



Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW JOURNAL

Jurisprudences européennes et étrangères

Chroniques | Concurrences N° 1-2015 | pp. 225-234

Florian Bien

florian.bien@uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Würzburg, Allemagne

Jean-Christophe Roda

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Maître de Conférences, Aix-Marseille Université

Silvia Pietrini

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

Maître de conférences, Université de Lille

Jurisprudences européennes et étrangères

Florian Bien*

florian.bien@uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Würzburg, Allemagne

Jean-Christophe Roda

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Maître de Conférences, Aix-Marseille Université

Silvia Pietrini

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

Maître de conférences, Université de Lille

1. UE

1.1 Allemagne

225 La Cour d'appel de Düsseldorf déclare inadmissible le recours en annulation introduit par un tiers contre la décision de validation des engagements du Bundeskartellamt (CA Düsseldorf, 1. Kartellsenat, 17 sept. 2014, VI Kart1/213 (V))

1.2 Italie

227 Le Conseil d'État italien confirme l'analyse factuelle de l'Autorité de concurrence mais lui demande de déterminer à nouveau le montant des sanctions infligées dans le cartel des cosmétiques (CE It., section VI, 24 octobre 2014, n° 5274)

229 Le Tribunal administratif régional du Latium confirme la sanction infligée par l'Autorité de concurrence à deux laboratoires pharmaceutiques pour la mise en œuvre d'une entente illicite dans le secteur des traitements ophtalmologiques (TAR Latium, 5 novembre 2014, publié le 2 décembre 2014, n° 06122/2014, n° 06123/2014, n° 06125/2014, n° 06127)

2. États-Unis

230 Le Tribunal fédéral du District Nord de l'Illinois considère qu'une ligne de robe de mariée élaborée par le fournisseur ne peut constituer un marché pertinent dans le cadre d'un accord de distribution vertical (Tribunal fédéral, N. D. Ill., 4 déc. 2014, House of Brides, v. Alfred Angelo, Case No. 1:11-cv-07834)

232 Le Tribunal du District de Washington refuse d'écarter les poursuites émanant d'actionnaires contre les dirigeants de leur société pour avoir violé leurs devoirs à la suite de la violation d'un engagement conclu avec la Commission européenne en matière antitrust (Tribunal du WD Washington, 10 déc. 2014, Kim Barovic et al. v. Steven A. Ballmer, N° C14-0540-JCC)

1. Jurisprudences européennes

1.1 Allemagne

Validation des engagements – Recours en annulation introduit par un tiers : La Cour d'appel de Düsseldorf déclare inadmissible le recours en annulation introduit par un tiers contre la décision de validation des engagements du Bundeskartellamt (CA Düsseldorf, 1. Kartellsenat, 17 sept. 2014, VI Kart1/213 (V))

Les décisions de l'autorité de concurrence ne visent pas seulement la situation économique des destinataires respectifs. Elles affectent souvent des tiers dans leurs intérêts juridiquement protégés. L'exemple le plus clair émane du contrôle des opérations de concentration. En effet, si l'agrément de ces opérations par l'autorité de concurrence constitue un événement heureux pour les entreprises concernées, il n'est pas toujours bien accueilli par certains tiers tels que les clients ou les concurrents des parties à la fusion qui craignent un éventuel affaiblissement de leur position concurrentielle. Aussi tentent-ils souvent de faire valoir leurs droits au cours de la procédure devant l'autorité de concurrence. En cas d'échec, ils n'hésitent pas à attaquer la décision d'autorisation de la fusion devant le tribunal compétent.

C'est dans l'affaire *Alrosa* (TPI 11.07.2007, T-170/06; CJUE 29.06.2010, C-441/07 P) que pour la première fois un tiers – la société Alrosa – a attaqué en justice la décision prise par la Commission de rendre l'engagement d'une entreprise obligatoire en vertu de l'article 9 du règlement n° 1/2003. Le litige devant les juridictions de l'Union européenne portait d'une part sur les droits d'Alrosa dans la procédure devant la Commission, notamment sur son droit de consultation des actes de procédure, ses droits à la défense et surtout son droit d'être entendu. D'autre part, les juges devaient se prononcer sur les cas dans lesquels une décision de validation des engagements prise en vertu de l'article 9 du règlement n° 1/2003 serait illégale et devrait par conséquent être annulée. L'affaire décidée par la Cour d'appel de Düsseldorf par l'arrêt, qui fait l'objet de ce commentaire, ressemble beaucoup à l'affaire *Alrosa*. En effet, il est également question ici d'une action en justice intentée par un tiers contre une décision de validation des engagements. Toutefois les questions principales abordées par le Tribunal et la Cour de justice de l'Union européenne, à savoir la question des droits de procédure reconnus à un tiers dans le cadre d'une procédure aboutissant à une décision en vertu de l'article 9 du règlement n° 1/2003 et celle du critère matériel pour le contrôle juridictionnel d'une telle décision, n'ont joué aucun rôle dans la procédure devant la Cour d'appel de Düsseldorf. Faisant un pas en arrière, cette dernière a plutôt préféré examiner d'abord en détail la question de la recevabilité d'un tel recours en annulation introduit par un tiers avant de le déclarer inadmissible.

La question des conditions matérielles de recevabilité d'un recours en annulation introduit par un tiers contre une décision de validation des engagements

Le paragraphe 63, alinéas 2 et 3 de la loi contre les restrictions de la concurrence (GWB) accorde certes la possibilité aux tiers affectés par une décision de l'autorité de concurrence de l'attaquer en justice. La loi limite cependant le cercle des personnes ayant la qualité pour agir en justice sur la base du critère formel de la participation à la procédure administrative antérieure. Par ailleurs, la jurisprudence en matière de contrôle des opérations de concentration d'entreprises précise que le recours en annulation ne peut être introduit que par des tiers dont les

* Avec la collaboration de mon assistant et doctorant Björn Becker.

intérêts économiques seraient lésés par la décision de l'autorité de concurrence. Il n'existait cependant aucune précision sur les conditions matérielles de recevabilité d'un recours en annulation introduit par un tiers contre une décision de l'autorité de concurrence intervenue dans les matières autres que le contrôle des opérations de concentration. Cette question a été examinée pour la première fois par la Cour d'appel de Düsseldorf.

