

# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

## Droits européens et étrangers

Chroniques | Concurrences N° 1-2018 | pp. 201-217

---

### Florian Bien

[bien@jura.uni-wuerzburg.de](mailto:bien@jura.uni-wuerzburg.de)

Professeur, Université de Wurtzbourg

---

### Walid Chaiehloudj

[walid.chaiehloudj@gmail.com](mailto:walid.chaiehloudj@gmail.com)

Docteur en Droit privé

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche, Université Aix-Marseille

---

### Silvia Pietrini

[silvia.pietrini@univ-lille2.fr](mailto:silvia.pietrini@univ-lille2.fr)

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

---

### Jean-Christophe Roda

[jean-christophe.roda@univ-lyon3.fr](mailto:jean-christophe.roda@univ-lyon3.fr)

Professeur, Université Jean Moulin - Lyon III

---

### François Souty

[fjsouty@wanadoo.fr](mailto:fjsouty@wanadoo.fr)

Directeur départemental CCRF

Conseiller économique, Projet européen de soutien à l'Autorité de concurrence de Géorgie, Tbilissi

Professeur-associé, Université de La Rochelle

---

### Stéphanie Yon-Courtin

[s.yoncourtin@gmail.com](mailto:s.yoncourtin@gmail.com)

Conseillère du commerce extérieur de la France en Normandie

Vice-présidente, Conseil Départemental du Calvados

Maire, Saint-Contest

# Droits européens et étrangers

**Florian Bien\***

bien@jura.uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Wurtzbourg

**Walid Chaiehloudj**

walid.chaiehloudj@gmail.com

Docteur en Droit privé  
Attaché temporaire d'enseignement et de recherche,  
Université Aix-Marseille

**Silvia Pietrini**

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

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

**Jean-Christophe Roda**

jean-christophe.roda@univ-lyon3.fr

Professeur, Université Jean Moulin - Lyon III

**François Souty**

fjsouty@wanadoo.fr

Directeur départemental CCRF  
Conseiller économique, Projet européen de soutien à l'Autorité  
de concurrence de Géorgie, Tbilissi  
Professeur-associé, Université de La Rochelle

**Stéphanie Yon-Courtin**

s.yoncourtin@gmail.com

Conseillère du commerce extérieur de la France en Normandie  
Vice-présidente, Conseil Départemental du Calvados  
Maire, Saint-Contest

## 1. Jurisprudence et pratique décisionnelle

**201** Le Bundeskartellamt envoie sa communication des griefs au plus grand réseau social du monde dont l'autorité allemande qualifie d'abusives les conditions générales imposées aux utilisateurs  
Bundeskartellamt, 19 déc. 2017, Statement of objections [Background Paper] – Facebook

**204** La Cour de cassation se prononce sur la nullité d'un contrat conclu en aval d'une entente anticoncurrentielle constatée postérieurement à la conclusion dudit contrat  
Cass. civ., 20 sept. 2017, Albatel c/ Unicredit, n° 29810, publié le 12 déc. 2017

**205** Le Tribunal de Milan rappelle la diversité des conditions requises pour caractériser l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique ainsi que les buts poursuivis par le législateur  
Trib. Milano, 12 oct. 2017, Next Mind c/ Vodafone Italia, n° 12344, publié le 6 déc. 2017

**207** L'Autorité garante de la concurrence et du marché sanctionne lourdement des entreprises et des établissements de crédit pour des pratiques commerciales déloyales dans

le secteur de la commercialisation des diamants d'investissement  
AGCM, 30 oct. 2017, PS10677 et PS10678, Affaire des diamants d'investissement

**207** L'Autorité garante de la concurrence et du marché sanctionne les géants de l'audit financier pour violation de l'article 101 TFUE  
AGCM, 7 nov. 2017, Big Four, 1796

**209** La Cour du troisième circuit adopte une approche restrictive de l'intérêt antitrust à agir  
3d Cir. 2017, In re: Wellbutrin XL Antitrust Litigation Indirect Purchaser Class, No. 15-2875

**211** Le Tribunal du district Sud de l'Iowa rejette une allégation de tentative de monopolisation, fondée sur des pratiques de compression de marges, dans le secteur des sodas  
S. D. Iowa, 15 sept. 2017, Mahaska Bottling v. PepsiCo

## 2. Informations nationales

**214** Le Président des Etats-Unis nomme le nouveau président de la Federal Trade Commission et trois commissaires, membres du collège  
Prés. US, 19 oct. 2017, Nomination du président de la FTC et de trois commissaires

## 1. Jurisprudence et pratique décisionnelle

### 1.1. Allemagne

**Position dominante – Exploitation abusive – Protection des consommateurs :** Le Bundeskartellamt envoie sa communication des griefs au plus grand réseau social du monde dont l'autorité allemande qualifie d'abusives les conditions générales imposées aux utilisateurs (*Bundeskartellamt, 19 déc. 2017, Statement of objections [Background Paper] – Facebook*)

Les conceptions de l'ordolibéralisme – particulièrement influentes en Allemagne et ce, dans une certaine mesure, jusqu'à aujourd'hui – mettent l'accent sur le rôle de la concurrence comme moyen de protection de la liberté individuelle du pouvoir économique. Au vu de ce qui précède, la concurrence est une des conditions essentielles de la liberté contractuelle, laquelle appartient aux piliers fondamentaux de la plupart des régimes de droit privé.

Ces dernières décennies, l'objectif d'une amélioration du bien-être du consommateur a commencé à s'imposer à l'échelle mondiale. En principe, ces deux approches ne se contredisent pas. En effet, la liberté contractuelle est, dans la grande majorité des cas, la condition *sine qua non* pour le bien-être du consommateur. Dans cette perspective, le *consumer welfare* est la conséquence de la liberté de concurrence. Les chevauchements entre les deux objectifs sont particulièrement évidents lorsqu'il s'agit de la lutte contre les exploitations abusives des consommateurs.

### L'élargissement récent des compétences du Bundeskartellamt en matière de protection des consommateurs

Jusqu'à récemment, le législateur allemand a fait le choix de confier la mise en œuvre des politiques de la concurrence et de la consommation à des institutions différentes. En Allemagne, la mise en œuvre des provisions relatives à la protection des consommateurs repose essentiellement sur l'initiative des consommateurs individuels. Ceux-ci peuvent, notamment en cas de violation des règles sur les conditions générales, invoquer l'exception de nullité ou se prévaloir d'un droit de rétractation. Aussi, les associations de défense des consommateurs sont habilitées à intenter des actions en cessation à l'encontre d'un grand nombre de pratiques portant atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs. De plus, les responsables de la protection des données au niveau de l'État fédéral et des États fédérés (*Datenschutzbeauftragte*) peuvent émettre des injonctions visant à garantir la bonne application des normes à respecter. Le rôle du Bundeskartellamt, quant à lui, se limitait en principe au contrôle du bon fonctionnement de la concurrence. Ainsi, les compétences et les missions de l'autorité allemande ressemblent-elles à celles de son homologue français et de la Commission européenne. Néanmoins, le législateur allemand a, lors du 9<sup>ème</sup> amendement de la loi allemande contre les restrictions de la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*), fait un premier pas vers un élargissement des compétences du Bundeskartellamt en matière de protection des consommateurs. Ainsi, les domaines de responsabilité du Bundeskartellamt se rapprochent-ils peu à peu de ceux d'autres autorités nationales telles que les DOJ et FTC américains et la CMA britannique. C'est le cas aussi de plusieurs autorités de l'Europe de l'Est, comme l'autorité hongroise Gazdasági Versenyhivatal, laquelle regroupe au sein d'une même autorité les deux fonctions, à

\* Je remercie mon assistante Agnès Mouterde pour son aide précieuse à la traduction du commentaire.

savoir la protection du libre jeu de la concurrence et des consommateurs. En effet, le législateur a pour la première fois conféré certaines compétences en matière de protection des consommateurs au Bundeskartellamt. Depuis juin 2017, l'autorité bénéficie, sous certaines conditions aussi dans le cadre du droit de la consommation, des instruments connus du droit de la concurrence, à savoir l'enquête sectorielle (§ 32e al. 5 *GWB*, cf. article 17 du règlement n° 1/2003) et la participation en tant qu'*amicus curiae* aux contentieux civils (§ 90 al. 6 *GWB*, cf. article 15 al. 3 du règlement n° 1/2003). Le Bundeskartellamt ne s'est pas (encore) vu transférer des compétences plus étendues, permettant par exemple d'adopter une injonction de ne plus faire ou une décision d'engagements. Ainsi, les compétences du Bundeskartellamt se limitent-elles actuellement à un rôle d'analyse et de conseil.

