



Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Chroniques | Concurrences N° 2-2014 – pp. 207-223

Florian BIEN

florian.bien@uni-wuerzburg.de

| *Professeur, Université de Würzburg, Allemagne*

Karounga DIAWARA

karounga.diawara@fd.ulaval.ca

| *Professeur, Université Laval, Québec*

Silvia PIETRINI

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

| *Maître de conférences, Université Lille 2 Droit et Santé*

Jean-Christophe RODA

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

| *Maître de conférences, Aix-Marseille Université*

Julia XOUDIS

julia.xoudis@unige.ch

| *Professeure associée, Université de Genève*

Chroniques

Florian BIEN*

florian.bien@uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Würzburg, Allemagne

Karounga DIAWARA

karounga.diawara@fd.ulaval.ca

Professeur, Université Laval, Québec

Silvia PIETRINI

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

Maître de conférences,
Université Lille 2 Droit et Santé

Jean-Christophe RODA

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Maître de conférences, Aix-Marseille Université

Julia XOUDIS**

julia.xoudis@unige.ch

Professeure associée, Université de Genève

Abstracts

1. Europe

1.1. Germany

PRIVATE ENFORCEMENT – COLLECTIVE ACTION – CESSION OF DAMAGES CLAIMS: 207

The regional court of Düsseldorf declares contra bonos mores the cession of damages claims for antitrust injury to a third party not having the necessary resources at its disposal and thus dismisses the atypical collective action directed against the members of the German cement cartel

Regional Court of Düsseldorf, 17.12.2013, 37 O 200/09 (Kart.) U. - Zementkartell II (Cement II)

1.2. Italy

PUBLIC ENFORCEMENT – ABUS DE POSITION DOMINANTE – PROPRIETE INTELLECTUELLE: 210

The Italian Supreme Administrative Court allows the appeal of the Competition and Market Authority regarding an abuse of rights committed by a dominant undertaking

It. Supreme Adm. Court, 14.01.2014, case Pfizer

1.3. Switzerland

PUBLIC ENFORCEMENT – REGULATED MARKET – PHARMACEUTICAL SECTOR: 215

The Swiss Federal Administrative Court declares that the Swiss Cartel Act does not apply to certain prescription drugs that are not covered by health insurance

Federal Administrative Court, 03.12.2013, Pfizer, Eli Lilly (Suisse), Bayer (Schweiz) v. Competition Commission, B-364/2010, B-362/2010 and B-360/2010, DPC 2013/4 704

2. US

PRIVATE ENFORCEMENT – “DOMESTIC EFFECTS EXCEPTION” – FOREIGN CARTEL: 218

A District Court’s gives indications concerning the extraterritorial application of the U.S. federal antitrust law in the LCD cartel case Motorola Mobility, Inc. v. AU Optronics Corp. et al., Case n° 09-cv-6610, N.D. Ill., 23 janv. 2014.

US DEPARTMENT OF JUSTICE – EXTRADITION – PRICE FIXING: 220

The US Department of Justice obtains the first extradition to the US of a foreign executive on an antitrust charge with alleged price fixing.

DOJ, 04.04.2014, Press Release : First Ever Extradition on Antitrust Charge

3. Canada

ABUSE OF DOMINANT POSITION – ANTICOMPETITIVE ACT – NEGATIVE EFFECT ON A COMPETITOR – EXCLUSIVE ABUSE – EXPLOITATIVE ABUSE – REAL ESTATE INDUSTRY: 221

The Federal Court of Appeal overturns the Competition Tribunal’s narrow interpretation of abuse of dominant position provisions

Canada-Commissioner of Competition- v. The Toronto Real Estate Board, 2014 FCA 29

* Avec la collaboration du Dr. Jochen Bernhard, avocat, Menold Bezler Rechtsanwälte, Stuttgart. Le titulaire de la chronique était impliqué dans l’affaire commentée.

** Avec la collaboration de Pranvera Këllezi, avocate, Meyerlustenberger Lachenal, Genève.

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

1. JURISPRUDENCES EUROPÉENNES

1.1. Allemagne

PRIVATE ENFORCEMENT – RECOURS COLLECTIF – CESSION DES DROITS AUX DOMMAGES ET INTÉRÊTS : Le Tribunal régional de Düsseldorf rejette l’action de groupe atypique intentée à l’encontre des producteurs de ciment en jugeant contraire aux bonnes mœurs la cession des droits aux dommages et intérêts des victimes des ententes illicites à une entreprise ne disposant pas de moyens financiers suffisants (Cour régional de Düsseldorf, Jugement du 17 décembre 2013, 37 O 200/09 (Kart.) U. - Zementkartell II (Ciment II))

Malgré un grand nombre d’innovations apportées par les 7^{ème} et 8^{ème} amendements de la loi contre les restrictions de la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*) et destinées à rendre plus efficace et plus opérationnelle la protection juridique des victimes des ententes et pratiques illicites (cf. F. Bien, *Concurrentes* n° 1-2012, n° 42396, p. 231, et U. Pfeffer, *Concurrentes* n° 4-2013, art. n° 58738, p. 210, 215), le nombre d’actions privées en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence reste toujours limité en Allemagne.

La réticence des victimes à intenter une action en dommages et intérêts devant les cours et tribunaux serait notamment due à l’incertitude inhérente à toute action en justice ainsi qu’au risque financier lié aux coûts souvent élevés du procès. Par ailleurs, les entreprises redoutent de détériorer les relations avec leurs partenaires, si elles engagent une action judiciaire contre ces derniers.

La société belge *Cartel Damage Claims SA (CDC)*, qui a été créée par un ancien agent du *Bundeskartellamt*, puis avocat allemand, essaie de remédier à cette apathie rationnelle des entreprises victimes des ententes illicites. Cette société tente de recouvrer en son nom les dommages-intérêts d’entreprises lésées, qui lui ont cédé leur droit à agir en justice. Sa stratégie consiste, dans un premier pas, à acquérir des victimes leurs droits aux dommages et intérêts moyennant paiement d’une somme forfaitaire et promesse de participation au bénéfice en cas de succès et, dans un deuxième pas, à intenter une action en justice à son nom propre. Les frais d’instance devraient ainsi être minimisés parce que répartis entre plusieurs victimes. De même, aucun risque financier supplémentaire ne saurait peser sur ces dernières, étant donné que le demandeur en justice est CDC et non les victimes prises individuellement. Au cas où le procès serait perdu, c’est CDC qui supporterait les frais d’instance, y compris les honoraires payés par le défendeur à son avocat. Enfin, le contentieux entre un fournisseur (présupposé auteur d’infraction au droit de la concurrence) et l’entreprise victime des ententes est transposé à un niveau un peu plus abstrait. En effet, l’action en justice contre la partie défenderesse n’est pas intentée par la victime elle-même, mais plutôt par CDC qui poursuit ses propres revendications.

Après plusieurs succès obtenus dans un certain nombre d’affaires grâce à des règlements à l’amiable en dehors des cours et tribunaux, CDC a subi une défaite écrasante avec le rejet de son action par le tribunal régional de Düsseldorf dans une affaire d’ententes illicites sur le ciment, qui a suscité beaucoup de remous.

Atteinte aux bonnes mœurs par le mode de cession des droits pratiqué par CDC ?

Le tribunal régional devait d’abord établir si les clients des participants aux ententes avaient réellement et de manière légale cédé leurs prétendus droits aux dommages et intérêts à CDC. L’éventuelle atteinte aux bonnes mœurs par la cession des droits y aurait fait obstacle. En plus, le tribunal s’est également prononcé sur la question d’une éventuelle prescription de ces droits.

Le regroupement des droits aux dommages et intérêts pour violation des règles de la concurrence comme équivalent de l'action collective inexistante en droit allemand

Les producteurs de ciment incriminés avaient participé à une entente illicite entre 1988 et 2002. Ces pratiques furent découvertes par le *Bundeskartellamt* au printemps 2003 et condamnées à l'amende la plus élevée dans l'histoire de l'autorité allemande. Cette sanction a finalement été confirmée par la Cour fédérale de justice dans son arrêt du 26 février 2013 (cf. F. Bien, P. Rummel, *Concurrences* n° 4-2013, art. n° 59399, p. 181-183).

Dans la même période, CDC avait acquis auprès des présumées victimes les droits aux dommages et intérêts d'un prétendu ordre de 175 millions d'euros, avec pour objectif d'intenter une action unique contre les participants à cette entente illicite et d'obtenir du tribunal leur condamnation au paiement de ce montant. Les présumées victimes avaient reçu chacune la somme de 100 euros pour les droits cédés à CDC. En outre, une partie du montant des dommages et intérêts, soit 65 à 85 % du montant global, devait leur être reversée en cas de succès de l'action en justice.

C'est en janvier 2005 que CDC avait enfin saisi le tribunal régional de Düsseldorf, sollicitant des dommages et intérêts évalués à 131 millions d'euros plus intérêts. Elle sollicita en même temps du tribunal de faire application des dispositions du paragraphe 89a *GWB*, qui accorde au juge le pouvoir de réduire unilatéralement le montant du litige en faveur du demandeur d'une action en dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence, si ce dernier prouve à suffisance que, dans l'hypothèse d'un éventuel rejet de son action, le paiement total des frais d'instance affecterait considérablement sa situation économique. En effet, en droit allemand, non seulement les frais d'instance mais aussi les honoraires des avocats sont calculés sur la base de la valeur du litige. À l'appui de sa demande, CDC faisait valoir son incapacité à supporter les coûts du procès calculés en fonction de la valeur globale du litige au cas où elle perdrait. Après l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2008, de la loi sur les services juridiques (*Rechtsdienstleistungsgesetz*), qui a abrogé la loi sur le conseil juridique (*Rechtsberatungsgesetz*), CDC se fit de nouveau céder les droits aux dommages et intérêts.

Dans un jugement interlocutoire rendu en date du 21 février 2007, le tribunal régional se prononça en faveur de la recevabilité de la demande de CDC, sans toutefois se pencher sur la licéité du mode de cession des droits que cette dernière revendiquait, laissant ainsi de côté la question du fondement juridique même de cette requête (cf. B. Deffains, S. Ferry, *Revue d'économie industrielle* n° 131, 3^{ème} trimestre 2010, p. 51, 54 et s.). Les recours déposés par les défendeurs devant la Cour d'appel de Düsseldorf et plus tard devant la Cour fédérale de justice furent rejetés.

Avec son jugement du 17 décembre 2013, le tribunal régional de Düsseldorf semble avoir marqué un grand tournant sur la question de la protection juridique des victimes des infractions au droit des ententes. Il a en effet déclaré nulles toutes cessions des droits aux dommages et intérêts

intervenues en faveur de CDC tant sous l'emprise de la loi sur le conseil juridique qu'après son abrogation. Aussi, après avoir reçu la requête de CDC, il l'a jugée non fondée.

Nullité des cessions des droits réalisées avant le 30 juin 2008 pour violation de la loi sur le conseil juridique

Il était d'abord question pour le tribunal de déterminer si le regroupement par CDC des droits aux dommages et intérêts équivalait à une opération d'achat de ces droits pour son propre intérêt ou à une procédure de recouvrement des créances des tiers. Aux termes de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, phrase 1^{ère} de la loi sur le conseil juridique, le recouvrement des créances à titre professionnel n'était autorisé qu'aux avocats ainsi qu'aux personnes habilitées à cet effet par les pouvoirs publics. Or, CDC n'était porteuse d'aucune autorisation en la matière. Le tribunal a estimé que l'action intentée par CDC constituait un service juridique en faveur des tiers et nécessitait par conséquent une autorisation préalable. Il retient l'existence d'intérêts des tiers, à savoir des victimes de l'entente, en partant notamment de l'intérêt de ces cédants à un aboutissement heureux du procès, étant donné qu'ils espèrent bénéficier de plus de 50 % du montant total des dommages et intérêts au cas où le demandeur principal, CDC, obtiendrait gain de cause. Par conséquent, les cessions intervenues avant le 30 juin 2008 auraient violé la loi sur le conseil juridique et seraient donc nulles (paragraphe 134 *BGB*).

