



Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Chroniques | Concurrences N° 4-2013 – pp. 181-190

Florian BIEN

florian.bien@uni-wuerzburg.de

| *Professeur, Université de Würzburg, Allemagne*

Karounga DIAWARA

Karounga.diawara@fd.ulaval.ca

| *Professeur, Université Laval, Québec*

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, Allemagne

Karounga DIAWARA

Karounga.diawara@fd.ulaval.ca

Professeur, Université Laval, Québec

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

CARTEL – LIMIT OF THE FINE – INTERPRETATION IN CONFORMITY WITH THE CONSTITUTION – GUIDELINES ON ANTITRUST FINES: 181

The German Federal Court of Justice, by giving a new interpretation to the 10 percent threshold, rules that the provision is in line with the German constitution bringing the *Bundeskartellamt* to review its guidelines on antitrust fines

Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), 26.02.2013, Grey cement, KRB 20/12

1.2. Italy

DOMINANT POSITION – ABUSE – THEORY OF ESSENTIAL FACILITIES – EUROPEAN COMPETITION LAW – UNFAIR COMPETITION: 183

The Milan Court convicts a airline company for abuse of a dominant position and unfair competition

Milan Court, 04.04.2013, Viaggiare v. Ryanair, RG 58968/2010

2. US

PRIVATE ENFORCEMENT – CONSPIRACY – EXCLUSIVITY – INTELLECTUAL PROPERTY – CLASS ACTIONS: 186

The Federal District Court for the Northern District of California says that consumers can sue an exclusive agreement between a sportswear company and the National Football League

N.D. Cal. Court, 03.08.13, Dang v. San Francisco Forty Niners, case n° 5:12-CV-5481

3. Canada

PRICE MAINTENANCE – RESALE – SECTION 76 OF THE COMPETITION ACT – CREDIT CARD NETWORK SERVICES: 187

The Competition Tribunal rules that the new price maintenance provision requires resale

Comp. Trib., 23.07.2013, Commissioner of the competition v. Visa Canada and Mastercard International

* Avec la contribution de P. Rummel, Université de Würzburg, Allemagne.

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

1. JURISPRUDENCES EUROPÉENNES

1.1. Allemagne

ENTENTE ILLICITE – LIMITE SUPÉRIEURE D'AMENDE – INTERPRÉTATION CONFORME À LA CONSTITUTION – LIGNES DIRECTIVES RELATIVES À LA DÉTERMINATION DES AMENDES : La Cour fédérale de justice, en donnant une interprétation nouvelle du seuil de 10 %, juge la norme conforme à la constitution allemande, mais contraint le Bundeskartellamt à réviser ses lignes directrices relatives à la détermination des sanctions pécuniaires (Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice allemande), 26 février 2013, Ciment gris, KRB 20/12)

Les ententes illicites sur le ciment conclues en Allemagne au cours de la décennie 90 et les débats juridiques qui les ont suivis constituent une page importante de l'histoire du droit allemand des ententes. Cela vaut tant pour le contrôle de l'application des règles de la concurrence par les autorités publiques que pour l'implication des parties privées dans la poursuite des infractions afférentes. Ainsi, l'entente entre les six grands producteurs de ciment – dont Lafarge Zement – découverte par le *Bundeskartellamt* entre 2002 et 2003 avait été condamnée par ce dernier à l'amende la plus élevée de son histoire. De même, la société belge *Cartel Damage Claims SA* (CDC) déposa en 2005 la plus grande action en dommages-intérêts pour violation du droit de la concurrence jamais enregistrée à cette époque. La particularité de cette procédure civile (qui d'ailleurs est toujours pendante en première instance) réside dans le mode de cession auquel CDC a recouru. En effet, CDC réclame des dommages-intérêts qui lui ont été cédés par des clients des producteurs de ciment victimes des ententes illicites pratiquées par ces derniers. Cette démarche de CDC répond au besoin d'une action de groupe en dommages-intérêts au cas où un plus grand nombre des clients auraient subi le même préjudice.

L'arrêt de la Cour fédérale de justice du 26 février 2013 dont il est question dans ce commentaire a également traité du même cas de l'entente illicite sur le ciment. Il a pour sujet principal les mesures d'application des règles de la concurrence par les autorités publiques, notamment quant à leur pouvoir de réprimer les infractions au droit des ententes au moyen des amendes. Dans l'arrêt de principe sous commentaire, la Cour fédérale de justice a précisé que la limite de 10 % d'amende telle que prévue au paragraphe 81, alinéa 4, phrase 2 de la loi contre les restrictions à la concurrence (GWB), qui correspond à l'article 23, alinéa 2, phrase 2 du règlement CE n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, devait être interprétée conformément à la Constitution allemande, soit la Loi fondamentale. En clair, la Cour fédérale de justice rejette l'interprétation de la formulation “ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total” retenue par la CJUE et par le TPI comme “seuil couperet” (“Kappungsgrenze”) d'un barème illimité. Aussi le *Bundeskartellamt* a-t-il réagi en publiant en juin 2013 de nouvelles lignes directrices pour le calcul des amendes qui répondent aux exigences de l'arrêt de la Cour fédérale de justice. Dès lors, la limite de 10 % fixée par le législateur allemand constitue le seuil supérieur du taux d'amende (“Bußgeldobergrenze”). Ce point marque une différence majeure entre le droit allemand et le droit européen sur la question de fixation des amendes pour pratiques anticoncurrentielles, même si, en vue de satisfaire à l'objectif d'harmonisation du droit européen, le législateur allemand avait tenté en 2005 d'harmoniser le droit allemand avec le droit européen.

L'interprétation conforme à la constitution du seuil de 10 % est-elle possible ?

Dans le cadre du septième amendement du *GWB* intervenu en 2005, le législateur allemand avait complètement révisé les points essentiels concernant les amendes à infliger aux auteurs d'infractions au droit de la concurrence. Pour ce faire, il s'était expressément appuyé sur le droit européen. D'après le nouveau paragraphe 81, alinéa 4, phrase 2 *GWB*, l'amende ne peut excéder 10 % du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise concernée au cours de l'exercice social précédent. Dans la doctrine, cette disposition fut jugée anticonstitutionnelle et donc nulle par plusieurs

auteurs, qui y voyaient, en raison de l'indétermination de la hauteur maximale de l'amende, une violation flagrante du principe de légalité dans la forme du principe de précision (*Bestimmtheitsgrundsatz*) posé par l'article 103, alinéa 2 de la Loi fondamentale. Le doute sur la compatibilité de cette disposition avec le principe constitutionnel de précision concernait particulièrement l'interprétation du seuil de 10 % par le *Bundeskartellamt*. En effet, cette interprétation était fondée sur la pratique de la Commission européenne confirmée par la CJUE qui considère la limite de 10 % d'amende comme "seuil couperet". Ainsi, si le montant de la sanction pécuniaire, tel qu'il résultait du calcul du *Bundeskartellamt*, excédait le seuil maximum de 10 %, la sanction était ramenée à ce taux. L'interprétation alternative du seuil maximum comme seuil supérieur pour le calcul ("*Bemessungsobergrenze*") était jugée par la doctrine comme "moins contraire à la Constitution". D'après cette interprétation, le législateur a déterminé lui-même, aux termes du paragraphe 81, alinéa 4, phrase 2 *GW*B, la sanction maximale correspondant à la violation la plus grave aux règles de la concurrence et ainsi défini le cadre dans lequel doit se situer la sanction infligée par le *Bundeskartellamt*.