Entente entre deux chaînes de télévision privées et un câblo-opérateur sur la diffusion cryptée de leurs programmes télévisés

L'affaire trouve son origine dans les efforts de coopération entre les chaînes de télévision privées allemandes RTL Group Deutschland GmbH (RTL) et ProSiebenSAT 1 Media AG (ProSiebenSAT 1). Les deux chaînes avaient conclu avec le câblo-opérateur "Kabel Deutschland" des contrats sur la diffusion de leurs programmes télévisés. Ces contrats prévoyaient de passer à l'avenir à la diffusion cryptée des programmes télévisés dont l'accès était jusque-là libre et gratuit. Le *Bundeskartellamt* engagea une procédure en 2007 pour examiner la compatibilité de ces contrats avec le droit des ententes. Cette procédure visait au départ tant les deux chaînes de télévision (RTL et ProSiebenSAT 1) que le câblo-opérateur Kabel Deutschland. Toutefois, l'évaluation préliminaire qui en résulta ne concernait que RTL et ProSiebenSAT 1, qui, selon les conclusions du *Bundeskartellamt*, auraient probablement violé l'interdiction des ententes. En réaction à ces allégations, ces deux chaînes de télévision finirent par prendre d'importants engagements, dans lesquels elles s'obligèrent à accorder l'accès libre à leurs programmes de télévision numérique de qualité SD dans les dix ans à venir. Ces engagements furent acceptés et rendus obligatoires par le *Bundeskartellamt* le 27 décembre 2007 conformément au paragraphe 32b GWB, qui est l'équivalent allemand de l'article 9 du règlement n° 1/2003.

Se sentant lésé dans ses intérêts économiques suite à des engagements pris par ses anciens cocontractants, Kabel Deutschland introduisit un recours en annulation de la décision du *Bundeskartellamt* devant la Cour d'appel de Düsseldorf.

La Cour transpose les conditions matérielles applicables dans les cas de contrôle de fusion au recours en annulation d'une décision de validation des engagements introduit par un tiers

La Cour d'appel de Düsseldorf s'est fondée sur un arrêt important de la Cour fédérale de justice consacré au recours en annulation introduit par un tiers contre une décision d'autorisation d'une opération de fusion d'entreprises. Dans son arrêt du 24 juin 2003 *HABET c/ Lekkerland* – (KVR 14/01 KG, BGHZ 155, 214, 217), la Cour fédérale de justice avait soumis la recevabilité du recours introduit par un tiers à deux conditions essentielles. Le demandeur doit non seulement être partie à la procédure ayant abouti à la décision contestée, mais

il doit aussi pouvoir justifier d'un certain intérêt à agir en justice. Un tel intérêt existe lorsque la décision de l'autorité de concurrence contestée concerne directement et personnellement ses intérêts économiques. La Cour fédérale de justice fonde son argumentaire sur une analogie avec les conditions prévues en droit européen pour la recevabilité des recours introduits par les particuliers, notamment sur l'article 263, alinéa 4 TFUE, qui veut que le demandeur soit directement et individuellement concerné par la décision. La Cour d'appel de Düsseldorf a estimé que le critère développé par la Cour fédérale était également applicable au cas sous examen.

Ainsi, elle a jugé que la décision du *Bundeskartellamt* reconnaissant les engagements pris par RTL et ProSiebenSAT 1 ne concernait pas particulièrement et individuellement le domaine d'activités de Kabel Deutschland. Par conséquent, le recours de ce dernier contre cette décision ne pouvait être recevable. Les juges soulignent que les engagements de ces deux chaînes de télévision ne sont pas de nature à restreindre la concurrence sur le marché final. En effet, d'après la Cour, bien que Kabel Deutschland ait été privé de la possibilité de diffusion cryptée des programmes télévisés aux consommateurs, cela ne saurait pourtant pas être considéré comme une atteinte à sa situation concurrentielle étant donné que tous ses concurrents étaient également concernés au même titre que lui par la décision attaquée.

Silence de la Cour d'appel sur la question de la qualité du tiers dans une procédure

Si la qualité des tiers ainsi que le respect de leurs droits procéduraux devant la Commission se trouvait au cœur des débats dans l'affaire *Alrosa*, le droit allemand des ententes y accorde encore plus d'importance que le droit européen. En effet, la participation à la procédure administrative antérieure constitue une condition essentielle de recevabilité d'un recours (paragraphe 63, alinéa 2 en liaison avec paragraphe 54, alinéa 2 n° 2 GWB). Toutefois, comme ce fut le cas dans l'affaire *Alrosa*, il n'est pas aisé de répondre à la question de savoir si Kabel Deutschland était partie à la procédure antérieure. Bien qu'au départ la procédure initiée par le *Bundeskartellamt* concernait aussi le futur plaignant Kabel Deutschland, la décision finale n'était adressée qu'à RTL et ProSiebenSAT 1. Aussi se demande-t-on si ne peuvent être considérées comme parties à une procédure au sens du droit allemand des ententes que les destinataires finaux de la décision prises à la fin de cette procédure. La Cour d'appel de Düsseldorf a pu ne pas trancher la question. Elle n'a certainement pas jugé nécessaire de l'examiner après avoir constaté le manque d'intérêt d'agir de Kabel Deutschland sur base d'absence d'atteinte directe et personnelle à ses intérêts économiques.

À notre avis, il convient de répondre à cette question par l'affirmative. En effet, il ressort de la lettre même du paragraphe 54, alinéa 2 n° 2 GWB que les entreprises parties à une procédure en matière d'ententes sont celles contre lesquelles la procédure a été engagée. Cette

disposition légale ne vise donc pas les seules entreprises auxquelles la décision résultant de ladite procédure serait effectivement adressée. Or, tel que mentionné plus haut, Kabel Deutschland était initialement visé par la procédure engagée par le *Bundeskartellamt* même si la décision finale de ce dernier ne s'adressait pas au câblo-opérateur. Cette interprétation du paragraphe 54, alinéa 2 n° 2 GWB correspond d'ailleurs avec l'état de la question en droit européen. Si la CJUE n'avait pas reconnu à Alrosa le statut de partie à la procédure, c'est certainement parce que les faits n'étaient pas tout à fait similaires au cas sous examen. C'est que la Commission, à la différence du *Bundeskartellamt*, avait engagé deux procédures: l'une engagée sur base de l'article 81 CE (actuel article 101 TFUE) visait à la fois De Beers et Alrosa et l'autre fondée sur l'article 82 CE (actuel article 102 TFUE) ne concernait que De Beers. En effet, ce fut dans le cadre de la seconde procédure, que De Beers avait pris des engagements individuels, qui furent validés et déclarés obligatoires par la Commission. C'est pour obtenir l'annulation de cette décision qu'Alrosa avait saisi la CJUE. Celle-ci avait reconnu à Alrosa la qualité de partie à la procédure au sens de l'article 27, alinéas 1 et 2 du règlement n° 1/2003 uniquement pour la première procédure, c'est-à-dire celle concernant l'interdiction des ententes illicites, et non pour la procédure relative à l'abus de position dominante engagée contre De Beers. Ainsi, pour la Cour, Alrosa ne saurait être considérée dans la dernière procédure que comme un tiers intéressé au sens de l'article 27, alinéas 3 et 4 du Règlement n° 1/2003. Dans le cas sous examen, le *Bundeskartellamt* n'avait engagé qu'une seule procédure qui fut clôturée avec la décision de validation des engagements attaquée par Kabel Deutschland. Il ressort donc des développements qui précèdent que Kabel Deutschland était partie à la procédure au sens du paragraphe 54, alinéa 2 n° 2 GWB et qu'elle remplit au moins les conditions formelles pour pouvoir adresser un recours en annulation.

Décisions de validation des engagements sans contrôle judiciaire ?

