puisque ces documents contenaient des secrets commerciaux, dans son arrêt du 12 novembre 2012, le Tribunal administratif régional du Latium a considéré que ce refus était illégitime, au motif que les documents demandés étaient nécessaires en vue de l'exercice des droits de la défense. L'Autorité de concurrence n'étant pas du même avis que l'organe de contrôle, elle a décidé d'introduire un recours devant le Conseil d'État.

La question soumise au Conseil d'État porte en particulier sur l'interprétation de l'article 13 des Règles de procédure de l'Autorité garante de concurrence et du marché de 1998 qui impose non seulement le respect du principe du contradictoire au regard des informations "confidentielles" mais aussi l'accès aux documents contenant des secrets commerciaux lorsque ces documents comprennent des éléments probatoires quant à l'existence d'une infraction ou des éléments essentiels pour la défense d'une entreprise (dans ce cas, l'accès est limité aux seuls éléments probatoires). Le Conseil d'État était donc confronté à deux exigences apparemment contradictoires : d'une part, la protection des secrets commerciaux contenus dans les documents constituant le dossier d'instruction de l'AGCM et d'autre part, le droit d'accès aux informations en vue de l'exercice des droits à la défense. Le juge a fait prévaloir la première exigence.

#### **Le lien entre l'exigence d'accès aux documents et l'effectivité du droit de défense doit se dégager de manière claire des pièces de la procédure**

Le Tribunal administratif régional du Latium avait souligné le caractère *instrumental* des documents faisant l'objet d'une demande d'accès par les entreprises sanctionnées en vue de l'exercice *plein* des droits de la défense. Autrement dit, selon le Tribunal, ces documents étaient nécessaires pour la défense des entreprises sanctionnées et celles-ci auraient dû pouvoir y accéder en vertu de l'article 13 des Règles de procédure de l'Autorité garante de concurrence et du marché de 1998.

Le Conseil d'État n'a pas été du même avis. Tout d'abord, il a considéré que "les besoins de la défense peuvent conduire à faire prévaloir, dans la logique de l'équilibre entre des intérêts contradictoires, (...) les arguments en faveur d'une divulgation sur les arguments visant à protéger la vie privée des personnes ou, comme dans ce cas, les secrets commerciaux ou les stratégies d'une entreprise commerciale". Toutefois, pour que cette divulgation soit possible, il est indispensable d'établir de manière nette "le lien entre l'exigence d'accéder aux documents et l'efficacité du droit de la défense". En dehors de l'hypothèse de ce *lien évident* entre un *droit d'accéder* à certains documents et un *exercice efficace du droit de la défense*, il incombe à la personne ayant demandé l'accès aux documents confidentiels de démontrer l'existence d'un

"lien spécifique avec les actes qu'elle considère importants pour (sa) défense". Dans le cas contraire – poursuit-il – le droit de la défense deviendrait une *formule générique* pour affirmer la prévalence systématique de l'exigence d'accès aux documents sur tous les autres intérêts contradictoires.

#### **L'accès aux données sensibles n'est permis que dans les cas strictement nécessaires**

Le Conseil d'État a rappelé ensuite que l'article 24, dernier alinéa, de la loi du 10 octobre 1990 n° 241 sur la protection de la concurrence énonce le principe selon lequel, même lorsque l'accès est demandé en vue de l'exercice des droits de la défense, l'accès aux données sensibles n'est en tout cas autorisé que dans les cas où cela est *strictement* nécessaire. La Cour Suprême administrative a affirmé également que, dans la Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, le droit d'accès est en principe exclu lorsque les informations faisant l'objet d'une demande de divulgation sont couvertes par le secret professionnel. Au cas d'espèce, la demande des entreprises sanctionnées porte sur des documents classés "confidentiels". Dès lors, il apparaît *légitime* que l'Autorité de concurrence ait refusé l'accès à ces documents, étant donné que d'une part, aucune de ces informations n'a été utilisée par l'Autorité en vue d'établir l'exploitation abusive d'une position dominante et d'autre part, les entreprises sanctionnées n'ont identifié aucun élément permettant d'établir un lien entre la documentation requise et leurs droits de la défense.

