



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence  
*Competition Law Journal*

## JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

---

### Chroniques | Concurrences N° 4-2012 – pp. 178-194

#### **Florian BIEN**

florian.bien@uni-wuerzburg.de

| *Professeur, Université de Würzburg*

#### **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, Centre René Demogue-CRDP*

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

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

| *Maître de conférences, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III*

**Florian BIEN\***

florian.bien@uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Würzburg

**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, Centre René Demogé-CRDP

**Jean-Christophe RODA**

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Maître de conférences  
Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III

## Abstracts

### 1. EU

#### 1.1. Germany

**MERGER CONTROL – DOMINANT POSITION – OLIGOPOLY – PETROL STATION MARKETS – MARKET DEFINITION – PROCEDURE – ABANDONMENT OF PROPOSED MERGER: 178**

The Federal Court of Justice clarifies the requirements for proving the existence of an oligopoly on the German petrol station markets Bundesgerichtshof (Federal Cartel Office), Judgment 06.12.11-case KVR 95/10 - Total/OMV

**PROCEDURES – DAMAGES – LENIENCY PROGRAM – ACCESS TO DOCUMENTS HELD BY NATIONAL ANTITRUST AUTHORITIES: 181**

The Düsseldorf Court of Appeal also refuses to grant access to the files voluntarily submitted by a leniency applicant Oberlandesgericht Düsseldorf (Court of Appeal), 22.08.12, case V-4 Kart 5 + 6/11 (OWI) - Kaffeehäuser (...)

#### 1.2. Italy

**PUBLIC ENFORCEMENT – DOMINANT POSITION – INDUSTRIAL PROPERTY – ABUSE OF JUDICIAL AND ADMINISTRATIVE PROCEDURES – COMMITMENT'S PROCEDURE – LEGAL PROFESSIONAL PRIVILEGE: 184**

The Administrative Tribunal of Lazio holds that prolongation of divisional patent protection is legitimate and decides on the principle of legal privilege Pfizer Italia Srl, Pfizer Health A.B., Pfizer Inc. v/AGCM, Decision of 03.09.12, RG n° 74672012

**PUBLIC ENFORCEMENT – INFORMATION EXCHANGE – TENDER – EUROPEAN LAW: 185**

The Administrative Tribunal of Lazio holds that exchange of business information with indeterminate content has not an anticompetitive object Toshiba Medical Systems Srl c/AGCM, Decision of 18.06.12, RG n° 05609/2012 (...)

### 2. US

**PRIVATE ENFORCEMENT – INTERNATIONAL CARTELS – JURISDICTION – FTAIA: 188**

Seventh Circuit's makes it easier for U.S. plaintiffs to sue foreign worldwide cartels. Min-Che, Inc. v. Atrium Inc., n° 10-1712, 27.06.12

**PRIVATE ENFORCEMENT – COMBINATION – BANKING SECTOR – INDIRECT PURCHASER: 189**

Ninth Circuit holds that ATM users lack standing to challenge bank ATM fees. In re ATM Fee Antitrust Litigation, n° 10-17354, 9th Cir., 12.07.12 (...)

### 3. Canada

**CARTELS – CLASS ACTION – DAMAGES – INDIRECT PURCHASERS – STANDING TO SUE – PASSING-ON: 191**

The Quebec Court of appeal rules that indirect purchasers have standing to sue in class action Option Consommateurs v. Infineon Technologies A.G., 2011 QCCA 2116

\* Avec la collaboration d'Ulrich Pfeffer et de Per Rummel, Assistants de recherche, Université de Würzburg.

## 1. JURISPRUDENCES EUROPÉENNES

### 1.1. Allemagne

**CONCENTRATION – POSITION DOMINANTE – PREUVE D'UN OLIGOPOLE – PROCÉDURE : Le Bundesgerichtshof apporte des précisions sur les moyens de preuve d'un oligopole sur le marché des stations-service en Allemagne (Bundesgerichtshof, arrêt du 06.12.11 – affaire KVR 95/10 - Total/OMV)**

L'évolution des prix du carburant dans les stations-service allemandes demeure une question qui ne cesse de préoccuper les consommateurs. Il est prévu, dans le cadre du huitième amendement de la loi allemande contre les restrictions à la concurrence (voir *Concurrentes* n° 3-2012, n° 48689, p. 232), la prolongation de l'interdiction de la compression des marges. Cette interdiction vise notamment les grands producteurs d'essence qui disposent à la fois de raffineries et de stations-service. En effet, ces derniers sont soupçonnés d'évincer leurs petits concurrents en leur vendant de l'essence à des prix trop chers comparés aux prix (plus bas) pratiqués au détail. De même, le *Bundeskartellamt* a plusieurs fois, au cours des dernières années, tenu le secteur des carburants à l'œil. En effet, il a pu notamment dans le cadre de diverses procédures de contrôle des concentrations des entreprises se faire une idée de la situation de concurrence qui prévaut sur le marché allemand des stations-service. Aussi a-t-il lancé en 2008 une enquête sectorielle en vue de démanteler d'éventuelles pratiques contraires à la législation sur la concurrence dans le secteur des carburants (paragraphe 32e de la Loi allemande contre les restrictions à la concurrence – GWB, cf. art. 17 de la directive n° 1/2003).

### Les cinq grandes compagnies pétrolières forment-elles un oligopole au niveau des marchés de détail ?

La question qui se pose tant au niveau du contrôle des concentrations des entreprises qu'à celui de l'enquête sectorielle est la même : les cinq grandes compagnies pétrolières, à savoir Shell, Aral/BP, ConocoPhillips (Jet), ExxonMobil/Esso et Total, forment-elles un oligopole dominant sur le marché allemand des stations-service ? Une réponse affirmative a été donnée par le *Bundeskartellamt*. Toutefois, cette prise de position ne saurait faire l'unanimité parmi les instances concernées, étant donné que l'affaire Total/OMV, dans laquelle la Cour suprême fédérale a eu l'occasion d'émettre son avis, démontre la possibilité d'aboutir à d'autres réponses.

### Projet de fusion Total/OMV : La Cour d'appel de Düsseldorf annule la décision d'interdiction prise par le Bundeskartellamt faute de preuve sur l'existence d'oligopole

Une procédure de contrôle des concentrations par le *Bundeskartellamt* constitue de nouveau le point de départ dans l'affaire sous examen. En effet, Total GmbH, une filiale de Total SA, envisageait d'acquérir auprès de l'OMV GmbH 59 stations-service situées dans les États fédérés de Sachsen et Thüringen. Avec plus de 1 000 stations, Total exploite le quatrième plus grand réseau des stations-service en Allemagne, l'axe essentiel de ses activités au niveau national se situant dans les nouveaux Länder de l'Est. OMV est à son tour active au Sud et aussi à l'Est du pays et exploite, à côté de son réseau des stations-service, une raffinerie dans la Bavière.

Ce projet de fusion avait été interdit par le *Bundeskartellamt* dans sa décision du 29 avril 2009 au motif qu'une telle fusion serait de nature à renforcer une situation d'oligopole existant déjà sur le marché des stations-service. La décision de l'autorité nationale de la concurrence fut alors contestée par les entreprises concernées qui finirent par saisir la Cour d'appel de Düsseldorf et obtinrent gain de cause, la Cour ayant annulé l'interdiction du *Bundeskartellamt* par son arrêt du 4 août 2008.

Dans son arrêt du 6 décembre 2011, publié le 1<sup>er</sup> juin 2012, la Cour suprême fédérale avait cassé la décision de la Cour d'appel de Düsseldorf et renvoyé l'affaire devant la même juridiction pour un nouvel examen.

---

## Notion d'oligopole et règle de présomption en droit allemand contre les restrictions à la concurrence

---

Contrairement au droit européen, la loi allemande contre les restrictions à la concurrence définit explicitement au paragraphe 19, alinéa 2, phrase 2 GWB la notion d'oligopole. Celui-ci désigne la situation d'un marché dominé par deux ou plusieurs entreprises entre lesquelles une concurrence substantielle n'existe pas (manque de concurrence interne) et qui ne sont presque pas exposées à une concurrence extérieure, d'autant plus qu'elles détiennent une position dominante par rapport à leurs concurrents éventuels.

Il est présumé aux termes du paragraphe 19, alinéa 3, phrase 2, point 2 GWB qu'un maximum de cinq entreprises constituent un oligopole lorsqu'elles détiennent ensemble 2/3 des parts du marché.

Cette présomption peut cependant être réfutée dès lors qu'il est prouvé que les conditions concurrentielles entre les entreprises concernées peuvent donner lieu à une véritable concurrence ou que ces entreprises ne détiennent pas, dans leur ensemble, une position dominante vis-à-vis de leurs concurrents sur le marché.

Ces dispositions s'appliquent également au contrôle des concentrations des entreprises via le paragraphe 36, alinéa 1 GWB, qui dispose dans sa version actuelle (voir cependant le huitième amendement de la Loi allemande contre les restrictions à la concurrence, *Concurrences* n° 3-2012, n° 48689, p. 232) que le *Bundeskartellamt* ne peut interdire une fusion que lorsque celle-ci est de nature à conférer une position dominante à une entreprise ou à la renforcer.

---

### La Cour suprême fédérale critique les erreurs de droit dans l'appréciation globale de la Cour d'appel de Düsseldorf et insiste sur l'importance des critères structurels du marché

---

La Cour d'appel de Düsseldorf avait certes confirmé la décision du *Bundeskartellamt* en première instance étant donné que l'ensemble des parts de marché détenues par les cinq grandes entreprises pétrolières atteignait les 2/3, ce volume des parts de marché constituant en effet la condition nécessaire pour parler de présomption d'oligopole dans certains marchés régionaux. Cependant, les entreprises concernées avaient réussi, d'après l'*Oberlandesgericht* Düsseldorf, à prouver sans ambages l'existence d'une concurrence substantielle tant au niveau interne que vis-à-vis de leurs autres concurrents et à réfuter par là cette présomption d'oligopole qui pesait sur elles. Aussi la Cour d'appel de Düsseldorf ne pouvait-elle confirmer ni l'existence d'un oligopole, ni sa formation par la fusion.

Cette approche fut rejetée dans l'arrêt commenté par la Cour de justice fédérale qui, bien que reconnaissant la pertinence d'une appréciation globale de différents paramètres à prendre en compte dans l'évaluation de la concurrence interne ainsi que la portée particulière des caractéristiques de la structure du marché dans le cadre du contrôle des concentrations, aboutit au résultat selon lequel l'analyse structurelle du marché met en évidence le comportement homogène de cinq compagnies pétrolières, justifiant ainsi l'absence d'une concurrence entre elles.

La prise de position de la Cour suprême fédérale ne se fonde pas sur la simple constatation des caractéristiques structurelles du marché, lesquelles avaient déjà été également prises en compte par la Cour d'appel de Düsseldorf. Il existe ainsi un niveau élevé de concentration sur les marchés concernés, sans compter que les deux ou trois grandes compagnies pétrolières, dont Total, regroupent parfois des parts de marché dépassant les 50 %. À cela il faut ajouter l'homogénéité des produits ainsi qu'une importance minimale accordée à l'innovation technique sur le marché. Il ne reste comme paramètre de concurrence que le prix fixé dans une totale transparence. En outre, il existe entre ces compagnies beaucoup de points communs sur le plan structurel et une forte interdépendance.

C'est exactement la non-prise en compte de ces caractéristiques structurelles dans le cadre de l'appréciation globale de l'affaire sous examen qui est critiquée par la Cour suprême fédérale. Les caractéristiques structurelles relevées ci-dessus, notamment l'existence d'une transparence de marché, révèlent une certaine cohésion et un comportement homogène durable entre lesdites compagnies pétrolières. Un mécanisme efficace de dissuasion et de sanctions, qui constitue un autre indice important pour un comportement de marché homogène, serait dans le cas d'espèce suffisamment démontré, dans la mesure où la hausse des prix par une compagnie serait immédiatement découverte par les autres, qui n'hésiteraient pas à réagir par une baisse correspondante. La valeur indicative des résultats de l'analyse structurelle du marché peut certes être anéantie par une véritable mise en œuvre de la concurrence ; cela nécessite cependant que soient établies des actions concurrentielles de potentiels membres de l'oligopole qui puissent clairement prouver l'existence d'une concurrence interne, et ce notamment sous forme de changements significatifs des parts de marché. En revanche, un comportement concurrentiel ambivalent ne suffit pas pour vider la force probante du paragraphe 19, alinéa 3, phrase 2 de la loi allemande contre les restrictions à la concurrence de sa portée substantielle. Selon la Cour de justice fédérale, un tel comportement concurrentiel n'admet aucune conclusion explicite dont découlerait l'existence d'une véritable concurrence.

