



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence  
*Competition Law Journal*

## JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

---

### Chroniques | Concurrences N° 1-2012 – pp. 218-230

#### **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, Centre René Demogue-CRDP*

#### **Jean-Christophe RODA**

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

| *Maître de Conférences,  
Centre de Droit Economique, 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, Centre René Demogue-CRDP

**Jean-Christophe RODA**

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Maître de Conférences, Centre de Droit Economique, Aix-Marseille Université

# JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

## 1. UNION EUROPÉENNE

### 1.1. Allemagne

**ENTENTES – DOMMAGES ET INTÉRÊTS – ACHETEURS INDIRECTS – QUALITÉ POUR AGIR – RÉPERCUSSION DES SURCÔÛTS : La Cour fédérale de justice allemande juge que les acheteurs indirects ont la qualité pour agir tout en laissant aux participants au cartel la possibilité d'invoquer la répercussion des surcôûts comme moyen de défense** (*Bundesgerichtshof, 28 Juni 2011, ORWI, Az. KZR 75/10*)

Avec le vote en 2005 du 7<sup>ème</sup> amendement de la loi contre les restrictions de la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), le législateur allemand a apporté d'importantes innovations destinées à rendre plus efficace et plus opérationnelle la protection juridique des victimes des ententes et pratiques illicites. Au nombre de ces innovations, il convient de citer l'élargissement du cercle des personnes ayant la qualité pour agir en justice, la possibilité accordée à des associations qualifiées d'intenter une action en justice (à l'exception des actions en dommages et intérêts), le droit de ces associations de prélever (au profit du budget fédéral !) des gains obtenus grâce à une entente illicite, l'effet contraignant des décisions définitives rendues par les Autorités de concurrence (notamment par l'Office fédéral des cartels, par la Commission européenne, mais aussi par les autorités nationales des États membres de l'Union européenne), l'interruption de la prescription pendant la procédure administrative, le droit des victimes à la perception d'intérêts ainsi qu'une règle visant à faciliter le calcul des dommages et intérêts.

Toutes ces innovations ainsi que les efforts de réforme entrepris parallèlement au niveau européen s'accompagnent d'une augmentation du nombre d'actions en dommages et intérêts en instance devant les juridictions allemandes. Les deux procès intentés par la société belge Cartel Damage Claims SA (CDC), d'une part, contre les participants à l'entente sur le ciment (Tribunal de grande instance de Düsseldorf) et, d'autre part, contre les membres de l'entente du peroxyde d'hydrogène (Tribunal de grande instance de Dortmund) demeurent à ce jour les cas les plus exemplaires.

Aussi une élucidation de certaines questions par la Cour fédérale était-elle attendue avec impatience tant de praticiens que de scientifiques. Ces attentes ont été satisfaites avec l'arrêt *ORWI* du 28 juin 2011 dont l'exposé des motifs a été publié le 24 novembre 2011.

### Un arrêt de principe en matière de responsabilité civile pour infraction aux règles de la concurrence

La Cour fédérale de justice devait prendre position sur quatre questions de droit. Premièrement, le droit aux dommages et intérêts pour surcôûts occasionnés par une entente est-il uniquement réservé aux acheteurs directs des participants à cette entente ou bien doit-on le reconnaître également aux victimes plus éloignées, mais se trouvant dans la même chaîne de distribution, en l'occurrence les acheteurs indirects ? Deuxièmement comment les acheteurs indirects peuvent-ils prouver le préjudice subi du fait d'un surcôût illégal ? Troisièmement, le participant au cartel appelé à répondre à une action en dommages et intérêts vis-à-vis d'un ou de plusieurs de ses acheteurs peut-il évoquer la répercussion des surcôûts par ces derniers à leurs propres acheteurs comme moyen de défense ? Enfin, les participants au cartel sont-ils solidairement responsables des dommages résultant de leur entente ?

### Une affaire particulièrement riche au niveau des faits

La partie défenderesse est une société productrice du papier autocopiant qu'elle commercialise par sa filiale R. et par des grossistes. La Commission européenne a infligé des amendes d'un montant total de 313,7 millions d'euros à dix entreprises, dont la partie défenderesse, pour leur participation à une entente illégale portant sur

## Abstracts

### 1. EU

#### 1.1. Germany

**CARTELS – DAMAGES – INDIRECT PURCHASERS – STANDING TO SUE – PASS-ON DEFENSE: 231**

The German Federal Court of Justice rules that indirect purchasers have standing to sue in private antitrust litigation but at the same time allows infringers to invoke the possibility that the overcharge might have been passed on  
*Bundesgerichtshof, 28.06.11, ORWI, case KZR 75/10*

#### 1.2. Italy

**LENIENCY PROGRAM – MULTI-MARKET CONTACTS THEORY: 233**

The Regional Administrative Court for Lazio decides on certain aspects of the leniency program and recalls the multimarket contacts theory  
*TAR Lazio, 12.10.11, Beiersdorf v. AGCM, n° 01751/2011*

**INTERVENTION OF A THIRD PARTY TO CLASS ACTION – STANDING TO SUE FOR A LEGAL REPRESENTATIVE OF A CONSUMER ASSOCIATION – CLASS ACTION SCOPE: 235**

The Court of Milan decides on the intervention of a third party to class action and on the conditions required to bring class action  
*T. Milan, 20.10.11, V.D. e ADUC v/ Microsoft, RG 4141/2011*

### 2. US

**PRIVATE ENFORCEMENT – STANDARD OF PROOF: 236**

The Court of Appeals for the third circuit holds that a complaint must allege facts sufficient to allow an inference of unlawful concerted action  
*US Court of Appeals, 3rd Cir., 24.10.11, Burtch v. Milberg Factors, Inc.*

**PRIVATE ENFORCEMENT – CONCERTED PRACTICES – BOYCOTT: 239**

The Court of Appeals for the eleventh circuit holds that collective actions by holders of convertible senior notes issued by a plaintiff do not amount to an illegal boycott under Section 1 of the Sherman Act  
*US Court of Appeals, 11th Cir., 10.11.11, CompuCredit Holdings Corporation, v. Akanthos Capital Management, LLC et al., n° 11-13254*

**PRIVATE ENFORCEMENT – MONOPOLIZATION – INTELLECTUAL PROPERTY – PATENT HOLD-UP: 241**

A Federal Court decides on patent hold-up in the context of standardisation agreements  
*US District Court, N.D. California, 18.10.11, Apple Inc. v. Samsung Electronic Co., n° 11 CV 01846-LHK*

la fixation des prix et le partage de marché dans le secteur du papier autocopiant et visant essentiellement à des hausses de prix concertées (Décision du 20 décembre 2001, COMP/E1/36.212). Le recours introduit par la partie défenderesse contre cette décision de la Commission devant le Tribunal de première instance (arrêt du 26 avril 2007, T-109/02) a été rejeté de même que le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union Européenne (arrêt du 3 septembre 2009, C-322/07 P).

Sur la base d'une cession des droits de la société ORWI, le demandeur a réclamé au défendeur des dommages et intérêts pour préjudice causé par les surcoûts résultant de l'entente précitée. En effet, jusqu'à sa faillite survenue au printemps 2003, ORWI transformait des formulaires avec du papier autocopiant vendu par R. ainsi que par trois autres grossistes, ces derniers étant eux-mêmes fournis par d'autres producteurs membres de la même entente.

Le demandeur a fondé son action sur le surcoût illégal que la société ORWI était obligée de payer à R. et aux trois autres grossistes. En effet, R. et les autres grossistes auraient réussi à répercuter, au moins en partie, ce surcoût sur les acheteurs se trouvant en aval de la chaîne de distribution, dont ORWI. En outre, par sa participation à une entente anticoncurrentielle, le défendeur aurait également engagé sa responsabilité pour les marchandises qu'ORWI aurait reçues d'autres producteurs membres de l'entente. Le demandeur affirmait qu'ORWI aurait supporté un surcoût s'élevant à 223 540,26 euros qu'elle n'avait pu transférer à ses clients. Toutefois cette allégation était réfutée par le défendeur, qui prétendait qu'ORWI avait réussi à répercuter le surcoût sur ses propres acheteurs.

Saisi de l'affaire, le tribunal de première instance de Mannheim (*Landgericht Mannheim*, Jugement du 29 avril 2005 – Aff. 22 O 74/04 Kart.) a rejeté la demande. L'action de la partie demanderesse a cependant été en partie accueillie par la juridiction d'appel (*Oberlandesgericht Karlsruhe*, Arrêt du 11 juin 2010 - Aff. 6 U 118/05 (Kart.)). Cet arrêt de la Cour d'appel a été cassé par la Cour fédérale de justice et l'affaire a été renvoyée devant les juges d'appel.