Ententes et quotas illicites dans le secteur de production de ciment gris

En mars et avril 2003, le *Bundeskartellamt* avait condamné les principaux producteurs de ciment gris en Allemagne au paiement de lourdes amendes pour avoir recouru aux pratiques de quotas et d'ententes illicites. À la suite d'un recours déposé par les entreprises auxquelles les amendes avaient été infligées, la Cour d'appel de Düsseldorf les condamna, après trente-six jours d'audiences auxquelles furent auditionnés près de 40 témoins et experts économiques, à une amende d'environ 330 millions d'euros. Le pourvoi en cassation introduit contre cet arrêt de la Cour d'appel de Düsseldorf du 26 juin 2009 a été rejeté par la Cour fédérale de justice.

La solution donnée par la Cour fédérale de justice : Seuil supérieur pour le calcul au lieu d'un seuil couperet

Dans son arrêt du 26 février 2013 susmentionné, la Cour fédérale de justice analyse avec minutie la question d'une éventuelle inconstitutionnalité du seuil de 10 % retenu au paragraphe 81, alinéa 4, phrase 2 *GW*B. Elle aboutit à la conclusion selon laquelle il n'y aurait aucune incompatibilité entre la disposition critiquée et l'article 103, alinéa 2 de la Loi fondamentale. Ainsi elle souligne que, contrairement à l'interprétation du *Bundeskartellamt*, qui se fonde sur la pratique des organes de l'Union européenne (et de la plupart des autorités nationales membres du réseau européen de la concurrence), la règle contenue au paragraphe 81, alinéa 4, phrase 2 *GW*B constitue un seuil supérieur pour le calcul des amendes plutôt qu'un seuil couperet. En conclusion, la Cour estime qu'un seuil supérieur déterminé sur la base du chiffre d'affaires de l'entreprise auteur de l'infraction est suffisamment précis et le montant d'une éventuelle amende prévisible pour l'entité concernée pour être conforme à l'article 103, alinéa 2 de la Loi fondamentale.

Les nouvelles lignes directrices du *Bundeskartellamt* reflètent l'interprétation du seuil de 10 % donnée par la Cour fédérale de justice

Réagissant à l'arrêt de la Cour fédérale de justice, le *Bundeskartellamt* a publié le 25 juin 2013 de nouvelles lignes directrices pour le calcul des amendes. Auparavant il se fondait sur la démarche de la Commission européenne consistant à calculer l'amende en premier lieu sur la seule base du chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné par la pratique anticoncurrentielle. Au cas où l'amende ainsi déterminée dépasserait 10 %, elle serait ensuite rabattue à ce seuil. Il convient de constater qu'avec les nouvelles lignes directrices en matière de fixation des amendes, le *Bundeskartellamt* essaie d'appliquer les conclusions de l'arrêt de la Cour fédérale de justice sur le ciment gris. L'innovation ici consiste en ce que le montant de l'amende peut en fin de compte être déterminé à partir du maximum de peine à appliquer en fonction de la somme du chiffre d'affaires.

Concrètement, le *Bundeskartellamt* veut dorénavant déterminer d'abord le taux maximum d'amende tel que prescrit par la loi. Ce taux s'élève à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise au cours de l'année précédant celle de la décision de l'autorité de concurrence. Toutefois, il est réduit à 5 % du chiffre d'affaires en cas de violation non intentionnelle. Il s'agit là des valeurs maximales pour la détermination des amendes. Ensuite, le *Bundeskartellamt* calcule le taux d'amende devant être appliqué au cas concret. Cette étape rappelle un peu la méthode employée par la Commission pour déterminer ledit "montant de base" en ce que les deux autorités font référence à la valeur des ventes. Le *Bundeskartellamt* se base sur un dit potentiel de bénéfices et de pertes ("*Gewinn- und Schadenspotential*"), qui correspond à 10 % du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise avec le produit ou le service objet de la violation au droit de la concurrence concernés pendant la durée de l'entente illicite. Cette somme est ensuite multipliée avec un facteur qui croît avec l'augmentation du chiffre d'affaires total de l'entreprise. Le taux maximum d'amende ainsi retenu pour un cas concret est comparé avec le seuil de 10 % établi par la loi. C'est ensuite le plus bas de ces deux taux qui sera appliqué. Le *Bundeskartellamt* dispose ainsi d'un cadre dans lequel se situera l'amende réelle. Cette dernière est enfin déterminée sur la base de critères objectifs et subjectifs divers, notamment le type et la durée de l'infraction, l'importance des marchés, le rôle de l'entreprise dans l'entente illicite ou le degré de préméditation ou de négligence. Des réductions peuvent être faites dans le cadre du programme de clémence ou d'une cessation à l'amiable de la procédure.

À la recherche d'une sanction à la fois proportionnelle à la faute et suffisamment dissuasive

Avec ses nouvelles lignes directrices, le *Bundeskartellamt* poursuit en même temps deux objectifs. Le taux de l'amende devrait non seulement être proportionnel à la faute individuelle de chaque participant à l'entente illicite, mais aussi et surtout avoir un effet suffisamment dissuasif pour les grandes entreprises. Le montant qualifié de potentiel de bénéfices et de pertes sert notamment à satisfaire au premier objectif. Il dépend du chiffre d'affaires réalisé grâce aux produits réellement concernés par l'entente

illicite. En multipliant ce montant avec un deuxième facteur (ce “multiplicateur” est par exemple 2 lorsque le chiffre d'affaires ne dépasse pas 100 millions d'euros, alors qu'il est supérieur à 6 pour un chiffre d'affaire au-delà de 100 milliards d'euros), le *Bundeskartellamt* tient compte des sensibilités respectives des entreprises de taille différente à la répression. Le dernier aspect, la sensibilité à la répression, est une innovation par rapport aux lignes directrices de 2006, qui mettaient en exergue les critères fondés sur la faute pour la détermination du montant de l'amende. Le chiffre d'affaires ne jouait qu'un moindre rôle sous forme de seuil couperet.

Il reste encore à vérifier quelles conséquences les nouvelles lignes directrices pourront avoir sur le montant des sanctions pécuniaires à l'avenir. Une analyse de cette nouvelle méthode laisse présager qu'une même entente illicite peut être différemment sanctionnée. En effet, une grande entité se verra infliger une plus lourde amende, alors que les plus petites entreprises, notamment celles qui n'offrent qu'un seul type de produit, peuvent s'en tirer avec une amende moins importante. Ce point de vue est également partagé par le *Bundeskartellamt* dans son communiqué de presse du 25 juin 2013. Il s'ensuit que l'idée d'une sanction proportionnelle à la faute est reléguée au second plan par rapport aux aspects de répression et de sensibilité des auteurs de l'infraction qui, à cause de l'importance accordée à la détermination du taux de l'amende à partir du chiffre d'affaires, l'emportent. Néanmoins, il sied de signaler que cette situation semble moins satisfaisante si l'on veut effectivement rétablir la justice à travers les sanctions pécuniaires. Toutefois, il faut admettre que la Cour fédérale de justice et le *Bundeskartellamt* se sont orientés sur les prescrits légaux. Les dispositions de l'article 23, alinéa 2, phrase 2 du règlement CE n° 1/2003 ainsi que le paragraphe 81, alinéa 4, phrase 2 *GWB*, qui en est l'émanation, ne font, quant à elles, allusion qu'au seul chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise concernée.