---

### Un comportement concurrentiel réellement ambigu ne peut affaiblir la force probante de l'analyse structurelle du marché

---

La Cour d'appel de Düsseldorf avait notamment soutenu qu'il est évident dans un oligopole, dont les membres ne se font pas de concurrence mais où sont prévus des mécanismes de sanctions, de s'attendre à l'établissement d'un niveau des prix plus élevé à la suite d'une hausse des prix. Cela serait possible – nonobstant certains parallélismes dans les flux des prix – mais pas nécessairement le cas. Bien qu'il existe parfois des initiatives individuelles tendant à une révision des prix à la hausse, celles-ci ne seraient pas forcément approuvées par les autres entreprises, de sorte que les prix finissent régulièrement par baisser jusqu'à revenir au niveau initial, ce qui a poussé la Cour d'appel de Düsseldorf à se prononcer contre l'efficacité du mécanisme des sanctions d'un oligopole non compétitif.

La Cour de justice fédérale a cependant critiqué ces considérations et reproché à la Cour d'appel de Düsseldorf une compréhension restreinte d'une possible coordination des actions dans un oligopole. Premièrement, la baisse des prix des matières premières peut amener les compagnies membres de l'oligopole à réduire leurs prix, afin de maximiser leurs profits grâce à la vente de grandes quantités. Toutefois, les prix ainsi réduits ne correspondent pas aux prix applicables dans le cadre d'une concurrence en temps normal, car, au départ de la baisse, les prix oligopolistiques sont déjà caractérisés par un grand équilibre. Deuxièmement, le fait que les augmentations des prix sont régulièrement attribuées aux compagnies pétrolières Aral et Shell n'a pas suffisamment été pris en compte. Pourtant, non seulement cela suppose l'influence de ces compagnies dans la fixation des prix, mais, de plus, cela constitue également un mécanisme de coordination bien reconnu en économie et susceptible de déterminer l'équilibre des prix dans un oligopole. Troisièmement, le fait que les ajustements des prix à la baisse dus à leurs augmentations ne se produisent qu'à petits pas (cf. cycles d'Edgeworth) ne remet pas en cause l'adoption d'un mécanisme des sanctions. Au contraire, cela pourrait aussi s'expliquer par le fait que, en cas d'adoption partielle des propositions de l'entreprise détenant une certaine domination en matière des prix, les ajustements à la baisse correspondants deviennent nécessaires. Enfin, les batailles des prix sur le plan régional ne sont pas non plus à interpréter comme un élément contraire à tout mécanisme de dissuasion dans la mesure où elles pourraient même servir à discipliner les nouveaux acteurs du marché.

Le *Bundesgerichtshof*, dans son arrêt, conteste également l'évaluation de la concurrence externe de l'oligopole telle que présentée par la Cour d'appel de Düsseldorf. Il est vrai que bien d'autres concurrents, dont les parts de marché dépassent partiellement celles de certains membres de l'oligopole pris individuellement, interviennent également sur chacun de ces marchés régionaux, mais il ne s'agit là que d'un indice d'une réelle concurrence lorsque l'on peut supposer qu'ils ont gagné leur part de marché à la concurrence. Toutefois, faute de constatations de la Cour d'appel, la répartition des parts du marché pourrait aussi se fonder sur l'influence de la neutralité de la concurrence.

---

### **La primauté de l'analyse structurelle de marché dans la recherche de la preuve d'oligopole correspond à l'objectif du contrôle des concentrations**

---

En reprochant à l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf d'avoir une appréhension très restrictive de la coordination d'actions dans un oligopole et de dépasser les limites d'une évaluation judiciaire admissible, la Cour de justice fédérale a réfuté l'appréciation de la situation du marché par les juges d'appel. Ainsi, la Cour suprême est restée fidèle à sa jurisprudence sur les conditions d'une dominance collective du marché. Comme dans les affaires *E.ON/Stadtwerke Eschwege*, *Phonak/GN Store* und *Springer/Pro Sieben II*, la Cour se fonde sur un examen global de tous les paramètres pertinents et considère tant la structure du marché que la formation réelle de la concurrence. Partant, elle accorde une importance particulière aux caractéristiques structurelles du marché dans le cadre du contrôle des concentrations et reconnaît

en même temps leur primauté par rapport aux critères des comportements des entreprises sur le marché. Il s'agit non seulement de satisfaire à la fonction protectrice du contrôle des concentrations, mais aussi de mettre en exergue la décision de prévision à prendre concernant certains changements de la structure du marché conformément aux prescrits du paragraphe 36, alinéa 1 GWB. En effet, ni l'absence d'un comportement concurrentiel actuel, ni son existence ne sauraient constituer une base suffisante susceptible de prédire des rapports concurrentiels à venir. Les divergences d'approche peuvent également être identifiées dans le test réalisé par la Cour de justice fédérale en deux étapes, qui explore d'abord la force probante des éléments structurels avant de soulever la problématique de leur remise en cause par les comportements concurrentiels.

Ces considérations devraient être approuvées. En effet, les véritables comportements concurrentiels à eux seuls ne constituent pas une base suffisante pour prévoir la structure de marché, dès lors que les caractéristiques structurelles qui supposent un comportement oligopolistique font défaut. Lorsqu'il existe en revanche des structures dont l'existence sur les marchés laisse présumer une étroite interdépendance et un comportement oligopolistique homogène, les entreprises concernées devraient pouvoir bénéficier de la possibilité d'apporter la preuve de l'existence d'une concurrence réelle et fonctionnelle.

Le *Bundesgerichtshof* a assorti cette preuve des conditions très strictes. Ainsi la force probante des éléments structurels d'un oligopole ne saurait-elle être annihilée par des comportements concurrentiels ambigus. Il sera dès lors difficile aux entreprises d'apporter la preuve contraire, du fait que, sur le plan économique, les comportements des acteurs du marché aboutissent souvent à de différentes conclusions. C'est ce que démontre d'ailleurs l'exemple des modes de fixation des prix, qui a été jugé différemment par la Cour d'appel de Düsseldorf d'un côté et la Cour de justice fédérale de l'autre. Les prescriptions rigoureuses ont finalement également des conséquences pour l'appréciation judiciaire d'éventuelles situations d'oligopoles. Pour une analyse globale dépourvue d'erreurs juridiques et destinée à satisfaire à l'exigence d'une concurrence effective posée au paragraphe 19, alinéa 2 GWB, les cours et tribunaux devraient prendre en compte tous les paramètres pour parvenir à une évaluation économique de la situation concurrentielle. Seuls les principes économiques reconnus et basés sur une certaine expérience peuvent aider à réfuter les résultats de l'analyse de la structure du marché.

---

### **Différents marchés pour le gasoil et pour l'essence**

---

Sur la question de la définition du marché en cause, la Cour de justice fédérale se rallie à l'avis du *Bundeskartellamt* et de la Cour d'appel de Düsseldorf qui admet deux marchés de détail respectivement pour le gasoil et l'essence. Cela résulte du choix de système que les clients sont appelés à opérer lors de l'achat d'un véhicule entre un moteur diesel (gasoil) et un moteur à allumage commandé (essence ordinaire) qui fait que, le choix initial opéré, le gazole d'un côté et l'essence ordinaire de l'autre ne sont plus interchangeables pour les consommateurs.

La Cour de justice fédérale rappelle que le fait pour les producteurs et fournisseurs de carburants d'être conscients du désir de nombreux consommateurs de se procurer de nouveaux véhicules et d'en tenir compte dans la fixation des prix des carburants constitue bel et bien un facteur de concurrence qui mérite d'être pris en compte non pas pour la détermination du marché pertinent, mais plutôt dans le cadre de l'évaluation de la dominance des entreprises concernées sur le marché. Le *Bundesgerichtshof* ne met pas en cause la délimitation des marchés géographiques telle qu'elle a été faite par la Cour d'appel. D'après elle, il s'agit de marchés régionaux. Ceux-ci renferment toutes les stations-services accessibles en trente minutes en voiture à partir de chaque centre-ville.

---

### La clarification des questions de droit soulevées dans le cadre de cette procédure s'avère nécessaire même après l'abandon du projet initial par les parties à la fusion

---

L'aspect procédural reste l'un des éléments remarquables dans l'affaire de fusion entre Total et OMV. Les parties à la fusion avaient dû abandonner leur projet au cours de la procédure. OMV avait vendu 56 des 59 stations-service en cause à un plus petit concurrent et fermé en même temps les trois autres. Ce revirement de situation n'a cependant pas empêché la Cour de justice fédérale d'approuver l'intérêt légitime du *Bundeskartellamt* à connaître l'avis du *Bundesgerichtshof* sur la question.

En effet, considérant comme non fondée l'interdiction de la fusion prononcée par le *Bundeskartellamt*, Total envisageait d'intenter une action en responsabilité administrative et de réclamer de la République Fédérale d'Allemagne des dommages et intérêts à l'instar de l'affaire Schneider devant le Tribunal de première instance (cf. TPICE, 11.7.2007 - T-351/03). Dans le procès en responsabilité administrative, l'arrêt de la Cour d'appel de Düsseldorf aurait eu autorité de chose jugée au profit de Total. C'est, semble-t-il, la première fois que le *Bundeskartellamt*, et non les parties à la concentration, demande à ce que la légalité de l'ordonnance d'interdiction soit clarifiée. Compte tenu de l'importance de la question sur l'existence d'une concurrence oligopolistique sur les marchés des stations-service en Allemagne pour un grand nombre d'affaires futures, on ne peut que se féliciter des clarifications données par le *Bundesgerichtshof*. Reste à attendre la décision de l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf, qui doit de nouveau se pencher sur l'affaire.

F. B. – U.P. ■

## PROCÉDURES – DOMMAGES-INTÉRÊTS – PROGRAMME DE CLEMENCE – ACCÈS AUX DOCUMENTS DETENUS PAR LES ANC : La Cour d'appel de Düsseldorf refuse également l'accès aux documents remis au *Bundeskartellamt* dans le cadre du programme de clémence (*Kaffeeröster*)

(*Oberlandesgericht Düsseldorf, Arrêt 22 Août 2012 – Aff. V-4 Kart 5 + 6/11 (OWi) - Kaffeeröster*)

Après le jugement final du tribunal d'instance de Bonn dans l'affaire *Pfleiderer* (voir *Concurrences* n° 2-2012, n°45915, pp. 174-176), la question de l'accès aux documents remis au *Bundeskartellamt* dans le cadre du programme de clémence semblait pratiquement tranchée. Une intervention du législateur allemand paraissait alors peu nécessaire pour protéger davantage les déclarations faites dans le cadre des programmes de clémence. Le projet d'un huitième amendement de la Loi allemande contre les restrictions à la concurrence (voir *Concurrences* n° 3-2012, n° 48689, p. 232) ne prévoit pas de disposition à cet égard.

Or, une affaire récente devant l'important *Oberlandesgericht* (Cour d'appel) de Düsseldorf nous rappelle la fragilité du cadre juridique dans la matière. Toutefois, le Président de chambre responsable en la matière à la Cour d'appel de Düsseldorf s'est finalement rangé à la position que le *Bundeskartellamt* et le juge de l'*Amtsgericht* (tribunal régional) de Bonn avaient déjà soutenue.

---

### La nécessaire mise en balance entre les intérêts des victimes de l'entente d'un côté et l'attractivité du programme de clémence de l'autre

---

Le Président de chambre de la Cour d'appel de Düsseldorf devait se prononcer sur l'étendue du droit d'accès aux documents, qu'avaient demandé les personnes soi-disant lésées par l'entente. Ces dernières réclamaient notamment, à l'instar de l'entreprise *Pfleiderer* dans l'affaire du même nom, la prise de connaissance des documents remis au *Bundeskartellamt* par les présumés coupables dans le cadre du programme de clémence. Ainsi, il fallait au Président de chambre balancer l'intérêt des prétendues victimes de connaître le contenu des documents en cause et le souhait des présumés membres à l'entente de savoir respectée la confidentialité de ses informations.