Le mode de cession pratiqué par CDC jugé contraire aux bonnes mœurs et sa tentative de faire passer le risque des frais de procédure aux défendeurs rejetée

Les opérations des cessions intervenues au cours du second semestre 2008 et au début de l'année 2009 ont également été déclarées nulles. Elles seraient, selon le tribunal régional, contraires aux bonnes mœurs. En effet, CDC ne disposait pas à ce moment de ressources financières suffisantes, pouvant lui permettre en cas de condamnation de rembourser les frais dépensés par les défendeurs. Il en résulte que CDC ainsi que les cédants auraient fait passer de manière injuste aux défendeurs tout le risque des coûts liés au procès. En effet, ces derniers redoutent de supporter l'essentiel de leurs frais judiciaires, même en cas d'une éventuelle victoire au procès. Le caractère illicite de cette démarche consiste à ce que les victimes s'abritent derrière une partie dépourvue de moyens nécessaires à la conduite d'une action en justice. L'élément subjectif exigé au paragraphe 138 *BGB* pour qualifier ce comportement d'immoral est à rechercher dans l'attitude des cédants vis-à-vis du modèle d'affaire de CDC qui entendait clairement faire peser le risque de tout le procès sur les défendeurs.

Principe de non-application de la nouvelle règle d'interruption de la prescription extinctive sur des droits aux dommages et intérêts nés sous l'emprise de l'ancienne loi

Même si les prétendus droits aux dommages et intérêts cédés à CDC pouvaient être licites, le tribunal considère qu'ils seraient, au moins en grande partie, prescrits.

Le paragraphe 33, alinéa 5^{ème} GWB, qui a été apporté en juillet 2005 par le 7^{ème} amendement de la loi contre les restrictions à la concurrence, prévoit certes l'interruption de la prescription des droits aux dommages et intérêts pour violation du droit de la concurrence pendant la durée des procédures administratives. Le tribunal régional de Düsseldorf a cependant jugé que cette disposition ne peut s'appliquer au cas d'espèce dont les faits incriminés ainsi que tous les actes de procédure devant le *Bundeskartellamt* remontent essentiellement à une époque antérieure à son entrée en vigueur. Par ailleurs, le législateur n'a prévu aucune disposition transitoire spécifique qui justifierait une éventuelle rétroactivité de cette règle d'interruption de la prescription. Aussi le tribunal ne trouve-t-il aucune raison pour une application analogue de cette nouvelle disposition légale sur le cas sous examen.

Regard sur le droit comparé : cas de la législation autrichienne

La réaction du législateur autrichien sur la problématique de l'applicabilité ou non de la nouvelle règle d'interruption de la prescription sur des anciennes affaires comme celle de l'entente sur le ciment mérite une attention particulière. En effet, le nouveau paragraphe 37a de la loi autrichienne sur les cartels adopté en 2013 a introduit une disposition semblable à celle contenue au paragraphe 33, alinéa 5^{ème} GWB analysé ci-dessus. En même temps, le législateur autrichien a pris le soin de régler explicitement au paragraphe 86, alinéa 4^{ème}, phrase 3^{ème} de la loi la question de l'application dans le temps de la nouvelle norme. Il a notamment limité clairement l'application de la nouvelle règle d'interruption de la prescription énoncée au paragraphe 37a, alinéa 4^{ème} aux seules infractions au droit de la concurrence commises après l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition le 1^{er} mars 2013 (cf. F. Bien, J.-D. Harke, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2013, 312, 314). Par conséquent, tous les anciens cas ne peuvent être concernés par cette règle.

Le rejet de l'action de CDC était prévisible après presque neuf ans de procédure en première instance

Que la demande de CDC soit jugée non fondée et par conséquent rejetée par le tribunal régional de Düsseldorf après presque neuf ans de procédure n'est pas surprenant. En effet, la doctrine (ex.: J. Bernhard, *Kartellrechtlicher Individualschutz durch Sammelklagen*, 2010, p. 168 et s.) avait déjà fustigé la violation de la loi sur le conseil juridique dès que les premières opérations des cessions des droits en faveur de CDC étaient réalisées. De même, la prescription des droits aux dommages et intérêts cédés après le 30 juin 2008 ne suscitait pas de doute. Il suffisait de considérer la date de condamnation à l'amende prononcée par le *Bundeskartellamt* contre les membres à l'entente sur le ciment et le délai de prescription triennal prévu au paragraphe 195 du Code civil allemand (BGB). Il semblait peu probable que le tribunal appliquât dans cette affaire datant des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix la nouvelle règle d'interruption de la prescription introduite seulement en 2005.

La validité de la cession intervenue après le 30 juin 2008 a, d'après nous, justement été remise en cause par le tribunal. Néanmoins, cette question nécessite une analyse approfondie. C'est que dans l'hypothèse où cette cession était jugée licite et régulière, le demandeur aurait acquis des droits déjà prescrits ; il pourrait alors fonder son action sur les paragraphes 852 et 818 et suivants du BGB, qui obligent l'auteur d'une infraction à rembourser aux victimes les bénéfices acquis en violation de la loi, et ce même après la prescription du droit aux dommages et intérêts. Cette obligation peut s'étendre jusqu'à dix ans après la connaissance des faits. Il s'en suit qu'en dépit de la prescription des droits qu'elle avait acquis des victimes, CDC aurait encore pu réclamer des participants à l'entente illicite les bénéfices indûment réalisés, si la cession des droits était licite. Or le tribunal a jugé que cette deuxième série d'opérations des cessions était nulle. Par conséquent, CDC ne saurait être considérée comme créancier de ces droits.

Après le recours déposé contre ce jugement du tribunal régional de Düsseldorf, il reste à savoir comment la Cour d'appel va interpréter le paragraphe 138 BGB et apprécier le caractère abusif de la cession des droits à CDC. L'action menée par CDC pour les présumées victimes des ententes illicites se justifie par les avantages qu'apporte une action de groupe notamment en ce qui concerne la preuve du préjudice. Étant donné que CDC a réussi à rassembler les données d'un grand nombre de victimes, la détermination du prix concurrentiel hypothétique devient beaucoup plus aisée qu'il ne saurait en être dans de nombreuses procédures individuelles (T. Makatsch, V. Abele, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2013, 164, 166). Bien que le tribunal de Düsseldorf reconnaisse les effets positifs que le regroupement d'actions individuelles par cession de droits à réparation peut avoir sur l'économie du procès, il fait cependant remarquer, avec raison, que ces avantages seraient également obtenus si la responsabilité de la charge des frais de procédure était partagée entre les cédants.

Le contrat de cession des droits à CDC ne viole pas l'interdiction de rémunération des avocats au prorata

L'une des clauses du contrat de cession conclu entre CDC et les victimes prévoit de reverser à ces dernières une partie du montant des dommages et intérêts au cas où la demande de CDC connaîtrait un aboutissement en leur faveur. L'on se demande dès lors si un tel accord ne constitue pas une sorte de rémunération au prorata, laquelle est interdite en droit allemand (cf. paragraphe 49b Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO). Cette question qui n'a plus été soulevée par le tribunal est à répondre par la négative. En effet, CDC se fait représenter au tribunal par un avocat à qui elle paie des honoraires dont le montant ne dépend pas de l'issue du procès. C'est plutôt le montant qui devrait revenir à CDC en tant que demandeur qui dépend essentiellement du succès de son action en justice ; ce montant n'est pas à confondre avec les honoraires d'avocat.

Peut-on déjà proclamer la fin de l'action de groupe à la CDC ?

Il est d'une certaine manière tragique que la demande de CDC ait été rejetée du seul fait que la cession des droits dont elle poursuivait le paiement était illicite. Compte tenu de l'état de la question dans la jurisprudence allemande au moment où l'action en justice avait été intentée, les victimes des ententes illicites sur le ciment avaient opté pour céder ses droits à un seul plaignant en vue de minimiser le risque des coûts liés au procès et de renforcer en même temps les moyens de preuve de leurs prétentions. Et pourtant l'on assiste de plus en plus à un revirement de la jurisprudence depuis que la Cour fédérale de justice a allégé les conditions de charge de la preuve dans les procédures judiciaires relatives aux dommages et intérêts pour violation du droit des ententes (cf. F. Bien, *Concurrences* n° 1-2012, n° 42396, p. 231-233). Cette évolution de la jurisprudence aurait logiquement pu profiter aux cédants s'ils avaient envisagé à l'époque de saisir le tribunal au moyen d'actions individuelles comme victimes tendant à obtenir le paiement des dommages et intérêts à titre personnel.

Même si le jugement du tribunal régional de Düsseldorf venait à être confirmé par des juridictions supérieures, cela ne saurait être considéré comme le début de la fin d'une action collective atypique. La loi sur les services juridiques en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2008 a largement ouvert les portes à des tiers profitant de la cession des droits en dommages-intérêts des victimes des ententes illicites. Pour répondre à l'allégation de l'atteinte aux bonnes mœurs par le transfert injuste et inéquitable aux défendeurs du risque lié aux frais d'instance, l'on peut supposer que CDC, dans les procès à venir, se dotera de ressources financières suffisantes pour faire face au frais de justice. À ces fins, CDC a d'ores et déjà fait enregistrer, d'après les dispositions de la nouvelle loi sur les services juridiques, six autres sociétés, qui lui serviront de dispositifs pour des procédures futures.

J. B. – F. B. ■

1.2. Italie

PUBLIC ENFORCEMENT – ABUS DE POSITION DOMINANTE – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE :
Le Conseil d'État italien accueille le recours de l'Autorité de la concurrence et du marché au sujet d'un abus de droit opéré par une entreprise en position dominante (*Conseil d'État, arrêt du 14 janvier 2014, publié le 12 février 2014, affaire Pfizer*)

Par un arrêt du 14 janvier 2014, publié le 12 février 2014, le Conseil d'État a annulé la décision du Tribunal administratif du Latium (ci-après "TAR Latium") par laquelle le juge administratif avait annulé la décision de l'Autorité de la concurrence (ci-après "AGCM") qui, en janvier 2012, avait infligé au groupe Pfizer une amende de 10,6 millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché du principe actif latanoprost, utilisé pour le traitement du glaucome. Selon l'AGCM, l'utilisation systématique des procédures administratives et des actions judiciaires avait eu l'effet d'entraver ou de retarder l'accès au marché aux

producteurs de médicaments génériques et causé un préjudice considérable au système de sécurité sociale nationale en raison d'un manque d'économies (v. notre commentaire *in Concurrences* n° 2-2012, p. 178). Mais, par un arrêt en date du 3 septembre 2012, le TAR Latium avait estimé que l'AGCM n'avait apporté aucune preuve quant à l'exercice abusif d'une position dominante par le groupe Pfizer sur le marché italien des médicaments relatifs au traitement du glaucome (v. notre commentaire *in Concurrences* n° 4-2012, p. 184).

Le droit de la propriété intellectuelle et le droit des pratiques anticoncurrentielles constituent deux domaines indépendants qui ne sont pas toujours conciliables

Dans un premier temps, le Conseil d'État s'interroge sur les comportements que l'AGCM avait réputés anticoncurrentiels puisqu'ils faisaient partie d'une stratégie visant à étendre de façon artificielle la durée de la protection du brevet relatif au Xalatan et à profiter de façon abusive de l'état d'incertitude quant à la date d'échéance du brevet afin de retarder l'entrée sur le marché de médicaments génériques. Le TAR avait considéré que le cumul de procédures administratives et d'actions judiciaires constitue un ensemble de comportements licites, faute d'éléments supplémentaires démontrant l'intention d'entraver l'accès au marché. Mais, le Conseil d'État a réfuté le raisonnement du TAR. Il rappelle tout d'abord que la demande de brevet divisionnaire pour un médicament déjà protégé constitue une faculté reconnue par la réglementation sectorielle. La question alors ne porte pas sur la légitimité abstraite de la demande mais sur l'utilisation concrète d'une faculté conférée à une entreprise se trouvant dans une position dominante sur le marché en cause. Des actes légitimes au regard du droit de la propriété intellectuelle peuvent ainsi se révéler, en pratique, anticoncurrentiels. Selon le Conseil d'État, l'abus de position dominante dont Pfizer serait l'auteur n'est qu'une manifestation de la catégorie plus large des abus de droit dont la condition première est l'existence d'un droit qui a été détourné de sa finalité première en menant des comportements illicites au regard d'un critère d'évaluation juridique ou extrajuridique. En reprenant sa propre jurisprudence, le Conseil d'État considère que "l'abus de droit, loin d'exiger l'existence d'une violation formelle, implique l'utilisation altérée du schéma formel du droit, finalisée à la réalisation d'objectifs nouveaux et différents de ceux indiqués par le législateur" (Conseil d'État, 17 mai 2012, n° 2857). Au cas d'espèce, la conduite mise en œuvre par Pfizer en exploitant les pouvoirs qui découlent de la protection par brevet de son médicament et sa position sur le marché a permis "le report des médicaments équivalents à Xalatan", ce qui manifeste "une flagrante et fréquente finalité anticoncurrentielle, vouée à retarder la commercialisation des médicaments génériques, avec des dommages considérables au service sanitaire national". Cette stratégie, confortée par l'absence d'exploitation commerciale en application du brevet divisionnaire, concerne également les procédures lancées à l'encontre des concurrents et les contentieux qui ont suivi.