#### → Les acheteurs indirects aussi peuvent réclamer des dommages et intérêts pour violation de l'interdiction d'une entente

Dans cette affaire dont les faits s'étaient déroulés au cours des années 90, il n'était pas encore possible d'appliquer le 7<sup>ème</sup> amendement de la loi allemande contre les restrictions de la concurrence. Par conséquent, le droit aux dommages et intérêts trouvait son fondement légal dans le § 823, alinéa 2 du code civil allemand combiné avec l'article 101 TFUE. L'ancienne jurisprudence relative à cette disposition s'était avérée très restrictive en ce qu'elle ne reconnaissait la qualité d'agir en justice qu'à la victime directement ciblée par un comportement anticoncurrentiel tel un boycott. Une telle appréhension de l'exigence d'une loi protectrice pour reconnaître un droit à réparation était entretemps unanimement reconnue comme étant trop limitative, surtout après la confirmation donnée par la Cour de Justice dans ses arrêts *Courage* (arrêt du 20 septembre 2001, Aff. C-453/99) et *Manfredi* (arrêt du 13 juillet 2006, Aff. C-295/04) du fait que "toute personne" ayant subi un préjudice du fait d'une infraction aux règles de concurrence doit pouvoir demander réparation devant les juridictions nationales.

Le législateur allemand a réagi dans la nouvelle formulation du § 33, al. 1<sup>er</sup> de la loi allemande contre les restrictions de la concurrence en ces termes : le simple fait d'être "concerné comme concurrent ou autre intervenant sur le marché" suffit. Aussi la Cour fédérale de justice a-t-elle, sans surprise, changé de cap en jugeant que le cercle des personnes bénéficiant de la protection de l'interdiction des ententes illicites prévue à l'article 101, al. 1<sup>er</sup> du TFUE ne devrait pas être limité aux seuls acheteurs visés directement par une entente. La Cour fédérale de justice, en faisant un pas supplémentaire, associe expressément les acheteurs indirects à ce cercle en leur reconnaissant la qualité de faire valoir leur droit aux dommages et intérêts au cas où ils auraient subi un préjudice. On peut supposer que cette nouvelle interprétation du droit s'applique *a fortiori* à la loi dans sa nouvelle version de 2005. Néanmoins, la Cour fédérale laisse expressément ouverte la question de savoir si la qualité d'agir des acheteurs indirects est également exigée par l'effet utile des règles du traité.

Les observateurs américains s'étonneront de constater que la résolution par les juges fédéraux de cette question importante s'est faite si longtemps attendre. Il y a déjà plus de trois décennies que la Cour suprême américaine s'est exprimée sur cette question de la qualité des acheteurs indirects à agir en justice en adoptant toutefois le résultat contraire dans l'arrêt *Illinois Brick* du 9 juin 1977 (431 U.S. 720 (1977)).

#### → Pour quantifier le préjudice subi par les acheteurs directs et indirects la Cour fait appel à une méthode comparative simple

Dans la pratique, l'évaluation du *quantum* du dommage subi par les acheteurs directs et indirects du fait d'une entente anticoncurrentielle s'avère souvent très compliquée, car elle nécessite une comparaison avec la situation économique de la victime dans le scénario hypothétique d'un marché compétitif. C'est la raison pour laquelle les remarques des juges fédéraux à propos de la quantification du dommage sont particulièrement intéressantes. Avec l'approbation de la Cour fédérale de justice, la Cour d'appel a procédé dans le cas sous examen de la manière suivante.

Concernant le prix d'achat des acheteurs directs (commerce en gros), la Cour a constaté que la différence résultant du prix du cartel et du prix concurrentiel hypothétique s'obtient par la moyenne entre les prix exigés par les participants au cartel et le prix plus bas qui était pratiqué avant la conclusion de l'entente sur les prix du papier autocopiant (comparaison dans le temps). La Cour fédérale de justice soutient que "pour autant qu'un participant au cartel augmente ses prix comme convenu dans l'entente, l'on peut, en tout cas concernant un marché qui, jusqu'à la constitution du cartel, était caractérisé par des prix en baisse, supposer que cette augmentation des prix résulte entièrement de l'entente illicite sur les prix. La Cour d'appel n'a pas relevé d'autres facteurs qui pourraient être la raison de l'augmentation des prix".

Quant au prix d'achat des acheteurs indirects, les juges font observer que le surcoût provenant du fabricant défendeur a été entièrement transféré par les grossistes sur les acheteurs indirects. La Cour fédérale de justice justifie ce raisonnement comme suit : "Se fondant sur sa constatation selon laquelle les [autres] grossistes concurrents ont également été fournis

par les membres du cartel, la Cour d'appel pouvait aussi, sans commettre d'erreur sur le plan de droit, supposer qu'il n'y avait aucune raison pour les commerçants de renoncer à une partie de leur marge commerciale. Car les autres commerçants durent [également] payer des surcoûts résultant du cartel".

#### → Les participants au cartel peuvent invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense

L'arrêt *ORWI* est également particulièrement remarquable sur la question de la répercussion du surcoût à deux points de vue. Premièrement, en ce qui concerne l'acheteur indirect situé en aval de la chaîne de distribution, la répercussion du surcoût constitue un facteur pertinent dans l'analyse de la naissance du préjudice (voir ci-dessus). Deuxièmement, la Cour fédérale de justice aborde cette question dans une perspective de réduction du dommage. Dans le cas présent, il s'agit de la répercussion du surcoût opérée par ORWI vis-à-vis des opérateurs au troisième niveau du marché dans le but de réduire le préjudice qu'ORWI aurait subi du fait de l'entente anticoncurrentielle. Ce troisième niveau se compose des acheteurs du papier autocopiant transformé en formulaires par ORWI. La Cour fédérale de justice considère, à juste titre, cette question comme relevant de la péréquation des avantages ("Vorteilsausgleichung"). Contrairement à la juridiction saisie au premier degré ainsi qu'à la Cour suprême américaine dans son arrêt *Hanover Shoe* du 17 juin 1968 (392 U.S. 481(1968)), la Cour fédérale de justice déclare le défendeur admissible à invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation desdits surcoûts. Elle le justifie essentiellement par un équilibre entre l'examen du préjudice subi par un acheteur bénéficiaire, d'une part, et l'analyse de la répercussion des surcoûts dans le cadre de la péréquation des avantages, d'autre part. Toutefois, d'importantes différences pratiques se situent au niveau des exigences de preuve à charge du membre au cartel.

#### → Les participants au cartel sont solidairement responsables des dommages causés par leur entente

La quasi-totalité de la doctrine s'accorde sur le fait que les participants au cartel demeurent solidairement responsables des dommages causés par leur entente. Sont applicables les §§ 830 et 840 du code civil allemand. Aussi la conclusion de la Cour fédérale de justice reconnaissant à ORWI le droit de réclamer de la partie défenderesse des dommages et intérêts non seulement pour les livraisons effectuées par R mais aussi par les grossistes ayant vendus du papier mis en marché par d'autres participants de l'entente ne peut-elle surprendre.

#### → Intervention forcée des acheteurs indirects pour prévenir le risque d'une responsabilité multiple ?

Reconnaître la qualité d'agir en justice à la fois aux acheteurs directs et aux acheteurs indirects placerait le défendeur sous la menace d'une responsabilité multiple pour un même dommage. Il en serait ainsi notamment dans l'hypothèse où tant les acheteurs directs que les acheteurs indirects auraient décidé de se tourner contre le membre du cartel pour les mêmes livraisons.

Le droit d'invoquer la répercussion des surcoûts comme moyen de défense contre une demande d'indemnisation des surcoûts est, en principe, de nature à réduire ce risque d'une réparation multiple. La Cour fédérale de justice restreint cependant l'efficacité pratique de cet instrument avec les principes élaborés par elle-même en matière de répartition de la charge de la preuve. Ce faisant, elle indique au membre du cartel une piste de solution procédurale.