La question des conditions formelles ayant été examinée, il reste à présent à analyser les exigences des conditions matérielles de recevabilité du recours. Il sied de noter d'emblée que la décision de validation des engagements n'est en pratique presque jamais contestée par ses destinataires pour autant qu'ils prennent ces engagements de façon volontaire. Par conséquent, le potentiel plaignant ne peut provenir que du cercle des tiers concernés comme c'est le cas avec Kabel Deutschland ou Alrosa. Si l'on soumet la qualité de tels tiers à agir en justice à des conditions très élevées comme la Cour d'appel de Düsseldorf l'a fait dans le cas d'espèce, il ne serait alors plus possible d'obtenir des cours et tribunaux le contrôle d'une décision de validation des engagements prise par une autorité de concurrence. Qui sinon une entreprise visée par la procédure initiale et plusieurs fois citée de manière explicite dans la décision résultant de cette procédure pourrait bien prétendre satisfaire à la condition matérielle d'atteinte directe et personnel dans ses intérêts économiques? Nier la qualité de pareilles entreprises pour agir en justice serait étendre davantage

la marge d'appréciation de l'autorité de concurrence, qui est déjà souvent critiquée. Dans ces conditions, il reste à se demander si l'autorité de concurrence peut à son gré conclure une procédure visant au départ plusieurs parties avec une décision qui n'est adressée qu'à une seule d'entre elles.

Cela vaut d'autant plus dans les cas comme l'affaire *Alrosa* où De Beers et Alrosa avaient à un moment de la procédure présenté ensemble leurs engagements. Dès lors que l'autorité de concurrence décide plus tard de n'accepter et rendre obligatoires que les engagements d'une seule partie, elle prive en fait l'autre partie de toute possibilité d'influencer l'issue de la procédure ainsi que l'évolution des conditions de concurrence sur le marché concerné.

B. B. – F. B. ■

1.2 Italie

Public enforcement – Contrôle juridictionnel – Calcul de la sanction:
Le Conseil d'État italien confirme l'analyse factuelle de l'Autorité de concurrence mais lui demande de déterminer à nouveau le montant des sanctions infligées dans le cartel des cosmétiques (*CE it., section VI, 24 octobre 2014, n° 5274*)

Par un arrêt publié le 24 octobre 2014, le Conseil d'État italien s'est prononcé sur les recours présentés contre le jugement du Tribunal administratif régional du Latium (ci-après "TAR Latium") ayant confirmé partiellement la décision de l'Autorité garante de la concurrence et du marché (ci-après "AGCM"), rendue le 15 décembre 2010 qui avait constaté, dans le cadre de l'application du programme de clémence, l'existence d'un cartel dans le secteur des produits cosmétiques et de l'hygiène corporelle mis en œuvre par une association professionnelle et plusieurs sociétés adhérentes (sur le jugement du TAR Latium du 11 avril 2012, v. notre commentaire, *Concurrences* n° 3-2012, p. 235). Si le Conseil d'État a essentiellement confirmé l'analyse factuelle de l'AGCM, en revanche, il a accueilli le recours relatif à la quantification des sanctions infligées aux entreprises fautives dont la méthode a été récemment précisée dans des nouvelles lignes directrices.

L'échange d'informations sensibles constitue une présomption d'illicéité anticoncurrentielle

Pour mémoire, l'AGCM avait constaté qu'une entente unique, complexe et continue dans le temps avait été mise en œuvre afin de coordonner l'augmentation des prix au détriment des entreprises issues de la grande distribution organisée ("GDO"). Dans ce contexte, l'association professionnelle impliquée dans cette affaire avait joué le rôle de coordinateur dans la diffusion des informations

sensibles relatives aux conditions contractuelles des négociations des années précédentes et des négociations en cours avec la GDO, ainsi qu'aux conditions commerciales applicables aux clients.

Sur ce point, le Conseil d'État a rappelé les principes issus de la pratique décisionnelle nationale et européenne en matière d'ententes illicites. En premier lieu, la CJUE a souligné à plusieurs reprises que si "les éléments constitutifs d'une pratique concertée sont les suivants, à savoir une concertation entre les entreprises pouvant réduire l'incertitude quant à leur comportement sur le marché, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et un lien de cause à effet entre ces deux éléments, (...) en cas de 'pratique concertée par l'objet', la Commission pourrait présumer les deuxième et troisième éléments" (CJUE, 5 décembre 2013, C-449/11, *Solvay Solexis c/ Commission*, point 18). En outre, "il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché" (Id., point 37). Il incombe dès lors à l'entreprise concernée de prouver que la concertation n'avait influencé d'aucune manière son propre comportement sur le marché.

En deuxième lieu, en s'attardant sur le caractère sensible de l'échange d'informations relatives aux barèmes pratiqués, le Conseil d'État a affirmé que la détermination du barème "constitue nécessairement le point de départ fondamental sur lequel axer les autres variables concurrentielles. Qu'en est-il lorsque "le marché est très segmenté et partiellement fragmenté"? Pour le juge italien, le fait pour les opérateurs principaux de pouvoir déterminer ensemble le barème des prix pratiqués permet indiscutablement d'influencer, par exemple, leur marge de profit. Dès lors, pour caractériser une entente illicite, "il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elle ait pour objet cumulativement et indistinctement chaque facteur de nature à influencer toutes les variables concurrentielles pertinentes" (en ce sens, v. aussi Conseil d'État, section VI, arrêt du 23 mai 2012, n° 3026). Le Conseil d'État a d'ailleurs expliqué récemment qu'"un producteur négocie rarement avec la grande distribution organisée le niveau d'augmentation du prix des produits pris individuellement, puisque une telle négociation serait excessivement onéreuse et difficile à gérer compte tenu du fait que chaque réseau de distribution achète auprès de chaque producteur des centaines de produits" (Conseil d'État, section VI, arrêt du 8 août 2014, n° 4230). En définitive, sont interdites non seulement les ententes par lesquelles les entreprises fixent les prix à des niveaux précisément déterminés ou fixent des prix minimales au-dessous desquels elles s'engagent à ne pas vendre mais, plus généralement, toutes les ententes qui visent ou ont pour effet de limiter la libre détermination du prix, et par conséquent, sa "flexibilité naturelle" (en ce sens, v. également, Conseil d'État, section VI, arrêt du 23 mai 2012, n° 3026).