#### **Le principe de parité des armes ne peut pas a priori justifier de façon inconditionnelle l'accès au dossier de l'Autorité de concurrence**

Enfin, le Conseil d'État a estimé que le principe d'égalité des armes entre les parties ne permet pas *a priori* de démontrer la nécessité de divulguer des documents confidentiels du dossier de l'Autorité de concurrence au détriment d'autres exigences telles que la protection des informations commerciales. En effet, pour le juge, ce sont les règles du procès équitable qui assurent le respect du principe d'égalité des armes. À la lumière de tous ces éléments, le Conseil d'État a rejeté la demande d'accès aux documents confidentiels figurant dans le dossier de l'Autorité de concurrence.

S. P. ■

#### **ABUS DE POSITION DOMINANTE – PRATIQUES DISCRIMINATOIRES – ACTION FOLLOW-ON : Le Tribunal de Milan condamne un opérateur de télécommunications ayant abusé de sa position dominante à réparer le préjudice subi par un contractant (Tribunal de Milan, jugement du 13 février 2013, affaire OKCom/Telecom Italia)**

Le Tribunal de Milan vient de publier une décision historique en matière de *Private Antitrust Enforcement*. Tout d'abord, c'est la première fois qu'un *Tribunale* – juridiction de premier degré – se prononce sur le contentieux subjectif découlant

d'un abus de position dominante en violation du droit européen de la concurrence. Il faut rappeler qu'avant la loi du 24 mars 2012 n° 27 relative aux dispositions urgentes pour la concurrence, les Cours d'appel étaient compétentes en premier degré pour traiter le contentieux national, dans le cadre contractuel et délictuel. En revanche, pour le contentieux européen, les règles classiques s'appliquaient en matière de répartition de compétence juridictionnelle, les juridictions de première instance – le *Giudice di pace* et le *Tribunale* – étant compétentes en première instance et les Cours d'appel en deuxième instance. En pratique, seuls les *Giudici di pace* ont traité le contentieux *antitrust*. Depuis la réforme opérée en 2012 (voir S. Pietrini, "L'Italie dispose désormais de sections spécialisées pour les entreprises auprès des tribunaux et des cours d'appel de la capitale de chaque région", *Concurrences* n° 2-2012, p. 182), le législateur italien a mis en place un nouveau "tribunal des entreprises" qui a pris la forme de sections spécialisées dans le contentieux économique individuel, y compris les pratiques anticoncurrentielles, auprès d'un certain nombre de juridictions judiciaires dont le Tribunal de Milan. Au cas d'espèce, ce dernier a été saisi avant la réforme de 2012 mais c'est la première fois que la première section civile de ce Tribunal prononce une décision en matière de *Private Antitrust Enforcement*.

Ensuite, la décision que nous allons commenter est très importante, car le Tribunal de Milan a condamné l'opérateur historique de la téléphonie mobile à réparer le préjudice découlant de l'exploitation abusive de sa position dominante en s'appuyant pour la première fois sur la décision de l'Autorité garante de la concurrence et du marché qui avait déjà condamné cet opérateur en 2007 pour violation de l'article 102 du TFUE (ex article 82 TCE).

Les faits remontent à 2001. Un petit opérateur de la téléphonie fixe avait dénoncé auprès de l'Autorité garante de la concurrence et du marché ("AGCM") la mise en œuvre de conditions discriminatoires par les trois principaux opérateurs de la téléphonie mobile. Cette pratique consistait à appliquer, pour les appels du réseau fixe vers le réseau mobile, des tarifs qui étaient supérieures à celles prévues pour leurs divisions commerciales. En 2004, d'autres opérateurs "alternatifs" avaient dénoncé des pratiques discriminatoires. À la suite de l'enquête menée par l'AGCM, celle-ci avait établi, par une décision du 3 août 2007 n° 17131, que les trois opérateurs détenaient une position dominante sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal mobile vers fixe et condamné deux entreprises pour exploitation abusive au sens de l'article 102 TFUE (ex article 82 TCE), la troisième étant échappé à la sanction, après avoir présenté des engagements pour remédier aux préoccupations de concurrence avant la conclusion de l'enquête. Les entreprises sanctionnées avaient formé un recours devant les juridictions de contrôle, mais tant le Tribunal administratif régional du Latium que le Conseil d'État avaient confirmé les sanctions prononcées par l'Autorité garante de la concurrence et du marché.

