

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW JOURNAL

Jurisprudences européennes et étrangères

Chroniques | Concurrences N° 2-2015 | pp. 197-209

Florian Bien

florian.bien@uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Würzburg
Chaire Alfred Grosser, Sciences Po Paris

Karounga Diawara

karounga.diawara@fd.ulaval.ca

Professeur, Université Laval, Québec

Pranvera Këllezi

pranvera.kellezi@gmail.com

Docteur en droit, LL.M.,
Avocate au barreau de Genève, Suisse

Silvia Pietrini

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

Maître de conférences, Université Lille,
Centre René Demogue-CRDP

Jean-Christophe Roda

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Maître de Conférences, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille

Per Rummel

per.rummel@monopolkommission.bund.de

Legal Analyst, Monopolkommission, Bonn

Jurisprudences européennes et étrangères

Florian Bien*

florian.bien@uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Würzburg
Chaire Alfred Grosser, Sciences Po Paris

Karounga Diawara

karounga.diawara@fd.ulaval.ca

Professeur, Université Laval, Québec

Pranvera Këllezi

pranvera.kellezi@gmail.com

Docteur en droit, LL.M.,
Avocate au barreau de Genève, Suisse

Silvia Pietrini

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

Maître de conférences, Université Lille,
Centre René Demogue-CRDP

Jean-Christophe Roda

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Maître de Conférences, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille

Per Rummel

per.rummel@monopolkommission.bund.de

Legal Analyst, Monopolkommission, Bonn

1. Europe

197 La Cour d'appel de Düsseldorf confirme la décision d'interdiction prise par le Bundeskartellamt contre les clauses de garantie de meilleurs prix pratiquées par un grand portail de réservation de chambres d'hôtel (CA Düsseldorf, 9 janv. 2015 - VI – Kart 1/14 (V) – HRS)

200 Le Conseil d'État italien confirme la difficulté pour les parties d'accéder au dossier de l'Autorité de la concurrence après la clôture définitive de la procédure administrative (CE it., 24 fév. 2015, publié le 25 mars 2015, affaire du carburacteur)

203 Le Tribunal fédéral suisse confirme l'application de la loi sur les cartels à la vente de certains médicaments sur ordonnance et casse l'arrêt du Tribunal administratif fédéral (TF suisse, 28 janv. 2015, aff. 2C_75/2014 (Pfizer), 2C_80/2014 (Bayer (Schweiz)) et 2C_79/2014 (Eli Lilly (Suisse)))

2. États-Unis

204 La Cour d'appel du sixième circuit des États-Unis confirme l'injonction contre une entreprise pour ses pratiques de ventes liées potentiellement abusives (U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, N° 14 – 3306, 15 mars 2015, Collins Inkjet v. Eastman Kodak)

3. Canada

206 La Cour suprême du Canada énonce que l'exception d'efficacité est applicable à une fusion, même si la quantité des gains est négligeable comparativement à l'absence de preuve quantitative des effets anticoncurrentiels (CS Canada, 22 janv. 2015, Tervita c. Canada (Commissaire de la concurrence), 2015 CSC 3)

1. Europe

1.1. Allemagne

Accords verticaux – Abus de position dominante – Pratiques d'évasion : La Cour d'appel de Düsseldorf confirme la décision d'interdiction prise par le Bundeskartellamt contre les clauses de garantie de meilleurs prix pratiquées par un grand portail de réservation de chambres d'hôtel (CA Düsseldorf, 9 janv. 2015 - VI – Kart 1/14 (V) – HRS)

Dans l'édition de *Concurrences* n° 3-2014 (pp. 208-211) nous avons présenté la décision d'interdiction prise par le Bundeskartellamt concernant les clauses de garantie de meilleurs prix pratiquées par le portail de réservation de chambres d'hôtel HRS. Pour rappel, ces clauses consistaient pour les hôtels partenaires de HRS à s'obliger à ne pas offrir leurs chambres sur d'autres voies de commercialisation à des conditions plus avantageuses que celles offertes à travers la plateforme de réservation HRS. Le recours introduit par HRS contre la décision du Bundeskartellamt interdisant ces clauses a été rejeté par la Cour d'appel de Düsseldorf dans son arrêt du 9 janvier 2015. HRS a annoncé ne pas vouloir déposer un recours contre cet arrêt.

La Cour confirme l'existence d'ententes illicites

HRS n'agit pas comme concurrent des hôtels qui offrent des chambres à travers sa plateforme. La pratique de garantie de meilleurs prix était pourtant de nature à restreindre la concurrence des hôtels en ce qu'elle empêchait à ces derniers de fixer librement les prix des chambres d'hôtel en dehors du portail HRS. Par ailleurs, cette pratique portait atteinte à la concurrence entre les différents portails qui ne pouvaient plus librement appliquer leur politique de différenciation des prix. Par conséquent, la Cour d'appel a jugé que HRS avait violé le paragraphe 1^{er} de la loi contre les restrictions à la concurrence (GWB) ou la disposition équivalente de l'article 101, alinéa 1^{er} TFUE. La Cour n'a pas tranché la question de savoir si la pratique de garantie de meilleurs prix constituait également une violation du paragraphe 20, alinéa 1^{er} en combinaison avec le paragraphe 19, alinéa 1^{er} GWB qui correspond à l'article 102, alinéa 1^{er} TFUE. Elle n'a pas jugé utile de se pencher sur cette question après qu'elle a déjà confirmé l'existence d'ententes illicites. Par conséquent, la question de savoir si HRS avait abusé de sa position dominante sur le marché reste non résolue.

Cette attitude de la Cour est déplorable. En effet, le véritable but poursuivi par HRS à travers ces clauses de garantie de meilleurs prix consistait probablement à renforcer son attractivité par rapport à ses concurrents et au finish à écarter ces derniers du marché des portails d'hôtels. Il est donc évident qu'il s'agit plus d'une pratique d'abus de position dominante que d'une entente illicite. Toutefois, du point de vue des praticiens, il est beaucoup plus aisé de retenir l'hypothèse d'ententes illicites, car les clauses de garantie de meilleurs prix peuvent être jugées illicites même si l'entreprise qui les a conclues ne dispose pas de position dominante sur le marché concerné. L'avantage est que cela dispense de la charge de prouver l'existence d'une position dominante. Il reste toutefois à se demander si une telle entreprise serait effectivement à mesure de faire appliquer ces clauses.

* En collaboration avec Dr. Jochen Bernhard, avocat, Menold Bezler Rechtsanwältin, Stuttgart (jochen.bernhard@menoldbezler.de).
Le titulaire de la chronique était impliqué dans l'affaire commentée du ciment.

Possible précédent pour les procédures dans d'autres États membres

La Cour d'appel fait référence aux procédures similaires engagées par les autorités de concurrence en France, en Suède et en Italie. Elle souligne que la décision du Bundeskartellamt contre HRS est la première décision visant une clause de garantie de meilleurs prix appliquée par une plateforme en ligne à avoir fait l'objet d'un recours en justice. Ainsi, il est possible que cet arrêt trouve un grand écho dans d'autres États membres de l'Union. Il existe déjà en Allemagne plusieurs procédures ouvertes contre des portails concurrents comme Booking et Expedia. Pour harmoniser les conditions d'application du droit de la concurrence sur toute l'étendue du territoire national, le Bundeskartellamt devrait traiter dorénavant parallèlement de tous les cas similaires ou étroitement liés. Surtout, il aurait été souhaitable d'ordonner la jonction des procédures. Cela aurait permis d'éviter des distorsions concurrentielles entre les différentes entreprises qui seraient successivement concernées.

En effet, les clauses de garantie de meilleurs prix constituent une pratique largement répandue sur le marché des portails d'hôtels ; et les consommateurs semblent de plus en plus espérer bénéficier d'une éventuelle protection des prix qui en résulteraient. Il convient de signaler que dans la pratique et malgré la décision du Bundeskartellamt l'on n'a pas pu observer un recul significatif des garanties de meilleurs prix. Cela serait notamment dû au fait qu'il n'a pas encore été interdit aux concurrents de HRS de recourir à cette pratique. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que HRS continue, cette fois de façon unilatérale, à assurer la garantie de meilleurs prix aux utilisateurs de son portail. HRS s'engage désormais à rembourser aux consommateurs la différence de prix au cas où les prix offerts à travers son portail seraient supérieurs à ceux offerts ailleurs. Il reste à voir si les concurrents de HRS seront également tentés de recourir à la même stratégie après que le Bundeskartellamt aura interdit leurs clauses de garantie de meilleurs prix.

Les clauses de garantie de meilleurs prix sont-elles devenues anachroniques ?

Si le recours aux clauses de garantie de meilleurs prix était éventuellement justifié au début d'activités de commercialisation en ligne, leur application ne peut de nos jours qu'être jugée incompatible avec le droit des ententes. À l'époque, ces clauses constituaient un important outil de publicité pour les plateformes. En effet, elles permettaient l'établissement des portails de réservation des chambres d'hôtel et offraient par là une alternative qui a considérablement facilité la recherche des chambres d'hôtels. En même temps, elles visaient à protéger le portail de réservation en ce que les hôtels pouvaient l'utiliser uniquement à des fins publicitaires pendant que la réservation des chambres se faisait directement auprès de l'hôtel concerné (cf. problématique de parasitisme). Entre temps, la donne a radicalement changé. Le marché des portails de réservation d'hôtels est devenu saturé. Il devient de plus en plus difficile pour les plateformes de réservation en ligne d'attirer des nouveaux clients à partir

des voies classiques de commercialisation. Cela étant, la concurrence se fait désormais au niveau des plateformes entre elles.