En principe, la procédure entamée à l'encontre d'un des géants de l'internet, à savoir l'entreprise américaine *Facebook* (ses filiales européenne et allemande étant incluses), s'inscrit dans la ligne des compétences traditionnelles de l'autorité allemande. L'autorité a, dès mars 2016, éveillé l'attention au niveau international à la suite de son annonce publique d'ouvrir une procédure. Peu avant Noël, la procédure est entrée dans une phase décisive. Le Bundeskartellamt a communiqué à l'entreprise son évaluation préliminaire des faits (Statement of Objections – Mitteilung der Beschwerdepunkte). L'autorité a résumé les idées principales de son raisonnement dans un communiqué de presse et dans un document explicatif, lesquels constituent la base de ce commentaire. L'autorité de concurrence estime d'après ces documents que :

- *Facebook* dispose d'une position dominante sur le marché allemand des réseaux sociaux;
- cette position est exploitée de manière abusive envers ses utilisateurs.

L'autorité considère être en présence du cas de figure de l'exploitation abusive et plus précisément des conditions abusives. Les utilisateurs seraient en pratique contraints de faire des concessions importantes concernant le traitement des données personnelles.

Consommateurs et responsables de la protection des données applaudissent. Les interventions précédentes, telles que celles du responsable de la protection des données de Hambourg ou de la Fédération nationale des associations de consommateurs, le *Verbraucherzentrale Bundesverband* (*vzbv*), avaient le même effet qu'une goutte d'eau dans un océan. Le montant maximal d'une amende au titre du § 890 al. 1 du Code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung - ZPO*) en cas de violation d'une injonction judiciaire de ne pas faire est limité à 250 000 euros par violation (l'amende peut être imposée de manière répétitive). Il semble, avec le Bundeskartellamt, qu'il y ait enfin quelqu'un osant monter sur le ring et pouvant être à la hauteur du géant de l'Internet. Cependant, le Bundeskartellamt n'a pas décidé de mener une procédure d'infraction (*Ordnungswidrigkeitenverfahren*). Tandis que la Commission a imposé dans le cas de *Google* (aussi

membre du GAFKA) une amende de 2,4 milliards d'euros pour *Google Shopping* uniquement, *Facebook* ne fait l'objet d'aucune menace d'amende. Il devrait y avoir à la fin une simple injonction de cessation ou une décision d'engagements (dont une violation peut donner lieu à une amende, voir l'exemple de *Microsoft* dans l'affaire de l'écran de choix du navigateur).

## Une procédure pionnière

Le Bundeskartellamt parle avec justesse d'une procédure pionnière. L'affaire soulève de nombreuses nouvelles questions de droit. La question principale est de savoir dans quelle mesure un abus d'exploitation peut être reproché à une entreprise en position dominante, lorsque la partie adverse sur le marché peut utiliser de manière gratuite les services mis à disposition.

## L'exigence du consentement de l'utilisateur quant à la collecte illimitée de données

Un prérequis pour l'inscription et donc l'utilisation des services proposés par le réseau social est l'acceptation par l'utilisateur des conditions générales d'utilisation de *Facebook*. L'utilisateur devra faire le choix entre accepter le "paquet global" ou renoncer à utiliser le service. Par ce biais, l'entreprise s'octroie le droit de pouvoir recueillir sans aucune restriction tous types de données de l'utilisateur incluant celles en provenance de sources tierces et de les fusionner avec son compte *Facebook*. Il n'y a pas seulement les services propres au groupe tels que *WhatsApp* ou *Instagram*, mais aussi d'autres opérateurs pour lesquels *Facebook* peut accéder aux interfaces. Cela signifie que même lorsque l'internaute visite d'autres sites Internet, des données sont aussi transférées à *Facebook* et ainsi collectées et exploitées. Cela est déjà le cas lorsque l'utilisateur, sans pour autant avoir besoin d'utiliser le bouton "J'aime", consulte une page web sur laquelle un tel bouton est inséré.

L'autorité examine l'abus d'exploitation soupçonné et parvient, dans le cadre d'une évaluation préliminaire, au résultat que le comportement de *Facebook* porte atteinte à l'interdiction de l'utilisation abusive d'une position dominante.

## Exploitation malgré l'absence de rémunération

Le marché pertinent – et cela mérite déjà d'être souligné – est celui sur lequel il n'y a aucun flux d'argent. L'utilisateur de *Facebook* ne doit rien déboursier pour profiter des services proposés par ce réseau social, lequel se fait dédommager par les internautes avec les données et l'attention portée. Le financement a lieu indirectement, et ce sur le marché publicitaire. *Facebook* propose ici avec beaucoup de succès l'attention des utilisateurs ainsi que leurs profils respectifs. Cela a une grande valeur monétaire pour les annonceurs publicitaires.

Un tel modèle commercial typique pour les marchés de plateformes n'est pas exclu du contrôle au regard du droit de la concurrence. Cela vaut aussi pour la relation de la

plateforme au côté du marché pouvant utiliser gratuitement celle-ci. Les prestations proposées sans contrepartie financière peuvent de même constituer des marchés au sens du droit de la concurrence. Le législateur du 9<sup>ème</sup> amendement du *GWB* l'a précisé clairement au nouveau § 18 al. 2 *GWB* (“*L'hypothèse de l'existence d'un marché n'est pas remise en cause par le fait qu'une prestation soit fournie sans rémunération*”, traduction libre). Le tribunal régional supérieur de Düsseldorf – dans sa décision sur l'affaire *HRS* du 9 janvier 2015 (affaire VI Kart 1/14 (V)) – était encore parti du principe que seule la relation – rémunérée – entre la plateforme de réservation hôtelière et les hôteliers constitue un marché pertinent au sens du droit de la concurrence et non pas celle entre la plateforme et les consommateurs, laquelle ne pouvait être prise en considération que de manière indirecte.

### LinkedIn et WhatsApp, aucun substitut

La délimitation du marché pertinent ne sera pas développée ici. L'autorité prend une position très stricte pour *Facebook*. Elle considère que les réseaux professionnels tels que *LinkedIn* et *Xing* sont aussi peu substituables que les services de messagerie à la *WhatsApp* et *Snapchat* ou d'autres médias sociaux comme *Youtube* ou *Twitter* et probablement pas *Instagram*.

### Position dominante de la plateforme Facebook

Dans ce contexte, le fait de prêter une position dominante à *Facebook* n'est pas surprenant. Le nombre d'utilisateurs est très important. En effet, *Facebook* compte 23 millions d'utilisateurs quotidiens rien qu'en Allemagne. Ainsi, le Bundeskartellamt considère que la part de marché s'élève à 90 %. D'autres particularités des faits viennent appuyer ce constat, lesquelles peuvent relever des nombreux critères énumérés au nouveau § 18 al. 3 *GWB* 2017: les effets de réseau aussi bien directs qu'indirects compliquent l'accès au marché des concurrents potentiels. Étant donné que presque tout le monde est sur *Facebook*, beaucoup d'internautes novices se créent rapidement un compte, bien que ce constat montre ses limites pour la jeunesse. C'est bien la grande quantité d'utilisateurs qui rend *Facebook* particulièrement attractif pour l'autre côté du marché, à savoir les annonceurs. À cela s'ajoute les économies d'échelle. Celles-ci devraient avoir un effet sur les coûts marginaux infimes (coût pour un utilisateur supplémentaire en termes d'une légère augmentation du besoin de capacité du serveur) profitant à *Facebook* au détriment des nouveaux arrivants. Enfin, l'autorité a rappelé la grande importance accordée en l'espèce à l'accès aux données pertinentes pour la concurrence. *Facebook* dispose d'une grande collection de profils d'utilisateurs différenciés, lesquels s'alimentent d'une variété de sources allant bien au-delà du réseau social.