En 2008, les opérateurs victimes de ces pratiques discriminatoires ont décidé de lancer des actions en réparation devant le Tribunal de Milan et le Tribunal de Rome. C'est dans ce contexte que, par un jugement du 13 février 2013, le Tribunal de Milan a enjoint à la société Telecom Italia de

ne pas réitérer la pratique illicite et l'a sanctionnée à réparer le préjudice causé à un de ses contractants – la société OKCom Spa – en s'appuyant sur la décision rendue en 2007 par l'AGCM.

### La décision de l'Autorité de concurrence constitue une preuve privilégiée de l'existence de la pratique anticoncurrentielle

Le Tribunal de Milan a affirmé tout d'abord que les questions relatives à l'identification du marché pertinent et l'existence d'une position dominante de Telecom Italia ainsi que de pratiques discriminatoires et d'exclusion au détriment d'entreprises concurrentes ont déjà fait l'objet d'analyse par l'Autorité garante de la concurrence et du marché. Selon le juge, l'enquête et la décision de l'Autorité portent sur des questions et des comportements *tout à fait identiques* aux questions et aux comportements évoqués par le demandeur à l'action civile. Dès lors, on ne peut ne pas tenir compte des preuves recueillies pendant l'enquête de l'Autorité et des conclusions tirées par celle-ci. En effet, ces éléments sont importants, car ils ont été acquis dans le cadre d'une enquête *approfondie*, menée sur des *documents*, des *auditions* et des *analyses techniques des marchés*. En outre, cette enquête a été réalisée par un *tiers particulièrement qualifié dans le domaine*. Enfin, la décision adoptée par l'AGCM a été confirmée par les organes de contrôle.

Sur la question de la valeur qui doit être attribuée aux décisions de l'AGCM, la première section du Tribunal de Milan a rappelé que, selon la Cour de cassation, "il ne fait aucun doute que la décision de l'Autorité garante de la concurrence et du marché ou des juges administratifs qui la confirment ou la réforment, joue un rôle significatif dans l'évaluation de l'accord, de la pratique concertée ou de l'abus de position dominante, constituant une preuve privilégiée de l'existence de la conduite constatée ou de la position occupée sur le marché et de son éventuel abus" (Cour de cassation, arrêt du 13 février 2009, n° 3640/09, affaire *A.N.C.L. c/ Inaz paghe s.r.l. e Ass.ne provinciale dei consulenti del lavoro di Treviso*). Cette présomption n'est pas cependant irréfragable. Les parties à l'action civile – poursuit la Cour de cassation – ont, en effet, le droit de présenter des preuves en faveur ou à décharge de la constatation effectuée par l'Autorité de concurrence qui concernent directement la position de chaque victime. Au cas d'espèce, le Tribunal de Milan a partagé la décision de l'AGCM, le défendeur à l'action civile n'ayant pas apporté des éléments nouveaux pouvant contredire les conclusions tirées sur le comportement fautif. Ainsi, le Tribunal de Milan a confirmé l'analyse du marché pertinent (le marché de gros de la terminaison d'appel vocal mobile vers fixe), l'existence d'une position dominante de Telecom Italia sur ce marché et la mise en œuvre d'une stratégie visant à exclure les concurrents du marché. En citant directement la décision de l'Autorité de concurrence, le juge a affirmé que Telecom Italia – fournisseur de services de télécommunications auprès des consommateurs et des utilisateurs finaux ainsi que des opérateurs alternatifs nommés OLO (*Other Licensed Operator*) – avait adopté des pratiques discriminatoires en vue de protéger au maximum les conditions économiques favorables appliquées aux entreprises constituant ses clients finaux au détriment des