Le droit allemand des sanctions pécuniaires entre le principe national de précision et le principe d'effectivité du droit européen

La Cour fédérale de justice se trouvait confrontée à une tâche difficile, qui consistait à interpréter à la lumière du droit constitutionnel allemand une norme édictée par le législateur sur le modèle du droit européen. Elle n'a recouru ni à la Cour constitutionnelle pour solliciter son avis sur la question d'une éventuelle inconstitutionnalité de la norme concernée, ni à la CJUE pour obtenir l'interprétation de l'article 23, alinéa 2 du règlement n° 1/2003. Dans ces divergences entre le droit constitutionnel allemand d'une part et le droit européen de l'autre, la Cour fédérale de justice a décidé de privilégier une solution intermédiaire.

La norme contestée reste applicable, mais la compréhension de la limite de 10 % qu'elle prescrit ainsi que la pratique en vigueur en Allemagne pour la détermination du taux de l'amende changent. Ainsi le droit allemand des ententes quitte le consensus en vigueur non seulement parmi les organes de l'Union, mais aussi parmi la majorité des États membres du réseau européen de la concurrence. À Bruxelles ainsi que dans d'autres États membres voisins, l'on continue à appliquer le taux de l'amende qui ne peut être limité que par un seuil couperet.

L'on peut se demander si la nouvelle compréhension du paragraphe 81, alinéa 4, phrase 2 *GWB*, qui considère la limite de 10 % comme seuil supérieur du taux d'amende, pourrait être considéré comme contraire au droit européen dans les situations où la norme est appliqué à des pratiques qui affectent le commerce entre États membres. Dans son arrêt *Schenker* du 18 juin 2013 (C-681/11, pas encore publié au Bulletin officiel) la CJUE s'est exprimée sur les conditions pour l'imposition d'une amende à une entreprise qui a violé les règles de concurrence de l'Union en ces mots : “Toutefois, si, dans l'intérêt général d'une application uniforme des articles 101 TFUE et 102 TFUE dans l'Union, les États membres introduisent des conditions de nature subjective dans le cadre de l'application de l'article 5 du règlement n° 1/2003, il convient, afin de ne pas remettre en cause l'efficacité du droit de l'Union, que ces conditions soient au moins aussi strictes que celle prévue à l'article 23 du règlement n° 1/2003” (paragraphe 36 de l'arrêt). Auparavant il était supposé que l'article 3 du règlement n° 1/2003 traitait essentiellement de l'application uniforme des critères matériels de l'article 101 TFUE, tandis que l'application de l'interdiction des ententes par les instances nationales était régie de manière plus ou moins autonome par la législation interne en la matière. Or, si l'on transpose les conclusions de la CJUE dans l'affaire *Schenker* sur l'application du droit national des sanctions pécuniaires au cas sous examen, l'on viendrait à se demander si la nouvelle compréhension de la limite de 10 % comme seuil supérieur de l'amende serait contraire au droit européen. Tel qu'il a déjà été démontré plus haut, les petites entreprises dont une grande partie du chiffre d'affaires est réalisé grâce à la vente d'un seul produit faisant objet d'une entente illicite peuvent être condamnées par le *Bundeskartellamt* à ne payer qu'une amende beaucoup moins importante que dans le cas où elles seraient sanctionnées par la Commission. Les sanctions pécuniaires pour violation du droit européen de la concurrence infligées par les instances allemandes aux petites entreprises risquent d'être, selon les termes employés par la CJUE, “moins strictes que celle prévue à l'article 23 du règlement n° 1/2003”.

F. B. – P. R. ■

1.2. Italie

POSITION DOMINANTE – ABUS – THÉORIE DES FACILITÉS ESSENTIELLES – DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE – CONCURRENCE DÉLOYALE : Le Tribunal de Milan sanctionne une compagnie aérienne pour abus de position dominante et actes de concurrence déloyale (Tribunal de Milan, 4 avril 2013, *Viaggiare c/ Ryanair*, RG 58968/2010)

Par un jugement en date du 4 avril 2013, publié le 4 juin 2013, la section spécialisée des entreprises du Tribunal de Milan a constaté que la compagnie aérienne Ryanair a commis un abus de position dominante en imposant aux consommateurs l'achat de ses billets exclusivement par le biais de son site Internet et de son call center, sans pouvoir s'adresser à une agence de voyage et de tourisme, et l'a condamnée à indemniser une agence de voyage en ligne – l'entreprise

Viaggiare s.r.l. – pour le dommage que la compagnie aérienne lui a causé en diffusant auprès du public des informations fausses et constitutives d’actes de dénigrement.

L’affaire débute en 2010, lorsqu’une agence de voyage en ligne – l’entreprise Viaggiare s.r.l. – décide de poursuivre la compagnie aérienne Ryanair qui se réserve l’exclusivité de vente directe de ses billets sur son site Internet par lequel elle fournit également des services connexes relatifs à l’hébergement, la location de voitures, etc. La mise en place de ce mécanisme a eu pour conséquence que les agences de voyage en ligne qui fournissent aux utilisateurs des informations comparatives sur les offres de vols et les activités annexes ne peuvent accéder au site Internet de Ryanair que pour obtenir des informations sur les itinéraires, les horaires et les prix de vol sans pouvoir acheter les billets et appliquer des commissions aux clients finals qui restent les seuls à pouvoir finaliser l’achat des billets d’avion et des services annexes.

En outre, la compagnie aérienne a refusé à plusieurs reprises l’embarquement de voyageurs ayant acheté des billets sur les sites Internet des agences de voyage dotées d’un logiciel particulier leur permettant d’acheter des billets qu’elles revendent ensuite aux clients. Enfin, Ryanair a lancé une vaste campagne publicitaire visant à discréditer les agences OTA (*online travel agencies*), accusées d’avoir enfreint ses droits de propriété intellectuelle et industrielle. S’estimant victime d’une pratique fortement préjudiciable de la concurrence au sens de l’article 102 du TFUE, l’agence de voyage en ligne a demandé au Tribunal de Milan de constater l’existence d’une pratique abusive et d’actes de dénigrement qui ont lésé sa réputation commerciale.

Le jugement du Tribunal de Milan retiendra notre attention notamment au sujet de la prétendue position dominante que la compagnie aérienne occuperait sur le marché du transport aérien, condition nécessaire pour caractériser ensuite d’abusif son refus de permettre à des professionnels d’effectuer des opérations d’intermédiation dans la vente de billets d’avion. La plaignante avait invoqué l’existence d’une position dominante sur trois marchés distincts – le marché du transport aérien, le marché des services d’agence connexes au transport aérien et le marché de fourniture d’informations relatives aux offres de vols. En particulier, selon la plaignante, Ryanair aurait une position dominante sur le marché en amont des transports aériens avec des effets directs sur le marché en aval des services des agences de voyage ; quant au marché de fourniture d’informations sur les offres de vols, Ryanair aurait un monopole absolu sur les informations relatives à ses propres vols et rendrait impossible toute activité commerciale des agences de voyages en leur empêchant d’utiliser les informations recueillies sur le site Internet de la compagnie aérienne à des fins purement commerciales. Pour sa part, Ryanair considérerait tout d’abord légitime son choix industriel de vendre les billets d’avion exclusivement par le biais de son site Internet et de son call center, ce qui a permis de proposer des tarifs particulièrement compétitifs et garanti aux clients d’éviter les frais induits par les professionnels intermédiaires tels que les agences de voyage. Par ailleurs, dans le passé, ce choix industriel a été approuvé par la Commission européenne