L'analyse de la structure des coûts montre qu'il existe sur ce point une certaine similitude entre les plateformes de réservation en ligne entre elles plutôt qu'entre ces dernières et les agences locales. Dans les rapports des plateformes entre elles, c'est la qualité de l'offre qui l'emporte sur les prix. Ainsi, la problématique de parasitisme est peu probable. Les stratégies de garantie de meilleurs prix empêchent le jeu normal de la concurrence entre les portails, sans offrir en revanche les avantages escomptés.

P. R. ■

Private enforcement – Recours collectif – Cession des droits aux dommages et intérêts : La Cour d'appel de Düsseldorf confirme le jugement du Tribunal régional de Düsseldorf rejetant l'action de groupe atypique intentée en qualifiant contraire aux bonnes mœurs et par conséquent nulle la cession des droits aux dommages et intérêts des victimes des ententes sur le ciment (CA Düsseldorf, 18 fév. 2015, Az.: VI-U (Kart) 3/14 – Zement II (Cartel Damage Claims))

La présente note constitue le prolongement du commentaire consacré à l'arrêt du Tribunal régional de Düsseldorf du 17 décembre 2013 dans l'affaire opposant la société belge spécialisée dans le recouvrement des dommages et intérêts des victimes des ententes illicites (*Cartel Damage Claims – CDC*) aux producteurs de ciment (cf. *Concurrences* n° 2-2014, pp. 207-210). Entre temps, la première chambre spécialisée dans les affaires de droit de la concurrence de la Cour d'appel de Düsseldorf a rendu son arrêt dans l'affaire. Elle a également débouté la partie demanderesse de sa demande.

Pour rappel, plusieurs victimes des ententes illicites sur le ciment avaient cédé leurs droits aux dommages et intérêts à CDC, qui à son tour avait intenté une action en justice en son nom propre. En revanche, les cédants avaient reçu une promesse de participation au bénéfice à la hauteur de 65 à 85 %, qui devrait leur être reversée au cas où l'action en justice aboutirait en leur faveur. Pour limiter les coûts de procédure, CDC avait demandé auprès du juge de première instance une réduction du montant du litige en vertu du paragraphe 89a de la loi contre les restrictions à la concurrence (GWB). En appui à sa demande, le gérant de CDC avait fait valoir, par une déclaration sous serment, l'incapacité de sa société à supporter les coûts du procès calculés en fonction de la valeur globale du litige au cas où elle perdrait.

Tant le Tribunal de première instance que la Cour d'appel de Düsseldorf se sont fondés sur cette déclaration du gérant pour déduire l'atteinte aux bonnes mœurs et

partant la nullité de la cession des droits aux dommages et intérêts en vertu du paragraphe 138 BGB. Cette pratique aurait eu pour but de transférer le risque des coûts du procès des victimes présumées des ententes illicites et de la demanderesse aux défendeurs.

Se référant à la jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice, la Cour d'appel de Düsseldorf a rappelé que personne ne peut en principe se prévaloir du droit de n'être poursuivi que par un demandeur nanti (cf. Cour fédérale de justice, arrêt du 11 mars 1999, III ZR 205/97). Néanmoins, il serait injuste pour le défendeur d'accepter que les victimes présumées d'une infraction cèdent leurs droits à un demandeur qui, au cas où il perd le procès, ne serait pas en mesure de rembourser les frais dépensés par la partie adverse (cf. Cour fédérale de justice, arrêt du 24 octobre 1985 VII ZR 337/84). Un transfert abusif des coûts du procès existe notamment lorsqu'une partie ne disposant pas de ressources financières suffisantes est utilisée pour le recouvrement judiciaire des dommages et intérêts alors que son insolvabilité était déjà connue tant des cédants que du cessionnaire.

La Cour d'appel de Düsseldorf se fonde sur les considérations suivantes pour qualifier la cession des droits intervenue en faveur de CDC de contraire aux bonnes mœurs :

1. CDC ne disposait pas au moment de la cession des créances de ressources financières suffisantes, pouvant lui permettre en cas de perte du procès de rembourser les frais dépensés par les défendeurs et de supporter les frais de procédure. Cela constitue déjà, d'après la Cour, une preuve suffisante pour reconnaître le caractère abusif de cette cession des créances, même si la situation financière du demandeur venait à s'améliorer plus tard (cf. Cour fédérale de justice, arrêt du 10 février 2012, V ZR 51/11). Cela ne signifie pas à l'inverse que la cession des créances est valide si au moment où elle a lieu le cessionnaire disposait de ressources financières suffisantes, mais qu'il est probable qu'à l'avenir il ne soit pas en mesure de supporter les coûts liés au procès. Dans ce cas, le cessionnaire devrait prendre des dispositions nécessaires et s'assurer qu'il sera capable à long terme de prendre en charge l'intégralité des coûts liés au procès. Il pourrait notamment constituer des provisions ou encore obtenir des engagements irrévocables de financement par des tiers, en tenant compte de tous les frais qu'il devrait éventuellement supporter en cas de condamnation – à savoir les honoraires des avocats de la partie adverse ainsi que les frais de procédure de trois instances.

2. La Cour d'appel reconnaît exceptionnellement la validité d'une cession des créances qui poursuit un objectif autre que le transfert du risque des coûts du procès au défendeur même si un tel transfert est probable. Dans ce cas, il s'agit d'un corollaire qui doit être assumé comme tel. Il en est ainsi notamment lorsque la cession des créances constitue le seul moyen pour les victimes de faire valoir leurs droits. Ce faisant, le droit d'accès à la justice ou encore le principe d'efficacité consacré par le droit européen l'emporte sur la conséquence du transfert inéquitable du risque des coûts du procès. Dans le cas d'espèce, la Cour d'appel de Düsseldorf a jugé que

la cession des créances n'était pas indispensable, étant donné que les victimes présumées des ententes illicites avaient la possibilité de se regrouper en recourant à la "*Streitgenossenschaft*" prévue au paragraphe 59 du code de procédure civile (ZPO) et d'intenter une action commune en dommages et intérêts (cf. la consorité active en vertu de l'article 71 du code de procédure civile suisse). Par ailleurs, la Cour estime que le seul souhait de ne pas être obligé de révéler l'identité des acheteurs victimes des ententes illicites n'est pas une raison suffisante pour avoir recours à la cession des créances. D'après les juges, CDC n'avait pas suffisamment étayé les conséquences néfastes qu'aurait la divulgation de l'identité des cédants sur leurs relations d'affaires avec les différentes entreprises poursuivies.

3. La Cour d'appel suppose que tant le cessionnaire (CDC) que les cédants étaient soit conscients de l'atteinte aux bonnes mœurs de leurs opérations de cession des créances soit avaient, par négligence grave, refusé de la reconnaître. En ce qui concerne le cessionnaire CDC, cela ressort d'un prospectus dans lequel CDC souligne pouvoir porter seule, en tant que partie demanderesse, les risques du procès et rassure clairement les cédants des avantages qu'ils en tireraient en cas de gain de cause. En ce qui concerne les cédants, la Cour souligne qu'ils étaient, eux aussi, conscients du fait que les ressources financières de CDC ne suffiraient pas à rembourser les frais de la partie adverse en cas de perte du procès. C'est le déséquilibre existant entre la prestation et la contrepartie dans le cadre de ce procès qui en constitue la preuve. En effet, les cédants pouvaient faire valoir leurs droits en justice sans toutefois devoir porter le risque des coûts liés au procès ; en revanche, ils auraient droit à au moins 65 % de la somme réclamée au cas où le procès était gagné.

Indépendamment de la question de la cession des créances, la Cour d'appel de Düsseldorf traite de la compétence territoriale dans le cas des ententes illicites intervenues au niveau régional. Elle souligne que lorsqu'une action en justice vise plusieurs entreprises qui ont participé à des ententes illicites sur un même produit mais sur différents marchés régionaux, l'on ne peut pas limiter la compétence de connaître de litiges visant toutes les entreprises concernées à un seul tribunal ; la compétence devrait être partagée entre plusieurs tribunaux compétents dans les marchés régionaux concernés. Selon la Cour, cette exigence n'a pas été prise en compte par la partie demanderesse.

La Cour d'appel de Düsseldorf n'a pas autorisé de recours devant la Cour fédérale de justice contre cet arrêt. Sur son site Internet, CDC déclare avoir investi jusqu'ici six millions d'euros dans la procédure (y inclus les frais de justice et d'avocat des parties défenderesses). Compte tenu du risque financier que constituerait la suite des procédures, CDC a renoncé à l'appel contre la décision de la Cour d'appel de Düsseldorf. Son arrêt a alors acquis la force de la chose jugée.