---

### Passage de compétence du *Bundeskartellamt* à la Cour d'appel de Düsseldorf après le recours des présumés cartellistes contre l'avis d'amende

---

À la suite d'une demande de clémence, le *Bundeskartellamt*, en juin 2008, entamait une procédure administrative à l'encontre de quatre producteurs de café. Il les soupçonnait s'être accordé de manière illégale sur des hausses de prix de leurs produits de café les plus importants. Quelques-unes des entreprises concernées parvenaient à un accord amiable avec l'autorité de la concurrence (procédure de *settlement*). D'autres entreprises et leurs gérants respectivement fondés de pouvoir se sont vus s'infliger des amendes à hauteur de 160 millions d'Euro par le *Bundeskartellamt*. À la suite du recours de quelques-unes des entreprises et managers

concernés, l'affaire est venue devant la Cour d'appel où elle a été reprise par le ministère public. Une application des paragraphes 406e, alinéa 4, phrase 1<sup>ère</sup> du Code de procédure pénale allemand et du paragraphe 46, alinéa 1<sup>er</sup> du Code sur les infractions, la compétence pour prendre parti sur la demande d'accès aux documents formulée par les victimes de l'infraction incombait désormais au Président de chambre de la Cour d'appel compétente, en l'occurrence l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf.

Les demandeurs d'accès aux documents sont des détaillants, qui ont acheté le café auprès des présumés membres à l'entente.

### **La Cour d'appel de Düsseldorf fonde la limitation du droit d'accès aux dossiers sur les droits fondamentaux des demandeurs de clémence**

À l'image du *Bundeskartellamt* et du juge au Tribunal régional de Bonn dans l'affaire *Pfleiderer*, le Président de chambre de la Cour d'appel a refusé le droit d'accès pour la demande de clémence et les dossiers remis de manière spontanée par les cartellistes. Les décisions se ressemblent aussi en ce que le Président de chambre reconnaît également la qualité de personnes lésées aux requérants et leurs intérêts légitimes à demander l'accès aux dossiers pour mieux pouvoir préparer une action en dommages et intérêts.

Au-delà de ces convergences, les décisions se distinguent en ce qui concerne les raisons données par les juges respectifs pour justifier le refus d'accès aux dossiers de clémence. Le juge du tribunal régional de Bonn mettait l'accent sur l'exception légale de "menace pour l'objectif de l'enquête" visée par le paragraphe 406e, alinéa 2 du code de procédure pénale. Pour lui, le risque de décourager les potentiels demandeurs de clémence à recourir au programme de clémence justifie une limitation du droit d'accès des requérants. En revanche, le juge de Düsseldorf met les droits fondamentaux des demandeurs de clémence au premier plan. Selon lui, le droit aux libres choix et exercice de la profession, qui est garanti par l'article 12 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*), s'applique en la matière. Cette disposition garantit entre autres la protection des secrets d'affaires. Bien que des informations relatives aux violations au droit de la concurrence soient, en principe, exclues de cette protection, dans la situation particulière des demandes de clémence, elles sont couvertes par le devoir de confidentialité. Ce devoir se concrétise – c'est ici que le raisonnement du juge de Düsseldorf rejoint celui de son confrère de Bonn –, dans la communication du *Bundeskartellamt* sur son programme de clémence, dans lequel l'autorité offre la confidentialité en contrepartie de la coopération du cartelliste. C'est cette promesse de confidentialité faite par le *Bundeskartellamt*, qui est la base de la légitime confiance des demandeurs de clémence et actuels et futurs.

F. B. ■

### **ABUS DE POSITION DOMINANTE – RABAIS SUR LE VOLUME D'AFFAIRES – DISCRIMINATION DES CLIENTS – ÉCHELONNEMENT DU RABAIS – REMÈDES : Le *Bundeskartellamt* considère que le système de rabais mis en place par une entreprise pharmaceutique est équivalent au contrat de distribution exclusive qu'il a déjà interdit** (*Bundeskartellamt, Décision du 19 Mai 2012, affaire B 3 – 139/10*)

Les systèmes de rabais sont une forme largement répandue de discrimination par les prix auxquels recourent les entreprises dominantes afin d'évincer des concurrents. La Commission Européenne a déjà pris plusieurs décisions en rapport avec ces pratiques, notamment dans les procédures contre Michelin, British Airways, Tomra et Intel. Or, la discrimination par les prix peut aussi soulever le problème de conditions de compétition divergentes sur les marchés des clients ou bien des fournisseurs. Tel est, selon le *Bundeskartellamt*, le cas du système de rabais instauré par le fabricant de produits pharmaceutiques Merck KGaA de Darmstadt, en Allemagne ("Merck"). Par conséquent, à la différence des affaires habituelles portant sur les rabais, ce ne sont pas les effets sur le marché de l'entreprise à l'origine du rabais qui dominent l'enquête ("primary line competition"). Ici, ces effets ne sont analysés qu'en tant que limitation d'une éventuelle cause de justification. Le *Bundeskartellamt* traite prioritairement de la situation sur le marché en aval ("secondary line competition"). Selon lui, Merck, qui détient une position forte sur le marché, a utilisé son système de rabais pour exclure autant que possible les concurrents de son client principal de la distribution de ses produits.

### **Rabais sur le volume total d'affaires et traitement inégal objectif des entreprises de même type ?**

Le *Bundeskartellamt* devait d'abord décider si le système de rabais sur le volume total d'affaires en question constituait un traitement inégal objectif au sens du paragraphe 20, alinéa 1 de la Loi allemande contre les restrictions à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*) en raison des volumes fortement disparates des clients de Merck. Il devait ensuite débattre des motifs éventuels de justification pour le traitement inégal constaté.

### **La dépendance des rabais des volumes d'affaires avec des produits de marque Merck...**

Le groupe Merck, fabricant de produits pharmaceutiques et chimiques, est le premier producteur de produits chimiques de laboratoire en Allemagne. Le système en question prévoit un rabais échelonné basé sur le volume d'affaires de chacun des clients. En raison des volumes d'affaires fortement divergents entre les clients, le système entraîne un étalement significatif des rabais réellement accordés. Le client le plus important de Merck est VWR International Europe bvba de Zaventem, ("VWR"), filiale belge du groupe VWR, le premier distributeur des produits chimiques sur le plan mondial, dont le siège est situé aux États-Unis d'Amérique. Le prix effectif offert à VWR se situe clairement en deçà de ceux pratiqués à ses plus petits concurrents. En fonction de

l'échelonnement du rabais, l'écart entre les prix de VWR et les prix à payer par les concurrents pourrait même encore augmenter si VWR accroissait son volume d'affaires.

### ...privilège l'ancien client exclusif VWR

En 2004, Merck avait conclu un contrat d'exclusivité pour les produits chimiques de laboratoire avec VWR, mais, dans une décision du 14 juillet 2009 (B3-64/05), le *Bundeskartellamt* a constaté que l'approvisionnement exclusif en certains groupes de produits chimiques de laboratoire était contraire tant à l'article 81 CE [devenu 101 TFUE] qu'à au paragraphe 1 GWB ainsi qu'à l'interdiction de discrimination du paragraphe 20, alinéa 1 et 2 GWB. Dans ces conditions, il a interdit à Merck de maintenir le contrat dans la forme établie et l'a obligé à fournir les produits chimiques concernés, non seulement à VWR, mais également à tous les distributeurs de manière directe et sans discrimination. Les différents recours déposés par Merck contre cette décision du *Bundeskartellamt* sont encore pendants devant la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Düsseldorf.

Merck a alors mis en place un système de rabais pour les groupes de produits pour lesquels la distribution exclusive par VWR n'était plus permise. Pour le *Bundeskartellamt*, ce système de rabais a pour objectif de contourner l'interdiction du contrat d'exclusivité. C'est la raison pour laquelle, il a adopté la décision du 19 mai 2011 (publiée le 5 septembre 2012 et traitée dans cet article) sa première qui constate la violation du paragraphe 20, alinéa 1 et 2 GWB par Merck.

### Limitation de l'étalement du rabais à un maximum de 7 pourcent

Dans sa décision, le *Bundeskartellamt* oblige Merck à configurer le système de rabais de manière non-discriminatoire. Il exige également que Merck change son système de rabais avec effet rétroactif de sorte que la différence entre la bonification annuelle maximale et la bonification annuelle minimale ne dépasse pas les sept pourcent. Merck peut choisir entre mettre fin à l'échelonnement ou réduire l'étalement. Pour que la rétroactivité de la décision soit effective, le fabricant a choix entre réclamer la restitution des rabais payés en trop ou effectuer des remboursements équivalents aux concurrents de VWR.

Détenant une position forte sur le marché aval, en application du paragraphe 20, alinéa 1 GWB, Merck n'est pas autorisée à traiter les concurrents de VWR de manière différente sans justification objective. Ce paragraphe 20, alinéa 1 GWB élargit, en effet, le champ d'application de l'interdiction de discrimination à des entreprises en position forte sur le marché ("marktstark") qui pourraient abusivement exploiter l'état de dépendance économique dans lequel se trouvent leurs clients ou fournisseurs. Le droit allemand de la concurrence adopte ainsi une règle qui va au-delà de l'interdiction d'abus de position dominante de l'article 102 TFUE, comme le permet l'article 3, alinéa 2, *in fine* du règlement n° 1/2003 qui permet aux États membre de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes que le droit européen en matière de pratiques unilatérales.

Dans sa première décision du 14 juillet 2009, le *Bundeskartellamt* avait déjà constaté que Merck est une entreprise puissante au sens du paragraphe 20, alinéa 2, phrase 1 GWB et que les concurrents de VWR sont des petites et moyennes entreprises au sens de ce texte. De même, les différents distributeurs de produits Merck sont des distributeurs de même type au sens du règlement. Le *Bundeskartellamt* se contente ici d'indiquer que les fonctions de base des concurrents sont les mêmes. Par conséquent, il est interdit à l'entreprise Merck de traiter différemment les concurrents de VWR – directement ou indirectement – sans justification objective.

En conséquence, le *Bundeskartellamt* a décidé que le système de rabais de Merck avait pour conséquence un traitement divergent au sens du paragraphe 20 GWB. VWR, le seul client avec un volume d'affaires élevé, reçoit plus de rabais que les autres clients parce que Merck définit ses échelons de rabais en fonction du volume d'affaires absolu de ses clients. Dans la mesure où l'échelonnement des rabais favorise nettement l'entreprise VWR, il ne suffit pas, d'après le *Bundeskartellamt*, que les mêmes volumes d'affaires aboutissent aux mêmes rabais pour que l'entreprise en position puissante puisse prétendre un traitement égal de ses clients.

### Un système de rabais avec des accroissements modérés peut aussi stimuler la demande

Le *Bundeskartellamt* ne voit pas de justification objective pour une telle discrimination. Bien que l'intérêt de Merck d'inciter ses distributeurs à renforcer leurs efforts de ventes soit légitime, il suffirait de prévoir des accroissements modérés du barème pour parvenir au même résultat. Les échelons des rabais pourraient, par exemple, être calculés en fonction des augmentations relatives de volume d'affaires au lieu d'être basés sur les volumes d'affaires absolus. De plus, le *Bundeskartellamt* rappelle les obligations qui incombent à Merck en raison de sa position sur le marché. La période de référence pour accorder un rabais ne doit pas être trop large et la progression des rabais ne doit pas être trop forte. Dans le cas contraire, Merck risquerait d'évincer ses concurrents et de rendre l'accès au marché trop difficile.

L'intérêt de Merck est contraire à l'intérêt des concurrents de VWR qui sont en concurrence pour les produits Merck auprès des consommateurs. Selon le *Bundeskartellamt*, l'étalement du rabais combiné à la situation du marché peut empêcher des concurrents de VWR de participer à la concurrence. De plus, le *Bundeskartellamt* ne suit pas l'argumentation de Merck, qui cherche à justifier la discrimination des concurrents de VWR par une réduction prétendue de ses propres frais de distribution. Comme VWR n'a pas de propre stock (contrairement à ses concurrents plus petits) ses commandes, même de taille moyenne, sont plutôt dans la tranche basse.

Selon le *Bundeskartellamt*, le système de rabais évince considérablement les concurrents de VWR. Ces derniers doivent payer des prix qui sont bien au-delà des prix d'achat de VWR.