opérateurs de télécommunication concurrents. Pour établir la pratique illicite, le juge a souligné que la décision de l'Autorité de concurrence était basée "non seulement sur les déclarations des opérateurs (présents sur le marché en cause) mais également sur la documentation interne (du défendeur)". Dès lors, selon le Tribunal, les conclusions de l'Autorité "apparaissent pleinement partageables".

### **Il existe des éléments justifiant une identité substantielle entre le demandeur au civil et les autres opérateurs contractant avec l'entreprise fautive**

Certes – poursuit le Tribunal – la position de OKCom n'a pas été examinée concrètement par l'AGCM. Néanmoins, des éléments permettent de justifier l'existence d'une "identité substantielle" entre la position de OKCom et les positions des autres opérateurs de télécommunications ayant contracté avec l'entreprise défenderesse et qui ont fait l'objet d'une enquête de la part de l'Autorité de concurrence. Sans prendre le soin de les lister, le juge fait référence à un certain nombre d'éléments tels que la qualité d'opérateur "alternatif", le type de contrat conclu avec l'entreprise fautive, la stratégie discriminatoire de cette dernière afin d'évincer ces opérateurs du marché... Il y aurait dès lors des "présomptions fortes et concordantes" quant à l'identité de situation dans laquelle se trouvaient les entreprises victimes de la pratique abusive de Telecom Italia, celle-ci n'ayant pas apporté des éléments permettant d'affirmer que la position de OKCom était différente.

### **L'analyse de l'expert judiciaire contribue à établir le montant exact du préjudice subi par la victime**

La pratique anticoncurrentielle ayant été constatée par l'Autorité de concurrence, le Tribunal de Milan a ainsi accueilli la demande d'enjoindre à l'entreprise fautive la cessation de la conduite anticoncurrentielle. En outre, le juge a octroyé des dommages et intérêts en réparation du dommage patrimonial consécutif à l'augmentation des coûts supportés par la victime en raison des pratiques illicites. Afin d'évaluer le montant de l'indemnisation, le juge s'est appuyé sur l'analyse de l'expert judiciaire nommé d'office mais aussi sur les conclusions tirées par l'AGCM pendant la phase d'instruction. Le Tribunal de Milan a affirmé que les données dont disposait l'expert judiciaire étaient limitées mais suffisantes pour procéder à l'évaluation. Après avoir évoqué les paramètres sur lequel l'expert s'est basé, le juge a estimé que si le résultat comptable n'est pas précis, il constitue néanmoins "un sérieux élément de référence" pour déterminer les coûts majorés supportés par OkCom à cause de la pratique illicite pendant la période 2003/2005. Le Tribunal a alors fixé le montant de l'indemnisation à la hauteur de 1 830 000 euros. Cette somme tient compte également des "intérêts compensatoires du préjudice découlant de l'impossibilité de jouir immédiatement de la somme d'argent". Ce *dommage pour retard* a été cependant calculé sur la base des intérêts légaux, faute d'avoir apporté des preuves démontrant la nécessité de "lier le taux (...) à la situation financière spécifique (de la victime)".

Au cas d'espèce, seul le *damnum emergens* a été réparé : le Tribunal de Milan a rejeté, en revanche, la demande de réparer le *lucrum cessans* et le préjudice découlant de la lésion de l'image commerciale, la victime n'ayant apporté, à aucun moment, des preuves concrètes à ce sujet. En revanche, il a accueilli la demande de publier un extrait de la décision en vertu de l'article 120 du Code de procédure civile. Selon le juge, cette publication "contribue (...) à une réparation plus exacte du préjudice subi par (la victime)". Attaché au principe de la réparation intégrale, le juge italien considère que la sanction de la publicité participe à la mise en œuvre de ce principe.