### Absence de lien de causalité entre le pouvoir de marché et l'abus ?

Dans l'affaire *Facebook*, la relation entre la position dominante et l'abus d'exploitation est critique. Un lien de causalité est nécessaire. Ainsi est-il reconnu que la

réussite d'une exploitation – élément constitutif de l'abus d'exploitation – requiert un pouvoir de marché. Il convient de ce fait d'effectuer une analyse contrefactuelle. Les prix et conditions réels vont être comparés avec ceux qui auraient été fixés sur un marché dans des conditions normales de concurrence. Si un écart désavantageux pour la partie adverse sur le marché est constaté, alors cela plaide en faveur d'un abus d'exploitation. Toutefois, ce raisonnement est en l'espèce problématique. Ainsi, des conditions générales défavorables vont elles souvent être acceptées par les consommateurs – sans plainte de leur part – aussi sur des marchés sur lesquels une concurrence féroce existe. Les raisons de ce comportement sont connues: il y a souvent une asymétrie en termes d'information et de motivation entre les utilisateurs de conditions générales et les partenaires contractuels. Le consommateur se comporte rationnellement avec ignorance, lorsqu'il s'abstient pour des raisons de temps et de coût de se pencher sur les différentes conditions générales afin de pouvoir les comparer. Cela n'a tout d'abord rien à voir avec le pouvoir de marché. Cela dit, ce constat ne permet pas d'en conclure que les conditions générales d'utilisation de *Facebook* ne pourraient de ce fait être contrôlées au regard du droit de la concurrence, parce qu'elles auraient aussi été acceptées en cas de concurrence supposée sur le marché des réseaux sociaux (voir cependant J.-U. Franck, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2016, p. 137, et S. Thomas, *NZKart* 2017, p. 92).

### Double causalité de pouvoir de marché et d'ignorance rationnelle pour les conditions abusives

Il est certes vrai que le contrôle du contenu des conditions générales ne dépend plus de la constatation d'un pouvoir de monopole comme c'était encore le cas au temps de la jurisprudence du Tribunal du Reich (*Reichsgericht*), le prédécesseur de l'actuelle Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*). L'application des §§ 307 et s. du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) concernant le contrôle des conditions générales est indépendante de cette exigence. Le législateur tient compte du fait que la concurrence effective n'est en elle-même pas un garant de l'élaboration adéquate de conditions générales. Dans le cas d'espèce, l'inadéquation supposée des conditions générales d'utilisation de *Facebook* devrait cependant reposer sur deux raisons différentes. La première tient au fait que *Facebook*, par sa position de prééminence sur le marché des réseaux sociaux, n'a aucune raison d'élaborer ses conditions générales d'utilisation en tenant compte de celles des concurrents potentiels afin de les rendre plus soucieuses des utilisateurs. La deuxième raison est qu'il paraît peu probable que l'utilisateur moyen, dans l'hypothèse d'une concurrence entre plusieurs réseaux sociaux, examinerait les implications en matière de protection des données de son acceptation des conditions générales d'utilisation des différents fournisseurs concurrents. Concernant le premier aspect, la causalité du pouvoir de marché de *Facebook* pour l'obtention du consentement des utilisateurs de renoncer dans une large mesure à la protection des données, il paraît tout à fait approprié que le droit de la concurrence ait un rôle

à jouer. Ce constat ne peut être modifié par le fait qu'en outre, la liberté contractuelle liée avec l'intégration de conditions générales fonctionne de toute façon rarement et qu'on assiste plutôt à une défaillance du marché en raison des coûts de transaction prohibitifs, laquelle devrait de même être corrigée par la loi. Il paraît évident que la plupart des utilisateurs, s'ils étaient informés de la non-conformité des conditions d'utilisation de *Facebook* avec les standards nationaux et européens de protection des données d'une part et s'ils avaient la possibilité de choisir un réseau social conforme avec la protection des données mais pour le reste identique d'autre part, privilégieraient le réseau alternatif. Le lien de causalité entre le pouvoir de marché et l'exploitation est donc à approuver.

### Le droit européen de la protection des données comme référence pour l'adéquation des conditions d'utilisation au regard du droit de la concurrence

L'affaire soulève également la question difficile de savoir quelle est la bonne référence à prendre pour l'examen du caractère raisonnable des conditions d'utilisation de *Facebook* posées aux utilisateurs. Dans l'esprit du législateur, il y a un éventuel abus d'exploitation en particulier lorsque l'entreprise en position dominante "demande une rémunération ou d'autres conditions commerciales différentes de celles qui seraient très probablement observées en présence d'une concurrence effective; à cet égard, il y a lieu de tenir compte du comportement des entreprises sur des marchés similaires sur lesquels règne une concurrence effective" (§ 19 al. 2 n°2 *GWB*, traduction libre). L'absence d'un marché concurrentiel de référence rend le concept de marché similaire en l'espèce inapplicable. Ce constat ne devrait pas mener à la conclusion qu'un contrôle de l'adéquation est en l'espèce inapplicable dans son ensemble. Le *Bundeskartellamt* fonde ses enquêtes de manière convaincante sur l'interdiction générale d'abus posée au § 19 al. 1 *GWB* (cf. article 102 al. 1 *TFUE*). Il peut, pour ce faire, s'appuyer sur la décision de la Cour fédérale de justice dans l'affaire *VBL-Gegenwert*. Afin d'apprécier d'éventuelles conditions abusives, il est ensuite nécessaire de "prendre en compte les valeurs inscrites dans la loi fondant le contrôle du contenu régi aux §§ 307 et s. *BGB* [contrôle du contenu des conditions générales]" (BGH, arrêt du 6 nov. 2013 – KZR 58/11, BGHZ [Recueil officiel en matière de droit privé] 199, p. 1 n° 65 – *VBL-Gegenwert I*, traduction libre). À partir de là, il n'y a plus qu'un petit pas à franchir pour supposer que les valeurs du droit européen de la protection des données – déjà harmonisé par la directive encore en vigueur sur la protection des données (directive 95/46/CE) et par le règlement général sur la protection des données (règlement (UE) 2016/679) déjà adopté s'appliquant directement dans les États membres à partir de mai 2018 – peuvent aussi constituer une référence pour l'examen d'une atteinte à l'interdiction d'abus.

F. B. ■

## 1.2. Italie

**Private Enforcement – Entente – Nullité – Action publique:** La Cour de cassation se prononce sur la nullité d'un contrat conclu en aval d'une entente anticoncurrentielle constatée postérieurement à la conclusion dudit contrat (*Cass. civ.*, 20 sept. 2017, *Albatel c/ Unicredit*, n° 29810, publié le 12 déc. 2017)

Par l'arrêt du 20 septembre 2017, publié le 12 décembre de la même année, la Cour de cassation s'est prononcée sur la nullité d'un contrat conclu à la suite de la mise en œuvre d'une entente illicite dans le secteur bancaire dont la constatation est intervenue postérieurement à la conclusion dudit contrat.

Au cas d'espèce, le 18 février 2005, la société *Albatel* avait passé un contrat d'ouverture de crédit en compte courant avec la banque *Unicredit Corporate Banking* (ci-après "*Unicredit*") pour lequel deux personnes physiques s'étaient portées caution. Le 6 octobre 2008, la banque avait mis fin au contrat et avait demandé d'émettre une injonction de payer à l'encontre de la société *Albatel* et de ses garants. Une caution avait alors engagé une action devant la Cour d'appel de Venise en vue d'obtenir la nullité du contrat de cautionnement et la condamnation de la banque à la réparation du préjudice subi estimant que ce contrat était conforme au schéma contractuel rédigé par l'*Associazione bancaria italiana* (ci-après "*ABI*") dont certaines dispositions avaient été déclarées illicites quelques mois après la réadoption du contrat pour non-conformité à l'article 2, alinéa 2, a) de la loi du 10 octobre 1990 n° 287 (le texte sanctionne les ententes visant à fixer les prix ou d'autres conditions contractuelles). Par décision du 2 mai 2005, la *Banque d'Italie* – la banque centrale italienne – avait d'ailleurs imposé à l'*ABI* de transmettre des nouvelles circulaires pour la conclusion des opérations bancaires (les "*normes bancaires uniformes*" ou *NBU*). Néanmoins, la Cour d'appel de Venise avait retenu que la nature réglementaire de la décision de la banque centrale ne permettait pas d'invoquer la mesure adoptée pour annuler les contrats conclus antérieurement à celle-ci. Pour le juge vénitien, seuls les contrats conclus sur la base de normes bancaires de l'*ABI* non conformes à la nouvelle mesure de la Banque d'Italie auraient pu être frappés de nullité.