---

## En acceptant un étalement du rabais de sept pourcent le *Bundeskartellamt* offre à Merck une certaine flexibilité

---

Il faut souligner que le *Bundeskartellamt* permet à Merck de maintenir un étalement modéré du barème pour le futur. Les entreprises fortes ou même dominantes ne sont pas obligées d'offrir les mêmes conditions à tous les clients. La décision du *Bundeskartellamt* impose que les différences de prix issues du système de rabais de Merck n'excèdent pas sept pourcent. Le *Bundeskartellamt* fonde ce chiffre sur des valeurs de référence du marché, notamment sur les rabais offerts par VWR elle-même. Il constate que les rabais ciblés à un accroissement de volume d'affaires ne dépassent jamais les 5 pourcent dans la distribution des produits chimiques de laboratoire. Rajoutant un supplément de sécurité de deux pourcent, le *Bundeskartellamt* arrive à un étalement maximum de sept pourcent.

---

## La difficile imposition d'une mesure corrective appropriée

---

La procédure contre Merck illustre de manière exemplaire les difficultés des autorités de la concurrence à mettre fin au comportement abusif d'une entreprise en position dominante. La recherche d'un remède pertinent constitue le problème principal. Le risque est que l'entreprise concernée recourt à d'autres mécanismes pour contourner l'injonction en installant un nouveau système de distribution. Dans le cas sous examen, Merck a apparemment réussi à maintenir de fait l'approvisionnement exclusif de VWR (qui était prohibé par le *Bundeskartellamt*) en introduisant un système de rabais fortement discriminatoire. Le *Bundeskartellamt* laisse enfin entendre que le système de rabais pourrait aussi avoir un certain effet fidélisant et par conséquent évincer les petits concurrents de Merck sur le marché primaire. La situation des autorités de concurrence ressemble ainsi un peu à la lutte contre l'Hydre, le serpent mythique. À chaque tête coupée, deux nouvelles poussent.

F. B. – P. R. ■

### 1.2. Italie

**PUBLIC ENFORCEMENT – POSITION DOMINANTE – PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE – RECOURS À DES ACTIONS JUDICIAIRES ET À DES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES – PROCÉDURE D'ENGAGEMENTS – SECRET PROFESSIONNEL : Le Tribunal administratif du Latium considère que le prolongement de la protection du brevet divisionnaire est légitime et se prononce sur le principe de *legal privilege*** (*Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Pfizer Health, Pfizer, 3 septembre 2012, RG n° 7467/2012*)

Le jugement du Tribunal administratif du Latium (ci-après "Trib. adm. rég. Latium") dans l'affaire Pfizer était très attendue après qu'en janvier 2012 l'Autorité de la concurrence (ci-après "AGCM") avait infligé au groupe Pfizer une amende de 10,6 millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché du principe actif latanoprost, utilisé pour le traitement du glaucome. Selon l'AGCM, l'utilisation

systématique des procédures administratives et des actions judiciaires avait eu l'effet d'entraver ou de retarder l'accès au marché aux producteurs de médicaments génériques et causé un préjudice considérable au système de sécurité sociale nationale en raison d'un manque d'économies (v. notre commentaire in *Concurrences* n° 2-2012, p. 178). Le Trib. adm. rég. Latium a, en revanche, reconnu la légitimité du comportement du groupe Pfizer, aucune preuve donnant une certitude n'ayant été fournie par l'autorité de concurrence.

---

## Le cumul de procédures administratives et d'actions judiciaires constitue un ensemble de comportements licites, faute d'éléments supplémentaires démontrant l'intention d'entraver l'accès au marché

---

En 2002, le groupe Pfizer avait étendu la protection de son brevet par le biais d'un brevet divisionnaire (la demande de brevet divisionnaire avait été déposée treize ans après le dépôt de la demande de brevet principal et concomitamment à l'entrée de nouveaux médicaments sur le marché de référence). Puis, en 2009, il avait obtenu un certificat de protection complémentaire (CPC), ce qui lui avait permis de bénéficier d'une extension temporaire de la protection du brevet principal jusqu'à juillet 2011. L'AGCM avait considéré que le groupe Pfizer avait profité d'un état d'incertitude juridique donnant lieu à un contentieux administratif et judiciaire important avec un certain nombre de génériques qui se préparaient à entrer sur le marché du principe actif latanoprost. Selon l'Autorité de concurrence, les procédures administratives à répétition et les nombreuses actions judiciaires lancées à la suite des mises en demeure répétées de Pfizer avaient constitué un exercice abusif de sa position dominante sur le marché de référence.

Le Trib. adm. rég. Latium n'a pas suivi sur ce point le raisonnement de l'AGCM. Le Tribunal a souligné que pour qualifier d'abusifs ces comportements, l'Autorité aurait dû identifier des éléments supplémentaires permettant d'affirmer que "*la simple somme de comportements licites au regard des systèmes administratif et judiciaire*" avait une connotation anticoncurrentielle. Autrement dit, l'AGCM aurait dû démontrer la volonté d'entraver l'accès au marché. Or, cette preuve fait défaut au cas d'espèce, car, selon le Tribunal, toutes les initiatives de Pfizer étaient légitimes. D'une part, la demande de brevet divisionnaire avait été déposée en 2002, c'est-à-dire sept ans avant l'entrée des génériques sur le marché italien. Selon le juge, ce droit "*faisait sans doute partie des facultés de l'entreprise, sans que son exercice puisse être considéré, en lui-même, l'expression d'une précise stratégie d'exclusion*". D'autre part, les mises en demeure du groupe Pfizer adressées aux producteurs de génériques étaient fondées sur l'obtention du CPC. Le brevet divisionnaire faisant à l'époque l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de l'Office européen des brevets, l'AGCM aurait dû suspendre la procédure pour attendre la décision du 11 mai 2012 par laquelle cette juridiction a confirmé la validité du brevet divisionnaire, ce qui a justifié dès lors les démarches administratives et judiciaires entamées par Pfizer.

À la lumière de ces éléments, le Trib. adm. rég. Latium a affirmé qu'il n'est pas démontré l'existence d'un abus de position dominante du groupe Pfizer sur le marché italien des médicaments relatifs au traitement du glaucome.

## Seuls les engagements proposés par l'entreprise peuvent être rendus obligatoires par l'autorité de concurrence

Dans le cadre de la procédure devant l'AGCM, le groupe Pfizer avait proposé un certain nombre d'engagements afin de clôturer la procédure avant la vérification d'une éventuelle infraction à l'article 102 TFUE. Ces engagements prévoyaient la concession d'une licence gratuite pour l'utilisation non exclusive en Italie de l'invention protégée par le brevet divisionnaire, l'abandon d'un certain nombre de procédures en cours ou la reconnaissance des prétentions des plaignants, le retrait d'une demande d'une demande de CPC sur l'utilisation pédiatrique des médicaments, la publication sur son site Internet, pour une période de trois ans, d'un communiqué visant à informer les patients de l'existence de plusieurs médicaments pour le traitement du glaucome et de ses formes génériques ayant les mêmes effets thérapeutiques, et d'une campagne d'information adressée aux opérateurs sanitaires.

L'Autorité de concurrence avait publié ces propositions d'engagement estimant que celles-ci n'étaient pas manifestement infondées, puis les avait rejetées en s'appuyant essentiellement sur les arguments de l'entreprise plaignante et des autres génériqueurs. L'AGCM avait considéré en particulier que la proposition de concéder une licence gratuite aurait eu l'effet de mettre les producteurs de médicaments génériques dans un état de subordination. En outre, selon l'Autorité, la reconnaissance des prétentions des plaignants impliquait un aveu quant à l'échéance ou à la couverture résiduelle du brevet divisionnaire.

Le Trib. adm. rég. Latium a accueilli le recours du groupe Pfizer. Le juge a rappelé tout d'abord que dans le cadre de la procédure d'engagements prévue à l'article 14-ter de la loi n° 287/1990 du 10 octobre 1990, l'Autorité de concurrence vérifie que les mesures proposées par l'entreprise permettent d'apporter une réponse aux problèmes de concurrence identifiées dans le cadre de l'évaluation préliminaire. L'Autorité de concurrence exerce un pouvoir discrétionnaire, en évaluant, au cas par cas, le degré d'efficacité des mesures proposées pour protéger la concurrence et le marché. Néanmoins, lorsqu'elle considère que ces engagements sont pertinents pour résoudre les préoccupations de concurrence, l'AGCM adopte une décision rendant ces engagements obligatoires et met fin à la procédure, sans pouvoir ajouter des engagements supplémentaires à ceux pour lesquels l'entreprise s'est déclarée prête à accepter. Au cas d'espèce, le Trib. adm. rég. Latium a retenu que les engagements présentés par Pfizer étaient en mesure de résoudre les problèmes de concurrence établies dans le cadre de l'évaluation préliminaire, l'AGCM n'ayant ni évalué l'ensemble des mesures, ni motivé sa décision.

## Le principe du secret professionnel ne s'applique pas aux documents qui évoquent de façon générale des questions d'intérêt légal

Le Trib. adm. rég. Latium s'est prononcé également sur l'applicabilité du principe du secret professionnel au cas d'espèce. Pfizer avait évoqué ce principe au regard de certains documents acquis par l'AGCM au cours de l'inspection qui s'était déroulée au siège de la société et qui avaient fait ensuite l'objet d'une divulgation aux parties de la procédure.

Le Tribunal a rappelé que l'article 13 du règlement du 30 avril 1998 n° 217 relatif aux procédures d'enquête dont l'AGCM est compétente reconnaît aux *personnes directement intéressées* par cette procédure un *accès procédural* aux pièces du dossier, celles-ci ne pouvant être utilisées qu'en vue de la finalité énoncée au moment de la demande d'accès. Afin de protéger le secret professionnel des entreprises, cet accès procédural est limité aux documents qui ne contiennent pas des "*secrets commerciaux*" ou des "*informations réservées de caractère personnel, commercial, industriel et financier*". Malgré l'absence de toute précision dans l'article 13 du règlement du 30 avril 1998, n° 217 en ce sens, la jurisprudence administrative applique les mêmes principes à l'*accès à titre informatif*, consécutif à la clôture de la procédure devant l'Autorité de concurrence. Dans les deux cas, l'Autorité doit effectuer une balance entre l'intérêt de la partie lésée par une pratique anticoncurrentielle à faire valoir ses droits et la nécessité de protéger l'intérêt des personnes et des entreprises à ce que les données commerciales sensibles ne soient pas l'objet d'une divulgation (pour un exemple, v. notre commentaire sur l'affaire *Alitalia*, *Concurrences* n° 3-2012, p. 233).

Au cas d'espèce, le Trib. adm. rég. Latium a considéré que l'AGCM avait effectué cette balance, en divulguant des éléments liés strictement à la procédure et en excluant les références au chiffre d'affaires, les estimations internes de la société, les noms des personnes physiques, les stratégies relatives à d'autres produits commercialisés par Pfizer ou à des marchés géographiques non nationaux ainsi que les secrets commerciaux. Enfin, le Trib. adm. rég. Latium a rappelé que "*le secret professionnel couvre des actes internes dans la mesure où ils reproduisent le texte ou le contenu de communications avec des avocats indépendants*"; en revanche, ce principe ne concerne pas la documentation interne "*contenant uniquement des références générales à des questions d'intérêt légal*".

## PUBLIC ENFORCEMENT – ÉCHANGE D'INFORMATIONS – APPEL D'OFFRES – DROIT EUROPÉEN : Le Tribunal administratif régional du Latium considère qu'un échange d'informations commerciales ayant un contenu indéterminé n'a pas un objet anticoncurrentiel (Tribunale Amministrativa Regionale per il Lazio, *Toshiba Medical Systems*, 18 juin 2012, RG n° 05609/2012)

Par un arrêt publié le 18 juin 2012, le Tribunal administratif régional du Latium (Trib. adm. rég. Latium) a annulé la décision du 4 août 2011 par laquelle l'Autorité de concurrence (AGCM) avait sanctionné sur le fondement de l'article 101 TFUE quatre sociétés – Alliance Medical, Toshiba Medical Systems, Philips et Siemens Healthcare Diagnostics – pour avoir conclu un accord visant à fausser la concurrence, en se partageant des informations sensibles et en coordonnant les stratégies commerciales en vue de la participation à un appel d'offres lancé en 2009 et portant sur l'achat et la location de matériel électromédical destiné à un certain nombre d'hôpitaux. Selon l'AGCM, les entreprises avaient échangé des informations sensibles sur leurs stratégies

avant la publication de l'appel d'offres, puis, mis en place une *forme de collaboration collusive* pour déterminer les modalités de participation à l'appel d'offres et la répartition des fournitures. Malgré l'entente ne concernant qu'une partie du territoire national, l'AGCM avait appliqué l'article 101 TFUE puisque les membres de la pratique détenaient cumulativement, au niveau national (une seule région), 68 % des ventes du matériel électromédical.