D'après les juges fédéraux, la partie défenderesse, le participant au cartel, peut pratiquer la "*Streitverkündung*" en vertu du § 72, al. 1<sup>er</sup> du code de procédure. Cet instrument propre au droit allemand pourrait être traduit par "intervention forcée dans le procès". La *Streitverkündung* à l'allemande a des traits communs avec l'appel en garantie du droit français. Elle permet à la partie défenderesse d'obtenir un jugement opposable à des tiers dont elle redoute des plaintes futures éventuelles. En l'occurrence, la partie défenderesse pourrait forcer d'éventuelles parties demanderesse situées en aval de la chaîne de distribution à intervenir dans le procès qui l'oppose à un acheteur direct. Ainsi, la question de la répercussion des surcoûts pourrait être tranchée une fois pour toutes : soit elle a eu lieu et ce sont en conséquence les acheteurs indirects, qui peuvent réclamer des dommages et intérêts, soit elle n'a pas eu lieu et ce sont les acheteurs directs qui ont droit à des dommages et intérêts.

L'on peut enfin s'interroger sur l'intérêt que présente la *Streitverkündung* pour un membre du cartel appelé à se défendre en justice. Tout d'abord, l'adhésion d'un plus grand nombre de personnes appelées à intervenir au procès conformément à la *Streitverkündung* est susceptible d'augmenter les coûts de procédure de façon significative. En outre, le participant au cartel peut se demander si le recours à cet instrument ne serait pas pour lui une façon de réveiller le chat qui dort. En effet, la *Streitverkündung* risque être une occasion en or accordée aux acheteurs indirects en ce qu'ils découvrent eux-mêmes la possibilité d'intenter leur propre action en dommages et intérêts contre le membre du cartel. Si ce dernier décide par contre de renoncer à la *Streitverkündung*, il est confronté à d'énormes difficultés de preuve qui ne lui permettront certainement pas de faire admettre la péréquation des avantages. Ainsi le défendeur qui opte pour la *Streitverkündung* pour se faire aider par des tiers à invoquer le moyen de défense de la répercussion des surcoûts risque de tomber de Charybde à Scylla.

F. B. ■

### 1.2. *italie*

**PROGRAMME DE CLÉMENCE – THÉORIE DES CONTACTS MULTIMARCHÉS : Le Tribunal administratif du Latium se prononce sur certains aspects du programme de clémence et rappelle la théorie des contacts multimarchés** (*TAR Lazio*, 12 octobre 2011, *Beiersdorf c/ AGCM*, n° 01751/2011)

Par un arrêt du 12 octobre 2011, le Tribunal Administratif Régional du Latium (*TAR Lazio*) a rejeté partiellement le

recours intenté par un certain nombre de sociétés à l'encontre de la décision de l'autorité de concurrence italienne – l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ou AGCM – qui les avait sanctionnées pour avoir participé à un cartel sur le marché des produits cosmétiques et dans le secteur connexe de l'hygiène corporelle.

Suite aux dénonciations de trois cartellistes, le 15 décembre 2010, l'AGCM avait sanctionné quinze sociétés présentes sur les marchés des produits cosmétiques et de l'hygiène corporelle et une association professionnelle pour avoir mis en œuvre, pendant environ sept ans, une entente "*unique, complexe et continue dans le temps*" au sens de l'article 101 du TFUE visant à coordonner au niveau national les stratégies commerciales par le biais du réseau GDO ("Grande Distribution Organisée").

En application du programme de clémence (*Comunicazione sulla non imposizione e sulla riduzione ai sensi dell'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, modifié le 6 mai 2010, ci-après "programme de clémence"*), l'AGCM avait octroyé l'immunité totale à la société Henkel – première dans la course à la clémence – et réduit la sanction administrative de la société Colgate-Palmolive et de la société Procter&Gamble (respectivement 50 % et 40 % de la sanction autrement encourue).

Certains cartellistes, parmi lesquels la société Beiersdorf, avaient présenté un recours contre la décision de l'AGCM devant le Tribunal administratif du Latium (*TAR Lazio*) – juge compétent pour les recours contre les décisions de l'autorité de concurrence – estimant que les déclarations des demandeurs de clémence n'avaient pas été corroborées par des preuves factuelles.

Après avoir demandé à l'AGCM d'expliquer les critères adoptés pour calculer l'amende, le 12 octobre dernier, le juge administratif s'est prononcé sur certains aspects du programme de clémence et a rappelé que l'existence de contacts multi-marchés a pour effet de renforcer la collusion entre les participants à l'entente illicite.

---

### **En vue d'obtenir la clémence, il suffit de corroborer les informations fournies par un faisceau d'indices**

---

Le juge administratif relève tout d'abord que les programmes de clémence constituent "*un moyen efficace de déstabilisation des cartels entre entreprises*" car ils posent aux cartellistes le dilemme entre un comportement loyale au regard des autres membres du cartel afin de profiter des bénéfices de la collusion sur la longue période en espérant que les autres membres auront le même comportement, et la dénonciation à l'autorité publique de sa propre adhésion au cartel en échange de l'immunité ou d'une réduction de la sanction administrative.

Concernant la nécessité que les déclarations rendues dans le cadre du programme de clémence soient corroborées par des éléments de preuve, le juge administratif a souligné qu'il suffit d'établir un faisceau d'indices "*graves, précis et concordants*" de l'existence de formes de coordination illicites. En effet, il est difficile pour les membres du cartel d'obtenir des preuves documentaires établissant de façon certaine

et objective l'existence et le fonctionnement de l'entente anticoncurrentielle. Dès lors, l'entreprise demandant le bénéfice de la clémence peut se limiter à présenter des "*éléments écrits*" constituant des "*indices précis et concordants*" avec les déclarations émises. Autrement dit, comme le *TAR Lazio* l'a affirmé récemment (1700 Prezzo del GPL per riscaldamento Regione Sardegna, arrêt du 13 décembre 2010, n° 36126), "*la véracité et la plausibilité des déclarations n'exige pas que le demandeur de clémence en établisse le contenu en présentant les éléments probatoires correspondants*", l'Autorité de la concurrence étant la seule à avoir l'obligation de démontrer l'existence de l'entente illicite. En revanche, en l'absence d'indices concluants et concordants, la simple déclaration du demandeur de clémence ne suffit pas à obtenir une immunité ou une réduction de la sanction autrement encourue.

Au cas d'espèce, le juge administratif a estimé que les documents présentés par les demandeurs de clémence et notamment par la société Henkel constituaient des éléments probatoires permettant d'établir l'existence de l'entente illicite. En outre, selon le juge administratif, l'AGCM avait évalué de façon indépendante les documents fournis par les demandeurs à la clémence. Enfin, le juge administratif a affirmé qu'au-delà des divergences qui peuvent exister entre les demandeurs de clémence dans la reconstruction des faits, il existe une certaine coïncidence sur les points essentiels des déclarations fournies à l'autorité de concurrence (les trois demandeurs de clémence avaient mis en évidence qu'il existait une entente sur le marché national entre les producteurs principaux présents dans le secteur des cosmétiques vendus par le canal de la distribution au détail et qu'ils avaient détaillé les échanges d'informations entre les cartellistes).

---

### **La mise en œuvre d'ententes illicites est facilitée en cas de contacts multi-marchés entre des entreprises concurrentes**

---

Sur le fond, il est intéressant de constater que le juge italien peine à définir le concept de marché pertinent, estimant qu'il s'agit d'un "*concept juridique indéterminé ayant une signification discutable*".

Au cas d'espèce, le juge a confirmé la position de l'AGCM, estimant que le marché pertinent est celui des produits cosmétiques commercialisés par le réseau GDO (produits cosmétiques pour le corps, les cheveux et l'hygiène orale/corporelle) et non celui des catégories de produits en cause car la demande prise en compte est celle des revendeurs de la grande distribution et non celle des consommateurs finaux. En outre, le juge rappelle la théorie des contacts multi-marchés selon laquelle "*sur des marchés relativement concentrés, (...) toute action agressive d'un groupe sur un marché, (...) peut entraîner de la part des concurrents des représailles (guerre de prix par exemple) non seulement sur ce marché, mais également sur les autres marchés où les groupes sont en concurrence*" (N. Coutinet, F. Moreau, S. Peltier, Les grands groupes des industries culturelles. Fusions, acquisitions, alliances : les stratégies des années 1980-2000, Département des études et de la prospective, 2002, p. 71). Au cas d'espèce, le juge a suivi l'AGCM qui avait constaté que la structure du secteur des cosmétiques commercialisés par le réseau GDO présentait des caractéristiques communes aux



## Les limites de l'intervention du tiers dans l'action collective

La question sur laquelle le juge prolonge sa réflexion est celle de l'éventuelle intervention d'un tiers à l'action collective. Microsoft estimait que, selon les termes du contrat, elle ne pouvait pas être titulaire de la "légitimation passive" car elle était tierce par rapport au rapport contractuel entre le représentant légal de l'association et le producteur de l'ordinateur (la société Asustek Italia). En outre, il n'y avait pas d'identité entre la Microsoft SRL, société de droit italien, et la Microsoft Corporation, société américaine et que l'action collective ne pouvait pas être introduite contre un groupe d'entreprises.