Enfin, le Conseil d'État revient sur les difficultés objectives d'apporter la preuve d'un accord ayant pour objet la détermination des prix, en invoquant tout

d'abord la jurisprudence européenne à ce sujet. Ainsi, le Tribunal de l'Union a affirmé qu'en vue d'établir la participation d'une entreprise à un accord unique, caractérisé par une série de comportements mis en œuvre dans le temps, l'autorité de concurrence doit prouver que "cette entreprise entendait contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par d'autres entreprises dans la poursuite des mêmes objectifs, ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque" (Tr. UE, 8 septembre 2010, affaire T-29/05, *Deltafina c/ Commission*, point 59). En outre, "l'approbation tacite d'une initiative illicite, sans se distancier publiquement de son contenu ou la dénoncer aux entités administratives, a pour effet d'encourager la continuation de l'infraction et compromet sa découverte. (...) Cette complicité constitue un mode passif de participation à l'infraction qui est de nature à engager la responsabilité de l'entreprise dans le cadre d'un accord unique" (point 59). Selon le juge italien, "dans la grande majorité des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être déduite d'un certain nombre de coïncidences et d'indices, lesquels, pris dans leur globalité, peuvent représenter, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de concurrence, puisqu'il est bien difficile de trouver des preuves directes de l'entente, qui peuvent se déduire des documents ou d'autres éléments probatoires qui démontrent la conclusion d'un accord anticoncurrentiel". De même, en se ralliant à la position de la Commission européenne, le juge administratif italien a souligné que la participation à une seule réunion pendant laquelle les éléments de l'entente illicite ont été fixés, empêche à l'entreprise d'affirmer qu'elle n'avait rien à voir avec l'infraction, sauf si elle démontre l'opposition manifeste à la pratique qui était en train d'être mise en œuvre ou "arrive à démontrer d'une manière persuasive que sa participation aux réunions n'était animé par aucune esprit anticoncurrentiel". Le Conseil d'État considère que dans le cadre de cette difficulté probatoire objective, l'outil des programmes de clémence – utilisé en l'espèce – a une importance particulière. En effet, les déclarations des demandeurs de clémence doivent faire l'objet d'"une appréciation avisée qui tient compte de l'exigence de ne pas étendre à outrance les instruments de présomption d'une part, et l'exigence de combler les difficultés probatoires d'une catégorie de conduites anticoncurrentielles dans le cadre desquelles tout genre de preuve documentaire est d'une manière générale absente d'autre part". Le Tribunal de l'Union européenne a pour sa part affirmé que les déclarations du demandeur de clémence "ne sauraient être considérées comme dépourvues de valeur probante, dès lors que les déclarations allant à l'encontre des intérêts du déclarant doivent, en principe, être considérées comme des éléments de preuve particulièrement fiables" (Tr. UE, arrêt du 13 juillet 2011, aff. T-59/07). Dans l'affaire commentée, les déclarations des entreprises ayant coopéré, le parallélisme de comportement que l'Autorité de concurrence a constaté, les échanges d'informations entre les entreprises fautives et/ou par le biais de l'association professionnelle, l'élaboration

de stratégies commerciales communes ou encore les documents diffusés par l'association accompagnés de "clés de décodification" contenant des données sensibles constituent "un ensemble d'indices multiples, précis et concordants" prouvant l'existence d'une entente illicite.

La définition du marché pertinent est postérieure à l'identification de l'entente

Le Conseil d'État est revenu également sur la définition du marché pertinent et sur le contrôle opéré par les juridictions administratives. Au cas d'espèce, ceux qui avaient interjeté appel avaient reproché à l'AGCM d'avoir défini de manière très générale le marché en cause et de ne pas avoir appliqué correctement la théorie des contacts multi-marchés qui présuppose que les entreprises concernées soient en concurrence sur plusieurs marchés distincts.

Le Conseil d'État a rappelé tout d'abord que le contrôle opéré par les juridictions de contrôle se limite à vérifier que la décision litigieuse n'est pas entachée d'erreurs factuelles manifestes. En outre, le juge administratif examine si les dispositions juridiques ont été correctement identifiées, interprétées et appliquées. C'est bien dans ce cadre que les juridictions compétentes pour le contentieux objectif de concurrence exercent le pouvoir de contrôle que le législateur leur a confié. Ainsi, comme l'a confirmé la jurisprudence constante du Conseil d'État, à la différence des opérations de concentrations et des abus de position dominante, dans lesquels "la détermination du marché pertinent constitue une phase logique préliminaire" à l'analyse de la pratique éventuellement anticoncurrentielle, constituant dès lors un des éléments constitutifs de l'infraction, en matière d'ententes, en revanche, la phase d'identification du marché des produits et du marché géographique "est logiquement successive à l'examen de l'entente et fonctionnelle exclusivement à l'établissement de l'illicéité de l'entente". En effet, le marché permet de délimiter le périmètre au sein duquel l'entente a pu restreindre ou fausser la concurrence. Au cas d'espèce, l'AGCM a identifié le marché pertinent comme celui englobant tous les produits cosmétiques commercialisés par le canal de distribution de détail. Le fait que les entreprises fautives n'étaient pas présentes dans tous les secteurs de ce marché importe peu, car, pour appliquer la théorie des contacts multi-marchés, il suffit de démontrer "la coexistence de plusieurs marchés distincts et très proches, au sein desquels des repréailles peuvent se réaliser, contribuant ainsi à assurer la stabilité de l'entente".

Le contrôle de la durée de l'infraction en vue de la quantification de la sanction

Si le Conseil d'État a confirmé l'analyse factuelle de l'Autorité de concurrence, en revanche, il a accueilli le recours quant à la méthode de quantification des sanctions. D'une part, il a considéré que la circonstance aggravante relative au rôle de premier plan dans l'élaboration du dessin collusif que trois entreprises auraient joué dans ce cartel n'était corroborée d'aucun élément de nature à prouver le rôle de meneur de l'entente illicite. D'autre part,

l'Autorité de concurrence n'a pas appliqué de manière raisonnable et proportionnée les règles établies dans les lignes directrices de la Commission européenne de 2006 sur la quantification des sanctions. À titre d'exemple, une entreprise qui avait participé sept ans et sept jours au cartel, s'est vue arrondir sa participation à sept ans et six mois, alors que, selon le juge administratif, l'AGCM aurait dû arrondir par défaut, c'est-à-dire à sept ans.

Cette décision a été rendue seulement quelques jours avant l'adoption par l'Autorité de concurrence italienne de Lignes directrices visant à rendre plus transparente la méthode de calcul des amendes (Lignes directrices du 31 octobre 2014, publiées sur le site Internet de l'AGCM). À la lumière de ces lignes directrices, il est désormais prévu que la durée de l'infraction doit être calculée en fonction des mois et des jours effectifs de participation à l'infraction.