et l’autorité de concurrence irlandaise. Selon la compagnie aérienne, les agences de voyage et de tourisme s’étaient, en revanche, livrées à des activités de capture de données d’écran (technique de *screen scraping*), en portant atteinte à ses droits de propriété intellectuelle, ce qui a d’ailleurs donné lieu à un important contentieux devant les autorités judiciaires et les autorités de concurrence dans plusieurs États membres. En outre, la compagnie aérienne a affirmé que sur le segment des transports aériens, sa part de marché n’atteint que 10 % puisque les concurrents présents sur ce marché sont à la fois des compagnies *low-cost* et des compagnies classiques, et n’a aucune position dominante sur le marché des agences de voyage, puisqu’elle se limite à vendre ses propres billets. En outre, dans le secteur des informations sur les offres relatives à ses vols, il n’y a pas de domination mais plutôt une exclusivité absolue qui se justifie par un choix purement commercial. Par ailleurs, même s’il était démontré qu’elle détient une position dominante sur un marché donné, aucun comportement abusif qui aurait causé une augmentation de prix et altéré le libre jeu de la concurrence ne serait à déplorer. En effet, non seulement les prix n’ont pas connu d’augmentation mais en plus le mécanisme mis en place a eu des effets largement avantageux pour les utilisateurs.

Le Tribunal de Milan a toutefois rejeté les arguments de la compagnie aérienne estimant que celle-ci a abusé d’une position dominante en refusant aux agences en ligne d’utiliser à des fins commerciales les informations recueillies sur son site Internet. Pour tirer cette conclusion, le juge s’est appuyé notamment sur la théorie des facilités essentielles.

Pour déterminer le pouvoir de marché d’une entreprise, il faut tenir compte du “pouvoir relatif” que celle-ci peut exercer sur les entreprises se trouvant dans une situation de dépendance dans le marché en aval

Après avoir rappelé qu’est dominante une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d’une concurrence effective sur le marché en cause et d’agir de façon indépendante dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs finaux, le juge a évoqué plusieurs critères dont il faut tenir compte pour établir l’indépendance de l’entreprise en position dominante vis-à-vis des “actions et réactions de la concurrence et des consommateurs”. Ainsi, faut-il prendre en considération la part de marché de l’entreprise concernée et de ses concurrents, les spécificités du marché en cause et les perspectives de l’entreprise. Dès lors, en présence d’un marché *atomisé*, il est possible de reconnaître l’existence d’une position dominante même si l’entreprise concernée a des faibles parts de marché. Au cas d’espèce, il a été constaté que Ryanair détient le monopole sur quarante-neuf trajets aériens intracommunautaires et une part de marché supérieur à 50 % sur au moins dix-neuf trajets aériens. En outre, sa présence est en train de s’accroître, en particulier sur les vols de/pour l’Italie. Certes, elle ne détient que 10 % du marché général des vols intracommunautaires (les vols *low cost* et les vols traditionnels) mais ce marché est fortement atomisé. Quant aux services proposés, la compagnie aérienne pratique des prix très bas et sa politique de contrôle des

prix rend ses services “faiblement substituables du côté de la demande en raison non seulement des prix mais aussi de la zone géographique des aéroports desservis”. Enfin, il est possible que le marché directement concerné par l’abus ne soit pas celui sur lequel opère l’entreprise en question mais un marché en aval sur lequel celle-ci ne détient pas un segment important mais dont le comportement peut avoir des effets anticoncurrentiels. Dans ce cas, pour déterminer le pouvoir de marché d’une entreprise, il n’est pas indispensable d’établir le *pouvoir absolu* qu’une entreprise détient sur le marché en amont ; ce qui compte c’est de déterminer “le *pouvoir relatif* qui peut être exercé à l’encontre d’entreprises qui, dans une relation verticale, se trouvent dans une position de dépendance”. Cette dépendance sera établie notamment lorsque “le partenariat est nécessaire pour la survie de l’entreprise dépendante”. Au cas d’espèce, il existe un “sous marché de l’information et de l’intermédiation de vols aériens pour lequel il y a une demande spécifique des consommateurs, sur lequel la multiplicité des offres comparatives découlant du libre jeu de la concurrence peut être niée sans juste motif par les choix d’exclusion de Ryanair”. En pratique, le choix commercial de cette compagnie d’exclure tout intermédiaire dans la commercialisation de ses vols implique l’impossibilité pour les OTA (*online travel agencies*) d’exercer leur activité d’agence de voyages et d’obtenir une rémunération de l’utilisateur qui décide de s’adresser à celle-ci. En effet, sur les trajets sur lesquels la compagnie aérienne est dans une situation de monopole, la politique commerciale mise en œuvre “empêche de fait à tout type d’agence – en ligne et hors ligne – de proposer des voyages et des paquets avec ces destinations et, par conséquent, d’exercer son activité alors que le consommateur final s’adresse à ces agences en raison de leur expérience professionnelle qui inclut aussi la fixation des vols”. Sur les autres destinations, la pratique d’exclusion de Ryanair empêche aux agences “d’offrir au consommateur les différents services qui lui permettent d’orienter consciemment son choix”. Autrement dit, selon le juge milanais, le comportement de la compagnie aérienne a empêché aux agences d’exercer pleinement leur activité pour laquelle ces dernières sont rémunérées et de concurrencer de façon effective sur le marché en aval.

En invoquant la théorie des facilités essentielles, le Tribunal de Milan a rappelé que si en principe toute entreprise a le droit de choisir ses propres partenaires commerciaux et de disposer librement de ses biens, certains comportements peuvent caractériser un abus de position dominante au sens de l’article 102 du TFUE lorsque trois conditions sont réunies : 1) le refus opposé concerne un produit ou un service objectivement nécessaire pour pouvoir concurrencer de façon effective sur le marché en aval ; 2) il est probable que le refus provoque l’élimination d’une concurrence effective sur le marché en aval ; 3) il est probable que le refus cause un dommage aux consommateurs finaux. Quant à la première condition, une entreprise qui détient une infrastructure essentielle, dont l’accès est nécessaire pour l’exercice d’une activité économique dans le marché en aval, peut commettre un abus lorsqu’elle nie ou impose à ses concurrents sur le marché en aval des conditions iniques d’accès. En outre, afin de caractériser l’abus, le produit ou le service doit s’avérer indispensable pour l’exercice de l’activité, n’existait aucun substitut réel ou potentiel. De même, le refus de fournir

ou de mettre à disposition l’infrastructure essentielle doit permettre à son titulaire d’éliminer toute concurrence effective sur ce marché dérivé. Enfin, le refus ne se fonde sur aucune justification objective. Au cas d’espèce, le juge a considéré que les deux premières conditions ont été réunies, car “seule la possibilité d’offrir au consommateur consultant le site des OTA (*online travel agencies*), toutes les alternatives de vols, aéroports d’arrivée et de départ, prix et conditions de transport permet à l’agence d’offrir le service pour lequel elle a été créée, afin de garantir que le client fasse sciemment un choix”. Le refus de toute activité d’intermédiation permet à Ryanair de couvrir entièrement le marché dérivé des services relatifs à l’organisation d’un voyage (pour lequel on a acheté des vols de la compagnie aérienne) tels que les assurances, les transports de et vers les aéroports, la location de voitures...