Le Trib. adm. rég. Latium a annulé cette décision, estimant que les éléments constitutifs de l'entente illicite n'étaient pas réunis et l'article 101 TFUE n'était pas applicable.

### **L'Autorité doit démontrer qu'il n'y a aucune explication autre que celle de l'entente préalable au dépôt des offres**

Le Trib. adm. rég. Latium a rappelé tout d'abord que seuls les comportements qui visent à coordonner les lignes de conduite des entreprises, en éliminant l'aléa du libre jeu de la concurrence, sont prohibés. Sur le plan probatoire, l'Autorité de concurrence doit *“démontrer le lien et la cohérence entre les différents événements qu'elle retient servir de base à l'entente prohibée et, par conséquent, prouver que ces éléments ne sont pas rationnellement justifiables par d'autres explications”*. Or, au cas d'espèce, les éléments retenus par l'AGCM ne permettent pas, selon le juge, de démontrer l'existence d'une entente illicite.

### **Des informations ayant un contenu indéterminée ne constituent pas des informations sensibles en mesure d'influencer ou d'avoir des effets sur le choix commercial des autres entreprises**

Le Tribunal a constaté tout d'abord que lors de la réunion avec les sociétés Toshiba Medical Systems, Philips et Siemens Healthcare Diagnostics, la société Alliance avait présenté une proposition commerciale préliminaire sur les services de diagnostic par imagerie aux autres sociétés qui étaient, en réalité, ses fournisseurs de matériel. L'objet de la réunion était de permettre à Alliance de participer à l'appel d'offres, sans qu'aucun accord ne soit conclu sur la coordination des stratégies commerciales des entreprises pour participer à cet appel d'offres. Les participants n'avaient d'ailleurs parlé ni de prix ni de modèles ni de caractéristiques techniques de l'appareillage électromédical fourni par les entreprises.

Par ailleurs, le Tribunal a rappelé que selon les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *“un échange d'informations ne peut être apprécié au regard de l'article 101 que s'il établit un accord, une pratique concertée ou une décision d'association d'entreprises ou s'inscrit dans le cadre d'un tel accord, d'une telle pratique concertée ou d'une telle décision d'association d'entreprises”*. Or, selon le Trib. adm. rég. Latium, les informations échangées pendant la réunion n'étaient pas sensibles et donc susceptibles d'influencer le comportement des autres entreprises dans la mise en place de leur stratégie commerciale, car ces informations avaient un contenu indéterminé. Le Tribunal a également souligné que la législation italienne prévoit la possibilité pour les

entreprises de se réunir et participer conjointement à un appel d'offres lorsque ces entreprises ne sont pas en mesure ou n'ont pas d'intérêt à y participer individuellement. En définitive, l'AGCM n'a pas démontré la volonté commune des entreprises d'adopter un comportement déterminé sur le marché.

Le Trib. adm. rég. Latium a estimé que l'accord sanctionné par l'AGCM n'avait pas non plus un effet anticoncurrentiel, car les entreprises ayant participé à la réunion étaient totalement libres de ne pas participer à l'appel d'offres.

### **La dimension internationale des entreprises ou la part de marché des entreprises ne permettent pas d'établir l'applicabilité du droit européen des pratiques anticoncurrentielles**

Le Trib. adm. rég. Latium a enfin affirmé que l'AGCM n'avait pas établi le caractère sensible du préjudice du commerce entre États membres. En effet, l'appel d'offres concernait une seule fourniture d'appareillage électromédical pour un certain nombre d'hôpitaux, concentrés dans une seule région. Il s'agissait donc d'une *“fraction extrêmement réduite du marché italien”*, peu importe que les groupes de sociétés impliqués aient une dimension internationale et que ces derniers aient une part de marché importante, car le volume de ventes était très faible. Le Tribunal a donc exclu l'applicabilité du droit européen des pratiques anticoncurrentielles au cas d'espèce.

## **À noter**

### **PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES – MICRO-ENTREPRISE – COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE – PLAFOND LÉGAL DE L'AMENDE : Nouvelles précisions sur les pouvoirs de l'Autorité de concurrence en matière de pratiques commerciales déloyales (Décret du 6 juillet 2012 n° 95, G.U. 6.07.2012, loi du 7 août 2012, n° 135, G.U. 14.08.2012 et règlement de l'AGCM du 8 août 2012)**

Le décret du 6 juillet 2012 n° 95 converti en loi le 7 août 2012 a accru le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence (AGCM) en matière de pratiques commerciales déloyales. En effet, elle peut infliger une amende qui peut aller jusqu'à 5 millions d'euros. Le montant maximal de l'amende était fixé précédemment à 500 000 euros. Le Parlement a suivi l'avis de l'AGCM qui avait souligné la nécessité de modifier ce seuil qu'elle considérait largement insuffisant en termes de dissuade. Cette disposition s'applique désormais aux micro-entreprises. Le nouveau règlement de l'AGCM sur les pratiques d'instruction en matière de publicité trompeuse et comparative illicite, les pratiques commerciales déloyales et les clauses abusives, adopté le 8 août 2012, et entré en vigueur le 12 septembre 2012, précise que par micro-entreprise il faut entendre *“toute entité, société ou association qui (...), indépendamment de sa forme juridique, exerce une activité économique, même à titre individuel ou familial, occupant moins de dix personnes et réalisant un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan annuel non supérieurs à deux millions d'euros”*.

La loi du 7 août 2012 est également intéressante dans la mesure où elle réaffirme la compétence générale de l'AGCM en matière de pratiques commerciales déloyales, à moins que la pratique commerciale déloyale ait été mise en œuvre dans un secteur dans lequel il existe une réglementation européenne, ayant une finalité de protection du consommateur, dont le contrôle est laissé à une autorité administrative indépendante spécifique, dotée de pouvoirs d'injonction et de sanction. Cette dernière sera alors compétente pour les aspects régulés ; en revanche, les aspects "non-régulés" restent soumis au contrôle de l'AGCM.

Le choix du législateur est totalement en contre tendance par rapport à la position de la jurisprudence administrative la plus récente. Dans cinq décisions en date du 11 mai 2012, le Conseil d'État, réuni en assemblée plénière, avait affirmé que lorsque la normative de secteur était complète et protégeait effectivement le consommateur, l'Autorité du secteur régulé avait une compétence exclusive, sans aucune possibilité pour l'AGCM d'intervenir parallèlement, même à titre résiduel, et cela dans le but d'éviter le prononcé de décisions contradictoires (Conseil d'État, Ass. Pl., 11 mai 2012, n° 11-16/2012, affaire *Telecom Italia O.P.A. c/Autorità Garante della Concorrenza et del Mercato*).

La loi du 7 août 2012 a réintroduit une compétence parallèle des différentes autorités de régulation, ce qui pourrait donner lieu à une nouvelle incertitude juridique, déjà dénoncée par les praticiens, au détriment de l'économie de l'action administrative et des entreprises.

### **FINANCEMENT DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE – SOCIÉTÉS DE CAPITAUX – GROUPE DE SOCIÉTÉS : L'Autorité italienne de concurrence publie deux formulaires relatifs aux nouvelles modalités de son financement (Décret du 24 janvier 2012 - Formulaires du 27 août 2012)**

Le Décret du 24 janvier 2012, n° 1 intégré par la loi du 24 mars 2012, n° 27, a introduit une nouvelle contribution à la charge des entreprises pour financer le fonctionnement de l'Autorité de la concurrence pour l'année 2013. Le 27 août 2012, l'Autorité a publié deux documents, l'un sur les modalités de contribution aux coûts de fonctionnement de l'AGCM pour l'année 2013, l'autre sur les instructions relatives au versement de cette contribution. Ces deux documents contiennent des informations relatives à la nouvelle obligation de contribution.

La contribution obligatoire concerne toute société de capitaux inscrite au Registre des entreprises italien ayant des recettes totales supérieures à 50 millions d'euros, équivalent à 0,08 par mille du chiffre d'affaires du dernier bilan clos le 18 juillet 2012 et approuvé par ces sociétés (la contribution minimale est de 4.000 euros). La contribution est due indépendamment de la notification d'une opération de concentration ou de la participation à une procédure devant l'Autorité de concurrence. Pour les groupes de société, il est prévu que chaque société sera soumise à une contribution individuelle sur la base du chiffre d'affaires inscrit dans son propre bilan. Le montant maximal pour chaque groupe

de sociétés est fixé à 400.000 euros. Les instituts bancaires et financiers ainsi que les compagnies d'assurance sont concernés par cette mesure mais des dispositions spécifiques ont été prises à leur égard.

A compter du 1<sup>er</sup> octobre 2012, il sera possible de remplir directement sur le site Internet de l'Autorité un formulaire visant à communiquer le versement de cette contribution obligatoire.

### **AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE – PROCÉDURE D'ENGAGEMENT – PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : L'Autorité italienne de concurrence approuve la nouvelle communication sur la procédure d'engagements (AGCM, Communiqué de procédure du 6 septembre 2012)**

Le 6 septembre 2012, l'Autorité de la concurrence (AGCM) a approuvé le nouveau communiqué sur les procédures d'application de l'article 14-ter de la loi du 10 octobre 1990, n° 287, relative aux modalités de présentation des engagements et aux procédures pour l'évaluation de ces engagements.

Le communiqué précise les modalités de présentation des engagements et les procédures d'évaluation de ces derniers lorsque l'AGCM ouvre une instruction pour constater une éventuelle infraction au droit national ou européen des pratiques anticoncurrentielles.

Il est prévu notamment que dans un délai de trois mois à partir de la notification de l'ouverture d'une instruction en vue de la vérification de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle, les entreprises peuvent présenter des engagements qui sont en mesure de répondre aux problèmes anticoncurrentiels faisant l'objet de l'instruction. Après avoir évalué l'opportunité de ces engagements, l'Autorité de concurrence peut, dans les limites prévues par le droit européen, les rendre obligatoires pour les entreprises et arrêter la procédure sans vérifier l'existence de l'infraction.

Le nouveau communiqué précise que l'entreprise peut à tout moment avant le délai présenter des engagements dans une version non définitive. L'AGCM peut, même sur demande de l'intéressé, demander à l'entreprise de fournir des éléments additionnels qui permettent de mieux comprendre le contenu des engagements, en prévoyant, le cas échéant, des mesures complémentaires en mesure d'assurer l'élimination effective des aspects anticoncurrentiels faisant l'objet de l'instruction.

Une fois que le délai de trois mois est atteint, il n'est plus possible de présenter des engagements, sauf dans des cas exceptionnels qui doivent faire l'objet d'une évaluation au cas par cas sur la base d'une instance de partie motivée. La version provisoire et la version définitive doivent être présentées en utilisant les modules élaborés par l'AGCM et qui sont accessibles sur son site Internet.

Concernant l'évaluation des engagements, l'AGCM peut décider de ne pas procéder à leur examen lorsque leur présentation est faite hors délai, afin de sauvegarder

l'économie procédurale de l'action administrative ou les comportements portant atteinte à la concurrence sont graves, imposant le prononcé de sanctions pécuniaires ou encore les engagements se révèlent manifestement inappropriés à faire cesser les problèmes concurrentiels identifiés dans la notification de l'instruction (l'Autorité tient compte également de la possibilité de pouvoir mettre en œuvre ces engagements de façon rapide et complète ; en outre, les engagements doivent être vérifiables).

Lorsque l'AGCM évalue les engagements, ces derniers sont publiés sur le bulletin officiel de l'Autorité et sur son site Internet. Il y aura ensuite un "test de marché". Dans un délai de trente jours à compter de la publication des engagements sur le site Internet de l'AGCM, tous les intéressés peuvent faire parvenir à l'Autorité leurs observations. Les conclusions du test de marché sont ensuite communiquées à l'entreprise qui dispose de soixante jours à compter de la date de publication de la proposition d'engagements, pour énoncer par écrit sa position sur les observations des tiers. Dans cette phase, il est possible de modifier la proposition mais seulement dans la mesure où cette modification vise à tenir compte des observations précédentes. Le but affiché par l'Autorité est celui d'éviter d'allonger l'instruction au détriment du principe d'économie de l'action administrative. L'Autorité doit, en effet, conclure la procédure dans un délai de trois mois à compter de la publication des engagements, prenant une décision quant à l'acceptation ou au refus de la proposition. Ce délai est suspendu dans la seule hypothèse où il est nécessaire d'acquiescer l'avis d'autres personnes.