S. P. ■

Public enforcement – Pratique concertée – Marché pertinent:

Le Tribunal administratif régional du Latium confirme la sanction infligée par l'Autorité de concurrence à deux laboratoires pharmaceutiques pour la mise en œuvre d'une entente illicite dans le secteur des traitements ophtalmologiques (*TAR Latium, 5 novembre 2014, publié le 2 décembre 2014, n° 06122/2014, n° 06123/2014, n° 06125/2014, n° 06127*)

Par un arrêt publié le 2 décembre 2014, le Tribunal administratif régional du Latium (ci-après "TAR Latium") a confirmé l'analyse factuelle et la sanction infligée par l'Autorité garante de la concurrence et du marché (ci-après "AGCM") aux laboratoires pharmaceutiques Roche et Novartis et à leurs filiales italiennes pour avoir violé l'article 101 du TFUE, en mettant en œuvre une entente visant à favoriser la commercialisation d'un médicament utilisé dans les traitements ophtalmologiques et, en particulier, pour la DMLA (dégénérescence maculaire liée à l'âge). Dans sa décision publiée le 5 mars 2014 (voir notre commentaire, *Concurrences* n° 2-2014, p. 212), l'AGCM avait estimé que les deux laboratoires pharmaceutiques avaient convenu de favoriser les ventes du Lucentis – produit *on-label* pour lequel Novartis a obtenu une autorisation de mise sur le marché (AMM) – aux dépens de l'Avastin – produit commercialisé par Roche et utilisé *off-label* c'est-à-dire dans un contexte qui ne correspond pas à l'indication mentionnée explicitement dans l'information reconnue par les autorités compétentes pour octroyer une AMM. Les deux laboratoires avaient alors formé un recours contre la décision de l'Autorité de concurrence en invoquant non seulement des arguments relatifs à l'application du droit de la concurrence mais aussi des arguments issus de l'analyse scientifique des médicaments, des devoirs de pharmacovigilance qui pèsent sur les entreprises du secteur pharmaceutique ou encore du

mécanisme de remboursement des médicaments mis en œuvre par le service national de santé. Mais, le Tribunal administratif régional du Latium – juridiction de contrôle en première instance des décisions de l’AGCM – a rejeté l’ensemble de ces arguments. Il a précisé dans un premier temps que l’AGCM a une compétence limitée, puisqu’elle est chargée de protéger la concurrence et par conséquent les patients considérés comme des “consommateurs de médicaments” alors que l’analyse scientifique des médicaments et de leur sécurité est confiée à d’autres autorités. Le juge administratif s’est donc limité à contrôler la décision de l’Autorité de concurrence quant à la prétendue pratique anticoncurrentielle élaborée par les laboratoires pharmaceutiques pour empêcher l’achat et l’utilisation de l’Avastin (médicament *off-label*), sensiblement moins coûteux, pour privilégier les ventes du Lucentis (médicament *on-label*).

En vue de la définition du marché pertinent, le produit *off-label* et le produit *on-label* sont substituables, répondant au même besoin du côté de la demande

Le juge administratif revient tout d’abord sur la définition du marché pertinent et plus particulièrement sur la substituabilité des deux médicaments. L’utilisation de l’Avastin pour le traitement de certaines pathologies oculaires est issue de la recherche médicale et des essais indépendants; le fait que cette finalité thérapeutique ne figure pas dans l’AMM n’est pas rédhibitoire pour le juge administratif puisque l’utilisation *off-label* de produits pharmaceutiques est admise en Italie, comme dans d’autres pays, dès lors qu’elle a fait l’objet d’une évaluation par le médecin. Par ailleurs, l’utilisation *off-label* des médicaments est parfois prise en charge par le système national de santé, après avis favorable de l’AIFA, c’est-à-dire de l’agence nationale du médicament. Ainsi, l’AIFA a admis récemment le remboursement de médicaments *off-label* par la sécurité sociale nationale même s’il existe déjà des médicaments *on-label* pour traiter la même pathologie, dès lors que les conditions de sécurité du produit pharmaceutique ont été remplies. Au cas d’espèce, le juge administratif a constaté que l’Avastin est largement utilisé pour le traitement de la DMLA tant par les établissements publics que par les établissements privés de santé. En outre, dans une ordonnance du 15 mai 2014, le Conseil d’État a autorisé une région à ce que le produit *off-label* soit utilisé et remboursé par la sécurité sociale, estimant qu’une décision contraire aurait engendré “des coûts énormes pour la collectivité” et causé des dommages qui “vont bien au-delà du simple préjudice patrimonial et constituent un obstacle sérieux d’ordre économique à la protection de la santé, empêchant le développement complet de la personne humaine” (ordonnance du 15 mai 2014, n° 2021). Enfin, le juge administratif a souligné que l’utilisation de l’Avastin pour les pathologies oculaires est admise dans d’autres pays et par des organisations internationales telles que l’Organisation mondiale de la Santé (WHO).

À la lumière de ces éléments, le Tribunal administratif régional du Latium a estimé que, malgré l’utilisation *on-label* de l’un et l’utilisation *off-label* de l’autre, les deux médicaments sont bien deux produits substituables et donc concurrents puisqu’ils répondent à un même besoin du côté de la demande.

La pratique concertée visait à restreindre la concurrence en limitant les ventes du produit moins coûteux au profit du produit largement plus onéreux

Le juge administratif revient ensuite sur l’entente anticoncurrentielle sanctionnée par l’Autorité de concurrence. Le Tribunal s’est essentiellement appuyé sur l’analyse de l’Autorité qui avait constaté l’existence d’une stratégie commune visant à réduire l’utilisation *off-label* du médicament Avastin au profit du médicament Lucentis par le biais d’“une différenciation artificielle” des deux médicaments, en exaspérant les risques liés à l’utilisation de l’Avastin et cela en raison des liens existants entre les deux laboratoires. En effet, le médicament Lucentis est commercialisé en Europe par Novartis en vertu d’un accord de licence exclusive conclu avec l’entreprise Genetech – productrice à la fois du Lucentis et de l’Avastin et contrôlée par Roche – selon lequel Genetech et par conséquent le groupe Roche perçoit des royalties de la vente du médicament Lucentis. Les royalties ainsi obtenues sont d’un montant beaucoup plus important que les marges issues des utilisations *off-label* de l’Avastin, puisque ce dernier médicament est jusqu’à vingt fois moins cher que le médicament *on-label*. En outre, le Tribunal a souligné que plusieurs documents internes prouvent la stratégie commune mise en place pour inciter les médecins à n’utiliser que le produit *on-label*. Ainsi, dans un échange de mails, on fait référence de façon expresse aux activités de “différenciation” des deux produits et l’utilisation des guillemets montre davantage que les deux laboratoires considéraient comme *forcée* cette différenciation entre médicaments parfaitement substituables. En outre, les deux entreprises ont partagé l’ensemble des informations relatives aux deux médicaments et concerté les initiatives pour réagir de façon efficace aux tentatives d’utilisation *off-label* du médicament moins cher.

Le juge administratif a souligné enfin l’*extrême gravité* du comportement des laboratoires pharmaceutiques, puisque la stratégie mise en œuvre était susceptible de mettre en péril la viabilité des dépenses publiques et la possibilité de soigner tous les patients, ayant dès lors une incidence sur le droit fondamental à la santé de chaque individu. Par conséquent, le juge administratif a estimé que le montant considérable de l’amende (180 millions d’euros au total) était justifié au regard de la gravité de la pratique constatée et de sa durée.