Déboutée, la caution décida alors de se pourvoir en cassation en estimant que la juridiction de fond aurait dû déclarer nul l'accord interbancaire sur le contrat-type de cautionnement en raison de la non-conformité de cette convention aux dispositions d'ordre public économique figurant dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la date de la mesure adoptée par la banque centrale étant insignifiante. La *Banque d'Italie* ayant la mission, entre autres, d'assurer le respect des règles concurrentielles par les établissements de crédit, le demandeur à l'action en nullité et en réparation avait rappelé la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la décision d'une autorité chargée de garantir le respect de l'ordre public concurrentiel constituait une

“*preuve privilégiée*” dans les procès intentés devant les juridictions civiles au regard non seulement de l’existence d’une pratique anticoncurrentielle mais aussi de l’existence d’un dommage (cf. Cass. civ., 28 mai 2014, n°11904: la décision de l’autorité de concurrence présente un degré probatoire élevé de nature à démontrer non seulement la pratique anticoncurrentielle elle-même, mais aussi l’aptitude abstraite de cette dernière à causer un dommage aux consommateurs. Plus particulièrement, elle permet de présumer que de la pratique anticoncurrentielle résulte un dommage pour l’ensemble des consommateurs, dans lequel est compris, comme composante essentielle, le préjudice subi par le consommateur considéré individuellement).

Par l’arrêt du 20 septembre 2017, publié le 12 décembre dernier, la Cour de cassation a cassé l’arrêt de la Cour d’appel de Venise estimant que le raisonnement de la juridiction de fond était erroné.

### Les droits de la victime d’un contrat vicié par la mise en œuvre d’une entente illicite

Dans un premier temps, la Cour de cassation a rappelé que selon la solution adoptée en 2005 en Assemblée plénière, “*la loi antitrust du 10 octobre 1990 n°287 fixe des dispositions visant à sauvegarder la liberté de concurrence qui s’appliquent non seulement aux entreprises mais aussi aux autres acteurs du marché, c’est-à-dire à toute personne ayant un intérêt légitime à agir à la sauvegarde de son caractère compétitif au point de pouvoir invoquer un préjudice spécifique découlant de la rupture ou de la diminution de la compétitivité par effet d’une entente illicite, tenu compte, d’une part, du fait qu’en présence d’une entente restrictive de la liberté de la concurrence, le consommateur, acheteur final du produit offert sur le marché, voit détourné son droit à un choix effectif de produits concurrents, et du fait, d’autre part, que le contrat en aval constitue la conséquence de l’entente illicite, essentiel pour la mise en œuvre de ses effets*” (Cass., Ass. plén., arrêt du 4 févr. 2005, n° 2207). Dès lors, la Cour a réaffirmé le principe selon lequel le consommateur final qui a subi un préjudice du fait d’un contrat vicié par une collusion anticoncurrentielle en amont, a le droit de faire constater la nullité de l’entente et d’obtenir des dommages et intérêts.

### L’entente illicite couvre toute conduite menée sciemment par au moins deux entreprises

La Cour de cassation a ensuite souligné que la loi sur la concurrence de 1990 a adopté une conception large d’entente puisque le législateur a voulu prohiber la restriction de concurrence qui découle de l’objectif de coordonner les activités économiques en vue de l’accomplissement d’un intérêt commun, cette restriction pouvant être aussi le fruit de comportements non contractuels. Dès lors, l’entente peut aussi se manifester par toute conduite de marché impliquant la participation volontaire d’au moins deux entreprises et peuvent être frappés de nullité non seulement l’acte à l’origine de l’entente illicite, mais aussi tout acte qui le suit et qui constitue un obstacle au jeu concurrentiel (cf. Cass. civ., 1<sup>er</sup> févr. 1999, n°827).

Pour finir, la Cour de cassation a affirmé que “*toute forme de distorsion de la concurrence sur le marché, quelle que soit la forme de sa mise en œuvre*” peut être soumise au contrôle de l’article 2 de la loi antitrust italienne.

### Les effets de l’entente illicite sur les contrats conclus postérieurement à sa mise en œuvre

La Cour de cassation s’est également interrogée sur le laps de temps qui s’est écoulé entre le contrat mis en cause qui a été signé en février 2005 et la clôture de l’instruction ainsi que la publication de nouvelles mesures par la banque centrale italienne qui datent de mai 2005. La Cour a considéré qu’ “*il est fort probable que l’entente (ou les autres comportements portant atteinte à la concurrence interbancaire) ait été réalisée avant la conclusion du contrat en cause*”. À la lumière des principes relatifs à la nature de preuve privilégiée de la décision d’une autorité chargée du respect des règles concurrentielles, les juridictions qui connaissent des faits de la cause ne peuvent pas exclure la nullité du contrat en se limitant à invoquer l’antériorité de l’enquête de l’autorité de concurrence et ses conclusions, car si la violation en amont s’est produite antérieurement au contrat en aval, la pratique anticoncurrentielle qui s’est réalisée avant la conclusion du contrat de cautionnement ne peut que se répercuter sur ce contrat pour violation des principes et des dispositions du droit de la concurrence (cf. Cass. civ., 1<sup>er</sup> févr. 1999 n° 827). La Cour de cassation a ainsi considéré que “*la conclusion en aval de contrats ou d’actes qui constituent l’application d’ententes illicites réalisées en amont (au cas d’espèce, les normes fixées par l’association bancaire italienne en matière de cautionnement qui contenaient des clauses anticoncurrentielles) comprend également les contrats conclus avant la constatation de l’entente par l’autorité de concurrence (...) à condition que l’entente ait été mise en œuvre avant l’accomplissement de l’acte dont on invoque la nullité (...)*”. La Cour d’appel devra par conséquent traiter à nouveau l’affaire en faisant application de ce principe, l’issue de la demande en réparation étant dépendante de l’issue de la demande en nullité.

S. P. ■

**Private Enforcement – Abus de position dominante – Abus de dépendance économique:** Le Tribunal de Milan rappelle la diversité des conditions requises pour caractériser l’abus de position dominante et l’abus de dépendance économique ainsi que les buts poursuivis par le législateur (*Trib. Milano, 12 oct. 2017, Next Mind c/ Vodafone Italia, n° 12344, publié le 6 déc. 2017*)

Par un jugement du 12 octobre 2017, publié le 6 décembre de la même année, le Tribunal de Milan a rappelé que les dispositions relatives à l’abus de position dominante et à l’abus de dépendance économique poursuivent des objectifs différents et requièrent des conditions distinctes.

Au cas d'espèce, le 26 novembre 2012, deux entreprises avaient conclu un contrat de franchise ayant pour objet la commercialisation des services de la société *Vodafone Italia* par la société *Next Mind*. Le *business plan* élaboré par le franchiseur s'était révélé impossible à mettre en œuvre en raison notamment d'objectifs à atteindre de plus en plus difficilement réalisables. Deux ans plus tard, *Next Mind* avait décidé de mettre terme au contrat. *Vodafone Italia* avait alors adopté une série de mesures préjudiciables à l'ancien cocontractant : non-paiement des rémunérations dues, blocage administratif du système informatique empêchant au franchisé d'assurer les services aux clients finals pendant la dernière période d'exécution du contrat... L'ancien franchisé avait alors décidé d'agir en justice à l'encontre du franchiseur sur le fondement de l'abus de position dominante. Par le présent jugement, la section spécialisée des entreprises du Tribunal de Milan a analysé l'affaire sur le double fondement de la responsabilité contractuelle découlant du contrat de franchise et de l'abus de dépendance économique.

### Les dispositions relatives à l'abus de position dominante et à l'abus de dépendance économique poursuivent des objectifs différents

L'abus de dépendance économique qui figure dans l'article 9 de la loi du 18 juin 1998 n° 192 intitulée "*Discipline de la sous-traitance dans les activités productives*" et relève en principe de la compétence des juridictions de droit commun (sauf s'il y a une atteinte au jeu de la concurrence, car, dans cette hypothèse, l'Autorité garante de la concurrence et du marché sera compétente; sur cette infraction et sur les difficultés relatives à la répartition des compétences, voir L. Renna, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica in Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, (sous dir.) F. Galgano, 2013, vol. 29, n° 2, p. 370) est défini de la façon suivante : "*Est prohibée l'exploitation abusive par une entreprise ou plusieurs entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son ou ses égard une entreprise cliente ou fournisseur. Est considérée dépendance économique la situation dans laquelle une entreprise est en mesure de déterminer, dans les relations commerciales avec une autre entreprise, un déséquilibre excessif dans les droits et les obligations des parties. La dépendance économique est appréciée en tenant compte également de la possibilité réelle de la partie qui a subi l'abus d'obtenir sur le marché des solutions alternatives équivalentes*". La jurisprudence majoritaire considère que le champ d'application de cette infraction ne concerne pas seulement les cas relevant de l'abus de position dominante mais s'étend en réalité à l'ensemble des relations entre entreprises (voir, à titre d'exemple, Cass. Ass. Plén., ordonnance du 25 nov. 2011 n° 24906). Dans le présent jugement, le Tribunal de Milan a repris cette solution estimant que le fait que l'infraction ait été expressément envisagée dans les cas de sous-traitance dans les activités productives n'empêche pas de retenir une conception large de cette notion (voir également, Trib. Milan, 17 mai 2017, R.G. 16596/2017). En effet, les termes utilisés sont généraux et peuvent s'appliquer à toute relation commerciale, indépendamment de l'existence d'une relation de sous-traitance.