Les engagements proposés n'étaient pas en mesure de mettre un terme à la pratique anticoncurrentielle

Concernant les aspects procéduraux de cette affaire, on rappellera que l'Autorité de concurrence exerce un pouvoir discrétionnaire, en évaluant, au cas par cas, le degré d'efficacité des engagements proposés pour protéger la concurrence et le marché. Lorsqu'elle considère que ces mesures sont pertinentes pour résoudre les préoccupations de concurrence, l'AGCM adopte une décision rendant ces engagements obligatoires et met fin à la procédure, sans pouvoir ajouter des engagements supplémentaires à ceux pour lesquels l'entreprise s'est déclarée prête à accepter. Or, au cas d'espèce, l'AGCM avait considéré que les engagements proposés étaient insuffisants.

Le Conseil d'État conforte la position de l'AGCM : les engagements proposés par l'entreprise fautive non seulement n'étaient pas en mesure de mettre fin aux "effets irréversibles du dommage à la concurrence" mais pouvaient même renforcer l'effet anticoncurrentiel. Ainsi, l'engagement consistant à octroyer une licence pour l'utilisation du médicament protégé par le brevet divisionnaire avait pour effet de renforcer les effets découlant de l'exploitation de la position dominante sur le marché en cause. De même, l'engagement proposé par Pfizer qui consistait à insérer, pour une durée de trois ans, un communiqué sur son site Internet afin d'expliquer les différents médicaments présents sur le marché en cause a été considéré insuffisant puisque cette mesure avait en pratique pour effet de promouvoir davantage les produits vendus par l'entreprise fautive.

S. P. ■

ACTION COLLECTIVE – FAIT GÉNÉRATEUR DE RESPONSABILITÉ – PROTECTION DES CONSOMMATEURS : La Cour d'appel de Milan élargit les frontières de l'action collective

(CA Milan, ordonnance du 19 février 2014, publié le 3 mars 2014, RG 3960/2013)

Bien que le contentieux en question ne porte pas sur le droit de la concurrence, l'ordonnance de la Cour d'appel de Milan par laquelle elle a annulé l'ordonnance de la juridiction de première instance qui avait déclaré irrecevable l'action collective lancée sur le fondement de l'article 140 *bis* du Code de la consommation retiendra notre attention, car le juge italien vient d'abandonner l'interprétation stricte de ce texte, en étendant ainsi la portée de l'action collective.

Au cas d'espèce, une association de consommateurs avait agi en qualité de représentant processuel de plusieurs abonnés aux services ferroviaires de Trenord, une compagnie de transports opérant en Lombardie, à la suite de l'introduction d'un logiciel relatif aux déplacements des employés qui avait créé des graves perturbations sur toutes les lignes exploitées par cette entreprise. Dans un premier temps, l'entreprise s'était engagée à verser exclusivement l'indemnité prévue par le contrat de service de transports conclu avec la région. Cette solution n'étant pas satisfaisante aux yeux de plusieurs usagers, une association de consommateurs a lancé une procédure d'action collective afin d'obtenir la réparation du

préjudice patrimonial du fait que les usagers étaient titulaires d'un abonnement et d'un préjudice non patrimonial causé par les conditions très difficiles dans lesquelles ils s'étaient retrouvés.

Par une ordonnance du 8 novembre 2013, le Tribunal de Milan a rejeté la demande de l'association des consommateurs estimant que les situations des victimes n'étaient pas homogènes et que l'action collective ne pouvait donc être lancée (sur l'action collective introduite en 2007 et modifiée en 2012, voir S. Pietrini, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspectives nationale, européenne et internationale*, préf. E. Claudel, Bruylant, 2012, p. 316 et s.). Selon la juridiction de première instance, seul le fait générateur de responsabilité contractuelle était "homogène" ; en revanche, les conséquences du comportement du défendeur ne l'étaient pas. Celles-ci étaient manifestement très différentes compte tenu des retards invoqués par les uns et les autres, de la diversité des perturbations et de la divergence des situations, certains usagers ayant décidé de continuer à se rendre au bureau en utilisant le train alors que d'autres avaient opté pour la voiture. Ainsi, la condition d'homogénéité des droits lésés qui, en vertu de la loi sur la concurrence, le développement des infrastructures et la compétitivité du 24 mars 2012, est venue se substituer à la condition d'identité des droits lésés, n'était pas remplie. Le Tribunal de Milan a alors rejeté l'action collective dès la phase de recevabilité de l'action.

L'association de consommateurs a interjeté appel contre l'ordonnance qui a déclaré irrecevable l'action collective en invoquant deux moyens. D'une part, la diversité des conséquences du comportement fautif de l'entreprise ne pouvait pas être prise en compte lors du contrôle de recevabilité de l'action collective. D'autre part, rien n'empêche par la suite d'analyser individuellement les préjudices subis et de les évaluer en vertu d'un critère homogène de calcul.

La Cour d'appel de Milan accueille la demande de l'association de consommateurs estimant que l'interprétation du terme "homogène" doit tenir compte de la raison d'être et des exigences qui ont amené le législateur à introduire ce nouvel outil procédural. L'action collective vise à accroître la confiance des consommateurs et des usagers dans le fonctionnement du marché. Quant aux entreprises fautives, elles peuvent procéder à une évaluation globale des préjudices à réparer. L'action collective permet également de prendre en considération de façon effective et efficace les situations dans lesquelles le montant de la réparation risque d'être beaucoup plus faible que le coût de la procédure, ce qui, à défaut d'instruments adaptés, peut constituer un obstacle réhibitoire pour les victimes souhaitant agir en justice. Enfin, l'action collective présente des bénéfices pour l'administration de la justice puisqu'on évite une multiplication de contentieux portant sur les mêmes faits. La Cour d'appel de Milan estime que ces éléments doivent toujours être pris en considération lorsqu'il s'agit d'analyser la condition d'homogénéité des droits lésés en vue de l'adoption de la décision de recevabilité de l'action collective. Dès lors, "la simplification et l'économie processuelle" ne serait pas réalisée s'il fallait examiner les situations particulières de chaque adhérent potentiel à la classe. Il n'est pas non plus

possible d'exiger que "la situation de chaque victime soit tout à fait superposable à celle des autres car cela non seulement aurait pour conséquence d'abroger la disposition législative mais serait aussi contraire à l'objectif poursuivi par le législateur" qui requiert depuis 2012 une simple homogénéité et non une identité des situations des victimes. Par ailleurs, on a conféré au juge le pouvoir d'établir un critère pour calculer les sommes dues, ce qui montre que le législateur a opté pour une approche souple afin de tenir compte des éventuelles divergences des situations des victimes ayant adhéré à l'action collective.

La Cour d'appel de Milan estime qu'au cas d'espèce, doit être considéré "unique" non seulement le fait générateur de responsabilité – le dysfonctionnement du système d'organisation du défendeur – mais aussi le dommage – la mauvaise gestion du service de transport – peu importe que les préjudices causés soient différents en raison de la longueur du trajet parcouru et des types de perturbation occasionnés – retards, suppressions, transbordements, trains bondés, absence d'informations... La Cour estime que les situations des éventuels adhérents à la classe sont homogènes, les différences constatées n'ayant une incidence que sur l'évaluation des préjudices pour laquelle le législateur a d'ailleurs prévu la possibilité d'élaborer un critère de calcul des sommes dues. Dès lors, selon la Cour d'appel de Milan, la juridiction de première instance a effectué une "mauvaise superposition entre la condition de l'homogénéité des droits et la preuve du préjudice". Or, le législateur n'a pas requis que le préjudice de chaque victime soit prouvé dans la phase de recevabilité de l'action collective. Une telle interprétation du texte aurait d'ailleurs pour effet de vider de sa substance la deuxième phase qui s'ouvre à l'issue de la première lorsque l'action est déclarée admissible ; en effet, c'est seulement dans cette deuxième phase que le juge traite du fond de l'affaire et évalue le préjudice subi par les victimes !

À l'heure actuelle, seules neuf actions collectives ont été déclarées admissibles. L'ordonnance que vient d'adopter la Cour d'appel de Milan pourrait donner un nouveau souffle à cet outil procédural qui pour l'instant souffre d'une interprétation trop restrictive par les tribunaux.

S. P. ■

PUBLIC ENFORCEMENT – ENTENTE – SECTEUR PHARMACEUTIQUE : L'Autorité de concurrence italienne sanctionne deux laboratoires pharmaceutiques pour entente illicite visant à privilégier la commercialisation d'un médicament utilisé dans les traitements ophtalmologiques au détriment d'un médicament alternatif moins coûteux

(AGCM, décision du 27 février 2014, publiée le 5 mars 2014, affaire Roche Novartis)

Par une décision du 27 février 2014, publiée le 5 mars de la même année, l'Autorité Garante de la Concurrence et du Marché (ci-après "AGCM") a condamné les laboratoires pharmaceutiques Roche et Novartis 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), une maladie de la rétine portant à la quasi cécité. Cette décision requiert notre attention non seulement au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles mais également pour ses volets pénal, comptable ainsi que politique.

Le rappel des faits impose de définir le contexte précis de cette affaire. Parmi les médicaments utilisés pour traiter la maladie oculaire DMLA, figurent le Lucentis et l'Avastin qui sont développés et produits par la même entreprise, le laboratoire Genetech, mais commercialisés en Europe par deux laboratoires distincts – Novartis pour le Lucentis et Roche pour l'Avestin (aux États-Unis, en revanche, Roche détient les licences sur les deux médicaments). Le Lucentis constitue un médicament *on-label* puisqu'il a fait l'objet d'une autorisation de Mise sur le Marché (ci-après "AMM") pour le traitement des maladies oculaires. L'Avastin, en revanche, est un médicament *off-label*, c'est-à-dire un médicament utilisé dans un contexte qui ne correspond pas à l'indication mentionnée explicitement dans l'information reconnue par les autorités compétentes pour octroyer une AMM. En effet, la fonction thérapeutique principale de l'Avestin porte sur le traitement de maladies tumorales très graves et son utilisation dans le traitement de la DMLA et d'autres maladies ophtalmologiques est faite hors AMM puisque, malgré les études effectuées sur la substituabilité de ces deux médicaments et les critiques de la communauté scientifique qui ont suivi, le laboratoire Roche n'a jamais présenté de demande d'AMM pour ajouter la DMLA à son "champ d'action". Pourtant, à la différence d'autres pays comme la France qui ont fait le choix d'utiliser exclusivement le Lucentis, l'Italie a admis l'utilisation *off-label* de l'Avastin avec une couverture totale des dépens par le service sanitaire national (ci-après "SSN").

En 2012, l'Agence du médicament italien – organisme public sous l'égide du ministre de la Santé – a exclu la possibilité d'utiliser l'Avestin pour le traitement de maladies oculaires. Le contexte économique des collectivités territoriales étant très difficile, deux régions ont alors réagi en adoptant une délibération afin de permettre aux médecins de continuer à prescrire l'Avastin, largement moins coûteux que le Lucentis. Les deux laboratoires pharmaceutiques ont riposté en ouvrant un contentieux administratif avec ces deux régions,

à l'issu duquel les délibérations litigieuses ont été annulées. Néanmoins, le juge administratif de l'Emilia-Romagna a saisi le Conseil constitutionnel pour savoir s'il est légitime d'empêcher aux entités publiques d'utiliser des médicaments *off-label* moins coûteux et de demander, à la place du laboratoire pharmaceutique, une autorisation d'utilisation du médicament dans le traitement de maladies qui ne figurent pas dans l'AMM. Selon le juge administratif, un tel pouvoir "pourrait", en effet, "résoudre les cas dans lesquels (...) en raison d'une concurrence inexistante entre l'entreprise productrice du médicament *off-label* et celle productrice du médicament *on-label*, l'obligation pour le (service sanitaire national) de prescrire le médicament *on-label* contraindrait l'administration régionale et, donc, la collectivité, à assumer un coût économique objectivement excessif, voire exorbitant en raison du prix élevé du deuxième médicament (le médicament *on-label*)" (Tribunal administratif régional de l'Emilia-Romagna, ordonnance n° 378, 30 mai 2012). Le Conseil constitutionnel devrait se prononcer au cours de cette année.