Cette affaire fera sans doute l'objet d'autres commentaires, car des nouvelles décisions devraient être rendues très prochainement dans le cadre des actions intentées par d'autres victimes. La décision de la première section du Tribunal de Milan pourrait d'ailleurs influencer les décisions à venir, celle-ci se révélant très intéressante à plusieurs titres. En effet, le juge ayant statué dans cette affaire a intégré parfaitement la décision de l'Autorité garante de la concurrence et du marché dans sa décision. Malgré le fait que la victime n'ait pas fait l'objet d'une analyse spécifique par l'Autorité de concurrence, le juge a considéré que du moment que le défendeur ne présente aucun nouvel élément permettant de revenir sur l'analyse du comportement anticoncurrentiel, il existe une présomption réfragable quant à l'existence du fait générateur de responsabilité. En outre, on retiendra le fait que, dans la fixation du montant des dommages et intérêts dus à la victime, le juge n'a pas pris en compte l'amende infligée par l'Autorité de concurrence à l'entreprise fautive. Cela ne constitue pas une nouveauté mais confirme que l'articulation entre le contentieux privé et le contentieux public n'implique pas une confusion de rôles et des finalités des sanctions prononcées par le juge et l'AGCM qui est une autorité administrative indépendante. Ce jugement montre enfin l'importance de l'expertise judiciaire dans un domaine dans lequel l'évaluation du préjudice peut se révéler particulièrement complexe. La relation tripartite autorité de concurrence-juge-expert ne peut qu'être saluée favorablement en droit de la concurrence.

S. P. ■



## À noter

### **PUBLIC ENFORCEMENT – ENTENTE – ACTION PARALLÈLE – ACTION DE GROUPE : Le Tribunal de Gênes suspend la procédure relative à une action de groupe dans l’attente d’une décision de l’Autorité de concurrence**

(Tribunal de Gênes, ordonnance du 4 octobre 2012 et Autorité garante de la concurrence et du marché, mesure d’instruction du 28 mars 2013 n° 1743, affaire du “ferry cher”)

En 2011, plusieurs associations et la Région Sardaigne avaient dénoncé auprès de l’Autorité garante de la concurrence et du marché (“AGCM”) l’augmentation considérable des prix de transport pratiqués vers la Sardaigne par les compagnies maritimes (les tarifs 2011 voisinaient le double des tarifs pratiqués en 2010). L’Autorité de concurrence avait décidé de lancer une enquête ; une association de consommateurs et un comité créé *ad hoc* avaient parallèlement introduit une action de groupe devant le Tribunal de Gênes sur le fondement de l’article 140 *bis* du Code de la consommation. Le 4 octobre 2012, le Tribunal de Gênes avait décidé de suspendre le contrôle de recevabilité de l’action collective dans l’attente de la décision de l’Autorité de concurrence. Le 17 octobre 2012, celle-ci avait décidé de prolonger l’enquête. Le 28 mars 2013, l’AGCM a clôturé cette phase et a envoyé ses conclusions aux parties. Dans l’attente d’une décision de l’AGCM prévue pour mai qui pourrait sanctionner plusieurs compagnies ferrées pour avoir mise en œuvre une entente illicite, il est intéressant de remarquer que, conformément à l’article 140 *bis* du Code de la consommation, le juge peut surseoir à statuer sur la recevabilité de la demande d’action collective dès lors qu’il existe une procédure devant l’AGCM ou les juridictions de contrôle. Néanmoins, cette possibilité n’est prévue qu’en cas d’action collective. Si l’action en réparation est individuelle, le juge n’a, en principe, ni le devoir ni le pouvoir de surseoir à statuer. La Cour de cassation italienne exclut, en effet, toute faculté discrétionnaire du juge de surseoir à statuer en dehors des cas explicitement prévus par le législateur.