S. P. ■

2. Jurisprudence Nord-américaine

Sherman Act – Marché pertinent – Produit unique – Restrictions verticales – Boycott

Le Tribunal fédéral du District Nord de l'Illinois considère qu'une ligne de robe de mariée élaborée par le fournisseur ne peut constituer un marché pertinent dans le cadre d'un accord de distribution vertical (*Tribunal fédéral, N. D. Ill., 4 déc. 2014, House of Brides, v. Alfred Angelo, Case No. 1:11-cv-07834*)

La robe de la mariée était trop belle... et trop chère ! Elle pourrait-être, sommairement résumée, l'histoire que raconte la décision commentée, rendue par le Tribunal fédéral du District Nord de l'Illinois (*House of Brides v. Alfred Angelo, Inc., Case No. 1:11-cv-07834, N.D. Ill., 2014*). L'affaire concernait un litige contractuel opposant la société Alfred Angelo, fabricant et fournisseur de robes de mariées, à la société House of Brides, distributeur des robes élaborées par la première entreprise citée, depuis plus de quarante ans. Depuis 2002, House of Brides était même devenu un des distributeurs exclusifs des produits fabriqués par Alfred Angelo. À partir de 2004, alors que la société Alfred Angelo était jusqu'à cette date uniquement fabricant et fournisseur, celle-ci se mit à distribuer ses propres robes, notamment par le biais d'*Internet*. Ainsi, l'entreprise Alfred Angelo était non seulement tête de réseau mais également concurrent de House of Brides et des autres distributeurs affiliés. C'est à partir de cette période que Alfred Angelo décida de modifier sa politique marketing, en imposant à ses distributeurs des prix de reventes minimums et en interdisant à ces derniers la possibilité de procéder à des rabais ou des réductions auprès des clientes.

En 2007, puis en 2010, l'entreprise House of Brides contesta vivement cette nouvelle politique de prix. Selon elle, une telle interdiction de recourir à des prix bas lui interdisait d'être un distributeur compétitif au sein du réseau et empêchait ainsi la concurrence *intra-brand*. La contestation grandit lorsque House of Brides apprit qu'Alfred Angelo ne s'appliquait pas la politique de prix qu'il imposait à ses distributeurs. Le refus par House of Brides d'appliquer les consignes tarifaires provoqua, en outre, la protestation des autres distributeurs qui s'en plainquirent auprès d'Alfred Angelo. Le conflit s'envenima et, en 2011, Alfred Angelo mit un terme à la relation contractuelle le liant avec à House of Brides.

Ne bénéficiant pas de protections légales efficaces sanctionnant la rupture des relations économiques, telles que celles existant par exemple en France, l'entreprise House of Brides se plaça sur le terrain du droit *antitrust* pour riposter. House of Brides estimait en effet qu'elle avait été victime d'un *boycott* anticoncurrentiel, échafaudé par Alfred Angelo, avec l'aide de ses distributeurs. De plus, la politique de prix imposée constituait, selon elle, une entente sur les prix, contraire au *Sherman Act*. House of Brides porta donc plainte devant le Tribunal du District Nord de l'Illinois mais celui-ci, par une décision

du 4 décembre 2014, rejeta la demande de la plaignante. D'un litige purement contractuel, le Tribunal refuse d'en faire une affaire de pratiques anticoncurrentielles, en reprochant à House of Brides de ne pas apporter de preuves suffisantes pour étayer ses allégations. Plus précisément, la plainte est rejetée principalement pour deux raisons: d'abord, la plaignante n'a pas rapporté la preuve que le produit en cause, contrairement à ce qu'elle affirmait, était susceptible de constituer un marché pertinent; ensuite, elle ne rapportait pas la preuve de faits susceptibles d'établir l'existence d'une pratique verticale restrictive de concurrence.

Le refus de considérer le produit distribué dans le réseau comme permettant de constituer le marché pertinent

Se placer sur le terrain du droit *antitrust*, comme le faisait la plaignante, implique au préalable d'établir avec précision le périmètre sur lequel la pratique anticoncurrentiel supposée se déploie. En d'autres termes, il faut d'abord définir le marché pertinent. Or, c'est sur ce point que le Tribunal se montre, à raison, le plus critique à l'encontre de la thèse de House of Bride. La plaignante considérait que les robes de mariées de la marque Alfred Angelo constituaient la gamme de produits permettant d'établir le marché pertinent. Autrement dit, selon elle, les robes Alfred Angelo représentaient aux yeux de clientes des produits uniques, non interchangeables.

Cette thèse n'a pas convaincu le Tribunal qui rappelle, en se référant à la fameuse jurisprudence *Dupont de Nemours* de la Cour suprême, qu'il est nécessaire, dans les affaires *antitrust*, de déterminer avant toute chose le produit sur lequel l'entreprise mise en cause est susceptible d'exercer son pouvoir de marché (*United States v. E.I. Dupont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 1956*). C'est la raison pour laquelle il faut tracer le périmètre du marché pertinent des produits, en essayant de déterminer si le produit en cause est unique ou s'il est raisonnablement interchangeable avec d'autres, en cas d'une hausse légère mais constante de prix. La méthode généralement employée, rappelle le Tribunal, est celle de l'élasticité croisée de la demande. Pourtant, loin de se référer à ces méthodes subtiles et complexes d'analyse économique, c'est plutôt sur son bon sens que semble se fonder le Tribunal. En effet, celui-ci constate que, au-delà de l'absence d'éléments fournis permettant de démontrer en quoi les robes de mariées Alfred Angelo sont si "uniques" et si "hautement indifférenciables", le Tribunal note que "*l'argument de la plaignante implique qu'une future mariée qui préfère les robes de la marque Alfred Angelo serait prête à passer une simple robe présente dans son placard, plutôt que d'acheter une robe de mariée d'un autre designer (...). Étant donné l'importance de l'occasion, il semble peu probable qu'une future mariée, même particulièrement éprise des robes Alfred Angelo, décide de ne pas porter de robe de mariée du tout, plutôt que d'en acheter une autre d'une marque différente; en terme technique (et non romantique), ainsi, l'élasticité croisée de la demande pour des robes de mariées semble élevée (et l'hypothèse d'un marché pertinent défini à partir d'une seule marque de robe apparaît d'autant moins probable)*".

La solution apparaît raisonnable. L'unicité d'un produit susceptible de constituer le marché de référence doit être clairement établie et il ne suffit pas d'invoquer le prestige ou la qualité d'une marque. Plus largement, et dans la lignée d'une jurisprudence plus ancienne, on comprend que le Tribunal du District Nord de l'Illinois se montre assez réticent à l'idée qu'un distributeur puisse faire du produit de marque qu'il revend le marché pertinent, sans étayer très solidement son propos. Citant un précédent concernant la distribution de pianos de la marque Schumann, le Tribunal affirme que "si une telle définition était permise, tous les fabricants seraient alors en situation de monopole absolu sur le marché pertinent ainsi défini puisque, par définition, ils contrôlent la production de leurs propres produits" (*Rosen v. Hyundai Group Korea*, 829, F. Supp. 41, F.D.N.Y. 1993). Tout fournisseur à la tête d'un réseau aux États-Unis serait ainsi placé dans une situation délicate et c'est tout un pan de l'économie qui risquerait de s'en trouver fragilisé.