Sur ce dernier point, le Tribunal de Milan accueille l'argument de la société défenderesse estimant que malgré l'appartenance au même groupe, les deux sociétés ont une personnalité juridique distincte. Par ailleurs, le fait que des personnes physiques aient un rôle dans les deux sociétés ne permet pas de remettre en question l'autonomie des deux personnes morales sous le profil du patrimoine, de la gestion et de la responsabilité de celle-ci.

Quant à la question de la possibilité de faire intervenir Microsoft Corporation en tant que tiers dans la procédure d'action collective en vertu des mécanismes prévus par le code de procédure civile (l'article 103 relatif au litisconsortium facultatif et l'article 269 relatif à l'intervention du tiers sur demande du requérant ou du défendeur), le Tribunal de Milan souligne que le "principe de gestion équitable, efficace et rapide du procès", énoncé à l'alinéa 11 de l'article 140 bis du code de la consommation, est essentiel à l'exercice de l'action collective et qu'il doit être mis en balance avec le "principe de simplification et d'économie processuelle". Dans ce contexte, selon le juge, le recours au mécanisme de l'intervention du tiers sur le fondement de l'article 269 du code de procédure civile peut s'avérer cohérent avec une procédure d'action collective lorsque cette intervention se révèle nécessaire pour assurer le "sauvetage" de l'action collective et éviter des duplications inutiles de cette action à l'encontre de plusieurs défendeurs.

Le Tribunal de Milan précise toutefois que l'intervention forcée du tiers ne doit pas se confondre avec le mécanisme de l'intervention volontaire du tiers prévue à l'article 105 du code de procédure civile et qui est proscrite à l'alinéa 10 de l'article 140 bis du code de la consommation. La finalité de ce type d'intervention est, en effet, différente. Du côté de la demande, il existe déjà le mécanisme d'adhésion à l'action. Le juge invite clairement à utiliser les outils spécifiques mis en place pour le contentieux collectif. Du côté de la défense, la prohibition de l'intervention volontaire se justifie par le fait que cette intervention peut faire l'objet de manœuvres dilatoires. En effet, le défendeur pourrait être tenté d'y recourir au détriment des consommateurs en allongeant la procédure.

Si l'intervention forcée du tiers est admise en principe, le juge souligne qu'au cas d'espèce, ce mécanisme n'est pas applicable. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises (Cass. n° 22939/2007 ; n° 13908/2007 ; n° 13165/2007 ; n° 2676/2004) que le demandeur ne peut pas s'appuyer sur

cet outil procédural "pour corriger, de façon officieuse, des carences constatées dans l'assignation". Dans l'affaire traitée, le représentant de l'ADUC s'était limité à assigner Microsoft Corporation et non la société Asustek Italia. Or, selon le Tribunal de Milan, le demandeur aurait dû agir contre cette dernière en tant que producteur de l'ordinateur et fournisseur du software au consommateur final et non contre Microsoft, tierce au contrat de vente. Le Tribunal ajoute que même s'il était établi l'existence d'une pratique commerciale déloyale ou d'un comportement anticoncurrentiel, ces agissements ne seraient qu'imputables au producteur de l'ordinateur. Dès lors, le représentant du groupe ne peut pas demander l'intervention de la Microsoft Corporation car celle-ci est totalement étrangère aux faits dénoncés à l'autorité judiciaire. En outre, le demandeur ne peut pas utiliser le mécanisme de l'intervention du tiers pour corriger une erreur commise dans l'assignation.

Par conséquent, le Tribunal de Milan a jugé irrecevable l'action collective introduite à l'encontre de Microsoft. Le demandeur a été condamné à publier l'ordonnance d'irrecevabilité de l'action collective sur un journal national.

S. P. ■

## 2. ÉTATS-UNIS

### PRIVATE ENFORCEMENT – ENTENTE – PROCÉDURE – PREUVE DE L'ENTENTE : La Cour d'appel du troisième Circuit insiste sur la nécessité pour les plaignants d'étayer leurs plaintes d'éléments de preuves suffisants dans les affaires d'ententes (U.S. Court of Appeals, 3rd Cir., 24 October 2011, *Burtch v. Milberg Factors, Inc.*)

Les actions privées *stand alone*, c'est-à-dire celles qui ne sont pas consécutives ou complémentaires à des poursuites initiées par les autorités antitrust (on parle alors d'actions en *follow on*), sont loin d'être rares aux États-Unis. L'incitation que représentent les *treble damages*, ainsi que la possibilité de se regrouper en *class actions* sont autant de moyens de faire des entreprises et des consommateurs américains de véritables « gendarmes auxiliaires du marché ». L'examen du contentieux antitrust dans lesquelles les plaignants agissent d'eux-mêmes révèle cependant que les juridictions fédérales se prononcent fréquemment en faveur des défendeurs. Bien souvent, ces derniers ne parviennent pas à franchir les premiers obstacles procéduraux et sont déboutés sans que l'affaire ne soit examinée au fond. Une décision, rendue le 24 octobre 2011, illustre cette tendance en consacrant de larges développements à la question du standard de preuve requis pour qu'une plainte puisse être jugée recevable dans les affaires d'ententes initiées par des particuliers (*Burtch v. Milberg Factors, Inc.*, U.S. Court of Appeals, 3<sup>rd</sup> Cir., 24 oct. 2011).

## L'irrecevabilité d'une plainte reposant sur un simple parallélisme de comportements ou sur des échanges d'informations non étayés d'autres éléments

Dans cet arrêt, la Cour d'appel du troisième Circuit a rappelé qu'alléguer l'existence d'une entente sans éléments factuels probants était insuffisant pour qu'une juridiction déclare recevable une plainte fondée sur une violation de la section 1 du *Sherman Act*. Dans une telle hypothèse, le plaignant ne peut "résister" à une requête en irrecevabilité ("*motion to dismiss*") déposée par les défendeurs. Pour bien comprendre cette décision, il convient au préalable de présenter le contexte général de l'affaire. L'industrie de la vente de vêtement au détail aux États-Unis fonctionne très largement en ayant recours aux sociétés d'affacturage. Les fabricants de vêtements, qui vendent aux détaillants, transfèrent leurs créances à des factors, moyennant le paiement de commissions. Ces sociétés d'affacturages fonctionnent comme des établissements de crédits et permettent ainsi de libérer rapidement des liquidités pour les fabricants qui peuvent fournir tout aussi rapidement les détaillants. Ce sont donc elles qui supportent le risque du non-paiement des débiteurs, du moins, tant qu'elles considèrent que les détaillants sont solvables. Si le factor refuse d'être subrogé parce qu'il juge le détaillant insolvable, le risque demeure sur le fabricant. Dans une telle situation, le fabricant refusera d'honorer la commande du détaillant qui n'a pas la confiance du factor. *De facto*, les sociétés d'affacturages, en donnant ou non leur aval, déterminent quelles affaires peuvent se faire entre les professionnels de la vente de vêtement au détail.