Les dispositions contenues dans la nouvelle communication sont applicables depuis le 17 septembre 2012.

### **AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE – OPÉRATION DE CONCENTRATION – SEUIL DE NOTIFICATION : L'Autorité italienne de concurrence modifie les seuils de chiffre d'affaires en vue de la notification des opérations de concentration** (Décision du 12 septembre 2012, Bull., 17 septembre 2012)

Depuis le 17 septembre 2012, les seuils de chiffre d'affaires au delà desquels la notification préalable d'une opération de concentration devient obligatoire sont fixés à 474 millions d'euros pour le chiffre d'affaires réalisé au niveau national par l'ensemble des entreprises intéressées à l'opération et à 47 millions d'euros pour l'entreprise faisant l'objet de la concentration.

## **II. JURISPRUDENCES ÉTRANGÈRES**

### **2.1 États-Unis**

#### **PRIVATE ENFORCEMENT – ENTENTE – CARTEL INTERNATIONAL – COMPÉTENCE FÉDÉRALE DU JUGE AMÉRICAIN – FTAIA : La Cour d'appel du septième Circuit facilite la tâche des plaignants américains pour leurs poursuites à l'encontre de cartels étrangers** (US Court of Appeals for the 7th Circuit, *Min-Che, Atrium*, n° 10-1712, 27 juin 2012)

Dans un arrêt important du 27 juin 2012, la Cour d'appel du septième Circuit, réunie en formation plénière ("*en banc*"), a adopté une solution qui devrait largement faciliter les actions des plaignants et importateurs américains voulant agir contre des cartellistes localisés à l'étranger (*Min-Che, Inc. v. Atrium Inc.*, n° 10-1712, 27 juin 2012). L'affaire concernait une entente mondiale dans le secteur de la potasse, constituée par huit entreprises, essentiellement situées en dehors des États-Unis. Celles-ci étaient canadiennes, russes ou biélorusses. Seul un des cartellistes était implanté aux États-Unis. À elles seules, les entreprises membre du cartel représentaient plus de 70 % de la production mondiale de potasse en 2008. Mécaniquement, une telle entente ne pouvait qu'affecter sensiblement l'économie et le marché américain, d'autant plus qu'à sa suite, les prix du minerai augmentèrent de 600 % au cours de cette année. D'où l'action émanant de plusieurs entreprises américaines, victimes directes et indirectes de la pratique, regroupées en *class action*.

Sans entrer davantage dans les détails complexes et les rebondissements procéduraux de l'affaire, on retiendra que la Cour d'appel du septième Circuit pose les conditions de mise en œuvre du *Foreign Trade Commerce Antitrust Improvements Act* de 1982 (ci-après, le FTAIA), tout en redessinant les contours de celles-ci. En particulier, la Cour se saisit de l'opportunité qui lui est offerte pour revisiter la question de savoir si ce texte concerne la compétence des juridictions fédérales dans les affaires de cartels étrangers, ou s'il se prononce sur les éléments que doit contenir une plainte. La nuance est de taille, mais il est vrai que les termes du texte sont particulièrement ambigus et ont déjà par le passé donné matière à débattre (v. not. le contexte entourant l'affaire *Empagran : F. Hoffmann-La Roche Ltd, et al. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 2004). Surtout, on le conçoit aisément, les implications pratiques sont considérables, suivant l'interprétation retenue.

Selon la première interprétation du FTAIA, les plaignants, confrontés à une requête visant au rejet la plainte ("*motion to dismiss*"), doivent démontrer que l'affaire relève "*clairement*" de la compétence du juge américain ("*subject matter jurisdiction*" : art. 12(b)(1) des *Federal Rules of Civil Procedure*). C'est une première étape procédurale à franchir, avant d'apporter des éléments indiquant que la plainte est fondée. L'enjeu, par la suite, est le procès et, notamment, l'accès à la procédure de *discovery*. Selon la seconde interprétation, la compétence du juge américain est censée être fondée, et le plaignant n'a pas à perdre du temps et de l'énergie (et des moyens !) lors de cette étape. C'est un obstacle procédural – qui peut être crucial – en moins à franchir. Il ne lui restera

plus qu'à établir des faits suffisamment plausibles qui étayent sa plainte : dans ce cas, les allégations du plaignant sont censées être vraies et la charge de la preuve est alors reportée sur le défendeur, qui devra tenter de montrer que la plainte n'est pas suffisamment fondée (art. 12(b)(6) des *Federal Rules of Civil Procedure*). En clair, selon l'interprétation choisie, un obstacle procédural non-négligeable disparaît ou non dans la partie de ping-pong probatoire qui s'instaure entre les plaideurs.

Neuf ans auparavant, dans une affaire *United Phosphorus (United Phosphorus, Ltd. v. Angus Chem. Co., 322 F.3d 942, 7th Cir.2003)*, la même juridiction avait conclu que la première interprétation du FTAIA devait prévaloir. En substance, la Cour avait posé un certains nombres de conditions assez restrictives limitant les actions à l'encontre des comportements étrangers. Entre temps, les décisions *Empagran*, puis *Morrison* de la Cour suprême ont été rendues (*Hoffman-La Roche Ltd v. Empagran S.A, préc. et Morrison v. National Australia Bank Ltd., 130 S. Ct. 2869, 2010*). Dans la présente décision, la Cour d'appel opère un revirement par rapport à sa jurisprudence antérieure et considère que le texte doit être compris comme n'imposant pas une limite de compétence territoriale au pouvoir des juridictions fédérales, mais comme concernant les éléments de la plainte à fournir et leur pertinence. Ce faisant, la Cour facilite grandement la tâche procédurale des plaignants qui agissent contre les cartels étrangers. Dans un contexte d'internationalisation accrue des pratiques anticoncurrentielles, la solution ne surprend guère. Au demeurant celle-ci est conforme à ce que le *Department of Justice* avait préconisé, lorsqu'il fit connaître sa position sur la question en tant qu'*amicus curiae*, six mois auparavant.

J.-C. R. ■

**PRIVATE ENFORCEMENT – ENTENTE – SECTEUR BANCAIRE – MOYEN DE PAIEMENT – TRANSACTIONS PAR CARTE – QUALITÉ À AGIR – VICTIMES INDIRECTES : La Cour d'appel du neuvième Circuit considère que les utilisateurs de cartes de retrait n'ont pas qualité à agir contre les banques qui imposent des frais pour des retraits auprès des distributeurs de banques concurrentes**  
(*US Court of Appeals for the 9th Circuit, In re ATM Fee Antitrust Litigation, n° 10-17354, 12 juill. 2012*)

En vertu (ou à cause) d'une jurisprudence bien établie, les plaignants en droit américain de la concurrence sont privés de la possibilité d'obtenir réparation lorsqu'ils se trouvent en situation de victimes indirectes d'une pratique anticoncurrentielle. C'est le résultat de l'application de la doctrine dite de l'"*indirect purchaser*", élaborée par la Cour suprême en 1977 dans son fameux arrêt *Illinois Brick*, et selon laquelle seuls les acheteurs directs d'un produit ayant fait l'objet d'un cartel ou d'actes de *monopolization* peuvent agir pour obtenir des dommages et intérêts (*Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720, 1977*). Les critiques et les justifications entourant cette jurisprudence sont bien connues et l'on renverra aux débats qui existent en doctrine (H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Harvard

Univ. Press 2005, p. 72 et s.). On se contentera d'observer que les Européens ne retiennent pas forcément la même approche (C. Prieto, "Private enforcement : Les enseignements à tirer de l'expérience américaine" : *Concurrences* n° 4-2008). Ainsi, le droit allemand reconnaît aux acheteurs indirects la possibilité d'agir pour obtenir des dommages et intérêts lorsqu'ils sont victimes d'une entente (Chron. Jurisp. étrangères : *Concurrences* n° 1-2012, p. 232, obs. F. Bien). C'est aussi la position du droit français, à condition toutefois que, dans une chaîne d'acheteurs, l'on vérifie bien que la victime indirecte ne répercute sur ses propres clients les surcoûts résultant de la pratique, afin d'éviter tout enrichissement sans cause (Cass. com., 15 juin 2010, n° 09-15816, inédit : *Concurrences* n° 4-2010, p. 205, obs. C. Lemaire et M. Cousin).

Dans une décision rendue le 12 juillet 2012, la cour d'appel du neuvième Circuit a rappelé combien la jurisprudence *Illinois Brick* était vivace et combien il était difficile pour les plaignants en position de victimes indirectes potentielles d'obtenir que leur action prospère (*In re ATM Fee Antitrust Litigation, n° 10-17354, 9th Cir., 12 juill. 2012*). Au-delà de ces questions concernant la mise en œuvre du *private enforcement* aux États-Unis, l'affaire est également intéressante, en ce qu'elle fait échos à des pratiques intervenues en France dans le secteur bancaire et qui ont été stigmatisées un an auparavant par l'Autorité française de la concurrence, dans l'affaire dite des *cartes bancaires* (Aut. Conc., déc. n° 11-D-11 du 7 juill. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Cartes Bancaires : *RDC* n° 4-2011, p. 1214, obs. C. Prieto).

En l'espèce, des clients porteurs de cartes bancaires pour des retraits d'argent, ont porté plainte contre le réseau STAR qui réunit les principales banques américaines. Selon les plaignants, ce réseau serait le support d'une entente horizontale entre ses membres qui viserait à fixer le prix des commissions interbancaires. Plus précisément, deux types de commissions étaient au cœur de l'affaire. D'abord, une commission interbancaire de change ("*interchange fee*"), dont le montant est établi par le réseau STAR, et qui est facturée à chaque transaction intervenant entre les membres du réseau STAR. Ces frais sont dus chaque fois qu'un porteur de carte utilise un distributeur de billets "étranger" ("*foreign ATM transaction*"), c'est-à-dire un distributeur détenu par une banque concurrente, membre du réseau. Ensuite, une commission facturée par les banques et payée par les porteurs de cartes, à chaque retrait sur un distributeur concurrent. Estimant que ces frais n'avaient pas de véritable raison d'être, si ce n'est celle d'augmenter illicitement les prix des services bancaires, les plaignants ont alors saisi le tribunal fédéral du District nord de Californie. À ce stade, il est essentiel de signaler que les clients porteurs de cartes ne remettaient pas en cause les prix des frais qui leur étaient facturés chaque fois qu'ils retirent de l'argent sur des distributeurs étrangers. Les commissions qui étaient l'objet de la plainte étaient celles que le réseau fixe pour chaque transaction interbancaire ("*interchange fees*"), et qui se répercutaient par la suite sur les clients.

Par une décision du 16 septembre 2010, le tribunal de Californie avait rejeté leur plainte (*In re ATM Fee Antitrust Litigation, n° C 04-02676 CRB, 2010 WL 3701912, N.D. Cal.*

16 sept. 2010). En substance, les juges avaient estimé que les clients des banques devaient succomber, dans la mesure où ils n'étaient pas des acheteurs directs, au sens de la jurisprudence *Illinois Brick*. Selon cette dernière, la victime directe est uniquement celle qui paie effectivement les prix surévalués. Seule cette catégorie de victimes est susceptible d'obtenir réparation. Or, dans la présente affaire, les frais visés par la plainte étaient les "interchange fees" facturés directement par les banques les unes aux autres. Comme l'a relevé le tribunal, "les plaignants ne paient pas directement ces frais supposés illicites ; ce sont leurs banques qui le font". Les frais que supportent les clients sont ceux qui leur sont facturés après coup. Autrement dit, les commissions étaient d'abord payées par les banques entre elles, qui les répercutaient ensuite sur leurs clients. Techniquement, il était donc exact que les clients ne subissaient qu'indirectement la fixation des frais interbancaires. En outre, le Tribunal avait estimé que les plaignants ne démontraient pas qu'ils pouvaient bénéficier des très rares exceptions prévues par la règle *Illinois Brick*, et appréciées très strictement par les juges.