J. B. – F. B. ■

1.2. Italie

Public enforcement – Accès au dossier – Confidentialité : Le Conseil d'État italien confirme la difficulté pour les parties d'accéder au dossier de l'Autorité de la concurrence après la clôture définitive de la procédure administrative (*CE it., 24 fév. 2015, publié le 25 mars 2015, affaire du carburéacteur*)

Par un arrêt du 24 février 2015, publié le 25 mars, le Conseil d'État a confirmé l'arrêt rendu par le Tribunal administratif régional du Latium (ci-après "TAR Latium") dans l'affaire du carburéacteur qui avait rejeté la demande d'une partie à la procédure administrative d'accéder aux documents issus du dossier de l'Autorité garante de la concurrence et du marché (ci-après "AGCM") en vue d'exercer les droits de la défense dans le cadre du contentieux en réparation devant le juge civil.

Pour rappel, en 2006, l'AGCM avait sanctionné une entente sur le marché du ravitaillement en carburant des avions. Après la clôture définitive de la procédure administrative, une compagnie aérienne qui était intervenue à la procédure administrative et s'estimait victime du cartel, avait tenté sans succès d'accéder au dossier de l'AGCM afin d'évaluer l'opportunité d'agir en réparation (v. notre commentaire "Le Tribunal administratif régional du Latium rejette la demande d'accès au dossier de l'Autorité de concurrence présentée par une entreprise intervenue à la procédure administrative", *Concurrences* n° 3-2012, p. 233). Une fois lancée l'action en réparation, une des défenderesses – la société Esso – avait tenté à son tour d'accéder au dossier de l'AGCM pour préparer la défense devant le juge saisi de l'action en réparation. La défenderesse avait demandé notamment la production de tous les documents figurant dans le dossier dans leur version non confidentielle ou, à défaut, la présentation des documents fournis par la demanderesse au civil ou relatifs à celle-ci ou encore tous les documents de la procédure après la clôture de la phase d'instruction. Mais le juge administratif avait confirmé le refus d'accès que lui avait opposé l'autorité de concurrence en invoquant la confidentialité des informations commerciales contenues dans le dossier qui sont protégées par l'article 13 du décret du 30 avril 1998 n° 217 relatif aux procédures d'enquête de l'Autorité garante de la concurrence et du marché (v. notre commentaire "Le Tribunal administratif régional du Latium refuse l'accès d'une partie au dossier de l'Autorité de la concurrence en vue de préparer sa défense dans le procès au civil", *Concurrences* n° 1-2014, p. 232). Par un arrêt du 24 février 2015, le Conseil d'État vient confirmer l'approche de l'autorité de concurrence et des juridictions de contrôle, ce qui a pour conséquence de limiter fortement l'accès au dossier, conditionnant ainsi l'issue du contentieux devant les juridictions judiciaires.

L'accès au dossier de l'autorité de concurrence reste aussi limité après la clôture de la procédure devant l'autorité de concurrence

Le Conseil d'État commence en rappelant que l'article 13 du règlement du 30 avril 1998 reconnaît aux "personnes directement intéressées" par la procédure administrative un accès aux pièces du dossier (cet accès est nommé "procédural" par opposition à l'"accès à titre informatif" qui peut avoir lieu, dans des conditions déterminées, après la clôture de la procédure devant l'Autorité de concurrence). L'accès est cependant limité lorsque les documents contiennent des "secrets commerciaux" ou des "informations réservées de caractère personnel, commercial, industriel et financier" sur les personnes ou les entreprises concernées par la procédure administrative. Premièrement, "le droit d'accès" peut être exercé "pour autant que cela soit nécessaire pour assurer le contradictoire". Deuxièmement, les documents qui contiennent des secrets commerciaux sont exclus de tout accès. Troisièmement, dans le cas où ces derniers fournissent des éléments probatoires quant à l'existence d'une infraction ou des éléments essentiels en vue de la défense d'une entreprise, l'autorité permet d'y accéder pour ce qui concerne ces éléments. Après la clôture de la procédure administrative, on pourra invoquer l'article 22 de la loi du 7 août 1990 n° 241 relative à la procédure administrative (ci-après "loi 241/1990") qui permet à "toute personne intéressée" de "prendre vision ou d'extraire une copie" des documents administratifs. En vertu de l'article 24 du même décret, ceux qui en font demande doivent pouvoir accéder aux documents administratifs dont la connaissance est nécessaire pour se défendre ou pourvoir à ses propres intérêts.

La question qui se posait au cas d'espèce était celle de savoir quelle est l'étendue de l'accès en vertu de l'article 13 du décret, après la clôture de la procédure. Le Conseil d'État affirme clairement que les limites à l'accès au dossier ne prennent pas fin par le simple fait que la procédure devant l'autorité de concurrence est clôturée. Selon la Haute juridiction, si l'on estimait que tel n'est pas le cas, c'est-à-dire que la personne qui a été partie à la procédure administrative peut, après la décision définitive de l'autorité de concurrence, obtenir ce qu'elle ne pouvait pas obtenir auparavant, cela reviendrait à attribuer à un simple "facteur temporaire (...) l'effet de délimiter le champ d'application" de l'article 13 du décret du 30 avril 1998. Or, l'écoulement du temps ne fait pas disparaître le caractère confidentiel des documents protégés par le décret de 1998. Cela avait été déjà affirmé par le Tribunal administratif régional du Latium dans le cadre de la même affaire lors d'une demande d'accès informatif de la plaignante qui souhaitait évaluer l'opportunité d'engager un contentieux au civil pour obtenir la réparation du préjudice (ce que finalement elle a fait sans pour autant avoir eu la possibilité d'accéder au dossier). Selon le Conseil d'État, la sauvegarde des données sensibles s'impose tout au long de la procédure devant l'Autorité de concurrence, cette exigence étant dictée non seulement par le droit national mais aussi par la Recommandation européenne du 25 novembre 1981 sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques.

Les droits de la défense ne peuvent pas être génériquement invoqués pour accéder au dossier de l'autorité de concurrence

Certes, souligne le Conseil d'État, l'accès aux documents contenant des secrets commerciaux est encore possible lorsque ces documents s'avèrent essentiels pour la défense d'une entreprise. Mais, dans ce cas, l'accès ne sera autorisé que pour visionner ces éléments. Or, dans l'affaire commentée, l'entreprise ayant sollicité l'accès au dossier n'a fourni aucun argument permettant d'établir "la nécessité d'un plus large accès aux actes par rapport à l'accès dont elle put déjà bénéficier à plusieurs reprises pendant la phase d'instruction, lors de la production de tous les actes non confidentiels des parties". En effet, l'entreprise s'est limitée à affirmer la nécessité d'assurer sa défense et a déduit que l'écoulement du temps depuis la clôture de la procédure administrative avait désormais neutralisé le caractère confidentiel des informations.

Le Conseil d'État a rappelé que, selon une jurisprudence établie, "la primauté des droits de la défense sur les exigences de sauvegarde de la confidentialité n'est pas absolue" (Conseil d'État, 20 mai 2014, n° 2555). Il ne suffit pas d'invoquer de manière générale les exigences de la défense pour accéder au dossier de l'autorité de concurrence, la partie intéressée devant apporter une preuve "spécifique", "concrète" de la nécessité d'accéder au dossier au soutien de sa stratégie défensive. Pour le juge administratif, "l'évocation de facteurs, pour chaque document objet de la demande d'accès, qui peuvent faire présumer la cessation des exigences de confidentialité ne permet pas de satisfaire l'exigence posée par l'article 13 du décret de 1998". Les limitations posées par ce texte sont donc de nature à peser sur les demandes d'accès au dossier consécutives à la clôture de la procédure. A défaut de "lien spécifique" avec les finalités défensives poursuivies par la partie au procès civil, l'accès au dossier ne sera pas consenti.

Le juge garde un rôle central pour accéder au dossier de l'autorité de concurrence

Au final, le seul moyen pour accéder au dossier de l'autorité figure dans le code de procédure civile. En effet, en application de l'article 210, la défenderesse pourra demander au juge d'ordonner la divulgation des documents nécessaires pour l'issue du contentieux. De même, en vertu de l'article 213 du même code, le juge pourra agir d'office, en demandant directement à l'Autorité de concurrence de lui communiquer les documents qu'il estime nécessaires pour régler le différend. Il est intéressant de constater que l'entreprise avait également évoqué la violation de la nouvelle directive européenne du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne. Le Conseil d'État a répondu en rappelant que la possibilité pour une partie de demander au juge civil d'enjoindre à l'Autorité de concurrence de divulguer des preuves qui figurent dans son dossier existe déjà dans le système juridique national. Ici, ce qui est sanctionnée est le fait de

ne pas avoir suffisamment justifié la nécessité d'accéder à des informations confidentielles pour assurer sa propre défense.

Si le juge administratif italien confirme l'interprétation très (trop !) stricte du décret de 1998 alors qu'au niveau européen, "[l]es informations qui ont perdu leur importance commerciale, (...) en raison du temps qui a passé ne peuvent plus être considérées comme confidentielles" (communication relative aux règles d'accès au dossier dans des affaires de concurrence du 22 décembre 2005, point 23), cet arrêt marque aussi, une fois de plus, la méfiance à l'égard des parties à la procédure administrative qui décident de présenter directement une demande d'accès au dossier, sans passer par le juge, en vue d'exercer ses droits dans le cadre d'actions en réparation.