Le juge milanais a ensuite rappelé que "*si les règles antitrust sont des dispositions générales visant à protéger la concurrence sur le marché, la disposition relative à la dépendance économique (...) régit les relations contractuelles entre les parties, à des fins qui peuvent être dissociées de l'impact sur les mécanismes concurrentiels*". Par ailleurs, si l'abus de position dominante "*implique la nécessité d'identifier préalablement le marché pertinent, l'abus de la dépendance économique n'accorde pas d'importance à la position dominante d'une entreprise sur le marché mais à l'abus et au déséquilibre des entreprises dans le cadre d'une relation contractuelle*". Au cas d'espèce, le Tribunal a estimé que le demandeur n'a ni identifié le marché pertinent ni la conduite abusive au sens de la loi sur la concurrence de 1990 et des dispositions du TFUE (à propos d'une autre affaire portant sur l'exécution d'un contrat de franchise, le Tribunal de Turin a récemment rappelé que les limitations commerciales qui peuvent être prévues dans ce contrat ne sont pas en soi constitutives d'un abus de position dominante, le franchiseur ne détenant pas nécessairement une position dominante sur le marché et les limitations stipulées dans le contrat étant généralement compensées par les avantages de l'adhésion au contrat de franchise; voir Trib. Turin, 2 mai 2017 n° 2414, publié le 9 mai 2017).

Le Tribunal a également considéré que le demandeur n'avait pas démontré les conditions requises par l'article 9 de la loi du 18 juin 1998 pour caractériser l'abus de dépendance économique, le dommage et le lien causal. Comme dans le cadre de l'abus de position dominante, en matière d'abus de dépendance économique, la charge probatoire incombe, en effet, à celui qui l'invoque. Dans un jugement du 5 juillet 2017, le Tribunal de Milan avait d'ailleurs affirmé que si en théorie la conduite constituant un "*abus discriminatoire*", un "*abus de dépendance économique*" et un "*acte de concurrence déloyale*", au sens des articles 3 de la loi sur la concurrence italienne (loi du 10 oct. 1990 n° 287), de l'article 102 TFUE et de l'article 2598 du Code civil (texte consacré à la concurrence déloyale) peut se concrétiser par le refus par un créancier d'accorder des reports de paiements supplémentaires à un débiteur alors que le même créancier accorde ce report à un autre débiteur se trouvant à son égard dans la même position que le premier, il incombe à qui invoque l'existence d'un abus de démontrer le dommage causé par cette conduite et le lien causal entre l'infraction alléguée et le préjudice prétendument subi; dès lors, "*la nullité des reports de paiements en cause ne peut être déduite purement et simplement de la position dominante d'un contractant*", car le créancier insatisfait a le droit d'"*utiliser des outils, tels que la résolution automatique du contrat, de nature à sauvegarder son intérêt à ne pas rester lié à un cocontractant qui à plusieurs reprises a failli à ses obligations contractuelles en n'effectuant pas les paiements tant dans les délais initialement convenus que dans les délais prévus dans les nombreux échéanciers de paiements accordés au débiteur*" (Trib. Milano, 5 janv. 2017 n° 7533, publié le 5 juill. 2017). Dans la présente affaire, le Tribunal a jugé que le franchiseur avait bien manqué à ses obligations contractuelles sans pouvoir invoquer l'exception d'inexécution, le défendeur n'ayant pas prouvé l'inexécution du contrat.

S. P. ■

## **Public Enforcement – Pratiques commerciales déloyales : L’Autorité garante de la concurrence et du marché sanctionne lourdement des entreprises et des établissements de crédit pour des pratiques commerciales déloyales dans le secteur de la commercialisation des diamants d’investissement**

(AGCM, déc. du 30 oct. 2017, PSI0677 et PSI0678, *Affaire des diamants d’investissement*)

L’Autorité des marchés financiers française a publié à plusieurs reprises des mises en garde visant les diamants d’investissement, présentés souvent comme une valeur refuge qui assurerait des rendements exceptionnels alors qu’en réalité il s’agit d’offres très risquées (voir notamment *Diamants d’investissement : méfiez-vous de ce qui brille*, 7 décembre 2017, consultable sur le site Internet <http://www.amf-france.org>). Outre-Alpes, par deux décisions du 30 octobre 2017, l’Autorité garante de la concurrence et du marché (ci-après “AGCM”) a sanctionné deux sociétés et les établissements de crédit avec lesquels elles avaient agi pour commercialiser des placements en diamants sur le fondement des dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales au détriment des droits des consommateurs (depuis 2007, les pratiques commerciales déloyales au sens de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur relèvent des missions de l’AGCM).

Au cas d’espèce, l’AGCM a lancé une enquête à la suite d’un reportage diffusé par une émission d’investigation sur les diamants d’investissement vendus par deux sociétés par le biais essentiellement de quatre établissements de crédit. L’enquête menée en parallèle par la section Antitrust de la brigade financière italienne et les informations fournies par la Commission nationale pour les sociétés et la bourse (CONSOB) ont permis de constater la diffusion d’informations partielles, erronées et trompeuses portant notamment sur le prix de vente des diamants, l’évolution du marché, la qualité de leaders sur le marché des entreprises incriminées et la facilité de rendre liquides et de vendre les diamants au niveau de la cotation indiquée par celles-ci. Les informations trompeuses étaient diffusées principalement par deux canaux : les sites Internet et la documentation promotionnelle dont la publicité était également assurée par la presse spécialisée.

Tout d’abord, l’AGCM a constaté que les “cotations” que les sociétés publiaient de façon périodique sur les journaux économiques bénéficiant d’une forte réputation pour rassurer les potentiels clients quant au caractère certain et contrôlable de l’achat de diamants, présenté systématiquement comme un “investissement”, ne reflétaient point l’évolution effective du marché et laissaient croire qu’il s’agissait de données objectives collectées par le professionnel au bénéfice des consommateurs qui auraient été ainsi en mesure de surveiller l’évolution de leurs “investissements”. En réalité, les prix, fixés librement par les entreprises en cause et augmentés de façon

progressive au cours des années, ne correspondaient pas à des “cotations” mais comprenaient plusieurs composantes parmi lesquelles les commissions bancaires et les marges bénéficiaires réalisées par celles-ci. En pratique, la présentation des prix sous forme de “cotations” a eu pour effet de corroborer de façon trompeuse dans l’esprit du consommateur la rentabilité dans le temps de ce genre de placements atypiques par rapport aux investissements classiques. Le gendarme de la concurrence a ainsi rappelé que le professionnel est libre de déterminer le prix du produit ou du service qu’il commercialise; en revanche, est déloyal le fait que ce prix soit présenté comme cotation du marché du diamant et par conséquent comme attestation de la valeur en soi de la pierre alors qu’en réalité le prix inclut des marges bien supérieures à celles qu’on pourrait raisonnablement s’attendre sur la base du *benchmark IDEX-DRB* (référence dans la vente de diamants au détail).

L’AGCM a retenu que les pratiques mises en œuvre étaient également déloyales en raison du procédé qui consistait à faire croire aux consommateurs que le diamant était une valeur refuge et qu’il était “*en tout état de cause et à tout moment facilement convertible en numéraire*”. L’Autorité a considéré qu’en raison de l’écart entre la valeur de marché de la pierre précieuse et le prix d’achat fixé librement par les entreprises en cause, il était difficile, “*voire impossible*”, de vendre le diamant à un prix permettant au moins de préserver la valeur de l’investissement initial. En outre, la typologie de diamants commercialisés par ces entreprises, qui se présentaient comme leaders du marché sans aucun fondement vérifiable, était difficilement cessible dans les circuits classiques tels que les joailleries.