L'absence de preuves des pratiques alléguées

La même sévérité est observée lorsque le Tribunal examine le contenu des pratiques alléguées. Celle-ci nous semble là encore justifiée et dans la droite ligne des jurisprudences *Twombly* et *Ashcroft* de la Cour suprême (*Bell Atlantic v. Twombly*, 550 U.S. 544; *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662, 2009: sur ce mouvement jurisprudentiel, v. *Concurrences* n° 4-2007, pp. 155-157). House of Brides invoquait l'existence d'un *boycott* horizontal, mis en œuvre par Alfred Angelo et ses autres distributeurs, notamment parce que ces derniers se seraient plaints du refus par la plaignante de se conformer à la politique tarifaire du réseau. Or, comme le relève d'abord le Tribunal, cette attitude consistant à se plaindre et à agir contre un distributeur indiscipliné est "naturelle et inévitable" dans un réseau. Ensuite, rien dans les allégations de House of Brides ne permet d'indiquer que la société Alfred Angelo ait été véritablement partie à l'action menée par les autres distributeurs. En réalité, plutôt qu'un *boycott* horizontal, le Tribunal considère que la pratique invoquée relève plutôt de la catégorie des restrictions verticales illicites. Mais, là encore, aucun élément probatoire ne vient étayer la plainte. Invoquer une telle pratique implique de prouver que le défendeur dispose d'un pouvoir de marché sur le marché pertinent. Et l'on en revient au premier obstacle que n'a pas su surmonter la plaignante.

En résumé, tout distributeur éconduit, désireux de contester son éviction du réseau en se plaçant sur le terrain du droit *antitrust* fédéral, doit se présenter devant le juge en possession d'un dossier solide, étant précisé que les chances de caractériser des pratiques anticoncurrentielles sur un marché constitué du seul produit de marque distribué risquent d'être faibles...

J.-C. R. ■

Private enforcement – Actions en justice des actionnaires – Compliance: Le Tribunal du District de Washington refuse d'écarter les poursuites émanant d'actionnaires contre les dirigeants de leur société pour avoir violé leurs devoirs à la suite de la violation d'un engagement conclu avec la Commission européenne en matière antitrust (*Tribunal du District de Washington, 10 déc. 2014, Kim Barovic et al. v. Steven A. Ballmer, N° C14-0540-JCC*)

À côté du "public enforcement" et du "private enforcement", les entreprises et leurs responsables ayant violé les règles du droit de la concurrence s'exposeraient-ils à de nouveaux risques, sous la forme d'actions en responsabilité menées par leurs propres actionnaires? Cette question, ayant trait à ce que l'on serait tenté de nommer le "in-house" ou "internal enforcement", semble inédite dans le contexte du droit *antitrust* américain. Elle vient d'être mise en lumière par une procédure intentée par plusieurs actionnaires américains de la société Microsoft, dans l'une des multiples suites de l'affaire éponyme. L'affaire est toujours en cours, mais le Tribunal du District de Washington vient de rendre une décision, le 10 décembre 2014, qui écarte les requêtes en rejet formées par les défendeurs et renforce donc la position des actionnaires plaignants pour la suite du contentieux (*Kim Barovic et al. v. Steven A. Ballmer, N° C14-0540-JCC, U.S. Distr. Ct, WD Washington, 10 déc. 2014*). Au croisement du droit des sociétés et du droit *antitrust* fédéral, la décision est surtout extrêmement intéressante pour toutes les potentialités qu'elle recèle. Elle mérite donc, d'ores et déjà, un commentaire dans cette chronique.

L'affaire fait suite à la condamnation de la société Microsoft par la Commission européenne en 2013, pour non-respect des engagements que l'entreprise avait pris et consistant à proposer aux utilisateurs un écran multichoix leur permettant de sélectionner facilement le navigateur web qu'ils souhaitent. En 2009, la Commission avait rendu ces engagements juridiquement contraignants pour Microsoft jusqu'en 2014. Mais, par la suite, l'autorité de Bruxelles avait constaté que Microsoft n'avait pas intégré l'écran multichoix au Service Pack 1 de Windows 7 entre mai 2011 et juillet 2012. Quinze millions d'utilisateurs de Windows dans l'Union européenne étaient concernés et donc privés de cet écran au cours de cette période. Microsoft a reconnu que cet écran ne s'était pas affiché pendant cette période et, bien qu'en acceptant l'entière responsabilité, expliqua que ce défaut était dû à une erreur technique de ses ingénieurs qui avaient oublié de procéder à une mise à jour. En 2013, la Commission sanctionna donc Microsoft à verser une amende de plus de 732 000 000 de dollars.

Furieux d'avoir à subir, par contrecoup, des pertes financières et un préjudice d'image, plusieurs actionnaires de Microsoft ont demandé des comptes aux responsables de la firme de Redmond. En mars 2013, un groupe d'actionnaires exigea donc du conseil d'administration de Microsoft le lancement d'une enquête interne pour déterminer quelles étaient les responsabilités des

dirigeants dans cet épisode, afin de sanctionner ceux qui avaient failli à leur devoir. Les plaignants estiment en effet que les dirigeants et membres du conseil d'administration n'ont pas géré correctement l'entreprise, qu'ils ont laissé la situation se dégrader avec les autorités européennes et, qu'en fin de compte, ils ont minimisé leur responsabilité dans l'affaire.

Microsoft a donc lancé une enquête interne et, le 28 janvier 2014, l'entreprise a fait savoir aux actionnaires mécontents qu'aucun manquement de la part des dirigeants et administrateurs n'avait pu être constaté. Il était donc inutile de poursuivre les investigations, Microsoft insistant en outre sur le fait qu'il n'était pas dans l'intérêt de l'entreprise d'ouvrir la voie à un éventuel contentieux. Face à cette fin de non-recevoir, les actionnaires ont saisi la justice et ont déposé plainte le 11 avril 2014 devant le Tribunal fédéral du District de Washington, au nom de Microsoft et contre les dirigeants l'entreprise, leur reprochant notamment d'avoir violé leur devoir fiduciaire en relation avec la mise en œuvre des engagements pris auprès de la Commission. De même, il est reproché à l'équipe dirigeante d'avoir diffusé de fausses informations aux actionnaires et au public, et d'avoir été incapables de contrôler et manager correctement l'entreprise. Le groupe d'actionnaires réclame donc des dommages intérêts aux dirigeants mis en cause pour les pertes financières liées à la violation de l'engagement. De plus, les plaignants exigent la restitution des compensations perçues par l'équipe en place alors qu'elle était en train de violer ses obligations : un enrichissement injuste aurait ainsi eu lieu au profit des dirigeants. Enfin, les plaignants demandent une refonte des procédures de contrôle interne de l'entreprise. De leur côté, les défendeurs ont déposé plusieurs requête en rejet concernant chacun de ces points.

Dans une décision du 10 décembre 2014, le Tribunal du District de Washington a écarté la requête des défendeurs et a ainsi largement dégagé la voie aux actionnaires pour la suite du contentieux. La présente décision, bien que ne tranchant pas le fond du litige, permet de constater que les actionnaires ont des moyen de contraindre les dirigeants de l'entreprise qui rechignent à mener une enquête interne à la suite de la survenance de la violation d'engagements pris auprès d'une autorité de concurrence. Elle offre aussi un aperçu des manquements susceptibles d'engager, dans ce contexte précis, la responsabilité des dirigeants.