S. P. ■

Public enforcement – Sanction – Principe de proportionnalité : Le Tribunal administratif du Latium estime que la redétermination de la sanction par l'Autorité de la concurrence doit se faire dans le respect du principe de proportionnalité de la sanction et de la Convention européenne des droits de l'homme (TAR Latium, 19 nov. 2014 et 28 janv. 2014, publiés le 25 fév. 2015, affaire du béton prêt à l'emploi)

Par deux arrêts rendus dans l'affaire de l'entente illicite constatée sur le marché du béton prêt à l'emploi, publiés le 25 février 2015, le Tribunal administratif régional du Latium (ci-après "TAR Latium") a considéré illégitime la redétermination de la sanction infligée, en 2013, par l'Autorité garante de la concurrence et du marché (ci-après "AGCM") qui, en 2004, avait sanctionné plusieurs entreprises pour avoir mis en œuvre entre 1999 et 2002 une entente illicite de répartition du marché du béton prêt à l'emploi dans une zone géographique très limitée. Les juridictions de contrôle avaient par la suite annulé partiellement la décision de l'Autorité de concurrence, estimant que la qualification d'entente "très grave" au lieu de "grave" ne devait pas être retenue au regard des effets causés sur le marché. Le Conseil d'État avait par ailleurs réduit la durée de l'entente illicite, estimant que celle-ci avait pris fin en 2000. L'AGCM, par une décision du 22 mai 2013, avait redéterminé l'amende et les intérêts à payer, en appliquant le texte en vigueur avant la réforme de 2001 qui entretemps a modifié les modalités de calcul de la sanction applicable. Deux entreprises ont interjeté appel devant le TAR Latium, invoquant, parmi d'autres, la violation à la fois du principe de rétroactivité de la loi la plus favorable et du principe de proportionnalité de la sanction par rapport à la gravité et la durée effective de l'infraction. Le TAR Latium a accueilli les deux arguments, en procédant directement à la redétermination de la sanction à la lumière des principes dégagés par le droit national qui s'inspire directement des Lignes directrices pour le calcul des amendes de 1998.

La nécessité de respecter l'article 7 de la CEDH

Le juge rappelle qu'en vertu de l'article 6 du TFUE, l'Italie, en tant qu'État membre, a l'obligation de respecter les principes de la Convention européenne des droits de l'homme. En vertu de l'article 7 de la Convention, "Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise". La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé à plusieurs reprises que l'application des garanties figurant dans ce texte ne dépend pas de la qualification attribuée à l'infraction par chaque système juridique. Elle a, en effet, élaboré une notion autonome en matière pénale, liée à des critères substantiels parmi lesquels figurent la nature de la disposition qui a été violée et la gravité de la sanction envisagée. Quant à la nature de la disposition qui a été violée, la jurisprudence européenne considère que celle-ci doit concerner une généralité de personnes et que le principe doit avoir une finalité préventive, répressive et punitive. Quant à la gravité de la sanction, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elle implique la privation de la liberté personnelle, puisqu'il suffit que la personne visée par la sanction subisse des conséquences financières. Si ces deux conditions sont réunies en cas d'infractions administratives, les juridictions judiciaires italiennes ont déjà retenu qu'"il n'y a aucun obstacle à considérer que ces infractions tombent sous le champ d'application de l'article 7 de la CEDH" (Tribunal de Cremona, ordonnance du 11 septembre 2013). La Cour européenne a, en particulier, affirmé que les amendes infligées en matière antitrust, y compris en droit italien, ont une nature quasi pénale au regard de la CEDH (27 septembre 2011, aff. 43509/08, *Menerini Diagnostics c/Italie*). Elle a affirmé également que "l'article 7, § 1 de la Convention ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé. Il consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). S'il interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé" (arrêt du 17 septembre 2009, aff. 126/2005, *Scoppola c/ Italie*). Dès lors, "il est cohérent avec le principe de la prééminence du droit, dont l'article 7 constitue un élément essentiel, de s'attendre à ce que le juge du fond applique à chaque acte punissable la peine que le législateur estime proportionnée. Infliger une peine plus forte pour la seule raison qu'elle était prévue au moment de la commission de l'infraction s'analyserait en une application au détriment de l'accusé des règles régissant la succession des lois pénales dans le temps. Cela équivaldrait en outre à ignorer tout changement législatif favorable à l'accusé intervenu avant le jugement et à continuer à infliger des peines que l'État, et la collectivité qu'il représente, considèrent désormais comme excessives" (Id.). La Cour a réaffirmé par la suite que l'article 7 de la CEDH, d'une part, interdit

l'application rétroactive de la loi pénale la plus défavorable et d'autre part, garantit l'application de la loi la plus douce à l'accusé (arrêt du 24 janvier 2012, aff. *Mihai c/ Roumanie*).

Au cas d'espèce, l'Autorité de concurrence aurait dû tenir compte de ces principes, ce qui aurait dû impliquer l'application du texte en vigueur à l'époque des faits, tout en intégrant l'élément favorable introduit en 2001 qui a effacé le principe d'un niveau minimum d'amende.

La nécessité de respecter le principe de proportionnalité de la sanction

Or, l'AGCM, en se limitant à appliquer le texte applicable avant la réforme, a octroyé une amende qui était pratiquement identique à celle déjà fixée en 2004. En s'appuyant cette fois-ci sur le principe de proportionnalité de la sanction, le juge administratif souligne que ce principe s'oppose à l'application d'une disposition relative à la détermination de la sanction qui, *ex ante*, impose le respect d'un montant minimum de sanction, alors que l'application de cette disposition au cas d'espèce, empêche de déterminer le niveau de la sanction proportionnellement aux faits commis par les entreprises fautives. Par ailleurs, lors du calcul de l'amende, l'AGCM doit tenir compte du fait que la "durée" et la "gravité" de l'infraction constituent des concepts différents qui doivent être pris en considération distinctement. Puisque, au cas d'espèce, la juridiction chargée du contrôle de la décision de l'Autorité de concurrence avait réduit la durée de l'infraction et requalifié celle-ci comme infraction simplement "grave" au lieu de "très grave", cela aurait dû engendrer une réduction importante de l'amende et des intérêts. Le juge administratif a procédé lui-même à la redétermination de la sanction, conformément à la pratique décisionnelle nationale. Il rappelle que cette pratique est d'ailleurs conforme à la pratique décisionnelle européenne et s'insère dans une politique d'harmonisation avec le droit européen de la concurrence, l'article 31 du règlement 1/2003 ayant attribué à la Cour de justice le pouvoir de supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée.

S. P. ■

1.3. Suisse

Public enforcement – Application du droit de la concurrence aux secteurs réglementés : Le Tribunal fédéral suisse confirme l'application de la loi sur les cartels à la vente de certains médicaments sur ordonnance et casse l'arrêt du Tribunal administratif fédéral (TF Suisse, 28 janv. 2015, aff. 2C_75/2014 (Pfizer), 2C_80/2014 (Bayer (Schweiz)) et 2C_79/2014 (Eli Lilly (Suisse)))

Le 28 janvier 2015, le Tribunal fédéral suisse s'est prononcé sur une affaire importante concernant l'application de la loi sur les cartels (ci-après LCart ; RS 251) à certaines pratiques mises en œuvre par Eli Lilly, Pfizer et Bayer lors de la vente de médicaments contre les troubles érectiles (Cialis, Levitra et Viagra) aux pharmacies. Le Tribunal administratif fédéral avait préalablement cassé la décision de la Commission de la concurrence (ci-après Comco) imposant une sanction aux trois entreprises pour pratiques concertées sur les prix de revente des médicaments aux pharmacies (voir pour un résumé P. Këllezli, "Secteurs réglementés : Le Tribunal administratif fédéral suisse considère que la loi sur les cartels ne s'applique pas à certains médicaments sur ordonnance non remboursables (Pfizer, Eli Lilly, Bayer)", mai 2014, Chroniques Jurisprudences européennes et étrangères Revue *Concurrences* n° 2-2014, art. n° 66053, p. 218), en jugeant que la loi sur la concurrence ne s'appliquait pas en l'espèce. Le Tribunal fédéral s'exprimait sur le recours introduit par la Comco et le Département de l'économie qui la représente.

L'arrêt traite de la portée de l'article 3, al. 1 LCart, disposition qui règle le rapport de cette loi avec d'autres prescriptions légales : "*Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment : a. celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ; b. celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux*". Notons également le texte allemand sur lequel se base l'interprétation du Tribunal fédéral (en allemand) : "*soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen*". Les prescriptions qui remplissent les exigences de cette disposition excluent en conséquence l'application de la LCart, d'où l'importance de la clarification de la portée de cette norme qui règle la relation entre la loi sur la concurrence – et donc l'étendue de la compétence de la Comco –, dans les secteurs réglementés.

Depuis l'entrée en vigueur de la LCart en 1996, l'article 3, al. 1 LCart a été interprété restrictivement en laissant un large champ d'intervention à la Comco dans les secteurs réglementés comme l'électricité et les télécommunications. Deux arrêts du Tribunal fédéral ont jugé la LCart applicable à ces deux secteurs (ATF 129 II 497 et 137 II 199), en clarifiant ainsi le fait que l'exclusion de l'article 3,

al. 1 LCart ne saurait s'appliquer à des secteurs entiers de l'économie. Cette interprétation restrictive de l'exception à l'application de la LCart a été confirmée à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral. L'arrêt de 28 janvier 2015 renforce ainsi la position de la Comco : l'exclusion de la concurrence et, partant, de l'application de la LCart ne peut s'appuyer que sur une base légale claire qui autorise ou ordonne une pratique restrictive ; la LCart reste applicable lorsque, et dans la mesure où, les dispositions réservées permettent la concurrence (2C_75/2014, c. 2.2.3).