Si les deux premières conditions sont réunies, encore faut-il établir si le refus en question peut être considéré justifié ou si l’intérêt des agences de voyages prévaut en raison de l’équilibre des intérêts en jeu et de l’intérêt des consommateurs à se voir fournir un service varié et plus complet. En effet, est considéré illégitime le refus qui, même en ayant des *objectifs économiques raisonnables*, poursuit une finalité anticoncurrentielle.

L’entrave à toute activité intermédiaire des services proposées au nom du droit de la propriété intellectuelle n’est pas justifiée au regard du principe de l’utilité sociale dont la protection de la concurrence constitue une expression

À ce propos, le défendeur avait reproché à la plaignante d’avoir violé ses droits de propriété intellectuelle en accédant par le biais d’un logiciel non autorisé aux informations contenues dans la base de données en ligne. Après avoir rappelé que dans les affaires concernant des droits de propriété intellectuelle, le refus d’accès à une infrastructure essentielle faisant obstacle à l’offre d’un produit nouveau peut être qualifié d’abusif (CJCE, arrêt du 29 avril 2004, aff. C-418/01, *IMS Healt*), le juge milanais s’est prêté à l’exercice de mise en balance entre l’intérêt à la sauvegarde du droit de propriété intellectuelle et de la libre initiative économique de son titulaire d’une part, et l’intérêt à la protection de la libre concurrence d’autre part. Le juge a affirmé que ce dernier intérêt prévaut si le refus empêche le développement d’un marché dérivé au détriment des consommateurs. Cela se réalise “si la personne qui demande la licence (c’est-à-dire l’agence de voyage en ligne) ne vise pas seulement à dupliquer les biens/services déjà offerts sur le marché par le titulaire du droit protégé par la propriété intellectuelle, mais a également l’intention d’offrir des produits et des services nouveaux ou différents pour lesquels il existe une demande potentielle des consommateurs”. Au cas d’espèce, le choix de Ryanair empêche en pratique de réaliser un service consistant à fournir toutes les informations relatives aux vols et à comparer de façon synchronisée les prix disponibles. L’effet d’un tel choix commercial est “de cloisonner indûment le marché des vols aériens et des services accessoires”. Puisque la liberté de l’initiative économique rencontre non seulement dans les traités européens mais aussi dans la Constitution italienne la limite de l’“utilité sociale” dont la protection de la concurrence en particulier dans l’intérêt des consommateurs

constitue une expression, l'exclusion par la compagnie aérienne de toute activité d'intermédiation professionnelle de ses propres services ne peut pas être justifiée. Autrement dit, la fourniture des services accessoires doit se faire dans un régime de concurrence et non de *monopole dérivé indu*. Par ce fait, la compagnie a abusé de sa position dominante sur le fondement de l'article 102 du TFUE, son comportement pouvant affecter de façon sensible le commerce entre États membres. Dès lors, selon le Tribunal de Milan, le refus d'embarquer les passagers ayant acheté auprès des agences de voyage qui ont eu accès à la base de données de Ryanair par le biais d'un logiciel non autorisé, la limitation pour les consommateurs de la possibilité d'être au courant des offres alternatives et de s'adresser, à cette fin, à un intermédiaire professionnel doivent se considérer autant de comportements abusifs. En revanche, la simple menace d'actions judiciaires et le recours à des procédures judiciaires ne sont que la simple manifestation de l'exercice normal du droit d'agir du titulaire des droits de propriété intellectuelle.

La diffusion auprès du public d'informations fausses et qui discréditent un concurrent constitue un acte de dénigrement même en l'absence de son identification

Le Tribunal de Milan s'est prononcé également sur l'existence d'actes de dénigrement au détriment de la plaignante. La compagnie aérienne avait publié un certain nombre d'informations fausses qui portaient notamment sur les comportements prétendument illicites des agences de voyages, l'existence de décisions judiciaires favorables à la compagnie aérienne et l'application par ces agences de prix de revente double voire triple des billets par rapport aux prix pratiqués par la compagnie aérienne. En outre, Ryanair avait menacé publiquement de ne pas embarquer les passagers qui avaient acheté les billets dans une agence de voyage et mis à exécution cette menace.

Le juge a estimé, à ce propos, que les communiqués de l'entreprise n'ont fourni aucune information objective, étant, en revanche, caractérisés par "une agressivité et une violence inconcevable dans une concurrence loyale". D'une part, les informations diffusées dans la presse et sur le site Internet sont largement incomplètes. Malgré le fait que la plaignante ne soit pas mentionnée de façon explicite, son nom commercial a été lésé par la "référence générique à toutes les agences de voyages en ligne". D'autre part, la conduite de la compagnie aérienne a jeté un discrédit grave sur la plaignante, car, sans aucun support probatoire, lui ont été attribués plusieurs comportements illicites, en utilisant des "tons de violence inadmissible" pour identifier les concurrents. Par ailleurs, Ryanair non seulement a menacé de ne pas embarquer les passagers ayant acheté leurs billets dans une agence de voyage mais a mis à exécution cette menace, en poussant les consommateurs à ne pas recourir aux agences de voyages, concurrentes sur le marché en aval des services de voyage, ce qui constitue "un cas d'école du dit "boycottage secondaire"".

L'entreprise présente sur un marché en aval doit prouver que l'abus de position dominante lui a causé un préjudice

Enfin le Tribunal de Milan a affirmé qu'en vue de la réparation du préjudice subi d'un abus de position dominante, dans le cas d'entreprises déjà présentes sur le marché en aval et qui ont eu une position concurrentielle moins satisfaisante de celle occupée précédemment, à la suite de pratiques d'exclusion, "il est usuel de faire référence à la perte de chance". La "quantification" de cette perte se base sur plusieurs critères tels que "les critères de but-for, before and after and benchmark". Mais, au final, le juge n'a pas octroyé de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 102 du TFUE, car la plaignante s'est limitée à demander de constater l'infraction et aucune preuve n'a été apportée quant à l'existence d'une perte de chance et du lien causal entre le préjudice subi et la pratique abusive. En revanche, le juge a condamné la compagnie aérienne à payer 50 000 euros à la victime en réparation du préjudice subi en raison de l'atteinte à sa réputation commerciale et à publier le jugement sur un journal économique.

S. P. ■

2. ÉTATS-UNIS

PRIVATE ENFORCEMENT – ENTENTE – ACCORDS D'EXCLUSIVITÉ – DROITS DE PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES – CLASS ACTION : Le Tribunal du District nord de Californie autorise une classe de consommateurs à engager des poursuites contre un équipementier sportif bénéficiant d'une exclusivité de la part de la Ligue Nationale de Football (Trib. du District nord de Californie, 3 août 2013, *Dang c. San Francisco Forty Niners*, aff. n° 5:12-CV-5481)

Décidemment, les contentieux liés au sport et aux marchés y afférents sont de bons clients du droit *antitrust* américain. En témoigne la nouvelle affaire sous chronique et dans laquelle le Tribunal fédéral du District nord de Californie a écarté la requête de Reebok et de la *National Football League* (NFL), visant à rejeter la plainte d'une classe de consommateurs en cours de constitution. Dans une décision du 3 août 2013, le juge californien a ainsi ouvert la voie aux plaignants, *fans* de football américains de produits siglés "NFL", qui estiment subir un surcoût résultant de l'existence d'un accord offrant à Reebok l'exclusivité pour la fabrication et de la vente des vêtements de la marque NFL (*Dang v. San Francisco Forty Niners*, Case n° 5:12-CV-5481, N.D. Cal.). Se regroupant en *class action*, les acheteurs considèrent que les prix pratiqués par Reebok sont trop élevés, la firme anglaise profitant de l'octroi d'une licence exclusive pour amortir le prix de celle-ci en se "payant", en quelque sorte, grâce à la passion des consommateurs de football.