S. P. ■

## II. ÉTATS-UNIS

### **CLASS ACTION – CERTIFICATION – SHERMAN ACT – MONOPOLIZATION : La Cour suprême des États-Unis rejette la certification d’une class action en matière d’antitrust et complique la tâche des plaignants**

(Cour suprême, 27 mars 2013, *Comcast Corp. et al., v. Behrend et al.*, n° 11-864)

Dans une décision du 27 mars 2013, la Cour suprême des États-Unis a rejeté une *class action* contre l’entreprise Comcast, le plus gros opérateur national de télévision par câble (*Comcast Corp. et al., v. Behrend et al.*, n° 11-864, U.S. Sup. Ct, 27 mars 2013). Au premier abord, les débats tournent principalement autour de questions purement procédurales. Mais, derrière ces questions très techniques qui sont tranchées, les implications en matière *antitrust* sont importantes : la Haute juridiction fédérale semble en effet

restreindre les possibilités pour les plaignants d’obtenir la certification de leur classe dans le cadre de la procédure de *class action*.

### **L’origine de l’affaire et les décisions des juridictions du fond**

En l’espèce, des abonnés accusaient Comcast d’avoir créé et maintenu un monopole par une stratégie de rachat de groupes d’opérateurs du secteur du câble dans la région de Philadelphie, permettant à l’entreprise dominante de passer de 24 % à 69 % de parts de marchés en quelques années. Le droit américain prohibe en effet “*l’acquisition ou le maintien volontaire d’un pouvoir de monopole*” (*United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 1966). Les plaignants avaient alors décidé de saisir le Tribunal fédéral du District Est de Pennsylvanie et de se regrouper en *class action*. Afin d’obtenir gain de cause, les demandeurs cherchèrent à démontrer que Comcast avait obtenu plus de 60 % de parts de marché par le jeu de sa situation de dominance et par la mise en œuvre de stratégies d’éviction. Mais il fallait aussi établir que l’opérateur de télécommunication avait pratiqué des prix supra-concurrentiels.

Or, cette dernière étape du raisonnement était la plus délicate à démontrer pour les abonnés. En soi, une entreprise dominante qui a acquis une telle position, même illégalement, n’inflige pas nécessairement des prix élevés aux consommateurs. Pour que ceux-ci puissent agir en dommages et intérêts, encore fallait-il faire apparaître ce point. Dans cette optique, les plaignants se basèrent sur le témoignage d’un expert économiste qui proposa un modèle. Celui-ci établissait des projections, afin de déterminer quel serait l’état de la concurrence dans un marché en l’absence des pratiques en cause (“*but for test*”). Au final, le modèle faisait apparaître que le comportement de Comcast s’était traduit par une hausse des prix avoisinant les 13 % pour les consommateurs composant la classe, soit environ deux millions d’abonnés.

Pour établir la manière dont cette hausse de prix avait impacté la collectivité des consommateurs, les plaignants proposèrent quatre théories différentes. Cependant, le Tribunal considéra que seule une d’entre elles était pertinente pour servir de base à une action collective, mais que ceci n’invalide pas le modèle économique proposé : celui-ci fournissait bien une méthodologie adéquate pour mesurer le dommage de masse. Selon la thèse retenue, le dommage subi par les plaignants s’élevait à plus de 857 millions de dollars. En conséquence, le Tribunal considéra que la classe pouvait être certifiée et que la plainte pouvait prospérer.

Comcast contesta la décision du Tribunal et le choix du modèle économique retenu. Selon l’opérateur dominant, le choix d’une des théories parmi les quatre était un raccourci qui faussait le raisonnement. De plus, le modèle économique retenu manquait de rigueur. Il ne parvenait pas à expliquer en quoi le dommage calculé était d’une nature commune à tous les membres supposés de la classe. En clair, la classe n’avait pas été rigoureusement et correctement définie : sa certification devait donc être refusée.

Le Tribunal rejeta cette argumentation, estimant qu'il n'était pas possible de remettre en cause la méthodologie proposée au stade de la certification de la classe. Admettre cela conduirait à se prononcer sur le bien-fondé de la demande et à aborder le fond de l'affaire.