Le Tribunal fédéral reconnaît la complexité de l'interprétation de l'article 3, al. 1 LCart (2C_75/2014, c. 2.2.7). En tant que disposition définissant le champ d'application de la LCart, elle doit rester claire et simple d'application ; les entreprises ont besoin de sécurité juridique. L'arrêt s'efforce donc de trouver un équilibre entre les notions indéterminées du droit de la concurrence et les règles classiques d'interprétation des lois, afin d'affiner l'analyse de cette problématique.

Le Tribunal fédéral reconnaît que les dispositions réservées sont en général adoptées pour régler une défaillance de marché ou des conséquences nuisibles d'ordre social, il indique cependant qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'existence d'une défaillance de marché dans un cas concret (2C_75/2014, c. 2.2.7). Eu égard à la difficulté de définir les cas de défaillance de marché et la nécessité de prendre en compte les impératifs politiques en plus de l'analyse économique, cette conclusion est très judicieuse. Le champ d'application de la loi sur la concurrence doit rester claire et facilement déterminable pour les justiciables, ceci à moindre coût.

Ayant refusé d'exclure du champ d'application de la LCart des secteurs entiers de l'économie, le Tribunal fédéral s'est penché sur la portée de cette exclusion, qui devrait faire référence à "un marché" ainsi qu'à "des biens et services exclus de la concurrence". Il faudrait déterminer si un marché de biens et services est réglementé par d'autres dispositions légales qui excluent la concurrence, et examiner en particulier si les biens et services soumis à l'examen tombent dans le champ de ces dispositions légales (2C_75/2014, c. 2.4.2). Il en résulte que les dispositions légales réservées ne peuvent concerner que des biens et services déterminés et ne peuvent couvrir des activités définies largement ou des marchés de biens et services voisins ou connexes.

Cependant, identifier si les biens ou services sont clairement couverts par une disposition réservée excluant la concurrence n'implique pas pour autant de définir formellement un marché pertinent comme on l'entend en droit de la concurrence. Le cas soumis au Tribunal fédéral était particulier en ce que le raisonnement de l'autorité inférieure n'était applicable qu'aux médicaments contre les troubles érectiles, d'où le facteur "honte" qui empêcherait les patients de faire jouer la concurrence entre les pharmacies, ces dernières et les producteurs étant pour le surplus soumis à l'interdiction de la publicité ; ce raisonnement s'applique à un marché pertinent très restreint. Le Tribunal fédéral refuse d'entrer dans cette discussion, en clarifiant qu'il n'est pas nécessaire de définir le

marché pertinent afin d'appliquer l'article 3, al. 1 LCart ; les dispositions réservées identifient le marché de biens ou services de manière générale, il n'y aurait donc pas besoin de plus de précision pour parvenir à trancher sur le conflit de lois (2C_75/2014, c. 3.2). Nous ne pouvons qu'approuver ce raisonnement, qui simplifie la tâche des entreprises lors de l'évaluation du champ d'application de la loi.

Le conflit de normes est résolu en utilisant la distinction entre normes qui règlent un même état de fait du même point de vue d'une part, et normes qui règlent un même état de fait de deux points de vue différents, d'autre part. Seules des normes qui règlent de manière différente le même état de fait du même point de vue s'excluent. En d'autres termes, l'application de la LCart est exclue uniquement en vertu de normes ayant un objet ou impact concurrentiel ; les autres dispositions poursuivant d'autres objectifs ou ayant d'autres effets s'appliquent en parallèle (2C_75/2014, c. 2.4.1). Le Tribunal fédéral examine ensuite la disposition litigieuse en question : "Est illicite la publicité destinée au public pour les médicaments : (a) qui ne peuvent être remis que sur ordonnance" (article 32, al. 2 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, RS 812.21). Selon l'interprétation téléologique et systématique, le Tribunal conclut que la disposition a pour but la protection de la santé et des consommateurs, et non pas d'exclure la concurrence sur le marché des médicaments sur prescription. Cette disposition n'exclut donc pas l'application de la LCart (2C_75/2014, c. 3.3).

Quant au facteur "honte" qui aurait exclu la concurrence entre les pharmacies, le Tribunal fédéral en conclut que, en premier lieu, cet effet doit découler de la norme elle-même, ce qui n'est pas le cas en l'espèce et que, en deuxième lieu, la concurrence existe lorsque les consommateurs ont le choix entre plusieurs produits à des prix et/ou qualité différents. Le fait que la publicité des prix soit inefficace pour différentes raisons, et le fait que la concurrence entre les différents produits soit faible, ne fait pas échec à cette conclusion (2C_75/2014, c. 4.2). Cette donnée doit être prise en compte lors de l'application des dispositions matérielles de la LCart, plus précisément lors de l'examen de la restriction de la concurrence par comparaison avec l'état de la concurrence en l'absence de pratiques restrictives (le "counterfactual").

Ce faisant, cet arrêt pose des principes s'agissant de l'interprétation du champ d'application de la LCart, éliminant ainsi toute interprétation qui ne découlerait pas clairement de la norme litigieuse elle-même. Les notions indéterminées comme la défaillance de marché ou plus déterminables mais potentiellement laborieuses comme le marché pertinent, sont à éviter afin d'offrir de la sécurité juridique aux entreprises. Notons que dans la procédure en question, la clarification de cette question a pris cinq ans. L'affaire étant renvoyée à l'autorité inférieure pour réexamen, les médicaments contre les dysfonctionnements érectiles auront contribué non seulement à clarifier le champ d'application de la LCart, mais vont être l'objet de l'examen d'une autre question plus fondamentale encore : l'existence d'une pratique concertée entre les

fabricants et des milliers de pharmaciens et pharmacies en Suisse qui, à travers une base de données commune de gestion des médicaments, auraient facilité le suivi par ces derniers des recommandations de prix émises par les fabricants. La communauté suisse du droit de la concurrence attend donc avec impatience l'arrêt du Tribunal administratif fédéral sur ces questions.

P. K. ■

2. États-Unis

Private Enforcement – Monopolisation – Ventes liées :
La Cour d'appel du sixième circuit des États-Unis confirme l'injonction contre une entreprise pour ses pratiques de ventes liées potentiellement abusives (*U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, N° 14 – 3306, 15 mars 2015, Collins Inkjet v. Eastman Kodak*)

Peut-on, lorsque l'on est en position dominante sur le marché d'un produit de base, récompenser la fidélité de ses clients et pénaliser les "infidèles", en augmentant le prix dudit produit liant pour pénaliser les clients qui se fournissent auprès de la concurrence pour acheter le produit lié ? La réponse semble positive, si l'on se réfère à la décision rendue le 15 mars 2015 par la Cour d'appel du sixième Circuit. Sans toutefois se prononcer sur le fond de l'affaire, celle-ci a en effet jugé probantes les allégations du plaignant qui invoquait une violation du *Sherman Act* (*Collins Inkjet Corp. v. Eastman Kodak Co.*, U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, n° 14 – 3306, 15 mars 2015). Le plaignant avait saisi le juge en urgence pour obtenir une injonction provisoire visant à interdire au défendeur de continuer ses pratiques. L'injonction est donc maintenue.

Aux États-Unis, la société Kodak est la seule à vendre des têtes d'impression pour l'imprimante de la marque Versamark. Cette dernière est fabriquée par Kodak et demeure un produit phare pour de nombreuses entreprises américaines. Bien qu'elle ait cessé d'être fabriquée par Kodak en 2009, et remplacée par une nouvelle imprimante de la gamme Prosper, l'imprimante Versamark est encore utilisée par de nombreuses sociétés pour leurs impressions industrielles à grande échelle. Il faut dire qu'une imprimante Versamark peut atteindre le prix de 200 000 dollars. Ceci explique que les entreprises possédant une Versamark préfèrent remplacer les pièces défectueuses plutôt que de changer entièrement leur imprimante. Kodak approvisionne donc régulièrement ces clients en pièces détachées de la gamme Versamark.

Jusqu'en 2011, Kodak collaborait avec l'entreprise Collins pour fabriquer les cartouches d'encre nécessaire au fonctionnement des imprimantes Versamark. Mais en 2012, Kodak a cessé sa collaboration avec Collins et a annoncé que cette dernière entreprise n'était plus un revendeur d'encre affilié. Malgré cela, Collins a continué à vendre des cartouches d'encre compatibles avec les

imprimantes Versamark, sous sa propre marque. En juillet 2013, Kodak a élaboré une nouvelle politique de prix consistant à augmenter le prix des têtes d'impression Versamark, mais uniquement lorsque les acheteurs se procuraient des cartouches d'encre d'une autre marque que celle fabriquée et vendue par Kodak. Concrètement, les clients renvoyant à Kodak les têtes d'impression de leurs imprimantes Versamark se voyaient facturer plus cher le prix des nouvelles têtes de remplacement lorsqu'ils n'étaient pas identifiés comme étant des clients de cartouches Kodak. À l'inverse, les clients qui étaient identifiés sur les fichiers informatiques comme étant des acheteurs d'encre Kodak bénéficiaient de prix réduits. Au final, la différence de prix entre un acheteur de cartouche Kodak et un acheteur de cartouche d'un concurrent se répercutait sur le prix des têtes d'impression Versamark et pouvait approcher les 30 %. En d'autres termes, la stratégie de Kodak avait pour résultat d'accroître sensiblement les prix des possesseurs d'une Versamark qui s'approvisionnaient ailleurs que chez Kodak pour se fournir en encre.