Sans véritable surprise, la Cour d'appel du neuvième circuit a confirmé la décision de la juridiction californienne (*In re ATM Fee Antitrust Litigation*, n° 10-17354, préc., p. 8007 et s.). Assez sèchement, la Cour a rappelé "les plaignants n'ont pas payé les frais interchange. Ce sont les banques qui paient ces frais et qui ensuite les incluent dans les montants que doivent payer les porteurs de cartes au titre des frais dus à l'utilisation de distributeurs étrangers". Les plaignants ne sont ainsi que des victimes indirectes de l'entente alléguée et ne peuvent donc agir pour obtenir réparation. Puis, la Cour indique que la seule exception admise permettant aux victimes indirectes d'agir est celle par laquelle il est démontré que "les défendeurs se sont entendus pour fixer les prix que les plaignants paient directement". En l'occurrence, puisque la plainte alléguait une fixation des prix des commissions interchange, qui sont payées par les banques et non par les porteurs de cartes, les plaignants n'ont pu satisfaire aux critères ainsi posés.

On avoue toutefois ne pas être pleinement convaincu par le raisonnement et l'orthodoxie de la Cour. Certes, il apparaît que la plainte des clients porteurs de cartes était trop restrictive, en ne se focalisant que sur les frais interchange. Peut-être le résultat eut-il été différent si les bases de celle-ci avaient été élargies. En toute hypothèse, le raisonnement poursuivi apparaît trop strict, trop mécanique. Il semble artificiel de vouloir distinguer d'un côté les frais interchange, et de l'autre, les frais répercutés sur les clients, alors qu'il peut s'agir des deux facettes d'une même pratique. Dans l'affaire commentée, il était délicat de se prononcer : dans la mesure où les débats n'ont porté – pour l'essentiel – que sur la recevabilité de la plainte, et non sur le fond, sans approfondir la question de savoir si les frais interchange avait une réelle utilité économique, il était difficile d'avoir une idée plus précise sur la teneur des pratiques litigieuses. Si la logique de la doctrine *Illinois Brick* peut se comprendre, appliquée trop strictement, celle-ci peut se transformer en un redoutable frein aux actions privées des consommateurs et laisser ainsi impunies un certain nombre de pratiques pourtant identifiées comme nocives dans d'autres systèmes.

J.-C. R. ■

## ENTENTE – SECTEUR PHARMACEUTIQUE – ACCORDS DE REPORTS D'ENTRÉE : La Cour d'appel du troisième Circuit considère que les accords de report d'entrée peuvent être anticoncurrentiels, accentuant ainsi l'opposition entre les Circuits fédéraux

(*US Court of Appeals for the 3rd Circuit, In Re K-Dur Antitrust Litigation*, n° 10-2078, 16 juill. 2012)

Dans la précédente livraison de cette chronique était évoqué un arrêt du 25 avril 2012 rendu par la Cour d'appel du onzième Circuit (*FTC v. Watson Pharmaceuticals, Inc.*, 677 F.3d 1298, 11th Cir. 2012 : Chron. Jurisp. étr., *Concurrences* n° 3-2012, p. 237, obs. J.-C. R.). Celui-ci concernait un accord de report d'entrée conclu par le laboratoire Solvay et des génériqueurs, concernant l'*Andro-Gel*. La Cour avait considéré que l'accord litigieux n'était *a priori* pas contraire à la concurrence, contrairement à ce qu'arguait la *Federal Trade Commission*. En l'absence d'une intervention de la Cour suprême, l'arrêt accentuait ainsi la divergence existante entre les Circuits fédéraux, certains juges considérant ce type d'accord avec faveur, tandis que d'autres affirment que ce type de pratiques nuisent au marché.

Le 16 juillet 2012, un arrêt rendu par la Cour d'appel du troisième Circuit, à propos d'un accord de report d'entrée concernant le médicament *K-Dur* commercialisé par le laboratoire Schering, s'est joint à ce concert dissonant (*In Re: K-Dur Antitrust Litigation*, n° 10-2078, 3rd Cir. 16 juill. 2012). Dans cette affaire, les juges ont en effet estimé que la conclusion d'accords visant à reporter la commercialisation des génériques caractérisaient une violation *prima facie* des règles de concurrence. La difficulté d'appréhender la nocivité de ces accords est réellement problématique et crée une réelle insécurité juridique. Il sera d'ailleurs intéressant de comparer quelle la position retenue par la Commission européenne, alors que celle-ci vient d'adresser une communication des griefs au groupe Servier et à plusieurs autres laboratoires, pour des pratiques similaires (Comm. UE, communiqué de presse du 30 juill. 2012, IP/12/835). En toute hypothèse, et pour revenir au droit américain, l'arrêt du 16 juillet de la Cour d'appel du troisième Circuit dépose une nouvelle pierre dans le jardin de la Cour suprême qui a, jusqu'à présent, refusé de se saisir de cette question. *To be continued*, donc.

J.-C. R. ■

## À noter

**COUR SUPRÊME FÉDÉRALE – SECTEUR DES MÉDIAS – SECTEUR DE LA SANTÉ – STATE ACTION DOCTRINE : La Cour suprême des États-Unis accepte de connaître de deux affaires dans le domaine du droit antitrust**  
**Behrend v. Comcast Corp., 655 F.3d 182, 3d Cir. 2011** (*FTC v. Phoebe Putney Health System, Inc.*, 663 F.3d 1369, 11th Cir. 2011)

Les arrêts rendus par la Cour suprême des États-Unis en matière *antitrust* sont rares. Celle-ci dispose en effet du pouvoir discrétionnaire de se saisir et de connaître de telle ou telle affaire. Par les questions de principe qu'ils tranchent ou pour l'œuvre d'unification qu'ils opèrent, ces arrêts revêtent donc toujours une importance et une portée considérable. Le dernier arrêt concernant le droit antitrust datait de 2010, dans l'affaire *American Needle* (*American Needle, Inc. v. NFL*, 24 mai 2010 : *Cah. Dr. Sport*, 2011, n° 23, p. 39, note J.-C.R.). Or, la plus haute juridiction fédérale vient d'accepter de connaître de deux affaires dans le domaine du droit de la concurrence, qu'il conviendra donc d'examiner avec attention dans les prochaines livraisons de cette chronique. D'abord, dans une première affaire, elle sera amenée à se prononcer sur certains aspects de la recevabilité des *class actions*, dans le contexte d'actions de groupes initiées par des abonnés à certaines chaînes du câble (*Behrend v. Comcast Corp.*, 655 F.3d 182, 3d Cir. 2011). Comme cela était évoqué dans le précédent numéro de cette Revue, cette tendance à l'action des téléspectateurs est de plus en plus notable dans le contentieux américain (Chron. Jurisp. étrangères : *Concurrences* n° 3-2012, p. 242, obs. J.-C. R.). Ensuite, dans une seconde affaire, la Cour suprême devra déterminer si l'acquisition d'un hôpital par l'État de Géorgie agissant en tant qu'opérateur privé, peut bénéficier d'une exemption du droit *antitrust*, au titre de la *State Action doctrine* (*FTC v. Phoebe Putney Health System, Inc.*, 663 F.3d 1369, 11th Cir. 2011: Chron. Juris. étrangères, *Concurrences* n° 1-2012, p. 242, obs. J.-C. R.).

J.-C. R. ■

### 2.2 Canada

**CARTEL – RECOURS COLLECTIF – ACHETEURS INDIRECTS – DEMANDE D'AUTORISATION – TRANSFERT DE LA PERTE : La Cour d'appel du Québec reconnaît aux acheteurs indirects victimes d'un cartel le droit à un recours collectif** (*Option Consommateurs c. Infineon Technologies*, 2011 QCCA 2116)

Le 16 novembre 2011, la Cour d'appel du Québec a rendu un important arrêt portant sur le droit des victimes indirectes d'un cartel de se prévaloir d'un recours collectif fondé sur la violation d'une loi antitrust. Cet arrêt est intéressant à plusieurs égards. D'abord, c'est la première fois que la plus haute juridiction québécoise (la Cour d'appel du Québec) se prononce sur une question de cette nature. Ensuite, sa réponse était fortement attendue, puisqu'elle allait interagir avec d'autres solutions juridiques rendues par d'autres

juridictions provinciales canadiennes (principalement en Colombie-Britannique et en Ontario) portant sur la même question. Enfin, puisque le cartel allégué a été ourdi, détecté et sanctionné aux États-Unis et qu'aucun de ses membres n'était établi au Québec et au Canada, la question incidente de la compétence des juridictions québécoises se posait. La présente chronique insiste cependant davantage sur l'étendue du droit à réparation des victimes indirectes d'un cartel.

### Un cartel ourdi et éventé aux États-Unis

Les sept entreprises en cause (Infineon Technologies Ag, Infineon Technologies North America Corp., Micron Technology, Inc., Hynix Semiconductor Inc., Samsung Electronics Co., Ltd., Samsung Semiconductor Inc., Elpida Memory, Inc., ci-après "Infineon Technologies") confectionnent un matériau informatique, qui sert de mémoire vive dynamique (Dynamic Random Access Memory, ci-après "DRAM") à nombre d'appareils électroniques couramment utilisés : ordinateurs, téléphones cellulaires, serveurs informatiques et consoles de jeux etc. En 2004, elles ont plaidé coupables (sauf Micron technology), aux États-Unis, à l'accusation d'avoir participé à un complot pour fixation de prix entre juillet 1999 et juin 2002.

En octobre 2004, Madame C. Cloutier, qui avait fait l'achat d'un ordinateur portable muni d'une DRAM sur Internet en date du 9 octobre 2001, soutenue par une association québécoise de défense des consommateurs (Options Consommateurs), introduit une requête devant la Cour supérieure du Québec (seul tribunal de première instance compétent pour connaître des recours collectifs) pour obtenir l'autorisation préalable d'exercer un recours collectif au nom et pour le compte d'un groupe élargi comprenant à la fois les personnes qui ont contracté directement avec les membres du cartel (les "acheteurs directs") et les personnes qui se trouvent à d'autres niveaux de la chaîne de distribution de la mémoire vive, soit parce qu'elles ont fait l'achat d'un produit transformé contenant de la DRAM, soit parce qu'elles ont fait affaire avec un grossiste, un commerçant ou autre intermédiaire ("les acheteurs indirects").

### Prétention et arguments des parties

La demande d'autorisation du recours collectif est fondée, selon la requérante, sur la violation de la *Loi sur la concurrence* (L.R.C. 1985, c. C-34, ci-après "L.c." art. 45 L.c.) et d'une obligation extracontractuelle (article 1457 *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, ci-après "C.c.Q."). En effet, selon la plaignante, "[l]e Cartel a eu pour effet de restreindre indûment la concurrence, de gonfler artificiellement le prix de la DRAM vendue au Québec et par le fait même de gonfler artificiellement le prix de vente des produits équipés de DRAM vendus au Québec"; et "[i]l en va de même des acheteurs subséquents de DRAM et/ou de produits équipés de DRAM vendus au Québec à qui les premiers acheteurs auraient, en tout ou en partie, refilé la portion artificiellement gonflée du prix de la DRAM" (para. 80). Ainsi, la requérante fonde principalement sa prétention sur le surcoût supporté autant par les acheteurs directs que les acheteurs indirects et occasionné par la hausse des prix consécutive au cartel.

De leur côté, les entreprises intimées ont fait valoir l'absence de facteur de rattachement territorial du cartel, et, par conséquent, l'incompétence de la juridiction québécoise pour connaître de ce litige, puisque d'une part, le cartel a eu lieu aux États-Unis et qu'aucun de ses membres n'a un établissement au Québec, et, d'autre part, le contrat de vente signé via Internet par Mme Cloutier indiquait, dans ses termes, qu'il avait été conclu en Ontario (une autre province canadienne). Et de ce fait, le droit québécois ne lui est applicable.

### **Première instance : incompétence territoriale et défaut d'un préjudice**

En première instance, la Cour supérieure affirme que le contrat est réputé avoir été conclu en Ontario, puisque c'est le lieu où l'acceptation est parvenue à la connaissance de l'offrant. Dès lors, elle a accueilli le moyen déclinatoire fondé sur la l'incompétence territoriale. Mais plus fondamentalement, la Cour supérieure ajoute que la demande d'autorisation aurait été rejetée, même si elle avait été compétente, parce qu'elle ne rencontre pas les conditions cumulatives posées par l'article 1003 du *Code de procédure civile* (L.R.Q., c. C-25, ci-après "C.p.c.") et, dont notamment l'existence d'un dommage. Car, selon le juge de première instance, une infraction commise aux États-Unis ne démontre pas *prima facie* une contravention à la disposition canadienne interdisant les complots (art. 45 L.c.) et, par ricochet, l'établissement d'un préjudice.