L'essentiel du contentieux se noua donc autour de la question de la certification de la classe et de la remise en cause du modèle proposé par les plaignants. Comcast interjeta appel. La Cour du troisième Circuit confirma la solution rendue en première instance (*Behrend v. Comcast Corp.*, 655 F.3d 182, 3d Cir. 2011). Elle décida notamment que le Tribunal n'avait pas abusé de sa discrétion en jugeant suffisantes les preuves d'un comportement qui autorisait le recours à une *class action*.

### La question débattue devant la Cour suprême : les conditions de certification d'une classe

C'est dans ce contexte que la Cour suprême fut saisie et qu'elle accepta de connaître de l'affaire. Dans une décision obtenue à une majorité de cinq voix contre quatre – autant dire, une très courte majorité – la Haute juridiction infirma l'arrêt de la Cour d'appel du troisième Circuit. D'après la Cour suprême, la classe n'avait pas été certifiée de façon correcte. Plus précisément, la majorité des juges reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir accordé d'importance aux arguments de Comcast, alors que les différentes théories proposées par les plaignants paraissaient incertaines, voire bancales. L'argument selon lequel discuter de ces questions aurait conduit à examiner le fond de l'affaire en détail devait être écarté : selon la Cour suprême, même au stade procédural de la certification, les juridictions du fond peuvent être amenées à examiner les *pleadings*. La Cour souligne ainsi qu'en pratique, il est souvent difficile de respecter un strict cloisonnement des étapes de la procédure. Une analyse rigoureuse est nécessaire pour déterminer si les conditions posées par l'article 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* sont satisfaites, même si cela nécessite un examen assez approfondi des arguments au fond.

Ce texte dispose que la procédure de *class action* peut être choisie par une juridiction fédérale, par exception à l'action individuelle qui demeure le principe, si “*les questions de droit ou de fait communes aux membres de la classe l'emportent sur toute question concernant des intérêts individuels et si cette action est supérieure à toute autre méthode permettant de régler le litige de manière loyale et efficace*”. Cela implique donc de pouvoir comparer les situations individuelles et collectives, ce que n'offrait pas le modèle proposé. Il aurait fallu présenter une méthodologie alternative permettant une telle comparaison.

En somme, la Cour suprême réaffirme avec force la règle selon laquelle les questions de droit et de fait communes à la classe doivent être “prédominantes” par rapport aux questions individuelles. Cette exigence sert à vérifier que la classe proposée est suffisamment cohésive (*Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 1997). Or, dans le passé, les juridictions ont parfois eu tendance à privilégier les *class actions*, alors que des intérêts individuels auraient pu être mis en avant.

### Les implications concernant le droit antitrust fédéral

Les solutions rendues par la Cour suprême méritent toujours l'attention. Du fait de l'existence d'un mécanisme de filtrage discrétionnaire, les cas qu'elle juge sont nécessairement importants. En effet, la Cour n'accepte de statuer sur une affaire que lorsque les cours d'appels sont divisées ou lorsque entre en jeu une question constitutionnelle importante ou qu'un point de droit fédéral nécessite clarification. C'est de cette dernière catégorie que relève la décision du 27 mars 2013. La portée réelle de la décision pourrait paraître assez délicate à cerner, si l'on se fie à la virulente opinion dissidente rédigée par les juges de la minorité : ceux-ci considèrent que la décision adoptée est en réalité une solution d'espèce, mal fondée et que la Cour a intentionnellement ignoré certaines questions posées. Sans revenir sur ces affirmations, on peut malgré tout noter l'existence de quelques lignes claires.

D'une façon générale, la décision de la Cour suprême se place dans un mouvement général, amorcé il y a une dizaine d'années et qui vise à encadrer le recours aux *class actions*. Deux ans auparavant, la Haute juridiction avait ainsi adopté une décision allant dans ce sens, en matière de conflit de travail, à propos d'une affaire de harcèlement et de discrimination. Dans un arrêt *Wal-Mart* de 2011, la Cour s'était montrée particulièrement exigeante, indiquant qu'une plaignante cherchant à obtenir la certification d'une classe devait être préparée à prouver qu'il existe réellement des parties en nombre suffisant, des questions de droit et de fait communes, ainsi que des griefs et des intérêts communs. Pour apprécier ces éléments, les juridictions doivent alors faire preuve d'une grande rigueur (*Wal-Mart v. Dukes*, 564 U.S. \_\_\_, 2011).