L'entreprise Factory 2-U, qui vend des vêtements au détail à prix *discount* dans plus de dix États, s'estimait victime d'un boycott émanant de plusieurs sociétés d'affacturage concurrentes. Sur une période de plusieurs semaines, celles-ci avaient refusées d'accorder du crédit à Factory 2-U, altérant la compétitivité de l'entreprise et conduisant finalement celle-ci à demander l'ouverture d'une procédure de "*bankruptcy*". Le syndic de faillite ("*bankruptcy trustee*") de la société porta plainte devant les juridictions du Delaware. Selon le plaignant, les factors se seraient en réalité entendus en échangeant illicitement et secrètement des informations concernant la solvabilité de Factory 2-U. La décision commune de refuser d'accorder des crédits serait ainsi le résultat d'un cartel destiné à stabiliser les parts de marché respectives des différentes sociétés d'affacturages et à maintenir les prix des services de *factoring* sur ce segment. Dans un premier temps, le syndic avait nourri sa plainte en se fondant sur le seul parallélisme des comportements émanant des sociétés d'affacturages qui lui avaient refusé, de manière approximativement concomitante, d'octroyer du crédit. Puis, dans un second temps, le "*trustee*" tenta de renforcer sa plainte en se fondant sur l'existence d'une trentaine de conversations téléphoniques échangées entre les sociétés défenderesses. Confirmant un jugement rendu par le tribunal fédéral du district du Delaware, la Cour d'appel du troisième Circuit a considéré que les éléments présentés par l'administrateur de la société Factory 2-U étaient insuffisants pour permettre d'écarter la requête en irrecevabilité de la plainte lancée par les sociétés défenderesses. Examinant la plainte initiale, la Cour d'appel indique que le "*seul parallélisme des comportements n'est pas suffisant pour*

*satisfaire à l'exigence requise pour la démonstration de l'existence d'une entente*". Elle insiste en particulier sur le fait que, dans son acte introductif, le plaignant n'étaye pas celui d'éléments de preuves indirectes supplémentaires ou d'éléments montrant que les sociétés défenderesses ont agi en trichant et avaient intérêt à agir de la sorte. Pour les juges, la plainte ne met pas en évidence "*plus qu'un comportement routinier observable sur le marché*". S'agissant de la plainte modifiée, de la même façon, la Cour considère que "*de simples échanges d'information de crédit sans aucune preuve supplémentaire d'un accord anticoncurrentiel ne permettent pas de satisfaire aux exigences posées par la jurisprudence dans les affaires d'ententes*".

La solution n'est pas véritablement surprenante. L'existence d'une entente anticoncurrentielle peut être rapportée par le biais de preuves directes ou indirectes. Étant donné le climat de dissimulation qui entoure ces pratiques, les plaignants doivent souvent se contenter de preuves indirectes ("*circumstantial evidences*"). Comme l'a jugé la Cour suprême dans un arrêt *Twombly* du 21 mai 2007, "*un parallélisme de comportements peut être admis comme une preuve indirecte à partir de laquelle il est possible d'inférer l'existence d'une entente*" (*Bell Atlantic Corporation v. Twombly*, 550 U.S. 544, 2007, *Concurrences* n° 4-2007, p. 155, obs. F. Daudret-John et F. Souty). Prises indépendamment, ces preuves sont toutefois insuffisantes pour démontrer l'existence d'un accord illicite : "*sans rien de plus, un parallélisme de comportements ne permet pas de suggérer l'existence d'une entente*" (*Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, préc.). Il est donc nécessaire d'avoir recours à toute une série d'indices qui présentent une certaine cohérence d'ensemble. Or, en présence de preuves indirectes ambiguës comme c'était le cas dans l'affaire rapportée, les plaignants doivent réussir à démontrer, à partir de ces éléments, que les défendeurs ont un intérêt économique rationnel à participer à l'entente alléguée et que le comportement en cause s'éloigne de ceux qui sont dictés par le jeu normal du marché (*Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 1986). Dans la présente affaire, il convient de reconnaître que les allégations paraissaient beaucoup trop peu étayées et travaillées pour conduire les juges à passer à l'étape suivante du procès.

## Une nouvelle illustration de rehaussement du standard de preuve en matière d'ententes après l'arrêt Twombly

Plus largement, la décision du 24 octobre 2011 s'inscrit dans une tendance très nette depuis l'arrêt *Twombly* de mai 2007, dans laquelle le standard de preuve nécessaire pour qu'une plainte puisse prospérer dans les affaires antitrust a été rehaussé (*Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, préc. ; la Cour d'appel revient d'ailleurs très largement dans ses développements sur la question du "*plausibility standard*" évoqué dans l'arrêt *Twombly*). Mais, au-delà de la question de la preuve des ententes, c'est la nécessité de juguler les coûts liés au procès, dans un contexte d'explosion des actions civiles antitrust, qui avait été affirmée en 2007.

Dans le procès civil américain, la thèse des plaignants doit apparaître plausible. Il n'est pas nécessaire que les allégations contenues dans la plainte soient très détaillées : les *Federal*

*Rules of Civil procedure* indiquent simplement que l'acte doit comporter "un exposé clair et concis de la demande" (Rule 8(a)(2) des *Federal Rules of Civil procedure*). Toutefois, la jurisprudence exige traditionnellement que la plainte contienne des éléments factuels suffisants, afin notamment d'éviter que des plaignants ne saisissent les tribunaux en se fondant sur de simples spéculations (*Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores*, 421 U.S. 723, 1975). Le rôle joué par ce filtre est particulièrement important. En effet, si la plainte est jugée recevable, une seconde phase procédurale s'ouvre, au cours de laquelle les parties peuvent recourir à la *pre-trial discovery*. Or, le recours à la *discovery* peut s'avérer particulièrement coûteux pour les défendeurs. Outre le risque de divulgation de pièces sensibles, des dizaines de milliers de pages de documents peuvent être demandées. Les coûts peuvent être si élevés que les défendeurs ont dans le passé préféré transiger avec les plaignants. Pour éviter les éventuels abus liés au procédé, les juridictions fédérales veillent donc à écarter les plaintes non fondées en exigeant que celles-ci contiennent "suffisamment d'éléments factuels" susceptibles de faire naître "un espoir raisonnable" de découvrir des preuves pertinentes, lors d'une procédure de *discovery* (*Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores*, préc.).

On retrouve naturellement les mêmes principes dans le contentieux *antitrust*. Après quelques hésitations perçues dans certains arrêts rendus par les juges du fond au début des années 2000, la Cour suprême a donc réaffirmé avec force dans l'arrêt *Twombly* la nécessité d'imposer au plaignant une sorte de travail d'enquête supplémentaire en amont de sa plainte, afin d'éviter d'accroître les coûts du procès. Pour la majorité des *Justices*, une telle solution était nécessaire, afin de limiter le dépôt de plaintes sans fondement et ainsi d'éviter que les défendeurs supportent les coûts engendrés par des demandes déraisonnables de *discovery*. Cela étant, malgré l'observation de l'augmentation nette des dépôts de "motion to dismiss" par les défendeurs dans le contentieux dès les premiers moments de l'instance, un tel rehaussement du standard de preuve n'a fait que freiner les actions civiles. Les juridictions fédérales font preuve de discernement et n'hésitent pas à permettre aux plaignants initialement déboutés de modifier leurs plaintes afin que celles-ci puissent atteindre le "plausibility standard" posé par l'arrêt *Twombly* (D. W. Hawthorne, *Recent Trends in Federal Antitrust Class Action Cases*, *Antitrust* – Summer 2010, p. 60). L'arrêt commenté en fournit un bon exemple, même si la plainte amendée n'a pu prospérer. Autrement dit, l'exigence accrue imposée par la jurisprudence de la Cour suprême n'a donc que pour but d'éviter les abus du *private enforcement*, ce qu'illustre parfaitement la décision du 24 octobre 2011.

J.-C. R. ■

## PRIVATE ENFORCEMENT – ENTENTE – BOYCOTT : La Cour d'appel du onzième Circuit considère que la décision concertée de plusieurs fonds d'investissements de refuser l'offre de rachat anticipée des titres formulée par l'émetteur n'est pas une entente illicite (*U.S. Court of Appeals, 11th Cir., 10 November 2011, CompuCredit Holdings Corporation, v. Akanthos Capital Management, LLC et al., n° 11-13254*)

La décision collective prise par plusieurs fonds d'investissement de refuser l'offre émanant d'un établissement de crédit, visant à racheter de manière anticipée des titres qu'il avait émis, peut-elle être analysée comme une entente contraire à la section 1 du *Sherman Act*? Telle est la question à laquelle la Cour d'appel du onzième Circuit a dû répondre, dans un arrêt en date du 10 novembre 2011 (*CompuCredit Holdings Corporation v. Akanthos Capital Management, LLC et al.*, n° 11-13254, U. S. Court of Appeals, 11<sup>th</sup> Cir., 2011-2 Trade Cases p. 77, 672). Au-delà de l'intérêt que peut susciter la rencontre du droit antitrust et du droit des marchés financiers, l'affaire permet à la juridiction de préciser dans quelle mesure les créanciers détenteurs de titres peuvent s'engager dans des comportements coordonnés concernant un émetteur commun.