Afin de voir leur action prospérer, les plaignants devaient convaincre le juge que l'infraction alléguée aux règles du *Sherman Act* était plausible. Pour cela, il fallait notamment bien cibler les marchés concernés. Selon les plaignants, les

pratiques alléguées se déroulent sur deux marchés distincts mais liés : d'une part le marché de l'octroi des licences de marques, logos et autres emblèmes, et d'autre part, le marché de la revente des produits de marque NFL. C'est sur la question de la définition des marchés pertinents que se noue le cœur du litige. Pour les défendeurs (Reebok, la NFL, mais aussi les clubs constituant la ligue sportive, ainsi que la société gérant les droits de propriétés intellectuels des clubs), les plaignants ne parvenaient pas à caractériser de manière convaincante et avec suffisamment de précision les marchés en cause. D'après eux, les marchés étaient définis de façon trop restrictive, un marché ne pouvant être délimité à partir d'une seule marque. En outre, la plainte devait être rejetée dans la mesure où les plaignants n'étaient pas des acteurs du marché sur lequel était supposé avoir lieu la pratique illicite : les plaignants sont des acheteurs de vêtements NFL ; or, selon les défendeurs qui se fondaient sur la jurisprudence "AGC" de la Cour suprême (*Associated General Contractors of Cal., Inc. v. Cal. State Council of Carpenters ("AGC")*, 459 U.S. 519, 1983), si le Tribunal devait retenir l'existence de pratiques anticoncurrentielles, il faudrait se placer sur le marché amont de l'octroi des licences d'où les plaignants sont absents.

Le Tribunal a donc décidé de rejeter les arguments de la NFL et a donné gain de cause aux plaignants dans ce premier épisode procédural de ce qui s'annonce être une énième nouvelle "affaire NFL" (v. déjà *United States v. NFL*, 116 F. Supp. 319, E.D. Pa. 1953). Sur la question de la définition trop restreinte du marché de la revente des produits siglés NFL, le Tribunal répond que le logo NFL peut parfaitement permettre de caractériser l'existence d'un marché de produits "NFL" que les consommateurs cherchent à acquérir. Comme le souligne la décision, d'autres vêtements de sport, comme des vêtements de baseball ou de basketball ne sont pas de véritables substituts aux vêtements et articles de football américain. Ainsi, le marché n'apparaît pas trop restreint pour le juge californien. La solution retenue n'a rien d'original. L'argument des plaignants semble en outre parfaitement pertinent : il peut exister une catégorie suffisamment homogène de consommateurs d'articles de sport siglés NFL qui ne désirent acheter que ce type de produits, et qui se distingue nettement des autres amateurs d'articles de sports non siglés. Dans ce cas, l'on a surtout à faire à des *supporters*, des *fans* ou des collectionneurs qui ne sont souvent, ni spécialement sportif, ni spécialement intéressés par les autres sports. S'agissant de l'argument reposant sur la jurisprudence "AGC", le Tribunal estime que les plaignants allèguent certes l'existence d'un préjudice souffert sur le marché de la revente des vêtements NFL, mais que ce dernier est en réalité "*inextricablement entremêlé*" avec le marché amont du *licensing* des produits NFL. Au final, le Tribunal considère que les plaignants ont montré de manière suffisamment convaincante et sérieuse que l'accord exclusif pouvait affecter les vêtements de sport de la marque NFL. Bien sûr, il ne s'agit là que des premiers obstacles procéduraux qui viennent d'être franchis par les demandeurs et il en reste encore de nombreux puisque ceux-ci doivent encore prouver les allégations contenues dans leur plainte.

L'affaire est intéressante à plusieurs titres. D'abord, les implications qui peuvent potentiellement en découler sont importantes pour tous les opérateurs dont le système de

financement repose sur des modèles similaires d'octroi de licence. Évidemment, on songe aux autres ligues sportives, mais aussi à d'autres secteurs d'activités plus éloignés du sport. Ensuite, l'affaire s'inscrit dans la lignée de la décision *American Needle*, rendue par la Cour suprême trois ans auparavant (*American Needle, Inc. v. National Football League et al.* : 560 U.S. 139, 2010 :Cah. dr. Sport, 2011, n° 23, p. 39, comm. J.-C. Roda). L'affaire commentée dans la présente chronique est justement la suite du changement de politique voulue par la NFL qui avait décidé d'octroyer l'exclusivité de ses produits à Reebok, déclenchant les réactions judiciaires de partenaires évincés, à l'origine de l'arrêt de la Cour suprême. La Haute juridiction ne s'était prononcée que sur la question de savoir si les clubs de la NFL étaient des entités distinctes. Sur le fond, la Cour suprême a renvoyé l'affaire et, à notre connaissance, l'affaire était encore pendante il y a quelques mois. La négociation du contrat de dix ans en faveur de l'équipementier sportif déclenche cette fois-ci des réactions de la part, non pas des concurrents, mais des consommateurs. Le système mis en place par la NFL est donc attaqué de toutes parts et met en évidence des tensions avec le droit *antitrust* (v. par ex. J. Fortunato et J. Richards, *Reconciling Sports Sponsorship Exclusivity with Antitrust Law*, 8 Texas Rev. of Ent. & Sports L. 33, 2007). On attend donc les suites judiciaires de cette affaire... s'il y en a, les parties pouvant toujours décider de choisir la voie du *settlement*.

J.-C. R. ■

3. CANADA

MAINTIEN DE PRIX – REVENTE DE PRODUITS OU SERVICES – ARTICLE 76 DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE – MARCHÉ DES CARTES DE CRÉDIT : Le Tribunal de la concurrence énonce que le maintien de prix exige la revente et que les services fournis par des réseaux mondiaux de cartes de crédit sont différents des services prestés par les acquéreurs (*Trib. conc., 23 juillet 2013, Commissaire de la concurrence c. Visa Canada et MasterCard International*)