S'agissant du droit *antitrust* plus précisément, le même mouvement est perceptible. Il s'inscrit d'ailleurs dans un courant plus large qui tend à contrôler la mise en œuvre du *private enforcement* (sur cette question, v. nos obs. : *Concurrences* n° 1-2012, à propos de l'affaire *Burtch v. Milberg Factors, Inc.*, U.S. Court of Appeals, 3<sup>rd</sup> Cir., 24 oct. 2011 ; *adde*, J. B. Baker, *Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust*, *Fordham Law Rev.*, vol. 81, 2013, pp. 2191 et s.). On se souvient par exemple de l'arrêt *Twombly* de 2007, rendu par cette même Cour, qui traduisait une volonté d'encadrer le recours à la procédure de *discovery* et qui a dressé de nouveaux obstacles procéduraux sur le chemin des plaignants, en rehaussant sensiblement le niveau de preuve pour qu'une plainte puisse prospérer (*Bell Atlantic Corporation v. Twombly*, 550 U.S. 544, 2007).

Avec la présente décision, la volonté semble être d'éradiquer les *class actions* abusives en matière *antitrust* (sur cette crainte, ancienne, et pour une mise en perspective, v. R. Pitofsky, *Antitrust in the Next 100 Years*, *California Law Rev.*, vol. 75, 1987, pp. 832-833). Peut-être faut-il aussi souligner que la majorité, dont l'opinion est exprimée par le juge Scalia, est composée par les juges plutôt conservateurs de la Cour. Ces derniers sont généralement assez peu favorable à toute forme d'interventionnisme judiciaire sur le marché. En toute hypothèse, la décision confirme que les plaignants devront présenter des preuves sérieuses s'ils veulent recourir à la procédure de la *class action*. La sévérité

sera sans doute de mise, surtout en ce qui concerne l'examen du test de la "prédominance". La circonspection affichée à l'égard du modèle économique présenté par les plaignants dans l'arrêt doit également être un élément à prendre en considération. La solution semble en effet rappeler, dans la lignée de la jurisprudence *Daubert* (*Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579, 1993), que les témoignages et la méthodologie des experts ne doivent pas être examinés de manière trop superficielle ou arbitraire (sur cette tendance de la part de certaines juridictions, v. H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Harvard Univ. Press 2005, pp. 80 et s.).

Nonobstant les arguments développés dans l'opinion dissidente, le signal semble donc être clair : la certification des classes risque d'être rendue beaucoup plus délicate à l'avenir. À l'heure où les Européens (et notamment les Français) s'interrogent sur l'introduction ou non d'un modèle de *class action*, et au moment où les orientations pour un renforcement du *private enforcement* sont prises, l'affaire commentée vient rappeler combien est délicate l'élaboration d'un système équilibré (sur ces questions d'équilibre dans les mécanismes d'actions privées, v. A. I. Gavil, *Designing Private Rights of Action for Competition Policy Systems : The Role of Interdependence and the Advantages of a Sequential Approach*, in *W. E. Kovacic – An Antitrust Tribute, Liber Amicorum*, vol. 1, N. Charbit et al. Ed., 2012, pp. 166-167).

J.-C. R. ■

**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.

# CONCURRENCES

## 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 Gérardin,  
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 Ereseo, 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  
Jérôme Gstalter

### 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)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	445 €	532,22 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	465 €	474,76 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + e-archives)</i>	695 €	831,22 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	120 €	122,52 €

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

<input type="checkbox"/> 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*

<input type="checkbox"/> 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 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print &amp; 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](mailto: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](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

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

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