À côté de ce contentieux, en février 2013, deux associations professionnelles ont saisi l'AGCM afin qu'elle constate que ces deux laboratoires pharmaceutiques avaient convenu de privilégier les ventes du Lucentis aux dépens de l'Avastin, ce dernier pouvant constituer en pratique une menace pour la rentabilité du médicament Lucentis, trente fois plus coûteux. Selon les plaignants, les deux laboratoires pharmaceutiques s'étaient entendus pour favoriser la vente du Lucentis, la décision de différencier Lucentis – produit *on-label* – et l'Avastin – produit *off-label* pour les maladies oculaires – étant justifiée non pas par des études scientifiques ou des raisons de sécurité des patients mais par une logique d'exploitation économique visant à empêcher la disponibilité du médicament moins coûteux. Cette stratégie convenait également à Roche, distributeur du produit *off-label*. En effet, en vertu des accords de coopération commerciale conclus entre les deux laboratoires, Roche reçoit des royalties très importantes de la part de Novartis. La performance commerciale du médicament *on-label* profite donc aux deux laboratoires.

À la lumière des éléments probatoires recueillis, par une décision publiée le 5 mars 2014, l'AGCM a sanctionné les deux laboratoires pour avoir mis en œuvre une entente visant à privilégier l'utilisation du Lucentis, en allant jusqu'à mettre en place une campagne publicitaire visant à convaincre les médecins et les services de santé de la dangerosité de l'Avastin.

L'existence d'une différenciation artificielle entre les deux médicaments

L'AGCM a procédé dans un premier temps à la définition du marché pertinent comme celui des médicaments pour le traitement des maladies oculaires. Selon l'Autorité, non seulement les concurrents des parties à la procédure mais les parties elles-mêmes considèrent l'Avastin et le Lucentis comme deux médicaments substituables. De même, la pratique médicale au niveau mondial estime que ces deux médicaments sont interchangeables d'un point de vue thérapeutique. Selon l'AGCM, on ne peut dès lors invoquer l'absence d'AMM pour exclure un médicament du marché

ainsi défini. En effet, si on admettait que l'AMM définit le marché pertinent, "on permettrait aux entreprises de fixer les éléments de comparaison et de substituabilité des différents produits dans le cadre de l'évaluation des conduites sous le profil des pratiques anticoncurrentielles, avec une dévalorisation substantielle (de l'analyse de la demande)". En pratique, "dans une prospective *antitrust*, l'AMM représente une barrière à l'entrée d'un médicament". Or, la substituabilité d'un médicament peut être établie au regard des "utilisations pratiques – parmi lesquelles l'utilisation *off-label* opérée par la pratique médicale".

Une fois défini le marché, l'AGCM a établi que les deux laboratoires pharmaceutiques ont coordonné leurs comportements en opérant une répartition du marché. En particulier, les entreprises ont mis en œuvre une entente horizontale unique et complexe qui s'est matérialisée par une pluralité de conduites insérées dans un plan d'action unique qui consistait à créer une "différenciation artificielle" entre les deux médicaments. Pour ce faire, les deux entreprises ont "manipulé la perception des risques liés à l'utilisation (de l'Avastin) dans le traitement des maladies oculaires afin d'influer sur la demande" alors qu'au sein des deux laboratoires plusieurs documents montrent que les deux médicaments étaient considérés équivalents et Roche a vendu l'Avastin comme médicament *off-label* à certaines cliniques privées spécialisées dans les maladies oculaires.

La différenciation artificielle entre les deux médicaments a été corroborée par un véritable "matraquage publicitaire" qui visait à ralentir la progression de vente de l'Avastin et le déplacement conséquent de la demande vers le Lucentis.

Une vaste campagne publicitaire fondée sur la dissimulation des informations

Afin de booster les ventes du médicament le plus coûteux, les deux laboratoires ont tout d'abord lancé une vaste offensive sur le plan scientifique, en organisant des conférences, en publiant des articles et en finançant des publications visant à réviser les études qui avaient établi l'équivalence thérapeutique des deux médicaments. Cette stratégie qui consistait à amplifier les effets négatifs du médicament *off-label* voire créer des nouveaux risques jamais constatés auparavant visaient, selon l'AGCM, "à différencier les médicaments au profit du (produit *on-label*) dans les traitements ophtalmologiques" et "éviter l'érosion *off-label*". Par ailleurs, les filiales nationales des deux laboratoires avaient la tâche de "produire et diffuser proactivement et en temps utile des brochures ajournées sur les rapports relatifs à des effets négatifs de l'Avastin pour une utilisation hors licence". Ces conduites s'inséraient dans la stratégie de "diffuser des informations en mesure d'engendrer des préoccupations publiques sur la sécurité de l'Avastin dans les traitements ophtalmologiques". Cette communication insistait également sur les aspects éthiques et les risques professionnels des médecins qui utilisaient le médicament *off-label*. Cette campagne s'était renforcée davantage à la suite de la publication d'une étude comparative indépendante sur les deux médicaments qui avait établi l'équivalence thérapeutique substantielle entre les deux produits.

L'AGCM a rejeté l'argument des parties qui consistait à démontrer que leurs conduites étaient conformes à leurs obligations pharmacologiques. En effet, selon l'AGCM, le respect de dispositions législatives ne requiert pas l'adoption de comportements collusifs. En outre, comme cela a été rappelé récemment par le Conseil d'État, les comportements d'entreprises même lorsqu'ils matérialisent, pris individuellement, l'exercice de facultés prévues par le législateur, peuvent constituer des pratiques anticoncurrentielles (Conseil d'État, arrêt du 12 février 2014, n° 693, affaire *Pfizer* ; sur cette affaire voir *infra*). Selon l'Autorité, l'analyse *antitrust* ne porte pas sur la légitimité abstraite d'une conduite mais sur l'exercice effectif d'une faculté ou d'un droit ; par conséquent, au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles, sera considérée illicite l'"utilisation détournée des fins pour lesquelles le législateur a conféré cette faculté ou reconnu ce droit".

Une stratégie réactive ayant des effets très graves

La stratégie "réactive" ainsi identifiée aurait été partagée et peaufinée par les deux laboratoires puisque toutes les informations considérées utiles circulaient entre les deux entreprises et ses filiales et la collaboration allait jusqu'à l'élaboration détaillée des interventions publiques respectives. L'AGCM a constaté que cette stratégie convenait parfaitement aux deux entreprises. En effet, Roche contrôle le laboratoire Genetech qui produit les deux médicaments et touche également des royalties sur les ventes de Lucentis réalisées par Novartis, laquelle, à son tour, par le biais d'une société au sein de son groupe, détient 33 % du capital de Roche. À la lumière des liens existants entre les deux laboratoires et de leurs accords de coopération commerciale, aucun d'entre eux n'avait d'intérêt à remettre en cause la performance commerciale du médicament *on-label* par une érosion des ventes opérée par le médicament *off-label*. L'Autorité en a conclu que cette stratégie avait clairement un objet anticoncurrentiel. Néanmoins, elle a souhaité préciser également les effets très graves engendrés par cette entente illicite.

L'autorité italienne constate tout d'abord les difficultés dans l'organisation des services sanitaires régionaux qui ont dû reprogrammer les ressources financières destinées pour l'achat du médicament *on-label*, largement plus coûteux, ainsi qu'une limitation dans l'accès aux traitements pour les patients affectés par des maladies graves.

L'AGCM rappelle ensuite qu'au cas d'espèce l'évaluation du dommage causé par cette pratique illicite porte sur les dépenses publiques engagées par le SSN. En réalité, nous rappelle l'Autorité, ces effets nocifs ont concernés également le service sanitaire privé dont les dépenses sont directement à la charge des patients. Au regard des effets causés au service sanitaire national, l'estimation pour démontrer leur gravité retiendra notre attention. L'Autorité compare les estimations effectuées par le SSN en cas d'utilisation des deux médicaments et les coûts qui découleraient d'une politique consistant à supprimer totalement le recours au médicament *off-label* au profit du médicament *on-label*. Si la pratique illicite aurait déjà augmentée de 45 millions d'euros pour la seule année 2012, les prévisions pour les années à venir

montreraient une augmentation vertigineuse des dépenses avoisinant 600 millions d'euros par an. Pour corroborer son estimation, l'AGCM rappelle que cette prévision est tout à fait comparable à la situation de la France qui a fait le choix d'admettre exclusivement l'utilisation du médicament *on-label*.

L'AGCM insiste sur le fait que le but n'est pas celui d'évaluer le préjudice mais d'établir l'existence d'effets anticoncurrentiels. Aucun degré de précision de ces effets n'est recherché par l'autorité puisque tout procédé visant à opérer une telle évaluation est subordonné à "la disponibilité des données, généralement limitée et imparfaite". L'AGCM rappelle alors le guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE, publié le 11 juin 2013, selon lequel "la quantification du préjudice dans les affaires de concurrence est (...), par nature, soumise à d'importantes limites quant au degré de certitude et de précision que l'on peut en attendre. Il ne peut être question de déterminer une seule "vraie" valeur du préjudice subi, mais uniquement de produire des estimations les plus précises possibles sur la base d'hypothèses et d'approximations". Néanmoins, même si l'évaluation du préjudice causé peut être discuté et dans l'affirmative cela sera fait devant les juridictions compétentes, selon l'AGCM, on ne peut pas contester l'existence d'effets anticoncurrentiels compte tenu de la différence très importante entre les prix des deux médicaments. Les effets constatés ont été ainsi qualifiés de "très graves". Les mécanismes de la demande ont été profondément altérés limitant la liberté de choix des consommateurs, en rendant très difficile l'accès aux traitements à des patients atteints de maladies très graves et en ayant une incidence considérable sur le bilan économique du service sanitaire national. Cela s'avère encore plus grave si on tient compte du secteur concerné – le secteur pharmaceutique caractérisé par une "profonde asymétrie d'informations entre producteurs et consommateurs" et du fait que les laboratoires ont exploité à leur avantage la grande complexité technique et réglementaire de celui-ci. En plus, "les deux laboratoires sont les opérateurs principaux de l'industrie pharmaceutique, avec des capacités opératives globales" et leurs "comportements sophistiqués ont visé des produits employés pour le traitement de pathologies graves (...) atteignant un nombre très élevé de patients". De même, ces médicaments ont longtemps bénéficié "d'un avantage absolu d'un point de vue concurrentiel (...) et bénéficient encore d'une protection par brevet, en l'absence (...) de pressions concurrentielles extérieures (...) pouvant balancer d'une manière ou d'une autre le pouvoir de marché des entreprises (concernées)".

Ainsi, l'AGCM a infligé une amende de 90,6 millions d'euros à Roche *in solidum* avec sa filiale à partir d'une base correspondant à 6,4 % du chiffre d'affaires, multiplié ensuite de 50 % en fonction du coefficient relatif à la dissuasion et réduit de 1 % en raison des pertes enregistrées par l'entreprise en 2012. Novartis et sa filiale italienne ont écopé une amende de 92 millions d'euros. Les deux laboratoires ont décidé d'interjeter un appel devant le Tribunal administratif du Latium, compétent pour les recours contre les décisions de l'AGCM.

La condamnation rendue par l’Autorité de concurrence italienne a eu plusieurs effets.

Tout d’abord, en Italie. Le parquet de Rome a ouvert une enquête préliminaire pour escroquerie et manipulation du marché des médicaments. Par ailleurs, une enquête ouverte il y a deux ans à Turin va jusqu’à envisager l’hypothèse d’association de malfaiteurs et de catastrophe sanitaire, en raison du nombre de patients qui auraient pu ne pas avoir accès à ce traitement en raison de son coût élevé. En outre, la Cour des comptes s’intéresserait aux conséquences d’une telle escroquerie en termes de surcoût pour le service public de santé compte tenu de la différence considérable de prix entre les deux médicaments. Sur l’agence italienne de sécurité des médicaments pèse également un soupçon de corruption, ce qui pourrait transformer ce scandale sanitaire en véritable scandale politique.

Ensuite en France, puisque le ministre de la Santé a transmis au Conseil d’État un projet de décret qui devrait permettre aux ophtalmologistes d’utiliser l’anticancéreux Avastin dans le traitement de la DMLA.