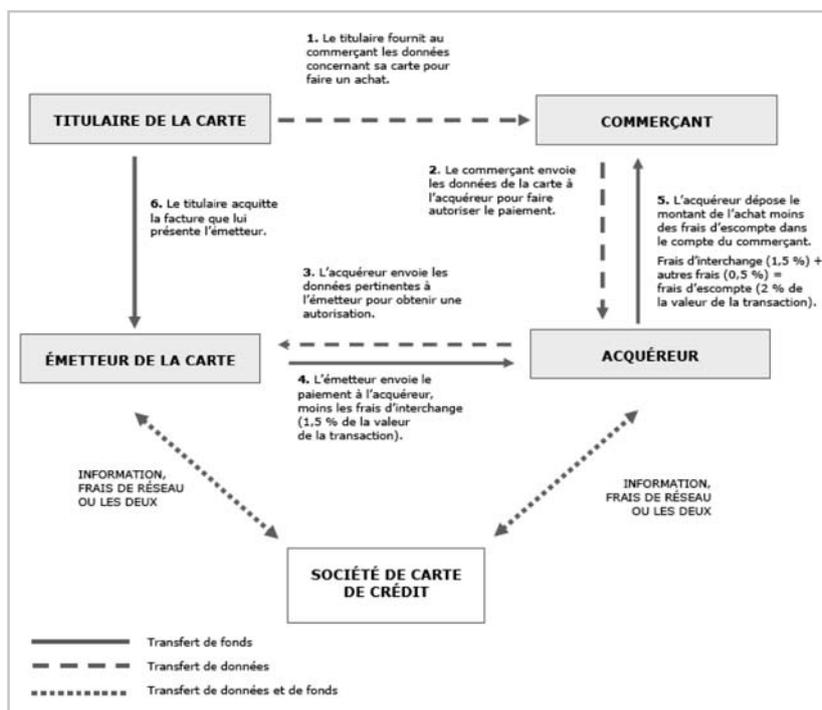
Les cartes de crédit constituent un mode de paiement prisé des consommateurs qui l'utilisent dans différentes transactions les mettant aux prises avec les commerçants. Ces derniers, en acceptant ce moyen de paiement, pour vendre leurs produits et services, acceptent de s'assujettir à un certain nombre d'obligations imposées par les réseaux mondiaux de carte de crédit comme Visa ou Mastercard. Ce sont ces règles imposées par Visa et Mastercard et acceptées par les commerçants qui sont au cœur de la décision rendue le 23 juillet 2013 par le Tribunal de la concurrence ("Tribunal") et dont les motifs ont été rendus publics le 9 septembre 2013.

Une procédure longue qui rend compte de la complexité du marché des services de cartes de crédit

Cette décision fait suite à la demande déposée le 15 décembre 2010 auprès du Tribunal par la Commissaire de la concurrence ("la Commissaire"), sur le fondement de l'article 76 de la *Loi*

sur la concurrence (LRC 1985, ch. C-34), disposition civile de droit nouveau adoptée lors de la réforme majeure de 2009 (K. Diawara, “The Canadian Parliament adopts major amendments to the Competition Act including new hybrid ‘dual-track’ conspiracy provisions and new merger review process”, (2009) e-Competitions n° 26204) et qui interdit le maintien de prix.

La Commissaire contestait trois séries de règles destinées aux commerçants qui acceptent comme mode de paiement les cartes de crédit Visa ou Mastercard. Il s’agit de la règle de non-imposition de frais supplémentaires, celle obligeant les commerçants à honorer toutes les cartes et enfin la règle de non-discrimination. En vertu de la première règle, les commerçants s’engagent à ne pas charger à leurs clients payant par carte de crédit des frais en plus du prix annoncé. Selon la deuxième règle, lorsqu’un commerçant accepte l’une des cartes de crédit de Visa ou de MasterCard, celui-ci est tenu d’accepter toutes les cartes de crédit offertes par la société émettrice,



Source : John Bulmer, *Les systèmes de paiement : le marché de la carte de crédit au Canada*, Bibliothèque du Parlement du Canada, Division des affaires internationales, du commerce et des finances, Ottawa, 2009, p. 2.

y compris les cartes entraînant des frais élevés comme les cartes à privilèges. La troisième règle, seulement imposée par MasterCard, interdit aussi au commerçant de traiter différemment les clients en fonction de leur utilisation de certaines cartes de crédit MasterCard. Cette obligation vise à maintenir un traitement uniforme des clients, quelle que soit la carte de crédit MasterCard présentée.

Selon la Commissaire, ces trois séries de règles incluses dans les clauses des ententes conclues entre Visa, MasterCard et les acquéreurs font monter ou empêchent qu’on ne réduise les frais d’acceptation des cartes. La commissaire a prétendu que sans ces règles, les commerçants auraient pu limiter les frais d’acceptation des cartes en imposant des frais supplémentaires ou en encourageant leurs clients à recourir à des méthodes de paiement moins onéreuses (Para. 90).

Pour apprécier l’impact de ces règles imposées aux commerçants, il est essentiel de comprendre la structure complexe du marché canadien des services de carte de crédit, qui repose sur le modèle qualifié de “quadripartite” et mettant

en relation plusieurs intervenants dont la figure ci-après rend compte. Visa Canada Corporation (Visa) et MasterCard International Incorporated (MasterCard) exploitent des systèmes de paiement électronique par lesquels les opérations de paiement par cartes de crédit sont autorisées et réglées entre les institutions financières.

Comme le montre la figure ci-dessus, bien que ce système des réseaux de carte de crédit soit qualifié de “quadripartite”, il fait intervenir en fait cinq (5) acteurs principaux : 1) les clients qui utilisent quotidiennement les cartes de crédit (titulaire de la carte), 2) les banques et institutions financières qui émettent les cartes de crédit aux titulaires (émetteur de la carte), 3) les vendeurs de produits et services qui acceptent ces cartes comme mode de paiement (les commerçants), 4) les centres de traitement qui sont des banques ou institutions financières qui offrent leurs services de traitement des opérations de paiement aux commerçants (acquéreurs) et enfin 5) les

réseaux de cartes de crédit que sont Visa et MasterCard qui exploitent leurs réseaux respectifs en s’assurant de la fiabilité et de la sécurité des paiements par carte de crédit et en exploitant leur marque mondiale. Les émetteurs et les acquéreurs versent à Visa ou à MasterCard des frais de réseaux qui correspondent à un pourcentage de chaque opération. Les acquéreurs doivent également payer des frais d’interchange aux émetteurs. Visa et MasterCard fixent de manière autonome la valeur des frais d’interchange qui représentent, à eux-seuls, plus de 80 % des frais d’acceptation des cartes de crédit. C’est dans le cadre de ces relations que Visa et Mastercard, qui détiennent plus de 90 % des transactions faites par ce moyen de paiement au Canada, obligent les acquéreurs à imposer notamment les trois séries de règles mentionnées ci-haut.

Le cadre normatif nouveau du maintien de prix, l’alinéa 76(1)b) L.c.

L’article 76 de la L.c. interdit le maintien de prix. Il est de droit nouveau, car avant son adoption lors de la réforme de 2009, c’était une disposition criminelle. La nouvelle

disposition de nature civile dispose que le Tribunal *peut* rendre une ordonnance, s'il conclut à la fois :

→ “a) que la personne visée (...), directement ou indirectement : (i) soit, par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a fait monter ou empêché qu'on ne réduise le prix auquel son client ou toute personne qui le reçoit pour le revendre fournit ou offre de fournir un produit ou fait de la publicité au sujet d'un produit au Canada.

→ b) que le comportement a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché”.

Il était donné ainsi l'occasion au Tribunal d'interpréter pour la première fois l'alinéa 76(1)a) L.c. depuis son adoption et de donner des éclaircissements sur la portée de cette disposition. Une des questions clef discutées dans cette affaire était de savoir si la nouvelle disposition interdisant le maintien de prix exige ou non la revente des produits ou services ainsi acquis du vendeur par l'acheteur ?