Touché de plein fouet par cette politique, l'entreprise Collins décida de porter plainte devant les juridictions fédérales, estimant que ce comportement était constitutif de ventes liées interdites par le *Sherman Act*. En première instance, lors de la phase préliminaire du procès, le Tribunal fédéral du District sud de l'Ohio a jugé plausible les allégations de l'entreprise Collins, précisant notamment que le "*fabricant avait montré une forte probabilité d'établir que la politique de prix de son concurrent était coercitive*" et que ce dernier "*avait une pouvoir de marché suffisant pour maintenir une pratique de ventes liées*". Kodak fit appel, contestant ces deux points. Le 16 mars 2015, la Cour d'appel du sixième Circuit a rejeté l'appel de Kodak et a donc largement ouvert la voie de l'entreprise Collins pour la suite de la procédure.

Ironie de l'affaire, ce n'est pas la première fois que l'entreprise Kodak a maille à partir avec la justice fédérale pour des pratiques de ventes liées. On se souvient de l'affaire éponyme, tranchée par la Cour suprême en 1992 (*Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs.*, 504 U.S. 451, 462, 112 S.Ct. 2072, 119 L.Ed.2d 265, 1992). C'est donc assez logiquement que la Cour d'appel procède d'abord à un petit retour en arrière et commence par rappeler la raison d'être guidant sa jurisprudence en matière de vente liée. Forcée par la Cour suprême, notamment dans l'arrêt *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde*, la "*tying doctrine*" a pour objectif d'interdire au détenteur d'un pouvoir de monopole d'étendre celui-ci sur des marchés connexes, *via* un effet de levier. Elle nécessite la présence d'un pouvoir de marché suffisant et, bien sûr, l'existence de pratiques de contrats liés pouvant avoir un réel impact sur le marché.

La question du pouvoir de marché

Une pratique de ventes liées prohibées existe précisément lorsque l'entreprise détentrice du pouvoir de marché accepte de vendre le produit "clef" à la seule condition que l'acheteur achète un produit différent ou lié ou, à l'inverse, s'il s'engage à ne pas acheter un tel produit lié (466

U.S. 2, 11–12, 104 S.Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2, 1984). Selon la Cour suprême, la pratique sera anticoncurrentielle si le vendeur dispose "d'un pouvoir de marché appréciable" sur le marché principal, permettant ainsi d'affecter sensiblement les volumes du produit lié.

C'est la raison pour laquelle la Cour d'appel s'attache à vérifier les allégations de Collins concernant le pouvoir de marché de Kodak. Car, sans un "*pouvoir de marché substantiel sur le marché des têtes d'impression de rechange, Kodak serait dans l'impossibilité de menacer via une hausse de prix les consommateurs de se reporter vers ses propres cartouches*", indique la Cour. Or, selon elle, il existe une forte probabilité de succès pour Collins pour démontrer l'existence d'un tel pouvoir de marché sur le secteur des têtes d'impression, susceptible d'affecter le second marché des cartouches d'encre. En effet, il ressort des pièces du dossier, et Kodak l'a concédé elle-même, que la défenderesse détient 100 % des parts du marché des têtes d'impression Versamark. Pour la Cour, et malgré les arguments soulevés par Kodak, il y a bien effet de "capture" qui oblige les consommateurs de Versamark à subir les politiques de prix décidées par l'entreprise dominante.

Les pratiques tarifaires concernant les produits liés

La Cour d'appel du sixième Circuit examine ensuite les allégations concernant la pratique de Kodak concernant les produits liés. Elle rappelle que la pratique des ventes liées n'est pas illégale en tant que telle. En général, la possibilité pour le défendeur d'imposer une menace qui crée le "forçage" dépend du fait de savoir si l'acheteur est capable ou non de se retourner vers un autre produit. Ici, les acheteurs ont la possibilité de se tourner vers d'autres sources d'approvisionnement. Il faut donc aller plus en avant dans l'analyse pour déterminer si la pratique pose des difficultés du point de vue du droit de la concurrence et, en particulier, il faut examiner plus en détail la question des prix. Dans le cas précis, proposer des réductions n'est pas en soi interdit, à moins que le différentiel de prix soit l'équivalent économique de la vente du produit lié en dessous des coûts du défendeur. En effet, en se fondant sur la jurisprudence *Brooke Group*, la Cour résume ainsi les choses : "*une réduction de prix sur le produit lié équivaut à une concurrence déloyale seulement si le défendeur vend en dessous de ses coûts*" (*Brooke Grp. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed.2d 168, 1993).

La règle posée semble claire. Pourtant les standards d'analyse des réductions de prix varient en fonction des Circuits. En première instance, même si la solution est confirmée, le Tribunal s'était d'ailleurs référé à un mauvais standard, selon les juges d'appel. Puis, la Cour insiste sur l'importance, pour mener à bien l'analyse, de se fonder sur les coûts du défendeur et non sur les coûts du plaignant. En effet, selon elle, se baser sur les coûts du plaignants ou sur celui du "concurrent le plus efficace" comme cela est proposé par certains tests, risquerait d'établir un standard peu clair. Celui-ci pourrait alors permettre la survenance de comportements anticoncurrentiels. En fixant ses prix,

une entreprise doit pouvoir avoir à l'esprit des lignes directrices claires : chaque entreprise connaît ses propres coûts, mais pas ceux de ses concurrents (v. en ce sens *Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns*, 555 U.S. 438, 453, 129 S.Ct. 1109, 172 L.Ed.2d 836, 2009). Par ailleurs, les coûts à prendre en considération sont les coûts incrémentaux.

Ces précisions étant apportées, et l'application du standard adéquat étant dégagé, la Cour d'appel valide à nouveau la thèse du plaignant. La juridiction note que, à partir du dossier, tout semble indiquer que Kodak pratiquait des prix très faibles et que l'entreprise vendait en dessous de ses coûts incrémentaux. Dès lors, il existe une très forte probabilité que Collins arrive à démontrer ce que sa plainte suggère à propos de la politique de prix de Kodak. La société Kodak est donc une nouvelle fois déboutée et l'injonction qui avait été sollicitée par le plaignant est maintenue. L'examen sur le fond suivra, mais la voie semble désormais dégagée pour Collins.

Plus généralement, l'affaire illustre parfaitement la rigueur des standards employés dans les affaires de produits liés. Les règles fixées correspondent à une certaine idée que la doctrine dominante se fait de ces pratiques : elles ne sont pas en tant que telles prohibées et ne doivent pas pouvoir être interdites dès qu'un concurrent y est confronté. Le plaignant n'est cependant pas placé dans une situation où il lui serait impossible d'avoir gain de cause. En matière d'offre de réductions sur des produits couplés, ne retenir que les pratiques qui reviennent à vendre, pour le défendeur, des produits en dessous de ses coûts, semble être un standard raisonnable. Certains avaient pu discuter la rigueur du test. L'affaire commentée, dans laquelle l'entreprise plaignante est parvenue à convaincre les juges, montre que les demandeurs ont, malgré tout, une certaine marge d'action pour voir prospérer leurs actions.

J.-C. R. ■

3. Canada

Fusion – Exception d'efficacité – Preuve qualitative et quantitative : La Cour suprême du Canada énonce que l'exception d'efficacité est applicable à une fusion, même si la quantité des gains est négligeable comparativement à l'absence de preuve quantitative des effets anticoncurrentiels (*CS Canada*, 22 janv. 2015, *Tervita c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3)

Après être restée plus d'une décennie sans se prononcer sur une affaire mettant en cause les dispositions de la Loi sur la concurrence relatives aux fusions entre entreprises, la Cour suprême du Canada vient de résorber ce silence en rendant un arrêt le 22 janvier 2015. Cet arrêt, fort attendu, est important à plusieurs titres. En effet, outre le *momentum* qui coïncide avec le premier quinquennat

postérieur aux réformes législatives majeures de 2009, le plus haut tribunal du pays tente de dresser des balises sur des aspects cruciaux relatifs au droit matériel des fusions : d'une part, la manière d'apprécier le critère d'empêchement de la concurrence prévu à l'article 92 L.c et d'autre part, l'exception d'efficacité prévue à l'article 96 L.c. En effet, si la Cour suprême a confirmé les conclusions des premiers juges (Tribunal de la concurrence et Cour d'appel fédérale – CAF) quant au critère pertinent pour apprécier l'effet d'empêchement de la concurrence, elle a, par contre, accueilli le pourvoi et invalidé les conclusions de la CAF relatives à la défense fondée sur les gains en efficacité.

Contexte factuel : Un marché oligopolistique de traitement des déchets pétroliers et gaziers dans le Nord-est de la Colombie-Britannique

L'entreprise Tervita (ci-après "Tervita" et anciennement dénommée CCS Corporation) a acquis le 7 janvier 2001 son seul concurrent potentiel, l'entreprise Complete Environmental (ci-après "Complete"), propriétaire de la décharge de Babkirk exploitée par sa filiale Babkirk Land Services (ci-après "BLS") dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. En effet, seuls quatre permis d'exploitation des sites d'enfouissement sécuritaire des déchets dangereux produits par des exploitations pétrolières et gazières ont été délivrés dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. Tervita est titulaire de deux de ces permis et exploite deux sites d'enfouissement conformément à ces permis. Un troisième permis est détenu par une collectivité autochtone, mais les installations n'ont pas encore été construites. Le quatrième permis est détenu par Babkirk, une filiale en propriété exclusive de Complete Environmental.