S. P. ■

1.3. Suisse

PUBLIC ENFORCEMENT – ACCORD DE LICENCE – IMPORTATIONS PARALLÈLES : Le Tribunal administratif fédéral suisse confirme les sanctions infligées par la Commission de la concurrence au fabricant suisse des dentifrices et à son preneur de licence autrichien pour entrave illicite aux importations parallèles (*Tribunal administratif fédéral, arrêts du 19 décembre 2013, Gaba International c/ Commission de la concurrence, B-506/2010, DPC 2013/4 750 ; Gebro Pharma c/ Commission de la concurrence, B-463/2010, DPC 2013/4 808*)

Le Tribunal administratif fédéral (“TAF”) a rejeté les recours de Gaba International SA (“Gaba”) et de Gebro Pharma GmbH (“Gebro”) contre la décision de la Commission de la concurrence (“Comco”) du 30 novembre 2009, leur infligeant des amendes pour avoir entravé les importations parallèles de dentifrices de la marque Elmex de l’Autriche vers la Suisse (DPC 2010/1 65).

En 2004, la loi sur les cartels (“LCart”) a été renforcée notamment par l’introduction de sanctions directes à l’encontre des accords verticaux durs (art. 5, al. 4 et art. 49a, al. 1 LCart). L’affaire *Gaba* fut l’une des premières dans lesquelles de telles sanctions ont été prononcées par la Comco et le TAF avait ainsi à examiner plusieurs questions de principe en matière d’appréciation des accords verticaux. Les solutions retenues auront un impact important sur d’autres causes qui doivent encore être tranchées par le TAF (affaire BMW, voir P. Kobel, *in Concurrences* n° 1-2013, p. 213 ; voir aussi l’affaire *Nikon* : décision de la Comco du 28 novembre 2011 publiée sur le site de la Comco).

Ces deux arrêts ne sont pas définitifs, Gaba et Gebro ayant recouru au Tribunal fédéral.

Les faits et la procédure

Gaba est une société suisse qui fabrique des produits d’hygiène dentaire, dont les dentifrices de la marque Elmex. En 1982, elle a conclu un contrat de licence avec la société Gebro pour la production et la distribution de ses dentifrices en Autriche. Jusqu’au 1^{er} septembre 2006, ce contrat prévoyait la clause suivante : “Gaba s’engage, par tous les moyens à sa disposition, à empêcher la livraison des produits contractuels [dentifrices Elmex et Aronal] en Autriche et à ne pas distribuer elle-même ces produits directement ou indirectement en Autriche. Gebro s’engage à produire et à distribuer les produits contractuels exclusivement dans le territoire concédé [Autriche] et à ne pas exporter directement ou indirectement les produits vers d’autres pays.” (traduction libre du ch. 3.2 du contrat de licence rédigé en allemand). Par contraste, la production et la distribution des dentifrices en Suisse ainsi que dans les pays limitrophes autres que l’Autriche étaient assurées par Gaba et ses filiales.

La société Denner SA est un discounter actif dans toute la Suisse au niveau du commerce de détail. Entre 2003 et 2005, elle a essayé, sans succès, d’importer depuis l’Autriche en Suisse les dentifrices “Elmex rouge” dont le prix au détail en Suisse était supérieur aux prix pratiqués dans les pays limitrophes. Le 30 novembre 2005, elle a déposé une plainte auprès du Secrétariat de la Comco. Cette dernière a ouvert une enquête et rendu une décision le 30 novembre 2009 condamnant Gaba et Gebro respectivement à des amendes de CHF 4,8 millions et de CHF 10’000. Les deux sociétés ont recouru au TAF.

Applicabilité de la loi sur les cartels

L’applicabilité de la loi sur les cartels était contestée par les recourantes qui soutenaient que le contrat de licence ne concernait que le marché autrichien et que des effets sensibles sur le marché suisse n’avaient pas été établis. Le TAF a examiné cette question à la lumière de l’article 2, al. 2 LCart, qui prévoit que “la loi sur les cartels est applicable aux états de faits qui déploient leurs effets en Suisse, même s’ils se sont produits à l’étranger”. Dans la mesure où le ch. 3.2 du contrat de licence interdisait des ventes directes ou indirectes dans d’autres pays, il a retenu que l’accord pouvait entraver les importations en Suisse. Puis, il a précisé que le champ d’application de la loi sur les cartels doit être compris comme étant large, de manière à permettre un examen des accords pouvant avoir un effet en Suisse. Contrairement à la solution en droit européen, le droit suisse n’exige pas l’établissement d’un effet sensible. L’intensité des effets sur la concurrence doit être examinée dans le cadre de l’application des règles matérielles.

Appréciation des accords verticaux en général

Les recourantes ont soulevé plusieurs griefs relevant du fond. Avant d’examiner les solutions adoptées par le TAF, il convient de rappeler le régime relatif à l’appréciation des accords verticaux au regard de l’article 5 LCart.

À la différence du droit européen, la loi sur les cartels n’est pas fondée sur une interdiction des accords restreignant la concurrence mais sur le principe de l’abus. Sont considérés

comme illicites les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur un marché et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace (art. 5, al. 1 LCart). Une telle suppression est présumée dans le cas des accords verticaux qui imposent un prix de vente minimum ou fixe de même que dans celui des accords de distribution qui confèrent une protection territoriale absolue ("contrats de distribution attribuant des territoires, lorsque les ventes par d'autres fournisseurs agréés sont exclues" ; art. 5, al. 4 LCart). On peut parler, à cet égard, d'accords verticaux durs ou, pour reprendre la terminologie européenne, de restrictions caractérisées.

L'appréciation des accords verticaux durs s'effectue ainsi en plusieurs étapes : tout d'abord il y a lieu de déterminer si l'accord tombe sous le coup de l'art. 5, al. 4 LCart. Le cas échéant, la Comco doit ensuite examiner si la présomption de suppression d'une concurrence efficace peut être renversée. Si un tel renversement est admis, la Comco ne peut retenir l'illicéité de l'accord que si elle établit qu'il affecte de manière notable la concurrence et qu'il n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique (art. 5, al. 1 et 2 LCart). La Comco a précisé sa pratique en la matière successivement dans trois Communications concernant l'appréciation des accords verticaux, dont la dernière date de 2010.

Par ailleurs, il convient de relever qu'une révision de la loi sur les cartels est actuellement en cours. Celle-ci a notamment pour but de renforcer la lutte contre les cartels et les prix élevés en Suisse, en prévoyant l'adoption d'un système d'interdiction des accords, à l'instar de celui de l'article 101 TFUE, du moins s'agissant des accords horizontaux et verticaux durs. La révision bat toutefois de l'aile, le Conseil national, soit la chambre basse du Parlement suisse, ayant refusé le 6 mars 2014 d'entrer en matière sur son examen (sur le projet dans son ensemble : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20120028). Si le Conseil des États se rallie à cette décision ou si le Conseil national refuse de revoir sa position, le projet de révision sera abandonné.

Suppression d'une concurrence efficace (art. 5, al. 4 LCart)

Dans le cas d'espèce, le TAF a confirmé que le ch. 3.2 du contrat de licence tombe sous le coup de l'article 5, al. 4 LCart. Il a retenu que cette clause contractuelle interdit toute vente hors d'Autriche donc également vers la Suisse, visant ainsi non seulement les ventes actives mais également les ventes passives et consacrant par là une protection territoriale absolue. Peu importe à cet égard que les parties ne se soient pas expressément attribué des territoires. Peu importe aussi que l'accord relatif à la distribution des produits soit incorporé dans un contrat de licence, un tel accord ne bénéficiant pas de l'exception prévue à l'article 3, al. 2 LCart, relative aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle.

Le TAF a également rejeté les arguments des recourantes fondés sur le règlement (CE) N° 772/2004 concernant l'application de l'article 81, § 3 TCE à des catégories d'accords de transfert de technologie. Compte tenu du fait

que le droit suisse s'inspire du droit européen, il a indiqué qu'il pouvait se référer à ce règlement dans une perspective de droit comparé. Néanmoins, il a retenu que l'accord ne pouvait bénéficier de l'exception prévue à l'article 4, § 2, point b), sous i) du règlement, autorisant la restriction des ventes passives par le preneur de licence sur un territoire exclusif réservé au donneur de licence, faute pour les parties d'avoir expressément réservé le territoire de la Suisse à Gaba. Et même si l'accord devait être considéré comme exempté, le TAF a indiqué qu'il aurait très probablement fait l'objet d'un retrait d'exemption au sens de l'article 6, § 2 du règlement dès lors que, en combinaison avec l'organisation mise en place par Gaba dans les autres pays limitrophes, il conduisait à l'isolement du marché suisse.

Enfin, le TAF a relevé que les effets nuisibles de l'accord sur la concurrence n'ont pas à être établis afin de déterminer si un accord tombe sous le coup de l'article 5, al. 4 LCart, mais doivent plutôt être analysés afin de décider si la présomption de suppression d'une concurrence efficace peut être renversée. Sur ce dernier point, le TAF a suivi la Comco et retenu que la présomption pouvait être renversée dans le cas d'espèce en raison d'une concurrence intramarque et intermarques suffisante sur le marché pertinent, à savoir le marché du dentifrice en Suisse.

Restriction notable de la concurrence (art. 5, al. 1 LCart)

Passant à l'examen de la question de savoir s'il y avait restriction notable de la concurrence, le TAF a relevé que les avis doctrinaux divergent sur la question de savoir si l'appréciation peut se fonder exclusivement sur des critères qualitatifs ou si elle doit également tenir compte de l'impact de l'accord sous l'angle quantitatif. Tout en notant que l'appréciation du caractère notable d'une restriction de la concurrence doit en principe se fonder tant sur des critères qualitatifs que quantitatifs, le TAF a considéré que les accords tombant sous le coup de l'article 5, al. 4 LCart doivent, de par leur nature même, être considérés comme des restrictions notables de la concurrence, sans qu'un examen de leur effet quantitatif sur le marché ne soit nécessaire. Ainsi, le ch. 3.2 du contrat de licence, qui confère une protection territoriale absolue et cloisonne le marché suisse, est une restriction qualitativement grave et constitue une restriction notable de la concurrence, indépendamment d'éventuels critères quantitatifs. Pour arriver à cette conclusion, le TAF s'est appuyé sur le règlement (CE) N° 330/2010, dans le cadre duquel la limitation de ventes passives est considérée comme une restriction caractérisée, quelle que soit la position des parties sur le marché pertinent (art. 4 du règlement (CE) N° 330/2010 concernant l'application de l'art. 101, § 3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées). En définitive, le TAF a retenu que les accords visés à l'article 5, al. 4 LCart, pour lesquels la présomption a été renversée, ne sont admissibles que s'ils sont justifiés par des motifs d'efficacité économique. Dans son résultat, cette solution rejoint celle proposée par le projet de révision de la loi sur les cartels.

Motifs d'efficacité économique (art. 5, al. 2 LCart)

Le TAF a par ailleurs rejeté les griefs des recourantes relatifs à une justification de la restriction de la concurrence fondée sur des motifs d'efficacité économique. Il a confirmé que l'existence d'un système de distribution sélective n'était pas établie et que, en tout état, le refus de livrer des revendeurs en Suisse ne pouvait se justifier par un tel système. Il a également rejeté les arguments fondés sur la réduction des coûts de distribution, l'organisation rationnelle de la production et la diffusion de connaissances techniques, ou encore la capacité de production limitée de Gebro.

Sanction (art. 49a, al. 1 LCart)

Enfin, le TAF a examiné la question controversée de savoir si l'article 49a, al. 1 LCart est une base légale suffisante au regard de l'article 7 CEDH pour sanctionner des accords verticaux qui relèvent de l'article 5, al. 4 LCart mais qui ne conduisent pas à la suppression d'une concurrence efficace. En d'autres termes, lorsque la présomption de l'article 5, al. 4 LCart est renversée et que l'accord affecte la concurrence de manière notable sans pouvoir être justifié par des motifs d'efficacité économique, une amende peut-elle être imposée ? Les recourantes soutenaient qu'une amende dans une telle hypothèse serait contraire au principe de la légalité, en se fondant sur la lettre de l'article 49a, al. 1 LCart, qui prévoit que "l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'article 5, al. 3 et 4, ou qui se livre à des pratiques illicites aux termes de l'article 7, est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices". Le TAF a rejeté leur argument, retenant que l'article 5, al. 4 LCart doit être lu ensemble avec l'article 5, al. 1 LCart, cette dernière disposition prévoyant la conséquence de l'illicéité de l'accord. Il s'est par ailleurs fondé sur la volonté du législateur qui était de combattre les accords verticaux visés à l'article 5, al. 4 LCart et a indiqué que la solution retenue pouvait aussi se déduire indirectement d'une décision du Tribunal fédéral (ATF 135 II 60).