Le maintien de prix exige la revente des produits ou services achetés

La commissaire, dans une interprétation audacieuse et innovatrice, a soutenu que l'application de l'alinéa 76 (1)a)i) L.c. n'exige pas que le produit ou service fasse l'objet d'une revente. Selon l'autorité administrative, ce texte nécessite seulement que la personne pour laquelle le prix du produit ou du service a monté ou dont la réduction a été empêchée soit un “client”.

En se fondant notamment sur l'historique et l'objet de la disposition, le juge de la concurrence a rejeté cette interprétation et a conclu que l'alinéa 76 (1)a)i) L.c. exige que le produit vendu par la personne qui fait monter ou empêche qu'on réduise le prix de ce produit soit revendu par le client de cette personne. Le Tribunal a noté que même si l'exigence de revente ne signifie pas que le produit revendu doit être “identique” au produit revendu par le client, il est néanmoins “essentiellement le même en ce qui a trait à ses caractéristiques importantes” (Para. 115).

Le Tribunal invoque plusieurs règles d'interprétations des lois pour rejeter l'interdiction à deux volets défendue par la Commissaire et qui distingue deux catégories de personnes visées par le sous-alinéa 76(1)a)(i), à savoir le client qui achète et ne procède pas à une revente et toute autre personne qui achète et revend. Le Tribunal se prononce ainsi de manière convaincante, à ce propos :

“Le sens ordinaire du sous-alinéa 76 (1)a)(i) amène le Tribunal à conclure que le mot ‘revendre’ s'applique au ‘client’ et à ‘toute personne’, compte tenu de l'emploi de l'adjectif ‘toute’ [‘any other person’]. Le passage ‘ou toute personne qui le reçoit pour le revendre’ [‘or any other person to whom the product comes for resale’] laisse entendre que le client de la personne reçoit aussi le produit pour le revendre. L'expression ‘qui le reçoit pour le revendre’ s'attache à la fois au ‘client’ et à ‘toute personne’, plutôt que d'établir deux catégories de personnes visées par la disposition – le client qui obtient le produit pour son propre usage et les autres personnes qui ont l'intention de revendre le produit” (para. 116).

En adoptant l'article 76 L.c., le législateur ne souhaitait pas contrôler les effets négatifs sur le prix en soi, il voulait plutôt censurer et limiter les effets négatifs sur le prix des produits destinés à la revente. Selon le Tribunal, c'est la raison pour laquelle le législateur vise sans équivoque les prix des produits et services acquis en vue de leur revente.

Les services fournis par les réseaux de cartes de crédit Visa et MasterCard sont différents des services prestés par les acquéreurs

Une fois la question de l'exigence de la revente réglée, le Tribunal devait alors résoudre la question subséquente de savoir si les acquéreurs procèdent à la revente des services offerts à eux par les réseaux de cartes de crédit MasterCard et Visa. Dans cet exercice difficile, le Tribunal s'est prévalu du témoignage de Monsieur Jeff van Duynhoven, président des services aux commerçants de l'acquéreur TD, une succursale de la Banque Toronto Dominion (TD) pourtant intervenante dans cette cause, au détriment de celui de l'expert de la Commissaire, Monsieur McCormack, pour conclure que les acquéreurs ne revendent pas les services de Visa ou de MasterCard aux commerçants, mais offrent plutôt un ensemble de services différents de ceux fournis par Visa et MasterCard. Selon le témoignage de M. van Duynhoven, les acquéreurs, plutôt que de revendre les services de Visa ou MasterCard aux commerçants, créent et exploitent leurs propres réseaux, implantent des technologies exclusives et demeurent financièrement responsables des opérations qu'ils acquièrent.

Le Tribunal affirme que les services fournis par les réseaux de cartes de crédit Visa et MasterCard sont différents des services prestés par les acquéreurs. Il “décrit les produits vendus aux acquéreurs par les défenderesses comme étant des ‘services de réseau de cartes de crédit’, et ceux vendus aux commerçants par les acquéreurs comme étant des ‘services d'acceptation de cartes de crédit’”. Selon le Tribunal, ces services sont différents et les acquéreurs ne revendent pas les services de réseau de cartes de crédit fournis par Visa ou MasterCard :

“*Visa et MasterCard exploitent leur réseau respectif par lequel les opérations effectuées par carte Visa ou MasterCard sont autorisées et payées. Elles fournissent les services d'autorisation, de compensation et de règlement aux acquéreurs sur leur réseau respectif (‘services de réseau de cartes de crédit’). En revanche, les acquéreurs fournissent aux commerçants les services qui leur permettent d'accepter les cartes de crédit (‘services d'acceptation des cartes de crédit’), lesquels diffèrent de ceux fournis par Visa et MasterCard*” (para. 148).

Cette conclusion a porté un “coup fatal” à la demande de la Commissaire qui ne rencontre pas l'une des exigences essentielles de l'interdiction de maintien de prix. Ce constat n'a pas empêché le Tribunal de prononcer certains énoncés subsidiaires relatifs au pouvoir de marché des entreprises de cartes de crédit Visa et MasterCard.

Pouvoir de marché et réduction de la concurrence

À titre subsidiaire, le Tribunal a continué son analyse au cas où ses conclusions relatives à l'interprétation juridique de l'article 76 ou à l'exigence de la revente qui n'a pas été remplie se révélaient erronées. Il a pu constater que Visa et MasterCard disposent d'un pouvoir dans le marché des services de réseau de cartes de crédit (para. 389) et que chacune d'elle a, par application de la règle de non-imposition de frais supplémentaires, fait hausser le prix auquel les acquéreurs fournissent ou offrent de fournir des services de réseau de cartes de crédit au Canada et que ce comportement a pour effet de nuire à la concurrence dans le marché des services de réseau de cartes de crédit (para. 391).

Une intervention législative est plus souhaitable qu'une ordonnance judiciaire

Au surplus, le Tribunal ajoute que puisque l'article 76 L.c. lui accorde un pouvoir discrétionnaire, il l'aurait utilisé, en l'espèce, pour ne pas rendre une ordonnance, même si les conditions d'application de ce texte étaient remplies. Il estime que la meilleure solution consiste en une intervention législative plutôt qu'une intervention judiciaire qui risque de substituer un ensemble d'avantages trompeurs à un autre ensemble de même nature. En référence au droit comparé, le Tribunal énonce ce qui suit :

“Nous sommes convaincus qu'il est plus logique de commencer par la voie réglementaire (...). Une ordonnance fondée sur l'article 76 est un outil radical qui s'accompagne nécessairement de problèmes d'ordre technique, de conséquences imprévues, de rajustements continus et de consultations auprès des intervenants. L'expérience d'autres pays, comme l'Australie et le Royaume-Uni, montre que les consommateurs exprimeront leurs inquiétudes devant l'imposition de frais supplémentaires et l'augmentation potentielle des prix, et qu'une intervention par voie réglementaire sera nécessaire, de préférence le plus tôt possible” (para. 395).

Après examen de la décision, l'autorité administrative de la concurrence a, par voie de communiqué, informé qu'elle ne porterait pas cette affaire en appel. Ce qui ouvre davantage la voie à une intervention législative, à l'image de l'expérience australienne ou anglaise.

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.

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,
Ianis Girgenson, 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
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

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

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

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

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John, Sophie-Anne
Descoubes, 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>	465 €	556,14 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	485 €	495,19 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	715 €	855,14 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	155 €	158,25 €

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

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	635 €	759,46 €
--	-------	----------

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>	815 €	974,74 €
<input type="checkbox"/> 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>	915 €	1094,34 €

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