### **Appel**

C'est dans ce contexte que la plaignante interjeta appel devant la Cour d'appel qui devait ainsi répondre à une série de questions dont notamment : est-ce que la requête d'autorisation de la représentante du groupe répond aux conditions cumulatives posées par les articles 1002 et 1003 C.p.c. ?

Et subséquemment, si le cartel a eu pour effet d'occasionner une augmentation du prix payé au Québec à l'achat de DRAM et/ou de produits équipés de DRAM et, dans l'affirmative, cette augmentation constitue-t-elle un dommage pour chacun des membres du groupe ?

### **Le contexte : le recours collectif, outil privilégié pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles**

Le recours collectif constitue un outil privilégié pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles, parce qu'il incite ces dernières à agir en *groupe*, sous le couvert d'un représentant, en vue de demander au tribunal la réparation du dommage *collectif* qu'elles ont subi consécutivement à une pratique anticoncurrentielle. Dans le contexte canadien, même si l'article 36 L.c. prévoit depuis 1976 un droit à réparation pour les victimes de certaines infractions prévues à la L.c., il a fallu attendre l'avènement des lois provinciales en matière de recours collectif dans les années 90' pour constater l'augmentation des recours privés en matière de concurrence. Au Québec, cette possibilité d'*action collective* existe depuis le 19 janvier 1979, date de l'entrée en vigueur de la *Loi sur les recours collectifs* (L.Q. 1978, c. 8.) qui prévoit la procédure particulière de recours collectif. Schématiquement,

ce processus s'enclenche en trois étapes : 1) la phase préalable et obligatoire de la demande d'autorisation, 2) l'introduction de la demande principale ou phase de l'exercice du recours et enfin 3) la phase ultime de réparation ou d'exécution du jugement. De toutes ces étapes, il est admis que c'est la phase préalable de la demande d'autorisation qui est la plus cruciale, car elle permet au juge de contrôler *a priori* la *véracité* de la requête. Puisqu'elle est conçue comme une "phase de tri" entre les requêtes fondées et les demandes frivoles, le C.p.c. (articles 1002 et 1003) pose cinq conditions cumulatives qu'une demande doit remplir pour avoir droit à l'autorisation du recours collectif :

- l'identification d'un groupe ;
- l'existence de questions communes à traiter collectivement : les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées ;
- l'existence d'une apparence sérieuse de droit : les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées ;
- l'application difficile de procédures équivalentes ou substituables : la composition du groupe rend difficile ou peu pratique la possibilité qu'une personne puisse ester en justice au nom d'une ou de plusieurs personnes qui ont un intérêt commun si elle a reçu un mandat ou le regroupement de demandeurs ;
- l'assurance d'une représentation adéquate par le représentant désigné : le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation appropriée des membres.

### **La question des acheteurs indirects et du transfert de la perte en cas de cartel**

Le recours collectif exige ainsi certaines caractéristiques d'*homogénéité* du groupe envisagé, et conséquemment l'existence de *questions communes* dont le tribunal pourrait être saisi. Dès lors, la question de savoir si les acheteurs indirects sont susceptibles d'appartenir à un groupe identifiable également composé d'acheteurs direct a été au cœur de la décision rendue par la Cour d'appel. Contrairement à une idée très répandue, l'on sait que les premières victimes d'une hausse de prix consécutive à un cartel de fixation de prix sont d'abord les acheteurs intermédiaires (producteurs, entrepreneurs, commerçants et consommateurs) qui contractent directement avec les membres du cartel. Il s'agit des *acheteurs directs*. Une des questions les plus complexes est de savoir dans quelle mesure ces acheteurs directs sont capables de transférer le surcoût ainsi supporté aux autres maillons de la chaîne de distribution, c'est à dire les acheteurs indirects. La question du transfert du surcoût aux autres acheteurs ("passing-on") dépend fondamentalement de plusieurs facteurs propres au marché en cause et des conditions de concurrence qui y règnent. L'acheteur intermédiaire peut décider, selon les circonstances, de transférer tout ou partie du surprix aux acheteurs finaux. La problématique du "passing-on" est amplifiée dans le cadre d'un recours collectif, puisqu'au-delà de l'établissement de l'existence d'un préjudice ou d'un dommage, la question est de *déterminer et d'identifier les personnes qui ont supporté le surcoût résultant de l'augmentation de prix.*

---

## La caractéristique de la requête d'autorisation consiste en la vérification d'une simple apparence sérieuse de droit

---

En essayant d'apporter des solutions à ces questionnements complexes, La Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Kasirer, est partie d'un précepte fondamental qui caractérise le régime juridique de la requête d'autorisation en droit québécois, à savoir la *vérification d'une simple apparence sérieuse de droit à la lumière des faits allégués*. Ce précepte transparait clairement dans l'arrêt de la Cour qui distingue ainsi la procédure québécoise des autres procédures applicables dans les autres provinces canadiennes. Par conséquent, cette règle impose qu'une demande d'autorisation d'un recours collectif ne puisse être rejetée sur le seul fondement de difficultés de preuve anticipées, comme le rappelle le juge Kasirer :

*“As the respondents themselves acknowledge, the presentation of expert evidence is not the norm at the authorization stage in Quebec under the Code of Civil Procedure and, where rules applicable elsewhere might require a sophisticated methodology of proof of loss to be advanced before certification of a class action, the absence of such a methodology is not fatal here. (para. 100). [...] In Quebec, this is a matter properly left to the trial judge. In the law relating to class actions across Canada, rules differ as to how unfettered the path should be to proving damage at the authorization stage. In our case, the appellant has not brought forward at authorization what in other jurisdictions is sometimes described as a “clear methodology” for calculating losses. However, as a general matter, these evidentiary concerns are addressed at trial, not at the authorization stage here. One certainly cannot exclude, as a matter of evidence, that the appellant’s case will not founder at that later stage. But that risk is not fatal at authorization in Quebec when the facts are properly alleged. Under article 1003(b) C.C.P., the issue of the extent of the losses suffered should be allowed to proceed at trial.”* (références omises ; para. 117).

La Cour d'appel indique que contrairement à l'arrêt *Harmegnies (Harmegnies c. Toyota Canada inc., 2008 QCCA 380)*, il n'est pas possible de soutenir que l'argumentation des appelantes n'est pas suffisamment précise pour établir un *préjudice subi par les acheteurs directs et indirects* de mémoire vive dynamique. La Cour conclut que les acheteurs indirects ont subi un dommage du fait du cartel et qu'il appartiendra au juge d'évaluer celui-ci lors de la requête principale, et *non pas* au stade de la demande d'autorisation. De ce fait, le groupe est composé à la fois des acheteurs directs et des acheteurs indirects.

Finalement, le critère des questions communes est analysé par la Cour d'appel qui conclut, parallèlement au juge de la Cour supérieure, que les questions communes sont suffisantes dans ce cas. Les membres partagent suffisamment de questions communes pour se prévaloir d'un recours collectif. Ainsi, la Cour d'appel infirme le jugement de première instance, autorise l'exercice du recours collectif et condamne solidairement les membres du cartel “à payer à la Personne désignée et aux membres du groupe un montant égal à la somme des revenus des Défenderesses et des autres membres du Cartel générés par la portion artificiellement

*gonflée des prix* de vente de la mémoire vive dynamique (DRAM) vendue au Québec et/ou équipant des produits vendus au Québec” (para. 9).

---

## Assouplissement des conditions d'ouverture du recours collectif

---

Cet arrêt de la plus haute juridiction québécoise accorde le droit à réparation à un groupe élargi composé à la fois d'acheteurs directs et d'acheteurs indirects victimes d'un cartel, qui plus est, est l'œuvre d'entreprises établies à l'extérieur du Québec et du Canada. Il assouplit, ainsi, d'une certaine manière les conditions d'ouverture du recours collectif en les rendant flexibles, de sorte que les victimes indirectes d'un cartel puissent s'en prévaloir. De ce fait, il introduit un contraste et une distinction avec les autres droits provinciaux canadiens qui appliquent un critère et une méthodologie plus stricts au stade de la certification comme le démontrent les arrêts rendus par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et rejetant, pour des faits similaires, un droit d'action des acheteurs indirects d'un cartel.

## À noter

**RECOURS COLLECTIF – ACHETEURS INDIRECTS – TRANSFERT DE LA PERTE – CERTIFICATION: La Cour d'appel de la Colombie-Britannique refuse de certifier un recours collectif des acheteurs indirects** (*Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company, 2011 BCCA 187; Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation, 2011 BCCA 186*)

Par ces deux arrêts rendus le même jour avant celui de la Cour d'appel du Québec que nous venons d'analyser, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est fondée sur l'inexistence en droit canadien de la théorie du *passing-on* (*Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd., [2004] 2 R.C.S. 74, 2004 CSC 38; Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances), [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1*) pour dénier le droit des acheteurs indirects à un recours collectif.

Dans l'arrêt *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company* (“*Sun-Rype*”), la Cour se prononçait sur l'appel d'un jugement qui avait certifié le recours collectif des acheteurs de sirop de maïs à haute teneur en fructose, un édulcorant largement utilisé dans l'industrie alimentaire, et particulièrement dans les boissons gazeuses. Le recours visait à la fois les acheteurs directs et indirects. Les demandeurs présentaient un recours en restitution, selon la *common law*. Par la majorité (dissidence du juge Donald), la Cour rappelle que la défense de *passing-on* a été rejetée par la Cour suprême dans les affaires *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.* et *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)* ; ce qui implique, selon la majorité, le rejet d'un recours collectif dont le groupe est composé notamment d'acheteurs indirects :

*“[80] If then it is right to say there is no defence of passing on, it must, in my view, follow that even though an overcharge may in fact have been passed on (as the invalid tax was said to*

have been passed on in Kingstreet), the law does not recognize it: as a matter of law, the overcharge or the loss for which the wrongdoer is liable is sustained when the overcharge is paid at first instance. It is no defence to contend there was no loss (or it was something less) because the overcharge was passed on. If that is so, then those who would seek to recover an overcharge that has been passed on are effectively claiming a loss that in law is not recognized. For that, there can be no cause of action.

[81] Thus, it would follow the IPs have no maintainable cause of action against the defendants.

[82] If it were otherwise – if both the DPs and the IPs had independent causes of action against the defendants who could not raise a passing-on defence – the defendants could be liable to the DPs for 100 % of the overcharge they paid and could also be liable to the IPs for whatever amount of the overcharge may have been passed on : double recovery (the recovery of the same loss twice by different plaintiffs), which our law will not sanction.”

Dans l'autre arrêt *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, pour les mêmes raisons, rejette le recours collectif des acheteurs indirects de produits.

### Intervention attendue de la Cour suprême

Le 1<sup>er</sup> décembre 2011, la Cour suprême du Canada a accepté d'autoriser l'appel de ces deux arrêts rendus par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. C'est ainsi la première fois en deux décennies que la Cour suprême accepte d'entendre un appel interjeté à l'égard d'une poursuite privée en matière de concurrence depuis l'affaire *General Motors (General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641)*. En acceptant d'entendre cet appel, la Cour suprême statuera sur l'applicabilité ou non de la règle *Illinois Brick [Illinois Brick Co. v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977)]* au Canada. L'arrêt est attendu au cours de cette année (2012).

K. D. ■

## 2.3 Chine

### À noter

**CHINE – MOFCOM – CONCENTRATION – ENGAGEMENTS : Le MOFCOM autorise une opération de concentration dans le secteur de la vente en ligne tout en interdisant partiellement au nouvel acquéreur d'entrer sur certains marchés pertinents** (*Le Quotidien du Peuple*, 15 août 2012)

Voir les observations de F. Souty et F. Daudret-John publiées dans le supplément électronique sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).

**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, 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  
Francesco Martucci  
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>	465 €	474,76 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	535 €	639,86 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + e-archives)</i>	695 €	831,22 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	120 €	122,52 €

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

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	615 €	735,54 €
--	-------	----------

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

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

## Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name* .....

e-mail .....

Institution | *Institution* .....

Rue | *Street* .....

Ville | *City* .....

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

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

## Formulaire à retourner à | *Send your order to*

### Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

### Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

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

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions 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**