L’AGCM a aussi lourdement sanctionné les établissements de crédit qui ont participé à ces pratiques, estimant que le fait de promouvoir ces placements et de participer aux rencontres entre les deux professionnels et les clients étendait considérablement la crédibilité des informations contenues dans la documentation promotionnelle des deux sociétés, poussant nombreux consommateurs à acheter les diamants sans effectuer des recherches complémentaires.

Enfin, l’AGCM a sanctionné le fait d’avoir violé les droits des consommateurs portant sur l’obligation d’information quant à la possibilité de se rétracter, les modalités d’exercice de ce droit et le for compétent en cas de litige.

S. P. ■

## **Entente – Appel d’offres – Programme de conformité : L’Autorité garante de la concurrence et du marché sanctionne les géants de l’audit financier pour violation de l’article 101 TFUE (AGCM, déc. 7 nov. 2017, *Big Four*; I796)**

Par une décision du 7 novembre 2017, l’Autorité garante de la concurrence et du marché (ci-après “AGCM”) a sanctionné les quatre plus grands groupes d’audit financier au

niveau mondial nommés les *Big Four* – *Deloitte Touche Tohmatsu* (ci-après “*Deloitte*”), *Ernst & Young* (ci-après “*EY*”), *KPMG*, *PricewaterhouseCoopers* (ci-après “*PwC*”) – pour avoir mis en œuvre une entente illicite ayant pour objet la participation coordonnée à un appel d’offres lancé par la *CONSIP* – centrale d’achats pour l’administration publique italienne ayant la forme d’une société par actions dont l’unique associé est le Ministère de l’Economie et des Finances – en vue de l’attribution des services de support et d’assistance technique pour l’usage des “*fonds structurels et d’investissement européens*” ou “*Fonds ESI*”, créés par l’Union européenne pour apporter “*un soutien (...) à la réalisation de la stratégie de l’Union pour une croissance intelligente, durable et inclusive*” (article 4 du règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2013/1303/oj>). L’article 123 du règlement n° 1303/2013 prévoit qu’en cas de recours à ces fonds, les États membres désignent les autorités de gestion et de contrôle pour chaque programme opérationnel. Ces missions sont généralement attribuées aux cabinets d’audit et aux cabinets de conseil spécialisés en ce domaine. Au cas d’espèce, *CONSIP* avait lancé un appel d’offres, comptant neuf lots, pour procéder à la désignation des autorités compétentes pour assurer les services de support et d’assistance technique dans l’usage des fonds ESI. La valeur de base du marché dépassait 11,5 millions d’euros et les *Big Four* de l’audit, largement présents sur le marché italien (des données collectées par l’AGCM il résulte que, pour les appels d’offre remportés dans le domaine de l’audit dans la période 2008-2014, le network *Ernst & Young* détient 55 % du marché, le network *KPMG* 24 %, le network *Deloitte* 9 %, le network *PWC* 7 % et les autres concurrents 4 %), avaient participé à cet appel d’offres. En 2016, à la suite des anomalies constatées par *CONSIP*, l’AGCM a lancé une enquête soupçonnant ces cabinets d’audit d’avoir mis en œuvre une entente illicite pour se répartir les lots de cet appel d’offres, en présentant des offres économiques différentes pour chaque lot, en application d’un schéma commun élaboré en concertation. Par une décision du 7 novembre 2017, l’AGCM a sanctionné les entreprises en cause sur le fondement de l’article 101 TFUE.

### La collusion dans la présentation des offres doit être sanctionnée indépendamment de l’attribution du marché

Dans un premier temps, l’AGCM a établi que les entreprises en cause s’étaient concertées pour se répartir les lots de l’appel d’offres en cause, en désignant les lots dans lesquels elles auraient présenté leurs meilleures offres économiques et en élaborant des offres de couverture sur les autres lots afin de dissimuler l’entente illicite

et d’exploiter au mieux le mécanisme d’attribution du marché sur l’offre économiquement la plus avantageuse. En particulier, après avoir constaté que le relevé de notes de l’offre technique dépendait de la quotité des rabais proposés, l’AGCM a démontré que si les offres techniques étaient essentiellement les mêmes dans les différents lots, les offres économiques étaient différentes avec des écarts de rabais importants (entre 30 et 32 % pour les rabais les plus importants et entre 10 % et 15 % pour les rabais plus faibles). Néanmoins, les rabais présentés dans les différents lots par les soumissionnaires membres de l’entente illicite et constitutifs d’un parallélisme de comportement ne se sont jamais empiétés les uns sur les autres. Dans le cadre de cette stratégie de répartition des lots, les entreprises ont d’ailleurs présenté des offres pour tous les lots alors même qu’elles n’avaient pas d’intérêt réel à l’attribution du marché correspondant. Par ces comportements, les entreprises ont poursuivi l’objectif d’“*atteindre un résultat partagé, en s’appuyant sur la collaboration réciproque, en éliminant la compétition réciproque et en stérilisant, dans la mesure du possible, les concurrents*”. Pour conforter son analyse, l’Autorité de concurrence s’est appuyée sur l’existence de mails, de documents attestant une simulation de la répartition des lots antérieure à la présentation des offres et d’un fichier indiquant l’“*intérêt*” de chaque entreprise pour les lots en jeu. L’AGCM a retenu que l’objet de la pratique était “*manifestement*” anticoncurrentiel, attachant peu d’importance au fait que l’issue de l’appel d’offres n’a pas correspondu exactement à l’accord illicite, en raison d’événements tout à fait imprévisibles pour les parties, notamment, la note technique très élevée obtenue par une société *outsider* et la note technique très basse obtenue, contre toute attente, par un membre de l’entente.

### Sont responsables non seulement les cabinets d’audit mais aussi les cabinets de conseil

Les membres de l’entente ont été lourdement sanctionnés. Pour fixer le montant des amendes infligées, l’AGCM a appliqué les lignes directrices sur les sanctions qu’elle a élaboré en 2014 (elles sont consultables sur le site Internet de l’AGCM). Plus précisément, l’autorité de concurrence a appliqué le coefficient de gravité maximal de 30 % et un montant supplémentaire correspondant à 25 % pour assurer une dissuasion effective. Par ailleurs, l’Autorité a sanctionné non seulement les cabinets d’audit mais aussi les cabinets de conseil considérant que ces entreprises font partie des mêmes réseaux et opèrent sur le marché “*de manière coordonnée de la même manière qu’une seule entité économique qui s’appuie sur la même marque qui garantit la présence d’objectifs communs et de standards qualitatifs communs*”. Par ailleurs, les cabinets de conseil et les cabinets d’audit partagent les ressources professionnelles et structurelles et adoptent des stratégies communes de communication se présentant sur le marché comme une seule entité (par exemple, ils utilisent le même site Internet pour promouvoir l’ensemble des services offerts). En outre, ils ont le même bureau pour la gestion des appels d’offres.

## L'impact des programmes de conformité sur le montant de la sanction

L'AGCM a reconnu une seule circonstance atténuante aux entreprises ayant mis en place des programmes de conformité en faisant participer activement les dirigeants. Toutefois, l'AGCM a procédé ainsi pour les seules entreprises ayant lancé ces programmes avant la réception de la communication des griefs.

S. P. ■

### 1.3. États-Unis

**Intérêt à agir – Pay-for-delay:** La Cour d'appel du troisième circuit adopte une approche restrictive de l'intérêt antitrust à agir (*3d Cir. 2017, In re: Wellbutrin XL Antitrust Litigation Indirect Purchaser Class, No. 15-2875*)

En imposant aux juridictions inférieures la règle de raison pour contrôler les accords de report d'entrée, l'arrêt *Actavis* n'a pas résolu toutes les difficultés posées par les *pay-for-delay* (*Federal Trade Commission v. Actavis*, 133 S. Ct 2223, 2013, *Concurrences* n°3-2013, p. 180, obs. J.-C. Roda). En effet, le choix de la *rule of reason* n'a pas tari le contentieux. Actuellement, celui-ci se cristallise outre-Atlantique autour de questions procédurales assez sensibles. L'affaire sous commentaire montre combien la mise en œuvre des principes dégagés par l'arrêt de la Cour suprême est difficile pour les juridictions inférieures. Les problèmes les plus importants se rencontrent dans le contentieux du *private enforcement*. Alors que dans le contentieux du *public enforcement* le gouvernement bénéficie d'un intérêt à agir automatique (K.B. Soter, "*Causation in Reverse Payment Antitrust Claims*", 70 *Stanford L. Rev.* (2018), à paraître), cette règle n'est pas applicable au contentieux privé. Dans ce dernier cas, pour que la plainte antitrust puisse permettre la tenue d'un procès, il est nécessaire que les plaignants établissent un "*intérêt antitrust à agir*" (*an antitrust standing*). Étant donné que l'intérêt à agir n'est pas une question pertinente dans le contentieux du *public enforcement*, l'arrêt *Actavis* est demeuré silencieux sur les conditions à remplir pour qu'un intérêt à agir soit établi dans les affaires *pay-for-delay*, laissant ainsi une marge de manœuvre considérable aux juridictions inférieures saisies.