### Le refus concerté d'un groupe de hedgefonds de revendre de manière anticipée des titres à un émetteur commun

La société CompuCredit est un établissement de crédit qui, parmi d'autres activités financières, émet des titres de créances négociables ("*convertible senior notes*"). Ces valeurs mobilières représentent chacune un droit de créance et permettent à l'organisme de financer diverses opérations. Comme leur nom l'indique, il s'agit de titres négociables qui peuvent donc être achetés et vendus sur les marchés, entre le moment où ils sont émis et leur échéance. Ils peuvent être aussi rachetés par leur émetteur et remboursés par anticipation, aux prix du marché. En 2005, CompuCredit a émis deux séries de titres, les uns payables en 2025 et les autres en 2035. Originellement destinés à un placement privé, ces titres se sont échangés sur le marché secondaire et ont été acquis à 70 % par un groupe de 21 fonds d'investissement ("*hedgefonds*"). Rappelons que ces entités sont des fonds purement spéculatifs qui exploitent tous les écarts de rendement susceptibles de se manifester sur les marchés les plus divers, dont celui des valeurs mobilières. En 2009, l'entreprise CompuCredit annonça qu'elle comptait verser plus de 25 millions de dollars de dividendes à ses actionnaires, ce qui déclencha le contentieux avec le groupement des *hedgefonds* à l'origine de la présente affaire.

En début d'année 2010, les fonds d'investissement intentèrent une action en justice pour stopper le versement des dividendes, alléguant que CompuCredit était en réalité insolvable et que l'opération était une manœuvre violant le *Uniform Fraudulent Transfer Act*. Le groupement fut débouté mais CompuCredit proposa de racheter les titres émis avant leur échéance. Une offre à hauteur de 160 millions de dollars fut formulée, ce prix étant prétendument supérieur ou équivalent à celui du marché. Aucun des fonds d'investissement n'accepta cependant l'offre, chacun d'entre eux jugeant celle-ci trop faible et continuant à considérer que CompuCredit était en

mauvaise santé financière. Les *hedgefunds* déposèrent alors une requête visant à obtenir le rachat forcé des titres par anticipation, à leur valeur nominale. CompuCredit contre-attaqua sur le terrain du droit antitrust, en portant plainte devant le Tribunal du District Nord de Géorgie. Selon la plaignante, le comportement du groupement des *hedgefunds* était assimilable à une entente contraire à la section 1 du *Sherman Act*. Plus précisément, le refus de l'offre de rachat des titres devait s'analyser en un *boycott* collectif destiné à obliger CompuCredit à racheter ceux-ci par anticipation et à un prix supérieur au marché. Le 17 juin 2011, le tribunal fédéral débouta l'établissement de crédit qui interjeta appel devant la cour du onzième Circuit.

### Le rejet de la qualification de boycott anticoncurrentiel

Par un arrêt du 10 novembre 2011, la cour d'appel a rejeté les allégations de CompuCredit et a confirmé le jugement de première instance. Distinguant les circonstances de l'espèce de celles d'autres affaires invoquées par l'entreprise plaignante (*Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411, 1990), la cour d'appel souligne tout d'abord l'originalité de la théorie proposée par CompuCredit : il n'existe aucun précédent jurisprudentiel allant dans le sens de ses allégations. La cour d'appel rejette ensuite la qualification proposée par la plaignante. Selon elle, l'existence d'une relation contractuelle préexistante entre le débiteur et les créanciers est déterminante dans l'affaire commentée. Elle différencie la présente espèce des cas de *boycotts* "collusifs" classiques dans lesquels des concurrents cherchent à vendre au prix fort (A. Gavil, W. Kovacic et J. Baker, *Antitrust Law in Perspective*, Thomson/West 2002, p. 127 et s.). Pour les juges, CompuCredit n'est pas dans la situation d'un acheteur de bien ou de service ordinaire qui se verrait refuser l'accès au marché parce qu'il ne se plie pas aux conditions fixés par les *boycotters*. Il s'agit simplement d'un débiteur cherchant à éteindre des créances qui ont été préalablement et librement négociées dans le cadre de contrats d'émission. En refusant de revendre avant l'échéance leurs titres à une valeur vénale moindre, les fonds d'investissements ne font que préserver leurs intérêts. Le rachat anticipé n'est qu'une faculté et les créanciers ne font qu'exercer leur liberté contractuelle en préférant attendre le terme, afin d'obtenir le remboursement des titres à leur valeur nominale. La cour souligne également que, dans les affaires de *boycotts* traditionnelles – et sur lesquelles la plaignante s'appuyait (*Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 U.S. 643, 1980) – la stratégie litigieuse a généralement pour but de provoquer une hausse des prix pour des transactions actuelles ou futures, et non des transactions dont le prix a déjà été établi. En l'espèce, on peut difficilement caractériser une stratégie concertée visant à fixer des prix à la hausse, dans la mesure où la pratique concerne des dettes préexistantes dont la valeur nominale a été antérieurement fixée par contrat. Ainsi, selon les juges, "les négociations concernant le remboursement de la dette sont, dans les faits, différents d'une entente destinée à fixer les prix futurs sur un marché". On voit mal, en outre, où se situerait l'effet collusif, puisque la manœuvre dénoncée conduirait à faire vendre des titres à un prix peut-être supérieur au marché actuel, mais en définitive inférieur à leur valeur nominale (qui avait elle aussi

été déterminée par le marché). Logiquement, la cour d'appel considère que le refus des fonds d'investissements d'accepter l'offre de rachat anticipée ne peut s'analyser en un *boycott* anticoncurrentiel.

### Des éclaircissements concernant la liberté des créanciers de se coordonner afin de sécuriser leurs intérêts

L'arrêt du 10 novembre 2011 s'inscrit dans un courant qui semble plutôt favorable aux obligataires et autres entreprises detentrices de titres qui se coordonnent, afin de sécuriser leurs créances face à un même émetteur. Dans deux arrêts antérieurs, des juridictions fédérales avaient déjà admis que des comportements similaires n'étaient pas anticoncurrentiels. Ainsi, dans un arrêt *United Airlines v. U.S. Bank* (406 F.3d 918, 7<sup>th</sup> Cir. 2005), la cour d'appel du septième Circuit avait jugé que l'action concertée d'un groupe de créanciers cherchant à recouvrer le montant total de leurs créances n'était pas contraire au *Sherman Act*. De même, dans une décision plus ancienne *Sharon Steel Corp. v. Chase Manhattan Bank* (691 F.2d 1039, 2d Cir.1982), la cour d'appel du deuxième Circuit avait rejeté la plainte d'un débiteur qui estimait que l'élaboration d'un plan concerté par ses créanciers pour recouvrer les sommes dues violait les règles antitrust. L'arrêt de la cour du onzième Circuit apporte une pierre à cet édifice jurisprudentiel. Par sa solution, la juridiction d'appel confirme que les créanciers peuvent se concerter sans encourir de grief, tant qu'il s'agit de dettes préexistantes. En revanche, il est fort probable que ces entreprises violeraient la loi si elles s'entendaient pour contraindre l'émetteur lors de la négociation du contrat d'émission ou pour dénaturer celui-ci à l'échéance du terme.

J.-C. R. ■

### PRIVATE ENFORCEMENT – MONOPOLIZATION – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – "PATENT HOLD-UP" : Un Tribunal fédéral se prononce sur des pratiques de "patent hold-up" dans le cadre d'accords de normalisation (*U. S. District Court, N.D. California, 18 October 2011, Apple Inc. v. Samsung Electronic Co., n° 11-CV-01846-LHK*)

Le contentieux de la section 2 du *Sherman Act* est un terrain idéal pour apprécier la complexité des rapports qu'entretiennent le droit antitrust et le droit de la propriété intellectuelle (W. Kovacic, *Intellectual Property Policy and Competition Policy*, N.Y.U. Annual Survey on American Law, vol. 66, 2011, p. 421 et s. ; H. Hovenkamp, M. Janis, M. Lemley et C. Leslie, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Second Edition, Aspen Publishers 2011, p. 191 et s.). La féroce bataille judiciaire à laquelle se livre les entreprises Apple et Samsung sur divers terrains depuis plusieurs années permet d'en apporter une nouvelle illustration. Dans un arrêt du 18 octobre 2011 (*Apple Inc. v. Samsung Electronic Co.*, United States District Court, N.D. California, n° 11-CV-01846-LHK 18 oct. 2011), le tribunal fédéral du District nord de Californie s'est ainsi prononcé sur des allégations de pratiques de "patent hold-up" (ou "patent ambush"), ayant

pour but de conférer et d'exploiter un pouvoir de monopole (S. Royall, A. Tessar et A. Di Vincenzo, *Deterring Patent Ambush in Standard Setting : Lessons from Rambus and Qualcomm*, Antitrust – Summer 2009, p. 34 et s. ; J. Gstalter, *Le droit de la concurrence appliqué aux droits de propriété intellectuelle*, th. Paris I, dir. L. Idot, 2010, n° 913 et s.).