Tervita est une entreprise de traitement des déchets consécutifs à l'exploitation pétrolière et gazière des sables bitumineux et elle exploite les deux seuls sites d'enfouissement sécurisés (décharges) dans cette région : les sites de Silverberry et de Northern Rockies. Complete et sa filiale BLS exploitent le site non sécurisé de Babkirk situé à environ 90 minutes, par transport routier, de Silverberry. BLS gère sa décharge avec un permis émis par le Ministère de l'environnement de la Colombie-Britannique. BLS a obtenu un permis qui l'autorisait à aménager un nouveau site d'enfouissement sécuritaire dans le nord-est de la Colombie-Britannique. Au moment du projet d'acquisition, Babkirk avait planifié d'exploiter un site de biorestauration sur les lieux alloués, plutôt qu'un site d'enfouissement de déchets dangereux.

Contexte processuel

C'est dans ce contexte d'acquisition par Tervita d'un concurrent potentiel, prêt à entrer sur le marché des sites sécurisés, selon un temps à déterminer que le Commissaire de la concurrence (le Commissaire) décida de contester cette transaction devant le Tribunal de la concurrence (le Tribunal), le 26 janvier 2011, au motif principal que l'opération aurait pour effet d'empêcher

sensiblement la concurrence sur le fondement de l'article 92 L.c. Le commissaire a soutenu qu'en l'absence de fusion, BLS aurait probablement pénétré le marché desservi par Tervita. Ainsi les sociétés pétrolières et gazières du nord-est de la Colombie-Britannique qui doivent déposer des déchets dangereux dans un site d'enfouissement sécuritaire auraient profité de l'émulation découlant de l'entrée de BLS sur le marché.

Le 29 mai 2012, le Tribunal a donné gain de cause au Commissaire en ordonnant à CCS Corporation (Tervita) de se départir de la décharge de Babkirk. Selon le Tribunal, la fusion aurait pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence au sens de l'article 92 L.c. et les gains en efficacité allégués par les parties sont très minimes pour rencontrer les exigences de l'exception d'efficacité prévue par l'article 96 L.c. La CAF a confirmé, le 12 février 2013, les conclusions du Tribunal relativement à l'horizon et à la perspective temporels requis pour appliquer le critère d'empêchement sensible de la concurrence de l'article 92 L.c., tout en indiquant que, pour appliquer l'exception d'efficacité de l'article 96 L.c., une méthodologie objective est préférable à une approche subjective (K. Diawara, "La Cour d'appel fédérale du Canada se prononce sur l'horizon temporel adéquat pour apprécier l'effet d'empêchement d'une concentration (Tervita)", *Revue Concurrences* n° 3-2013, Art. n° 54217, p. 184)

L'entreprise Tervita a alors introduit un pourvoi devant la Cour suprême en reprochant à la CAF d'avoir confirmé l'analyse du Tribunal qui avait pris en compte, selon elle, un horizon temporel très étendu qui va au-delà du moment de la fusion au titre de l'appréciation de l'effet d'empêchement de la concurrence. D'après Tervita, même en matière de fusion, les conclusions du Tribunal devraient être fondées uniquement sur les actifs et les plans des parties *au moment* de la fusion. L'appelante a aussi soutenu, en ce qui concerne l'application de l'exception d'efficacité, que la CAF a commis une erreur de droit en concluant que les gains en efficacité découlant de la fusion étaient "minimes au point d'être négligeables" et ne pouvaient raisonnablement avoir été pris en compte pour neutraliser les effets anticoncurrentiels.

La Cour suprême a conclu, à l'instar du Tribunal et de la CAF que la fusion aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher la concurrence sur le fondement de l'article 92 L.c. Toutefois, elle a accueilli le pourvoi en statuant que la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'article 96 est applicable, en l'espèce. C'est autour de ces deux éléments, avec une emphase sur le dernier, que porteront nos commentaires.

Le volet "empêchement" de la concurrence de l'article 92 L.c.

Pour rappel, le paragraphe 92(1) L.c. dispose que le Tribunal peut rendre une ordonnance, lorsqu'il conclut qu'une fusion "empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet". Un empêchement ou une diminution sensible de la concurrence se mesure, dans ce cadre, à l'aune de la

capacité de l'entité fusionnée d'exercer, unilatéralement ou en coordination avec d'autres entreprises, un plus grand pouvoir de marché. La Cour suprême a confirmé l'analyse du Tribunal et de la CAF selon laquelle la norme pragmatique de l'absence hypothétique (*but for test*) est appropriée pour mesurer un tel effet d'empêchement de la concurrence.

L'effet restrictif de concurrence d'une fusion peut alors revêtir deux aspects : soit l'empêchement, soit la diminution de la concurrence. Si la jurisprudence a traité jusque-là des cas mettant en cause une fusion diminuant sensiblement la concurrence, cette affaire est la première fusion qui concerne le critère de l'effet d'empêchement sensible de la concurrence. En effet, une nuance peut exister entre ces deux aspects du paragraphe 92(1) L.c. L'interprétation de la notion de diminution sensible de la concurrence semble poser moins de difficultés, puisqu'elle renvoie au sens commun d'une entrave de la concurrence *existante ou réelle*. En revanche la notion d'empêchement sensible de la concurrence s'apprécie de manière plus prospective en référence à la concurrence *potentielle ou éventuelle* qui est, de ce fait, amoindrie. La concurrence est ainsi empêchée lorsque la fusion a pour effet d'entraver *l'accroissement de la concurrence* : l'opération prévient l'émulation qui, à défaut, allait se développer. L'affaire en cause concerne la question de savoir si la fusion entre Tervita et Complete empêche sensiblement la concurrence.

En s'appuyant sur cette distinction, la Cour suprême confirme très clairement que l'examen du critère d'empêchement sensible de la concurrence se fait nécessairement de manière prospective en tenant compte non seulement de la concurrence potentielle qui a lieu au moment de la fusion mais aussi de celle qui surviendra après la fusion selon une période *raisonnable*. Si l'affirmation selon laquelle le cadre temporel d'analyse d'une fusion est fondamentalement prospectif n'est pas nouvelle, toute la question réside cependant dans la détermination de la limite de cet horizon futur. En d'autres termes, quelle est la période de référence pertinente pour analyser une fusion mettant en cause l'acquisition d'un concurrent potentiel, qui n'est pas encore entré sur le marché, mais qui s'y apprête (*poised entry*), comme c'est le cas, en l'espèce.

La Cour suprême aborde les similarités entre une analyse visant à déterminer si la concurrence est vraisemblablement "diminuée" ou "empêchée", étant donné qu'il s'agit de la première fois que la Cour examine si un fusionnement "empêche" la concurrence. Elle vient préciser que le fond du test reste le même : "quel que soit le volet, il s'agit de déterminer si l'entité fusionnée sera vraisemblablement en mesure d'exercer une puissance commerciale beaucoup plus importante qu'en l'absence de fusionnement" (para. 55). Toutefois, la différence tient au fait que dans le cas de l'empêchement, la question est celle de savoir si l'entité fusionnée conservera sa puissance commerciale qui autrement s'éroderait sans le fusionnement (para. 55).

Du point de vue pratique, la Cour statue que pour effectuer l'analyse prospective fondée sur l'absence hypothétique, il faut déterminer : le concurrent éventuel (i), la probabilité qu'il entre dans le marché en l'absence du fusionnement (ii) et la probabilité qu'il y ait un effet sensible sur la concurrence (iii) (para. 60). Abordant chaque étape, la Cour vient d'abord préciser que c'est première qui consiste à déterminer le concurrent éventuel. Ce dernier est habituellement une partie au fusionnement : l'entreprise acquise ou l'entreprise acquérant.

Ensuite, la deuxième étape consiste à examiner l'état du marché pour voir si, en l'absence de la fusion, le concurrent éventuel serait vraisemblablement entré dans le marché. Dans ce cadre, le Tribunal doit prendre en considération tous les éléments qui, selon sa discrétion, sont susceptibles d'influer sur la concurrence potentielle et à l'égard desquels une preuve a été produite (notamment ceux de l'article 93 L.c.) (para. 67). De plus, le délai d'entrée sur le marché doit être discernable : *“le délai de pénétration d'un marché découlant des obstacles à cette pénétration (“délai de pénétration”) s'entend de la période qu'un nouveau concurrent aux prises avec certains obstacles et qui agit avec diligence pour les surmonter pourrait voir s'écouler lorsqu'il tente de pénétrer le marché”* (para. 71). S'il ne faut pas nécessairement une “date précise”, il doit cependant y avoir une preuve du moment où la partie à la fusion aurait, de façon réaliste, pénétré le marché en l'absence de la fusion.

Finalement, la troisième étape consiste à déterminer si l'entrée éventuelle du concurrent aurait eu un effet sensible sur le marché. Pour déterminer s'il y aurait un effet sensible, il faut nécessairement examiner diverses dimensions de la concurrence, dont le prix et les extrants. Il faut également mesurer l'ampleur et la durée de tout effet qu'elle aurait sur le marché (para. 78 et 79).