L'affaire *Wellbutrin* présente un cadre factuel assez classique. En mai 2008, des acheteurs directs et indirects du *Wellbutrin XL* – un antidépresseur de seconde génération – déposèrent une plainte antitrust contre les laboratoires *GSK* et *Biovail*. Ces derniers étaient accusés d'avoir entravé la concurrence sur le marché au détriment des pharmacies et des consommateurs finaux en concluant des accords de type *pay-for-delay*. En l'espèce, *GSK* avait concédé une licence à *Biovail* pour certains brevets de formulation permettant la fabrication du médicament et autorisait par ailleurs *Biovail* à concéder des sous-licences à d'autres entreprises. Entre 2004 et 2005, quatre génériqueurs déposèrent une certification

paragraphe IV afin d'obtenir une ANDA. L'obtention de l'ANDA était cruciale pour ces entreprises car elle conditionnait la licéité de la commercialisation de leurs versions génériques (pour une explication exhaustive de cette procédure : v. W. Chaiehloudj, *Les accords de report d'entrée - Contribution à l'étude de la relation du droit de la concurrence et du droit des brevets*, Aix-Marseille Université, 2017). Cependant, pour contrarier la mise sur le marché des versions génériques, *Biovail* décida d'agir en contrefaçon contre les quatre fabricants de génériques et, ce faisant, bloqua la délivrance des ANDA. *GSK* joignit *Biovail* dans deux litiges. Pour mettre un terme aux différends de brevet, cinq règlements amiables de report d'entrée comportant des paiements inversés furent conclus. À la suite de la plainte antitrust, *Biovail* transigea avec les plaignants. Seul *GSK* décida d'aller au bout du contentieux.

### L'approche retenue par la Cour d'appel du troisième circuit

Avant de motiver les raisons l'ayant conduit à rejeter la plainte pour défaut d'intérêt à agir, la Cour d'appel du troisième circuit a tout d'abord rappelé les conditions qu'il convenait de remplir pour qu'une condamnation antitrust puisse être prononcée dans le cadre d'un contentieux privé. La Cour a énoncé qu' "*un plaignant privé doit établir un intérêt antitrust à agir et doit montrer que les agissements du défendeur a violé le droit antitrust*". Pour expliquer son approche sur l'intérêt à agir, la Cour d'appel du troisième circuit s'est appuyée sur la jurisprudence de la Cour suprême qui indique que, pour établir un intérêt antitrust à agir, un plaignant doit prouver qu'il a subi un préjudice. Dans l'affaire *Wellbutrin*, la Cour d'appel du troisième circuit a jugé que, s'agissant des affaires *pay-for-delay*, les plaignants "*doivent démontrer que le préjudice qu'ils disent avoir subi – à savoir l'augmentation des prix du médicament (...) – a été causé par le règlement amiable dont ils se plaignent*". Concrètement, cela signifie que les plaignants doivent apporter la preuve qu'en l'absence du règlement amiable les génériqueurs seraient entrés plus tôt sur le marché. Cependant, il n'est pas suffisant d'affirmer que le lancement du générique aurait eu lieu plus précocement sur le marché. Pour la Cour d'appel, cet argument ne prend pas en compte la présence d'un brevet bloquant. Partant, "*si le lancement [du générique] a été stoppé parce qu'il était illégal, alors le préjudice des plaignants (si tant est qu'il faille le nommer ainsi) ne serait pas causé par le règlement amiable mais par le droit des brevets, lequel prohibe le lancement*". En d'autres termes, il ne peut y avoir d'intérêt antitrust à agir que si les plaignants arrivent à démontrer que la commercialisation des génériques sur le marché aurait été licite. Pour la Cour d'appel, ce scénario n'est possible que lorsque les plaignants prouvent qu' "*en l'absence des accords contestés, [le génériqueur] aurait été en capacité de lancer [son produit] sans enfreindre le brevet [du laboratoire princeps]*". À cet égard, l'approche retenue par la Cour d'appel du troisième circuit est assez proche de celle qu'a adoptée la Cour d'appel du premier circuit. Dans l'affaire du *Nexium*, cette dernière avait jugé qu'il ne peut y avoir d'intérêt antitrust à agir que si les plaignants apportent la preuve de l'invalidité ou de la non-violation du brevet

(*In re Nexium Antitrust Litig.*, 842 F.3d 34 (1<sup>st</sup> Cir. 2016)). Ce faisant, les deux Cours d'appel imposent aux plaignants de démontrer la faiblesse du brevet, ce qui pourrait aller à l'encontre des principes posés dans l'arrêt *Actavis*. Dans l'affaire *Wellbutrin*, la Cour d'appel du troisième circuit semble avoir été influencée par une partie de la doctrine qui considère qu' "*une forme d'analyse du brevet et du litige [de brevet] est nécessaire dans les actions privées post-Actavis dans le cas où la défense soutient que les brevets des entreprises princeps bloquaient l'entrée des génériqueurs sur le marché*" (I. Simmons et alii., "*Viewing FTC v. Actavis Through the Lens of Clayton Act Section 4*", 28 ANTITRUST 24 (2013), spéc. p. 26).

En outre, l'acceptation de la défense de "*l'aversion au risque*" par la Cour d'appel du troisième circuit réduit les chances des plaignants de voir l'intérêt antitrust à agir reconnu. Dans son arrêt, la Cour d'appel du troisième circuit énonce que l'aversion au risque pourrait expliquer la présence d'un paiement inversé important. Précisément, elle explique qu' "*il y a de multiples façons possibles d'interpréter le paiement inversé dans [une affaire pay-for-delay] si bien que le paiement inversé à lui seul nous en dit moins sur les mérites de l'affaire sous-jacente que sur le souhait des plaignants*". Or, l'arrêt *Actavis* a expressément rejeté cette défense. La Cour suprême a jugé que l'aversion au risque n'était pas un argument justifiant l'importance d'un paiement inversé.

En somme, la Cour d'appel du troisième circuit a choisi une approche restrictive et rigide, laquelle contraint les plaignants d'un contentieux privé à tenir compte du brevet sous-jacent pour qu'un intérêt antitrust à agir puisse être établi. Selon les termes de la Cour d'appel, la seule présence d'un paiement inversé significatif et inexplicable allant du breveté aux génériqueurs est insuffisante pour qu'un procès antitrust puisse se tenir.

## Les faiblesses de l'approche retenue

L'approche retenue par la Cour d'appel est contestable et a d'ores et déjà fait l'objet de certaines critiques (M. A. Carrier, "*The Curious Case of Wellbutrin: How the Third Circuit Mistook Itself for the Supreme Court*", 103 Cornell L. Rev. Online (2018), à paraître). Trois arguments peuvent en révéler les faiblesses. En premier lieu, la Cour d'appel du troisième circuit semble avoir fait une mauvaise interprétation de l'arrêt *Actavis*. De manière claire, la Cour suprême avait jugé qu' "*il n'est normalement pas nécessaire de mettre en litige la validité du brevet pour répondre à la question antitrust*" car "*un paiement inversé significatif et inexplicable pourrait indiquer en lui-même que le breveté a de sérieux doutes sur la survie du brevet*" (*Actavis*, préc., at 2236). Pour la Haute juridiction américaine, "*la taille d'un paiement inversé inexplicable peut fournir un substitut fiable pour mesurer la faiblesse du brevet, et ce sans obliger une juridiction à mener une investigation détaillée sur la validité du brevet lui-même*" (ibid.) Partant, en procédant par analogie, on peut inférer que la Cour d'appel du troisième circuit n'aurait pas dû imposer aux parties privées de prouver la faiblesse du brevet au moyen de la démonstration de sa non-violation ou de son invalidité. En appliquant les principes dégagés dans

l'arrêt *Actavis*, la juridiction inférieure aurait seulement dû enjoindre aux plaignants d'apporter la preuve que le paiement inversé était important et inexplicable. Quant à la défense de l'aversion au risque, elle aurait dû être écartée. Comme l'a clairement exprimé la Cour suprême, même un petit risque d'invalidité du brevet peut suffire à prouver le préjudice concurrentiel.