### Le contexte général : L'accord de normalisation de l'ETSI et l'engagement FRAND

En l'espèce, Apple reprochait à Samsung, parmi une longue liste de griefs, d'avoir contourné les règles établies dans le cadre de l'ETSI, l'organisme de normalisation auquel ces entreprises appartenaient pour le marché de la téléphonie mobile. Ces organismes de normalisation ("*standard setting organizations*" ou SSO) tiennent une place prépondérante dans cette l'industrie. Les opérateurs proposent des produits qui offrent aux consommateurs une vaste gamme de technologies (téléphonie, mais également accès aux e-mails et à Internet, etc.). Or, la commercialisation de ces appareils implique la mise en commun d'une multitude de technologies élaborées et brevetées par une grande diversité d'entreprises. Par exemple, la technologie WCDMA, sur laquelle s'appuie la téléphonie 3G, requiert l'utilisation de plus de 6 000 brevets, détenus par plus d'une trentaine d'entreprises différentes.

Pour permettre l'interopérabilité de ces technologies, les entreprises sont incitées à se réunir pour établir des normes communes servant de référentiel utile à chacune d'entre elles. Le rôle des organismes de normalisation est précisément d'élaborer ces normes. Parce qu'elles favorisent le développement de produits ou marchés nouveaux et plus performants, dans de meilleures conditions d'offre, ces accords de normalisation sont en principe appréciés favorablement. Toutefois, ces pratiques ne sont pas dénuées de risques, notamment lorsque des droits de propriété intellectuelle (ci-après "DPI") sont inclus dans la norme technique. Dans une telle hypothèse, le risque est de voir les détenteurs de ces droits provoquer et profiter d'effets de dépendance ("*lock-in effects*") lorsque les technologies sont essentielles. Afin de parer à ces risques et garantir un accès effectif à la norme, les organismes de normalisation peuvent exiger des participants qui souhaitent voir leurs DPI inclus dans la norme qu'ils se conforment à des engagements FRAND ("*Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*"). Aux termes de ceux-ci, les membres de l'organisation s'engagent de manière irrévocable et par écrit à accorder des licences concernant leurs DPI essentiels à l'ensemble des tiers, dans des conditions équitables et non discriminatoires. Les engagements FRAND visent ainsi à garantir que la technologie essentielle protégée par des DPI et incorporée dans une norme soit accessible aux utilisateurs à des conditions raisonnables.

### La technologie "essentielle" brevetée au cœur du litige

Dans l'affaire rapportée, l'ETSI avait incorporé dans la norme UMTS une technologie brevetée par Samsung. Un engagement FRAND avait également été adopté, imposant aux détenteurs de DPI de divulguer les

technologies brevetées essentielles dans la norme UMTS. Or, Apple estimait que Samsung avait manqué à cette obligation de diffusion au moment de l'élaboration de la norme. L'entreprise à la pomme alléguait aussi que Samsung avait procédé à une fausse déclaration, en affirmant qu'elle s'engagerait à octroyer des licences dans des conditions respectant l'engagement FRAND : mais, par la suite, l'opérateur sud-coréen aurait refusé de licencier sa technologie à des conditions raisonnables. Samsung aurait ainsi acquis et renforcé illicitement un pouvoir de monopole, inhibant progressivement la concurrence dans le secteur de la téléphonie. Car, selon Apple, en l'absence de cet ensemble de manœuvres, l'ETSI n'aurait pas adopté la norme – et la technologie essentielle – proposée par Samsung. En somme, Apple invoquait l'existence de deux techniques distinctes relevant d'une même stratégie globale et s'appuyant sur le brevet de Samsung, à s'avoir, d'une part la fausse déclaration contrevenant à l'engagement FRAND et, d'autre part, la non-divulgaration de sa technologie. Face à ces allégations, Samsung déposa une requête en irrecevabilité ("*motion to dismiss*"), estimant qu'Apple n'avait pas apporté suffisamment d'éléments pour étayer sa plainte. Dans son jugement du 18 octobre 2011, le tribunal fédéral du District nord de Californie commence par rappeler les exigences à satisfaire, s'agissant du standard de preuve requis. Les plaignants doivent proposer à l'appui de leur plainte des indices permettant aux juges de penser que l'affaire qui leur est soumise a des chances de prospérer. Au-delà des éléments factuels à apporter, "*il faut convaincre les tribunaux que la théorie avancée est plausible, à la lumière des principes économiques de base*". Ceci peut s'avérer une tâche délicate en matière de *monopolization*, notamment lorsqu'il est question de pratiques d'éviction qui nécessitent de raisonner par anticipation ou sur la base d'hypothèses.

### La fausse déclaration contrevenant à l'engagement FRAND

Le tribunal envisage d'abord l'allégation de fausse déclaration qui aurait conduit l'ETSI à adopter la technologie de Samsung et qui lui aurait permis d'obtenir des redevances exagérément élevées. La juridiction relève que la jurisprudence a déjà admis qu'un tel comportement de "*patent hold-up*" puisse être sanctionné sur le fondement de la section 2 du *Sherman Act*. Ainsi, dans une affaire *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.* (501 F.3d 297, 3d Cir.2007), une norme avait été acceptée sur la base d'une fausse déclaration, ce qui avait placé les acteurs de l'industrie concernée sous la dépendance du détenteur de la technologie essentielle. Ce dernier n'avait alors pas respecté son engagement et avait exigé des redevances d'un niveau supra-compétitif. Si un tel comportement avait été jugé anticoncurrentiel par la Cour d'appel du troisième Circuit, le tribunal considère néanmoins qu'en l'espèce Apple n'a pas prouvé à suffisance de droit ses allégations. S'agissant d'un comportement assimilable à une fraude, le tribunal rappelle que le standard de preuve est plus élevé. Il était alors nécessaire d'établir que Samsung n'avait jamais eu l'intention d'octroyer des licences respectant les termes de l'engagement FRAND, ce qu'Apple ne parvient pas à faire selon le juge.

## L'absence de divulgation des DPI

Le tribunal examine ensuite l'accusation selon laquelle Samsung se serait sciemment abstenu de divulguer ses DPI, afin de pouvoir les revendiquer par la suite. Or, d'emblée, le juge souligne que la jurisprudence est beaucoup plus circonspecte lorsqu'il s'agit de déduire d'un tel comportement qu'il puisse créer un pouvoir de monopole au bénéfice de son auteur. Le tribunal cite ainsi l'arrêt *Rambus*, rendu par la Cour d'appel du District de Columbia en 2008 (*Rambus Inc. v. FTC*, 522 F.3d 456, D.C. Cir. 2008). Dans cette affaire, les juges avaient infirmé une décision de la *Federal Trade Commission* qui avait sanctionné Rambus pour avoir dissimulé ses brevets et laissé l'organisme de normalisation adopter une norme couvrant lesdits brevets, afin de pouvoir par la suite poursuivre en contrefaçon les fabricants de produits normalisés. Selon la Cour d'appel, pour établir la pratique abusive, il aurait fallu que la *Federal Trade Commission* démontre que la dissimulation avait conduit l'organisme à adopter la norme en question. *Mutatis mutandis*, Apple devait donc mettre en évidence que l'ETSI aurait normalisé une technologie alternative à celle de Samsung si les membres avaient été informés de l'existence de ses DPI. Or, une telle preuve est particulièrement difficile à rapporter. Comme ce fut le cas pour Rambus dans l'affaire éponyme, le tribunal considère qu'Apple n'a pas fourni suffisamment d'éléments pour permettre de penser qu'une technologie alternative viable aurait été adoptée. La requête en irrecevabilité déposée par Samsung est donc accordée.

Dans la lignée de l'arrêt *Rambus* – et plus largement dans celle de l'arrêt *Trinko* (*Verizon Communications, Inc. v. Trinko*, 540 U.S. 398, 2004) – l'affaire rapportée illustre à nouveau la difficulté de mettre en œuvre les dispositions réprimant la *monopolization*, en particulier lorsqu'il est question de DPI. Toutefois, elle renforce l'idée que les techniques de "*patent hold-up*" peuvent constituer des violations de la section 2 du *Sherman Act*. Malgré les difficultés probatoires rencontrées, l'existence de ce contentieux permet de sensibiliser les acteurs de la normalisation à ces problématiques.