Sur cet aspect important de l'arrêt, la Cour suprême confirme les conclusions du Tribunal et de la CAF aux termes desquelles l'horizon du printemps 2013 a été retenu comme période raisonnable pour apprécier la concurrence potentielle. En effet, selon la CAF, la période raisonnable dans laquelle s'inscrit l'analyse prospective est déterminée en considération de la dynamique et des caractéristiques du marché en cause. Cela relève du cas par cas et cette période peut ne pas être déterminée de manière précise. Or en l'espèce, le Tribunal a considéré l'évolution future du marché de la transformation sécurisée des déchets pour arriver à la conclusion que l'entreprise-cible aurait été un concurrent réel de l'acquéreur au printemps 2013. Au surplus, l'entreprise-cible aurait pu facilement trouver un acheteur pour le site si elle avait décidé de ne pas l'exploiter elle-même, car le site d'enfouissement sécurisé présentait des attraits liés à la forte demande et l'obtention du permis d'exploitation qui levait une barrière réglementaire importante. Donc la fusion empêcherait sensiblement la concurrence au sens de l'article 92 L.c.

L'exception d'efficacité

Comme dans la plupart des cas, une fusion présente un bilan ambivalent lorsqu'elle produit des effets anticoncurrentiels, tout en générant des gains d'efficacité économique, l'article 96 L.c., caractéristique essentielle du régime canadien de régulation des fusions, prévoit l'exception d'efficacité en vertu de laquelle sont autorisées les transactions au sein desquelles les gains en efficacité surpassent et neutralisent leurs effets anticoncurrentiels. Pour rappel, et sur le plan de la preuve, il appartient au Commissaire de prouver l'étendue des effets anticoncurrentiels, alors que l'entreprise qui se prévaut d'un tel moyen de défense doit établir l'ampleur des gains en efficacité allégués. En dernier lieu, les gains en efficacité doivent être comparés aux effets anticoncurrentiels selon une norme déterminée. Malgré l'admission d'éléments de nature quantitative et qualitative, ceux-ci doivent cependant être établis à suffisance pour être considérés.

Catégorisation : Exclusion des gains consécutifs à l'application de la L.c.

Pour qu'une partie bénéficie de la défense prévue à l'article 96, le Tribunal doit être convaincu que le fusionnement, réalisé ou proposé, a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité et il doit également conclure que les gains en efficacité ne seraient vraisemblablement pas réalisés s'il rendait l'ordonnance prévue à l'article 92. En outre, le paragraphe 96(3) interdit au Tribunal, nonobstant la primauté accordée à l'efficacité économique à cet article, de considérer la *“redistribution de revenu entre plusieurs personnes”* comme un gain en efficacité neutralisant. Selon la Cour, cette limite démontre que le législateur ne souhaite pas que tous les gains en efficacité, quelle qu'en soit la source, soient pris en considération pour l'application de l'article 96.

Quant aux gains d'efficacité admissibles, la Cour en mentionne 3 : l'efficacité de la production, l'innovation ou l'efficacité dynamique, l'efficacité de la répartition des ressources. Elle exclut les gains d'efficacité liés à l'exécution de l'ordonnance, car ils n'émanent pas de la fusion, mais du délai lié à l'exécution de l'ordonnance : *“il y a lieu de distinguer entre les gains en efficacité qu'une partie au fusionnement prétend être en mesure de réaliser plus rapidement qu'en l'absence du fusionnement (ce que l'on pourrait appeler les gains en efficacité “du premier arrivé”) et les gains en efficacité qu'une partie au fusionnement pourrait réaliser plus tôt qu'un concurrent pour la seule raison que ce dernier devrait attendre la fin de la procédure de dessaisissement”* (para. 107).

Dans cette perspective, les gains en efficacité liés au transport et à l'expansion du marché découlent non pas du fusionnement même, mais du délai d'exécution de l'ordonnance de dessaisissement. Dès lors les gains en efficacité qui résultent de l'application de la Loi ne peuvent être pris en compte au titre de l'article 96.

La mise en balance : Les gains surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels

Selon la Cour, le test exigé par l'article 96 requiert du Commissaire de quantifier tous les effets anticoncurrentiels. Les effets qui peuvent être quantifiés devraient l'être, ou à tout le moins être estimés. Une omission à cet égard est une omission de droit, de sorte que les effets anticoncurrentiels quantifiables doivent alors être jugés nuls (sur ce point, l'opinion dissidente de la juge Karakatsanis est intéressante).

Ensuite, le tribunal fait une analyse comparative des effets anticoncurrentiels et des gains en efficience afin de déterminer si les gains en efficience “surpasseront” et “neutraliseront” les effets anticoncurrentiels. Selon la Cour, on peut concevoir la pondération qu'exige l'article 96 comme une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, il faut comparer les gains en efficience quantitatifs du fusionnement à ses effets anticoncurrentiels quantitatifs (volet du surpassement). Si les effets anticoncurrentiels quantitatifs dépassent les gains en efficience quantitatifs, l'analyse prend alors fin dans la plupart des cas, et la défense ne s'appliquera pas. Dans un deuxième temps, il faut mettre en balance les gains en efficience qualitatifs et les effets anticoncurrentiels qualitatifs et décider en dernière analyse si le total des gains en efficience neutralise le total des effets anticoncurrentiels du fusionnement en cause (volet de la neutralisation).

La Cour suprême confirme les conclusions de la CAF selon lesquelles l'analyse globale “doit être aussi objective que possible et, lorsqu'il est impossible de faire une appréciation objective, cette appréciation se doit d'être raisonnable (para. 146). Ainsi, dans la plupart des cas, les aspects qualitatifs joueront un rôle moins important (sur ce point aussi, l'opinion dissidente de la juge Karakatsanis est intéressante).

Ensuite, à la phase cruciale de l'analyse qui conduit à l'accueil du pourvoi, la Cour ajoute qu'il ne faudrait pas exiger *un seuil* des gains en efficience : même en présence de gains négligeables, comme en l'espèce, l'article 96 est applicable, si aucun effet anticoncurrentiel n'est établi et quantifié (para. 151). Le libellé de la loi ne permet pas

d'exiger un tel seuil. La Cour d'appel fédérale a donc commis une erreur en statuant qu'un fusionnement anticoncurrentiel ne saurait être approuvé sous le régime de l'article 96 si seuls des gains négligeables ou insignifiants en découlent.

En dernier lieu, la Cour ajoute que la Cour d'appel fédérale ne pouvait conclure qu'un “monopole préexistant comme celui dont il s'agit en l'espèce aura habituellement pour effet d'amplifier les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement” (para. 157). Si aucune preuve d'effet anticoncurrentiel n'a été présentée par le commissaire, l'existence d'un monopole ne peut venir amplifier des effets qui n'ont pas été prouvés. De plus, ce n'est pas l'existence du monopole qui doit être prise en compte, mais ses effets (para. 158).

En appliquant ces deux étapes du test aux faits, la Cour conclut que le commissaire ne s'est pas acquitté de son fardeau au terme de l'article 96. En effet, l'autorité administrative n'a pas quantifié les effets anticoncurrentiels et, partant, elle ne s'est pas acquittée du fardeau que lui impose l'article 96. En l'espèce, sans données précises sur l'élasticité par rapport au prix, la fourchette possible de la perte sèche résultant du fusionnement est inconnue (para. 139). Permettre au Tribunal de tenir compte de la baisse des prix invoquée sans les autres données sur la perte sèche fait intervenir une trop grande subjectivité dans l'analyse. Par conséquent, les effets anticoncurrentiels quantifiables doivent alors être jugés nuls.

De son côté, l'appelante a réussi à prouver l'existence de gains en efficience quantifiables “liés à la baisse des coûts indirects” découlant de l'obtention par Babkirk de l'accès aux fonctions administratives et opérationnelles de Tervita. En l'espèce, ces gains établis ont satisfait à la condition de surpassement et de neutralisation. Étant donné que la commissaire n'a pas prouvé l'existence d'effets anticoncurrentiels, qu'ils soient quantifiables ou qualitatifs, la défense fondée sur les gains en efficience s'applique, et la conclusion contraire de la Cour d'appel fédérale était incorrecte (para. 165).

K. D. ■

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

Editoriaux

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,
Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan,
John Fingleton, François Hollande,
Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Ségolène Royal,
Nicolas Sarkozy, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Dossier

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, Wouter Wils...

Pratiques

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

International

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

Droit & 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

Martine Behar-Touchais
Ludovic Bernardeau
Michel Debroux

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Muriel Chagny, Valérie Durand,
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa,
Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

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

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Olivier Billard,
Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson,
Jacques Gunther, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne
Bruno Stromsky
Raphael Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

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

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

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

POLITIQUE INTERNATIONALE

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

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant,
Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

Livres

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

> Revue Concurrences | Journal Concurrences

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	490,00 €	588,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	512,00 €	614,40 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	766,00 €	919,20 €

> e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	678,00 €	813,60 €
--	----------	----------

> Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions | Journal Concurrences + e-Bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Journal (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	876,00 €	1051,20 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Journal (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	986,00 €	1183,20 €

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

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

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

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

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

Conditions générales (extrait) | Subscription information

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

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

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