Conclusions critiques

Le TAF a ainsi confirmé les sanctions prononcées par la Comco, tout en apportant des clarifications importantes sur l'appréciation des accords verticaux. On peut formuler plusieurs critiques à cet égard.

La première concerne l'analyse retenue en matière d'accords verticaux durs qui ne conduisent pas à la suppression d'une concurrence efficace, soit dans l'hypothèse d'un renversement de la présomption de l'article 5, al. 4 LCart. En décidant que les accords appréhendés par cette disposition doivent être considérés, de par leur seule nature, comme affectant la concurrence de manière notable, le TAF a fait abstraction de l'exigence ancrée à l'article 5, al. 1 LCart d'établir qu'un accord restreint effectivement de manière notable la concurrence, ce qui requiert aussi un examen de ses effets quantitatifs. Dans son résultat, le raisonnement du TAF écarte le principe sur lequel se fonde la loi, à savoir celui de l'abus, en faveur du principe de l'interdiction. Or, un tel principe ne peut être

introduit que par une modification législative, comme cela a été proposé dans la révision en cours. De plus, la solution n'est pas en harmonie avec la jurisprudence relative aux accords horizontaux durs : le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que le caractère notable d'une restriction de la concurrence doit être apprécié non seulement au regard de la nature de l'accord (critère qualitatif) mais également au regard de son impact sur le marché en termes quantitatifs (ATF 129 II 18). Enfin, compte tenu de l'approche large retenue par le TAF en matière de champ d'application de la loi sur les cartels, la solution pourrait conduire à des résultats insatisfaisants notamment dans le cas d'accords organisant la distribution dans des pays éloignés de la Suisse, depuis lesquels des importations seraient potentiellement possibles mais insignifiantes sur le plan concurrentiel.

Certains arguments qui s'appuient sur le droit européen sont également peu convaincants. Il en va ainsi de l'exigence que les parties aient réservé de manière expresse un territoire exclusif au donneur de licence pour que leur accord bénéficie de l'exception de l'article 4, § 2, point b), sous i) du règlement (CE) N° 772/2004. Le règlement ne pose pas une telle exigence ; si la volonté de réserver un territoire au donneur de licence est claire on ne voit pas pourquoi l'exception ne s'appliquerait pas. Or, l'intention de réserver le territoire de la Suisse à Gaba pouvait se déduire de l'engagement de Gebro de produire et distribuer les produits uniquement en Autriche et de l'organisation mise en place par Gaba en Suisse et dans les autres pays limitrophes. Quant à un éventuel retrait d'exemption au sens de l'article 6, § 2 du règlement (CE) N° 772/2004, il ne peut intervenir que pour l'avenir ce qui exclut des sanctions pour des accords ayant déployé leurs effets dans le passé (pt. 34 des Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 TCE aux accords de transfert de technologie). En d'autres termes, il est peu probable que les parties auraient été condamnées si le droit européen avait été applicable au cas d'espèce.

La décision du TAF consacre ainsi un régime particulier pour la Suisse, ce qui n'est pas pour favoriser la sécurité des transactions internationales. C'est d'autant plus regrettable que les spécificités du droit suisse ne justifient pas un régime d'exception. En particulier, le but de l'article 5, al. 4 LCart, à savoir la lutte contre les prix élevés en Suisse, se recoupe avec celui du droit européen, qui poursuit l'intégration des marchés et, par là même, aussi l'arbitrage entre les prix pratiqués dans les différents pays membres de l'Union.

Par ailleurs, les solutions retenues ont pour effet de traiter les accords verticaux plus sévèrement que les accords horizontaux. Or, c'est perdre de vue que les accords verticaux, même durs, ont des effets positifs sur la concurrence. C'est pour cette raison que le règlement (CE) n° 772/2004 exempte la restriction des ventes passives sur un territoire exclusif réservé au donneur de licence lorsque les parties ne sont pas des concurrents : en l'absence d'un pouvoir de marché, soit lorsque les parts de marché des parties ne sont pas supérieures à 30%, de telles restrictions sont considérées comme ayant des effets proconcurrentiels qui l'emportent sur la limitation de la concurrence (pt. 100 des Lignes directrices relatives à l'application de l'art. 81 TCE aux accords de transfert de technologie).

Enfin, on doit continuer à s'interroger sur la question de savoir si l'article 49a, al. 1 LCart est une base légale suffisante pour sanctionner des accords qui relèvent de l'article 5, al. 4 LCart mais qui ne conduisent pas à la suppression d'une concurrence efficace. Compte tenu des exigences strictes posées par l'article 7 CEDH, on peut en douter.

J. X. ■

À NOTER

PUBLIC ENFORCEMENT – APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE AUX SECTEURS RÉGLEMENTÉS – SECTEUR PHARMACEUTIQUE : Le Tribunal administratif fédéral suisse considère que la loi sur les cartels ne s'applique pas à certains médicaments sur ordonnance non remboursables

(Tribunal administratif fédéral, arrêts du 3 décembre 1013, Pfizer, Eli Lilly (Suisse), Bayer (Schweiz) c/ Commission de la concurrence, B-364/2010, B-362/2010 et B-360/2010, DPC 2013/4 704)

Dans trois arrêts très attendus, le Tribunal administratif fédéral a admis les recours des trois entreprises pharmaceutiques contre une décision de la Commission de la concurrence les condamnant à CHF 5,7 millions d'amende pour avoir recommandé des prix de vente des médicaments contre le dysfonctionnement érectile Viagra (Pfizer), Levitra (Bayer) et Cialis (Eli Lilly). Les prix recommandés étaient intégrés dans les systèmes informatiques spécifiques de la branche ou étaient directement transmis par les grossistes aux pharmacies et aux médecins qui, en grande majorité, les avaient suivis.

Alors que les praticiens suisses en droit de la concurrence et les entreprises attendaient un examen approfondi des questions fort intéressantes relatives à l'existence d'un accord entre entreprises d'une part et aux conditions d'illicéité des recommandations de prix d'autre part, le Tribunal administratif fédéral a jugé que les médicaments en question étaient soustraits au jeu de la concurrence et que par conséquent la loi sur les cartels (LCart) ne s'appliquait pas. En effet, l'article 3, al. 1 LCart réserve l'application d'autres "prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique". De l'avis du Tribunal administratif fédéral, le "facteur honte" lié à l'achat de médicaments contre le dysfonctionnement érectile, le fait que lesdits produits ne soient vendus que sur ordonnance et le fait que la publicité destinée au public soit interdite, sont à même d'éliminer la concurrence sur les prix au niveau des points de vente (pharmacies) de sorte que la LCart n'est pas applicable.

Inquiet des conséquences que pourrait avoir un tel jugement sur le champ d'application de la LCart en relation avec les secteurs réglementés, le Département fédéral de l'économie (SECO) a fait recours au Tribunal fédéral.

P. K. ■

2. ÉTATS-UNIS

PRIVATE ENFORCEMENT – APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU DROIT ANTITRUST AMÉRICAIN – "DOMESTIC EFFECTS EXCEPTION" : Le Tribunal fédéral du District Nord de l'Illinois apporte de nouvelles précisions concernant l'application extraterritoriale du droit antitrust américain, à propos de l'affaire du cartel des LCD (*Federal Court N.D. Ill., 23 janvier 2014, Motorola Mobility v. AU Optronics, aff. n° 09-cv-6610,*)

C'est presque un truisme de dire que la mondialisation des échanges et la multiplication des affaires de dimension internationale soulèvent sans doute à l'heure actuelle les questions les plus complexes et délicates à résoudre pour les autorités et juridictions chargées d'appliquer les règles de concurrence (sur ces questions, v. J. Basedow, S. Francq et L. Idot, *International Antitrust Litigation*, Hart Publ. 2012). La thématique n'est bien sûr pas nouvelle (L. Idot, "L'internationalisation du droit de la concurrence", *JCP, Cah. Dr. entreprise*, 2000, n° 3, p. 27), mais les défis sont régulièrement renouvelés (v. de manière topique *Minn-Chem. v. Atrium*, U.S. Court of Appeals for the 7th Circuit, n° 10-1712, 27 juin 2012 : *Concurrences* n° 4-2012, p. 188, obs. J.-C. R). La décision rendue le 23 janvier 2014 par le Tribunal fédéral du District Nord de l'Illinois est une parfaite illustration des difficultés auxquelles sont régulièrement confrontées les juridictions fédérales américaines, ayant à se prononcer sur des actions privées émanant d'entreprises américaines pour des comportements anticoncurrentiels essentiellement localisés en dehors des États-Unis (*Motorola Mobility, Inc. v. AU Optronics Corp. et al.*, Case n° 09-cv-6610, N.D. Ill., 23 janv. 2014).

L'affaire examinée concerne un des nombreux volets de l'affaire du cartel des LCD, démantelé par plusieurs autorités de concurrence, et qui donne lieu aujourd'hui à toute une série d'actions en réparation à travers le monde par les entreprises victimes de ces pratiques (v par ex. sur le volet pénal, (*United States of America v. AU Optronics Corporation*, United States District Court, N.D. California, San Francisco Division, 13 mars 2012 : *Concurrences* n° 2-2012, obs. J.-C. R). En l'espèce, l'entreprise Motorola, spécialisée dans la téléphonie mobile et basée à Libertyville dans l'Illinois réclame 5,4 milliards de dollars aux membres du cartel du LCD. Les téléphones portables comportent des écrans LCD et l'existence de l'entente mondiale secrète avait eu pour conséquence d'augmenter sensiblement le prix de ces marchandises essentielles pour Motorola qui avait donc payé le "prix fort" en achetant ces composants. Or, les membres du cartel sont tous localisés en dehors des États-Unis, principalement en Asie. De la même manière, l'essentiel des comportements litigieux avaient eu lieu en dehors des États-Unis. Motorola a néanmoins engagé des poursuites devant les tribunaux fédéraux, soulevant à nouveau la question de l'applicabilité du droit antitrust américain à des comportements étrangers.

La réponse à celle-ci constitue tout l'enjeu de l'affaire, dans la mesure où l'essentiel du préjudice invoqué par Motorola découle de pratiques mises en œuvre en dehors des

États-Unis. En effet, trois catégories d'achat de marchandises cartellisées ont été identifiées : une première catégorie concerne les achats d'écrans LCD effectués par l'entreprise Motorola, directement sur le sol américain ; une deuxième catégorie correspond aux achats d'écrans LCD effectués par les filiales étrangères de Motorola, livrées à elles à l'étranger, mais intégrées dans des téléphones portables vendus par la suite aux États-Unis ; une troisième catégorie regroupe l'achat d'écrans LCD par des filiales étrangères de Motorola, incorporés ensuite dans des téléphones vendus à l'étranger. Or, les achats de "catégorie 2 et 3", représentent 99 % du montant des dommages et intérêts réclamés.

Encore faut-il préciser que la présente décision ne constitue que le premier épisode judiciaire d'un procès qui devrait se tenir au mois de mars. En effet, après plusieurs rebondissements procéduraux lors de la phase de "pretrial", le Tribunal du District Nord de l'Illinois a été saisi pour se prononcer, non pas sur le fond de l'affaire, mais sur la recevabilité de l'action engagée par Motorola. En substance, les défendeurs étrangers invoquent l'inapplicabilité du droit antitrust américain à leurs comportements. À l'inverse, Motorola cherche à démontrer que l'affaire a suffisamment de lien avec le marché américain pour déclencher l'application du *Sherman Act*. Avant que le Tribunal du District Nord de l'Illinois ne soit désigné, l'affaire avait d'abord été portée devant les juridictions californiennes qui avaient considéré que Motorola présentait des éléments suffisants permettant de satisfaire à la "domestic effect exception" prévue par le fameux *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982 (ci-après "FTAIA"). Rappelons que ce texte pose le principe de l'inapplicabilité du *Sherman Act* aux comportements impliquant un commerce ou des échanges avec des entités étrangères, à moins que de tels comportements aient des effets "directs, substantiels et raisonnablement prévisibles" sur le commerce des États-Unis (sur ce texte, v. E. Cavanagh, *The FTAIA and Claims by Foreign Plaintiffs Under State Law*, Antitrust – Fall 2011, p. 43 et s.). Devant le Tribunal du District nord de l'Illinois, les défendeurs déposèrent une requête en "reconsidération", soulignant que les dommages découlant des achats de catégorie 2 et 3 n'avaient aucun lien (ou, à tout le moins, un lien très relâché) avec le marché américain et donc que le *Sherman Act* n'était pas applicable à ces comportements.