J.-C. R. ■

## À noter

**PUBLIC ENFORCEMENT – CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS : Le Department of Justice constate l'abandon du projet de concentration entre les principaux opérateurs de télécommunications** (*United States of America v. AT&T Inc., T-Mobile and Deutsche Telekom AG*, 19 December 2011, Case: 11-CV-01S60)

Dans la précédente livraison de cette revue était évoquée la décision de la division Antitrust du *Department of Justice* de s'opposer à l'acquisition de T-Mobile USA par le géant américain de la téléphonie mobile AT&T (*United States of America v. AT&T Inc., T-Mobile and Deutsche Telekom AG*, Case: 11-cv-01S60, 31 août 2011, *Concurrences* n° 4-2011, obs. J.-C. Roda). Plusieurs États fédérés s'étaient joints à la plainte portée par le gouvernement devant les juridictions fédérales, ce qui augurait mal d'un dénouement par la voie négociée. Face à la fermeté affichée par l'autorité fédérale, les issues les plus probables étaient soit l'abandon de l'opération par les parties, soit la tenue d'un procès, annoncé comme long et coûteux... La bataille judiciaire qui se profilait

n'a finalement pas eu lieu puisque AT&T et la filiale de Deutsche Telekom ont annoncé, le 19 décembre 2011, le retrait du projet de fusion. Le *Department of Justice*, par la voix de ses représentants, s'est félicité de cette décision et a souligné "*la victoire des consommateurs*" dans ce marché particulièrement important de la téléphonie sans fil (US DoJ, *Justice Department Issues Statements Regarding AT&T Inc.'s Abandonment of its Proposed Acquisition of T-Mobile USA Inc.*, Press Release 19 déc. 2011).

J.-C. R. ■

**PUBLIC ENFORCEMENT – CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS : Une juridiction fédérale fait droit à la requête du DoJ visant à bloquer une acquisition dans le secteur des logiciels d'aide au calcul de l'impôt pour les contribuables** (*United States of America v. H&R Block Inc. et al.*, 10 November 2011, Civil Action n° 11-00948)

En échos à l'affaire AT&T/T-Mobile, il faut signaler une autre victoire du *Department of Justice*, obtenue quelques semaines auparavant, cette fois-ci sur le marché des logiciels d'aide au calcul de l'impôt pour les contribuables ("*digital do-it yourself tax preparation*"). En mai 2011, l'autorité antitrust avait saisi les juridictions fédérales afin de voir bloquer le projet d'acquisition de la société TaxACT par son concurrent H&R Block. La réunion de ces deux entreprises, détenant chacune d'importantes parts sur le marché en question, devait donner lieu à l'instauration d'un duopole de fait. En effet, à l'issue de l'opération, l'entité nouvelle et son concurrent principal, l'entreprise Intuit, devait contrôler plus de 90% du marché. Par une décision en date du 10 novembre 2011, le Tribunal fédéral du District de Columbia a fait droit à la demande d'interdiction du *Department of Justice* (*United States of America v. H&R Block Inc. et al.*, Civil Action n° 11-00948, disponible sur le site Internet du DoJ). On renverra à la décision, longue de quatre-vingt-six pages, qui revient en détail sur les caractéristiques du marché des logiciels d'aide au calcul de l'impôt, sur les effets négatifs de l'opération décelés par le *Department of Justice*, sur les gains d'efficacité invoqués par les parties, et sur les raisons qui ont fait que la balance a finalement penché en faveur du gouvernement. D'intéressants développements sont à lire, s'agissant notamment de la question du duopole, des effets coordonnés et des risques de collusion tacite. En substance, on retiendra surtout que le Tribunal a considéré, conformément à une jurisprudence bien établie, que la fusion entre les deuxième et troisième plus acteurs d'un marché, conduisant à la création d'un duopole, devait être généralement interdite. Le juge Howell relève ainsi que "*autant que l'on puisse déterminer, aucun Tribunal [dans ce district] n'a jamais approuvé une concentration créant un duopole dans de telles circonstances*" (en ce sens, v. A. Gavil, W. Kovavic et J. Baker, *Antitrust Law in Perspective*, Thomson/West 2002, p. 551). En présence de barrières à l'entrée significatives et d'un indice HHI très élevé, et en l'absence d'arguments véritablement convaincants, capables de renverser la présomption d'existence d'effets anticoncurrentiels mis en évidence par le gouvernement, le Tribunal a jugé sage de ne pas s'écarter de sa jurisprudence traditionnelle.

J.-C. R. ■

## CHAMP D'APPLICATION DU DROIT ANTITRUST – IMMUNITIES – STATE ACTION IMMUNITY – CAPPER-VOLSTEAD ACT : Actualité des “antitrust immunities” dans les secteurs

**de la santé et de l'agriculture** (*U.S. Court of Appeals, 11th Cir., 9 December 2011, Federal Trade Commission v. Phoebe Putney Health System, Inc. et al., n° 11-12906 ; U.S. District Court, D. Idaho, 2 December 2011, In re Fresh and Process Potatoes Antitrust Litigation, n° 4:10-MD-2186-BLW*)

Très brièvement, on évoquera la question des “immunities” (exemptions) du droit antitrust américain (C. Varney, *Antitrust Immunities*, Oregon L. Rev., vol. 89, 2011, p. 775 et s.). On en dénombre une trentaine – d'origine légale ou jurisprudentielle – qui paralysent l'application classique des règles fédérales lorsque des intérêts supérieurs sont en jeu. Malgré les critiques récurrentes et la volonté affichée de réduire leur nombre, ces *immunities* sont régulièrement invoquées dans le contentieux antitrust (v. par ex. le rapport de l'Antitrust Modernization Commission, *Report and Recommendations*, 2007, p. 333 et s. sur le site de l'AMC). Deux décisions récentes peuvent servir d'illustration.

Dans un jugement du 2 décembre 2011, rendu par le tribunal du district de l'Idaho, était examinée la question de la mise en œuvre du *Capper-Volstead Act* (*In re Fresh and Process Potatoes Antitrust Litigation*, United States District Court, D. Idaho, n° 4:10-MD-2186-BLW, 2 déc. 2011). Cette loi, votée en 1922, permet d'exempter de l'application du droit antitrust certaines activités du secteur agricole. En l'espèce, dans un jugement très argumenté, le tribunal refuse de faire jouer l'exemption qu'invoquaient des coopératives agricoles pour échapper aux griefs d'ententes anticoncurrentielles. Utile pour ses précisions concernant l'application de l'*agricultural immunity*, le jugement offre également de précieuses indications aux plaignants ayant lancé récemment des *class actions* dans le secteur agricole (v. par ex. *In re Processed Egg Products Antitrust Litigation*, United States District Court, E.D. Pa., Case No. MDL N° 2002, 26 nov. 2011).

Dans un arrêt du 9 décembre 2011 de la Cour d'appel du onzième Circuit, il était question de la *State Action immunity* (*Federal Trade Commission v. Phoebe Putney Health System, Inc. et al.*, United States Court of Appeals, 11th Cir., n° 11-12906). Au nom du fédéralisme, il est admis que les États puissent conserver un certain degré de pouvoir pour réguler leurs activités internes. La *State Action immunity* permet alors d'exempter du droit fédéral antitrust la législation des États sous certaines conditions. Dans cette affaire, les juges infirmeront la décision de la FTC et considèrent que l'activité anticoncurrentielle de plusieurs hôpitaux doit être “protégée de l'application du droit fédéral”.

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, Laurent Roberval

### DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré  
Didier Ferrié

### CONCENTRATIONS

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

### AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot  
Jacques Derenne  
Bruno Stromsky

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel  
Alexandre Lacresse  
Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Hubert Delzangles  
Emmanuel Guillaume  
Jean-Paul Tran Thiet

### SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais  
Stéphane Rodrigues  
Jean-Philippe Kovar

### JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Jean-Christophe Roda, Florian Bien  
Silvia Pietrini

### POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John  
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 (IREDIÉS)

## Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	425 €	508,30 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	474,77 €
<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>	675 €	807,30 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

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

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	595 €	711,62 €
--	-------	----------

## 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>	775 €	926,90 €
<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>	875 €	1046,50 €

## 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 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](http://www.concurrences.com).*

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