Le contrôle judiciaire de l'enquête interne

Les défendeurs considéraient que la plainte des actionnaires était infondée dans la mesure où une enquête interne avait conclu à l'absence de responsabilité de l'équipe dirigeante à l'époque des faits. Pour que l'action des plaignants prospère, il leur fallait prouver que l'enquête n'avait pas été menée sérieusement ou, à tout le moins, montrer qu'il existait un doute raisonnable que le conseil d'administration n'ait pas agi de bonne foi.

À cet égard, le Tribunal rappelle qu'il n'existe pas de procédure clairement prédéterminée qu'un conseil de direction doit suivre dans ce type de situation. Cela étant,

le Tribunal insiste sur le fait que *“la procédure menée par le conseil doit refléter la plus sérieuse volonté d'enquêter sur la plainte des actionnaires”*. Or, pour constater que l'enquête n'a pas été menée avec le sérieux adéquat, le Tribunal reprend l'argumentation des plaignants selon laquelle il était anormal que, dans le contexte de l'affaire, aucun responsables ou enquêteurs de la Commission européenne n'ait été interrogé par Microsoft. En effet, seuls ont été auditionnés des salariés ou des dirigeants de Microsoft alors qu'il était question du respect d'engagements négociés avec l'autorité bruxelloise. Pour le Tribunal, *“l'absence même d'une simple tentative de dialoguer avec des personnes ayant participé aux investigations menées par la Commission européenne pose des questions sur la diligence avec laquelle le board a mené l'enquête interne”*. Il est en effet étonnant de ne pas recueillir le point de vue extérieur de la Commission européenne, s'agissant de savoir si l'équipe dirigeante avait commis une faute en laissant l'entreprise violer les engagements souscrits. Bien que la décision ne l'évoque pas clairement, le Tribunal sanctionne ici une certaine partialité de l'enquête interne qui aurait dû permettre de confronter tous les protagonistes et les points de vue.

Un aperçu des manquements susceptibles d'être reprochés aux dirigeants

Afin d'établir une violation des devoirs fiduciaires des dirigeants, le Tribunal rappelle que les plaignants devaient établir, selon une jurisprudence constante, des faits susceptibles de rendre plausibles et raisonnables les allégations selon lesquelles *“les défendeurs ont volontairement causé ou consciemment permis à l'entreprise de violer le droit positif, ou ont complètement échoué à mettre en place un système d'alerte ou un mécanisme de surveillance des obligations légales de l'entreprise”* (*In re Caremark International, Inc., Derivative Litig.*, 698 A2.2d 958, Delaware Ch. 1996). Or, selon le Tribunal, les plaignants ont satisfait à ces exigences. Plus largement, le juge a estimé que les décisions prises n'étaient pas couverte par la *« business judgement rule »*, règle de droit américain des sociétés selon laquelle les décisions des dirigeants ne peuvent pas donner lieu à responsabilité, dès lors qu'elles respectent une certaine logique et qu'elles ont été prises en prenant les précautions adéquates (pour une brève présentation en français, v. P. Mousseron et L. Chatain-Autajon, *Droit des sociétés*, Joly éd./Lextenso 2011, p. 173).

S'il existait bien des mécanismes de surveillance internes, il est clair que ceux-ci n'ont pas fonctionné. Le fait que Microsoft n'ait apporté aucune explication à la Commission ou actionnaires sur le fait que, pendant une dizaine de mois, quinze millions d'ordinateurs en Europe aient été installés sans le mécanisme multichoix – si ce n'est l'excuse d'une “erreur technique” – renforce la conviction du juge selon laquelle un dysfonctionnement important a eu lieu. Face aux accusations selon lesquelles les défendeurs ont volontairement ignoré les difficultés rencontrées par Microsoft dans la mise en œuvre d'un système de contrôle efficace, le Tribunal relève que, comme le soulignent les plaignants, l'engagement conclu avec la Commission imposait précisément à Microsoft de

surveiller la mise en œuvre de celui-ci. Pour la juridiction fédérale, il est ainsi surprenant “*qu’une entreprise comme Microsoft, n’ait pas remarqué que, pendant plus d’un an et demi, l’installation d’un de ses produits cruciaux n’aient pas eu lieu sur quinze millions d’ordinateurs européens alors que: 1) cet élément manquant était essentiel et faisait justement l’objet d’une obligation d’être inclus dans les ordinateurs, à la charge pour Microsoft de vérifier ceci; 2) l’inclusion de cet élément devait permettre d’éviter à Microsoft l’imposition d’une amende importante; 3) la présence ou l’absence de cet élément était aisément détectable, même pour le consommateur moyen installant le logiciel*”. Pour ces différentes raisons, le Tribunal rejette la requête en défense des dirigeants, estimant qu’il ait plausible que ces derniers aient en conscience laissé Microsoft violer l’engagement ou ait fait preuve de légèreté dans la surveillance de l’entreprise.

Si l’affaire est encore loin d’être terminée, et si les faits sont peu ordinaires, ils offrent cependant un certain nombre d’enseignements. D’abord, classiquement du point de vue du droit des sociétés, le juge américain n’hésite pas à venir au secours des actionnaires qui demandent des comptes face aux erreurs de managements des dirigeants. Cela soulève le problème, fort ancien, du traitement de ce que l’on nomme les “*derivative suits*” en droit des sociétés, avec la lancinante question des risques d’abus en la matière (v. déjà sur la question, H. Ballantines, “Abuses

of Shareholders Derivative Suits: How Far Is California’s New “Security For Expenses” Act Sound Regulation?” *California L. Rev.* 1949, p. 349 et s.). Ensuite, et surtout, du point de vue du droit *antitrust*, l’affaire pourrait être un signal important envoyés aux actionnaires américains mais aussi européens: la violation des règles de concurrence par une entreprise, qu’il soit question de complicité des dirigeants ou de carences de ceux-ci, peut ouvrir la porte à des actions en dommages et intérêts au profit des actionnaires. C’est particulièrement vrai dans le contexte de la violation des engagements, même si ces hypothèses sont peu fréquentes. Dans ce cas de figure, comme l’illustre l’affaire commentée, les dirigeants ont des obligations renforcées en termes de surveillance des comportements de l’entreprise. Plus largement, l’affaire souligne le fait que, désormais, à côté du risque de sanctions émanant des autorités de concurrence, à côté du risque de poursuites venant des victimes des pratiques, la menace – et c’est heureux – peut aussi provenir des actionnaires. Il y avait les salariés éconduits et vindicatifs, les dénonciateurs recherchant la clémence ou les lanceurs d’alerte agissant au nom de l’éthique; il y a désormais les actionnaires demandant des comptes sur la façon dont leur entreprise est gérée: plus que jamais en matière *antitrust*, le risque vient de l’intérieur...

J.-C. R. ■

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

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
Jérôme Gstalter

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

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

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

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

POLITIQUE INTERNATIONALE

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

Reuves

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