Malgré l'intervention en 2004 de la Cour suprême dans l'affaire *Empagran (F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 542 U.S. 155, 2004)*, le FTAIA soulève encore de nombreuses interrogations, si bien que les conditions exactes selon lesquelles le droit américain peut s'appliquer à des affaires de cartels mondiaux restent encore aujourd'hui assez peu claires (H. Buxbaum et R. Michaels, *Jurisdiction and Choice of Law in International Antitrust Law – A US Perspective*, in *International Antitrust Litigation, op. cit.*, p. 233). Les tribunaux fédéraux précisent cependant progressivement les cas dans lesquels on peut dire qu'il existe un lien suffisant entre les comportements étrangers et le marché américain, permettant la compétence des juridictions fédérales et le jeu du *Sherman Act*. C'est la raison pour laquelle la décision du Tribunal du District nord de l'Illinois présentait une grande importance. Signe d'ailleurs de cette dernière, on relèvera que le point de vue des défendeurs a été appuyé par deux

interventions à titre d'*amici curiae*, celle du gouvernement japonais, ainsi que celle d'un groupe d'universitaire américain, dont le Professeur Herbet Hovenkamp, estimant que la décision des juridictions californiennes donnait un trop large champ d'application au droit américain.

Se ralliant à la thèse développée par les défendeurs et dans les deux "*amici briefs*", le Tribunal a accordé la requête en rejet. Dans sa décision du 23 janvier 2014, la juge Gottschall indique que les juridictions californiennes précédemment saisies ont commis une "erreur de droit très claire" en considérant qu'il existait un lien suffisamment fort entre les comportements relevant des catégories 2 et 3 et le marché américain. Rappelant d'abord l'esprit du FTAIA, tel que la Cour suprême l'avait saisi dans l'affaire *Empagran*, le Tribunal souligne que ce texte "pose une règle générale situant toutes les activités impliquant le commerce étranger en dehors du champ d'application du *Sherman Act*". Ce dernier texte a malgré tout vocation à s'appliquer, par exception, si les pratiques litigieuses impactent de manière suffisante le commerce américain et, en particulier, si ces comportements étrangers ont des effets "directs, substantiels et raisonnablement prévisibles" sur le commerce des États-Unis. C'est notamment la question de la "domestic effects exception" : la jurisprudence interprète le FTAIA comme exigeant simplement "un lien causal raisonnablement proche" entre le comportement anticoncurrentiel allégué et ses effets sur le commerce américain ("reasonably proximate causal link") pour faire jouer cette exception. Toute la difficulté réside dans le fait que ni la Cour suprême, ni les juridictions inférieures, n'ont clairement défini ce qu'était cette "proximate cause", ni élaboré de test véritablement opérationnel. L'étude du contentieux révèle que, bien souvent, le raisonnement retenu relève surtout de la casuistique.

Dans ce contexte, le Tribunal du District nord de l'Illinois rappelle que le FTAIA "clarifie, peut-être pour limiter, mais pas pour étendre de manière significative, le champ du *Sherman Act* sur le commerce étranger". Autrement dit, l'exception prévue par le texte doit s'interpréter strictement. Selon le Tribunal, les pratiques dénoncées sont "en très grande partie étrangères par nature". Elles ne permettent pas de satisfaire aux conditions de la "domestic effects exception". La juge Gottschall poursuit en soulignant que le fait que Motorola soit une entreprise située aux États-Unis ne change rien aux données du problème, s'agissant des achats effectués par les filiales étrangères de l'entreprise : ce sont elles qui ont subi les effets du cartel et qui doivent agir devant le for le plus adapté ; le fait que la société mère américaine ait décidé de porter plainte en lieu et place de ses filiales "n'américanise" pas pour autant les effets de la pratique. Pour le Tribunal, la simple négociation ou l'approbation des politiques de prix par Motorola aux États-Unis ne constituent pas des effets anticoncurrentiels sur le commerce américain : dans le cas jugé, les prix sont payés dans des pays étrangers. En outre, le tribunal rappelle que les effets ressentis sur le marché doivent être substantiels : "une augmentation des prix américains ou une restriction de l'offre nationale peut constituer un effet substantiel que peut donner lieu à application du *Sherman Act*. Mais le fait que certaines activités puissent avoir pris place aux États-Unis n'est pas pertinent si les conséquences économiques ne sont pas ressenties dans l'économie américaine".

Or, Motorola n'arrive pas à démontrer clairement comment ces pratiques ont effectivement impacté de manière substantielle le marché américain.

Si l'on est parfaitement convaincu par le raisonnement du Tribunal s'agissant des achats d'écrans LCD effectués par les filiales étrangères de Motorola pour des téléphones vendus ensuite en dehors des États-Unis, on avouera éprouver plus de difficultés en ce qui concerne le cas des téléphones qui sont ensuite vendus aux États-Unis. Il paraît en effet difficile de nier que, dans ce cas, il n'y ait pas une répercussion importante aux États-Unis. Le fait que le plaignant n'ait pas réussi à convaincre le Tribunal ne change rien à la critique : il aurait sans doute fallu distinguer plus nettement les situations relevant des catégories 2 et 3 qui sont, à nos yeux, très différentes. L'application d'un même raisonnement pour des comportements aussi différents ne convainc pas. On peut en effet difficilement admettre que les achats relevant de la catégorie 2 "sont par nature étranger" au marché américain. En toute hypothèse, l'affaire n'est pas terminée puisque Motorola a annoncé vouloir saisir la Cour d'appel du septième Circuit. La présente décision est toutefois très éclairante puisqu'elle montre que, sur la question de la mise en œuvre des exceptions du FTAIA, l'attitude des juridictions peut être radicalement différente (pour une illustration, comp. *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, F.Supp.2d, U.S. District Court, E.D.N.Y., n° 05-CV-0453, 16 nov. 2012 : *Concurrences* n° 1-2013, p. 222, obs. J.-C. R.)...

J.-C. R. ■

EXTRADITION – PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES : Le Department of Justice obtient la première extradition aux États-Unis d'un cadre dirigeant d'entreprise étranger fondée sur une allégation de pratiques anticoncurrentielles (*DOJ, 4 avril 2014, Communiqué de presse : La première extradition pour allégation de pratiques anticoncurrentielles*)

Le *Department of Justice* (DOJ) a annoncé par un communiqué de presse publié le 4 avril 2014 la première extradition d'un cadre dirigeant d'entreprise accusé d'avoir participé à une conspiration destinée à supprimer la concurrence par des ententes de soumission dans des marchés publics, une fixation de prix et l'allocation de parts de marchés à l'occasion d'opérations de ventes de manches flexibles de marine pour le transfert de pétrole entre tankers et installations de stockage à terre (*marine hose*) aux États-Unis et ailleurs. L'*Assistant Attorney General* des États-Unis, chef de la Division Antitrust au DOJ, William Baer, a souligné que cette extradition par l'Allemagne vers les États-Unis concernant un citoyen italien, Romano Piscioti, est en fait "la première opération de ce genre sur la base de charges pour infraction aux règles de concurrence caractérisée par une entente de prix". Elle "marque une étape significative dans nos efforts pour travailler avec nos collègues antitrust internationaux pour s'assurer que ceux qui s'efforcent de subvertir les lois américaines sont traduits en Justice", a-t-il rajouté. En effet, jusqu'ici, les extraditions intervenues pour des pratiques anticoncurrentielles alléguées avaient été rattachées à des lois sécuritaires adoptées pour faire face à

des menaces terroristes ou des activités criminelles classiques (cas notamment de l'extradition du dirigeant d'entreprise britannique retraité Ian Norris (67 ans) mis en examen en 2003 par la Cour fédérale de Philadelphie pour "obstruction à l'administration de la justice" et "destruction de preuves", extradé en mars 2010 aux États-Unis au terme de sept ans de procédures d'appels au Royaume-Uni et condamné à 18 mois de prison, condamnation confirmée par une cour d'appel fédérale).

Le matériel en cause dans l'affaire ayant impliqué M. Piscioti est utilisé dans de nombreuses applications de marines de commerce (civiles) et militaires. Durant la période au cours de laquelle l'entente internationale a produit ses effets, de 1999 à mai 2007, le cartel en question a affecté les prix de ces tuyaux flexibles pour une valeur de plusieurs centaines de millions de dollars de ventes dans le monde entier.

La personne physique en cause, M. Piscioti, est un ancien cadre dirigeant de la société *Parker ITR srl*, un producteur italien de tuyaux flexibles de marine établi en Italie à Veniano. Les participants à l'entente qui ont été identifiés comptent cinq entreprises (*Parker ITR*, société italienne déjà citée, *Bridgestone Corp.* du Japon, la filiale de *Manuli SPA* établie dans l'État de Floride, *Trelleborg* établie en France, *Dunlop Marine and Oil Ltd*, du Royaume-Uni) et neuf individus qui ont tous plaidé coupable.

Par-delà le cas individuel, le cadre de l'enquête fournit un exemple intéressant d'application de la problématique de l'extraterritorialité en droit antitrust. Cette problématique demeure une perspective d'avenir dans les développements de la politique de la concurrence, tout en fournissant un marqueur d'alerte aux opérateurs qui entendent participer aux marchés publics américains dans des industries fournissant aux pouvoirs adjudicateurs fédéraux, spécialement ceux relevant de la Défense nationale. Au cas considéré, l'enquête est conduite par l'unité de recherches criminelles de Washington de la Division Antitrust. Mais elle associe les services d'enquêtes criminelles des armées et de lutte contre le grand banditisme : la *Defense Criminal Investigative Section* (DCIS) du Bureau de l'*Inspector General* du *Department of Defense* (DOD), l'*US Navy Criminal Investigative Service* et le *FBI*. Le communiqué indique également l'assistance de l'*US Marshals Service*, celle d'autres agences de mise en œuvre du droit pénal de juridictions étrangères et celle du bureau des affaires internationales de la Division Criminelle du DoJ.

Sur le fond, la personne extradée, M. Piscioti, est considéré dans l'acte de mise en examen (*one-count felony indictment*) comme ayant participé à la conspiration en acceptant, durant diverses réunions, conversations et communications, de s'entendre sur des répartitions de marchés de manches flexibles de marine, d'utiliser et diffuser une liste de prix sur les produits concernés pour mettre en MOFCO œuvre la conspiration, de s'entendre pour ne pas se faire concurrence vis à vis des acheteurs de manches de marine flexibles "soit en ne soumettant pas d'offres de prix soit en ne participant pas à des adjudications soit en soumettant des offres de prix intentionnellement surévaluées, le tout conformément à divers accords intervenus entre sociétés conspiratrices. Comme éléments de la conspiration, Piscioti et ses co-conspirateurs ont fourni des informations reçues de clients des États-Unis

et d'autres pays à propos d'offres à venir sur le marché des manches et tuyaux flexibles de marine à un co-conspirateur qui a servi de coordinateur à la conspiration. Ce coordinateur a agi comme une chambre de compensation pour les informations sur les offres de marchés partagées entre conspirateurs et a été rémunéré par les producteurs pour coordonner la conspiration". Le ministère de la Justice a en outre indiqué que M. Piscioti est accusé d'avoir rejoint la conspiration et participé à l'entente au moins à partir de 1999 jusqu'à novembre 2006. Ce dernier est passif d'une peine maximale de 10 ans de prison et d'un million d'amendes criminelles à acquitter par l'individu. L'amende maximale peut être accrue du double du profit réalisé grâce au crime et du double de la perte subie par les victimes du crime, si chacun de ces montants est plus important que l'amende maximale réglementaire. Pour mémoire, les cinq entreprises en cause, de nationalités britannique, italienne, française et japonaise ont toutes plaidé coupables.

Les informations fournies par le DOJ ne précisent pas le fondement juridique précis ayant permis la sollicitation des autorités judiciaires allemandes, mais il est possible d'envisager que le texte concerné a été l'accord d'assistance mutuelle en matière criminelle (*Mutual Legal Assistance Treaty* ou *MLAT*) signé entre l'Allemagne et les États-Unis le 14 octobre 2003. Cette affaire devrait logiquement donner lieu à l'avenir à un approfondissement des réflexions concernant les conditions de mise en œuvre des règles de concurrence au plan international, compte tenu notamment des enjeux industriels et de droit des personnes qu'elles mettent en cause pour des activités économiques considérées comme frauduleuses.

François Souty ■

3. CANADA

ABUS D'EXCLUSION – ABUS D'EXPLOITATION – MARCHÉ IMMOBILIER : La Cour d'appel fédérale censure l'interprétation restrictive du Tribunal de la concurrence de la disposition sur l'abus de position dominante et entrevoit la possibilité de son extension aux abus d'exploitation (CAF, 3 février 2014, *Canada-Commissioner of Competition c/ The Toronto Real Estate Board*, 2014 FCA 29)

La Cour d'appel fédérale (ci-après "CAF") du Canada a rendu en date du 3 février 2014 un arrêt important portant sur l'interprétation de la disposition de l'abus de position dominante (articles 79 et 78 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, ci-après "L.c."). Dans cet arrêt, la CAF annule le jugement rendu, le 15 avril 2013, par le Tribunal de la concurrence (ci-après "Tribunal") dans l'affaire concernant la chambre immobilière de Toronto, le Toronto Real Estate Board (TREB) [K. Diawara, Le Tribunal de la concurrence décide que sans exclusion d'un concurrent, il n'y a point d'abus de position dominante (*Toronto Real Estate Board: Canada (Commissioner of Competition) v Toronto Real Estate Board*, 2013 Comp Trib 9), *Concurrences* n° 3-2013, p. 174-188].

Une association professionnelle d'agents immobiliers qui applique des politiques ayant pour but de maintenir le contrôle de l'information dans le marché de la vente de résidences

D'emblée, Il est utile de rappeler le contexte factuel particulier qui a donné naissance à ce litige dans lequel l'interprétation de la notion d'abus de position dominante constitue le cœur. Le TREB est une association professionnelle constituée en société commerciale qui regroupe plus de 35 000 agents immobiliers. Il exploite le système "Toronto Multiple Listing Service" (MLS), qui répertorie les propriétés en vente et les données historiques sur les achats/ventes de maisons résidentielles à Toronto et sa périphérie. Le système MLS permet aux agents immobiliers de conseiller leurs clients dans les transactions de vente et d'achat de propriétés.

Le TREB impose à ses membres des restrictions sur le mode de communication des renseignements contenus dans le système MLS de Toronto à leurs clients. Le système MLS de Toronto contient notamment des données sur l'historique et le tableau comparatif des prix des résidences dans la région ainsi que des informations sur le délai durant lequel les propriétés sont restées sur le marché. D'après une politique générale du TREB, ces renseignements étendus contenus dans le système MLS ne sont divulgués qu'à ses agents-membres qui ne disposent pas de la faculté de les communiquer à leurs clients. Les agents ne peuvent pas notamment communiquer ces informations par l'intermédiaire de sites Web, également appelés bureaux virtuels sur Internet (BVI). Les BVI permettent aux clients de consulter en ligne les données à jour de l'inventaire complet des inscriptions. Ils permettent ainsi aux clients d'être plus sélectifs et ciblés et aux agents de gagner du temps dans le repérage des propriétés répondant aux besoins précis de leurs clients.

Le Commissaire de la concurrence débouté en première instance...

Le 27 mai 2011, le Commissaire de la concurrence (le “Commissaire”) a présenté une demande auprès du Tribunal visant à faire interdire les restrictions d’ordre informationnel liées au système MLS qui, selon lui, constituent un abus de position dominante au sens des articles 79 et 78 L.c. Après près de sept longs mois d’audience, le Tribunal rejetait la demande de l’autorité administrative de concurrence en fondant son jugement sur une interprétation étroite de la notion d’agissement anticoncurrentiel. En effet, selon le Tribunal, le TREB, étant une association professionnelle regroupant les agents immobiliers, n’a pas de concurrents ; et, de ce fait, sa politique de gestion du système MLS, si restrictive soit-elle, ne visait pas à exclure ou discipliner un concurrent. Donc, l’exigence d’un agissement anticoncurrentiel, posée par le paragraphe 79(1)b) L.c. et interprétée dans *Tuyauteries Canada* qui s’impose comme précédent, n’était pas remplie par les pratiques du TREB.

Le 14 mai 2013, le Commissaire a interjeté appel auprès de la CAF en remettant en cause l’interprétation stricte et restrictive du paragraphe 79(1)b) L.c. faite par le Tribunal. En particulier, l’autorité administrative visait le raisonnement du Tribunal selon lequel la disposition sur l’abus de position dominante serait insusceptible de s’appliquer à une association professionnelle qui ne dispose pas de concurrents dans le marché. Il faut garder à l’esprit que selon le Tribunal, le TREB, à titre d’association commerciale constituée en société, n’était pas en concurrence avec ses propres membres sur le marché du courtage immobilier et que, par conséquent, il ne pouvait être réputé avoir contrevenu à la disposition sur l’abus de position dominante, puisque ne disposant pas de concurrents dans ce marché. Le Tribunal créait ainsi, par cette conception étroite de la notion d’agissement anticoncurrentiel, une sorte d’immunité d’application de la disposition de l’abus de position dominante aux associations d’entreprises de nature commerciale ou professionnelle.

La notion d’agissement anticoncurrentiel a une portée plus large

La Cour d’appel fédérale a censuré l’interprétation stricte de la notion d’agissement anticoncurrentiel faite par le juge de première instance en accueillant l’appel du commissaire et en renvoyant à ce dernier la demande pour réexamen au fond.

Pour comprendre l’arrêt de la CAF, il est fondamental de rappeler le cadre normatif dans lequel il s’insère et est constitué par l’interprétation de la disposition sur l’abus de position dominante prévue par les articles 79 et 78 L.c.

L’application de l’article 79, qui prohibe l’abus de position dominante, exige l’établissement de trois éléments distincts et cumulatifs dont le premier identifie l’existence d’un pouvoir de marché substantiel et les deux derniers caractérisent la notion d’abus à travers les concepts de “pratique d’agissements anticoncurrentiels” (article 79(1)b)) ayant un effet “d’empêchement ou de réduction de la concurrence” (article 79(1)c)) (K. Diawara, “La caractérisation de la notion d’abus dans la régulation de la position dominante

des entreprises”, (2013) 26/2 *Revue canadienne de droit de la concurrence* 155-201). Ainsi, le Tribunal ne peut rendre une ordonnance corrective et/ou énoncer des sanctions administratives pécuniaires (SAP) sur le fondement de l’article 79 que si l’entreprise en cause dispose d’une position dominante sur le marché pertinent et a posé un agissement anticoncurrentiel qui a pour effet de restreindre sensiblement la concurrence. Depuis l’affaire *Tuyauteries Canada*, il importe, dans l’application de l’article 79, de faire la distinction entre la notion d’agissement anticoncurrentiel (art. 79(1)b) et l’effet d’empêchement et de diminution de la concurrence (art. 79(1) c). Cet important arrêt a posé qu’est constitutif d’un agissement anticoncurrentiel le comportement qui vise à exclure ou à discipliner un concurrent. Donc la mise en œuvre de la notion d’agissement anticoncurrentiel est assujettie à la preuve tendant à établir *l’intention négative d’exclusion et/ou de mise au pas d’un ou des concurrents*. Or en l’espèce, le tribunal de première instance avait conclu, par une interprétation hyper restrictive, que le TREB, étant une association professionnelle regroupant les agents immobiliers, n’a pas de concurrents ; et, de ce fait, sa politique de gestion du système MLS de Toronto ne vise donc pas à exclure ou discipliner un concurrent. Donc, elle ne remplit pas l’exigence posée par l’article 79(1)b).

La notion de “concurrent” dans le contexte de l’application du para. 79(1)b) L.c. n’englobe pas seulement les entreprises en rivalité réelle avec le mis en cause

La CAF va sévir et censurer cette interprétation étroite du paragraphe 79(1)b) et de la notion de concurrent qui épargnerait toute entreprise n’ayant pas de concurrent(s) dans un marché, et, en particulier, les associations d’entreprises qui regroupent souvent un nombre important de membres exerçant leurs activités dans un secteur donné, comme en l’espèce une association d’agents immobiliers, le TREB, la plus importante chambre immobilière au Canada. Sous la plume du juge Sharlow, la CAF met en lumière l’erreur de droit commise par le Tribunal dans l’interprétation de la notion de concurrent visée par l’agissement anticoncurrentiel ; erreur basée, selon la Cour, sur la conception étroite contenue dans l’arrêt *Tuyauteries Canada* : “The Tribunal’s conclusion is rooted in its interpretation of the passages from Canada Pipe quoted above. Specifically, the Court interpreted ‘competitor’ in those passages to mean “competitor of the person who is the target of the Commissioner’s application for a subsection 79(1) order”. However, I see nothing in the language or context of the Competition Act to justify the addition of those qualifying words” (para. 17).

La notion de concurrent, dans ce contexte normatif, ne doit pas être interprétée de manière restrictive comme signifiant les entreprises rivales du mis en cause. Cependant la CAF ne précise aucunement comment on devrait appréhender cette notion dans le cadre de l’application du para. 79(1)b). Il s’agit là d’une des lacunes de cet arrêt. Ou, pourrait-on dire, d’une omission volontaire de la part du juge d’appel, qui, peut-être, a voulu laisser cette tâche au Tribunal qui devra, sans nul doute, se prononcer à ce propos lors du renvoi.

Vers une extension de l'application de l'article 79 L.c. aux abus d'exploitation

En filigrane, une stratégie de préemption du marché, de son contrôle complet, comme en l'espèce, peut servir de critère à la définition de l'agissement anticoncurrentiel prévu à l'alinéa 79(1)(b) L.c. Cette stratégie peut consister, soit en une exclusion des concurrents déjà présents sur le marché pertinent ou des concurrents potentiels et à venir, soit en une "mise au pas" des concurrents réels en empêchant ou en ralentissant leur expansion sur le marché. À cet égard, l'article 78 L.c. dresse, à titre indicatif et non exhaustif, une liste de pratiques susceptibles de constituer un agissement anticoncurrentiel. En considérant la liste des agissements anticoncurrentiels énumérés à l'article 78 L.c., la jurisprudence a considéré que le trait commun de tous les actes anticoncurrentiels énumérés dans ce texte, sauf l'alinéa 78(1)(f) L.c., réside dans le dessein anticoncurrentiel poursuivi par l'auteur de l'acte.

La CAF profite de cette voie ouverte par l'alinéa 78(1)(f) L.c. pour entrevoir, pour la première fois, une possibilité d'extension de l'application de la disposition de l'abus de position dominante aux pratiques d'exploitation. La Cour semble claire, de ce point de vue : "In my view, paragraph 78(1)(f) is an indication that Parliament did not intend the scope of subsection 79(1) to be limited in such a way that it cannot possibly apply to the Board in this case. If the Court in Canada Pipe intended to narrow the scope of subsection 79(1) as the Tribunal held, then I would be compelled to find that aspect of Canada Pipe to be manifestly wrong because it is based on flawed reasoning" (para. 20).

Donc si jusque-là, la définition jurisprudentielle de l'agissement anticoncurrentiel a principalement ciblé la catégorie particulière des pratiques d'exclusion ou d'éviction, il est permis de penser qu'avec cet arrêt, un virage vers une extension du champ de l'abus de position dominante est envisageable. Même si de manière théorique, une telle possibilité a toujours existé, il restait son exploration pratique. Ce que semble suggérer une lecture attentive de l'arrêt de la CAF. Mais toute la question demeure maintenant de savoir si le Tribunal acceptera de "prendre la balle au bond".

K. D. ■

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

CONCURRENCES

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor,
Dominique de Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

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

Horizons

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

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES 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, Jean-Mathieu Cot,
Ianis Girgenson, Jacques Gunther,
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne
Bruno Stromsky
Jérôme Gstalter

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

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

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

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

POLITIQUE INTERNATIONALE

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

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

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

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	467,25 €	560,70 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	488,25 €	585,90 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	729,75 €	875,70 €

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

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	645,75 €	774,90 €
--	----------	----------

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

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	834,75 €	1001,70 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	939,75 €	1127,70 €

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 andlor 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