En deuxième lieu, l'arrêt de la Cour d'appel du troisième circuit ne semble pas conforme à sa propre jurisprudence. Dans l'affaire *King Drug*, laquelle impliquait un accord de report d'entrée de seconde génération (sur la distinction accord de première génération et accord de seconde génération: W. Chaiehloudj, Les accords injectant de la concurrence sur un marché distinct, le nouveau moyen de retarder l'entrée des génériques sur le marché, *Concurrences* n° 1-2016, p. 73), elle avait jugé qu' "*un laboratoire princeps qui accepte de ne pas produire un auto-générique peut par ce moyen avoir évité le risque de l'invalidation du brevet ou d'un jugement de non-violation*" (*King Drug Company of Florence v. Smithline Beecham*, 791 F.3d 388, 405 (3d Cir. 2015)). Autrement dit, la présence d'un paiement inversé, prenant dans cette affaire la forme d'un engagement de non-concurrence, suffit à établir un intérêt antitrust à agir.

En troisième lieu, il convient de relever que l'approche restrictive retenue par la Cour d'appel du troisième circuit a été rejetée par de nombreuses juridictions, lesquelles ont préféré se conformer à l'arrêt *Actavis*. Dans l'affaire du *Cipro* par exemple, la Cour suprême de Californie a jugé que pour retenir un intérêt antitrust à agir, il n'était pas nécessaire que les plaignants démontrent l'invalidité du brevet ou sa non-violation. Elle a indiqué qu'un règlement amiable de report d'entrée peut infliger un préjudice anticoncurrentiel "*même lorsque le brevet est probablement valide*" (*In re Cipro*, 348 P.3d 845,863 (Cal. 2015)). Surtout, conformément à l'arrêt *Actavis*, elle n'a pas imposé la démonstration judiciaire de la faiblesse du brevet et a fait de la taille du paiement le critère cardinal pour retenir un intérêt antitrust à agir.

En définitive, l'approche restrictive retenue par la Cour d'appel du troisième circuit laisse le commentateur dubitatif. La raison principale tient en ce que si cette approche devait s'étendre ou se généraliser, nous pourrions assister à l'émergence d'un phénomène fort curieux. Les parties privées ne pourraient pas faire condamner un accord de report d'entrée qui serait pourtant contestable et potentiellement jugé contraire au droit antitrust dans le cadre du *public enforcement*. Dans le contexte du *private enforcement*, les plaignants devraient d'abord obtenir une décision judiciaire actant l'invalidité du brevet ou sa non-violation avant de pouvoir déclencher une action antitrust. Ainsi, l'arrêt *Wellbutrin* pourrait immuniser certains accords *pay-for-delay* du risque d'un contentieux privé, et ce faisant, circonscrire le risque de condamnation pour les entreprises princeps aux seules actions judiciaires engagées par la *Federal Trade Commission*. Par ailleurs, le maintien de cette approche restrictive pourrait conduire à une division des juridictions inférieures quant aux conditions à remplir pour qu'un intérêt antitrust à agir soit établi. Cette situation pourrait créer

une distorsion procédurale regrettable entre les justiciables. En l'état actuel, un plaignant californien devrait apporter beaucoup moins de preuves qu'un plaignant du Delaware dépendant pour sa part de la juridiction de la cour d'appel du troisième circuit. Gageons que les prochaines juridictions saisies sauront éviter cet écueil en adoptant une approche plus conforme à l'esprit de l'arrêt *Actavis*. En montrant la voie, elles pourraient convaincre la Cour d'appel du troisième circuit de renverser sa position.

W. C. ■

### **Tentative de monopolisation – Refus de contracter – Compression de marge – Prix prédateurs: Le Tribunal du district Sud de l'Iowa rejette une allégation de tentative de monopolisation, fondée sur des pratiques de compression de marges, dans le secteur des sodas (*S. D. Iowa, 15 sept. 2017, Mahaska Bottling v. PepsiCo*)**

Par une décision du 15 septembre 2017, le Tribunal fédéral du district Sud de l'Iowa était amené à se prononcer sur une allégation de tentative de monopolisation, elle-même basée sur des pratiques tarifaires mises en œuvre par un des géants du secteur des sodas, l'entreprise *PepsiCo*. La plaignante, un embouteilleur indépendant, s'estimait victime de pratiques de compression de marge, de prix prédateurs et de refus de contracter, ces comportements devant permettre à *PepsiCo* de s'imposer sur le marché des boissons gazeuses et de l'embouteillage. Outre l'intérêt lié à une exploration du secteur des boissons gazeuses aux États-Unis, l'affaire est intéressante en ce qu'elle permet au tribunal de revenir sur la politique jurisprudentielle actuelle concernant les pratiques tarifaires des entreprises dominantes. Elle est aussi l'occasion de s'intéresser à la tentative de monopolisation, spécifique au droit antitrust américain.

### **Le secteur de la distribution de boissons gazeuses CSD**

L'entreprise *Mahaska* est un embouteilleur indépendant de boissons gazeuses, présent sur le marché américain depuis 1889. Les boissons gazeuses carbonées (CSD) de marque sont fabriquées à partir d'ingrédients concentrés. Les embouteilleurs comme *Mahaska* achètent des concentrés auprès de fournisseurs comme *PepsiCo* et fabriquent des produits CSD en vertu de licences accordées par les fournisseurs de concentrés. Les produits finis CSD sont commercialisés sous les marques des fournisseurs. Parfois, des embouteilleurs indépendants embouteillent et distribuent les marques de plusieurs fournisseurs de concentrés. Par exemple, *Mahaska* embouteille et distribue des produits CSD de marque *Pepsi*, tels que *Pepsi* et *Mountain Dew*, et distribue également des marques de l'entreprise *DrPepper*. Au-delà de l'opération "d'embouteillage", les embouteilleurs s'occupent aussi de la distribution, du marketing, de la fixation des prix et de la vente des produits finis aux clients. Ces derniers sont des détaillants qui vendent des produits finis aux consommateurs finaux.

De leur côté, les fournisseurs de concentrés ne se contentent pas de fabriquer les sirops. Ils peuvent intervenir à plusieurs niveaux de la chaîne de distribution. Ils négocient parfois directement avec les grands détaillants à l'échelle nationale, au sujet des achats en gros de boissons gazeuses, sous réserve des contraintes qui peuvent exister dans les relations entre les fournisseurs de concentrés et les embouteilleurs.

Ainsi, dans les années 90, *PepsiCo* a conclu plusieurs accords avec de grands détaillants nationaux, telles les chaînes *Wal-Mart*. Ces accords avaient pour objet d'établir des prix de gros uniformes au niveau national, mais ils n'étaient pas contraignants pour les embouteilleurs locaux indépendants comme *Mahaska*, qui ont conservé leur liberté pour fixer les prix sur leur territoire. En outre, par le biais de *Marketplace Investment Agreements (MIA)*, *PepsiCo* s'est engagé à effectuer des paiements aux embouteilleurs qui acceptaient une partie des rabais offerts aux détaillants nationaux en échange d'efforts promotionnels des détaillants pour le compte des marques *Pepsi*. Aux termes des accords *MIA*, les prix nationaux pour les grandes chaînes étaient souvent inférieurs aux prix de gros des embouteilleurs. Ces derniers avaient néanmoins le droit de refuser de participer aux opérations promotionnelles, ce que ne manqua pas de faire *Mahaska* qui refusa à plusieurs reprises de s'aligner sur les prix proposés dans le cadre de ces accords promotionnels nationaux. En 2003, *Mahaska* a néanmoins accepté de livrer ces prix négociés par *PepsiCo* aux clients détaillants, *PepsiCo* s'étant alors engagé à "rembourser" l'embouteilleur pour tenir compte de la différence.

Les fournisseurs de concentrés peuvent également remplir une partie ou la totalité des fonctions d'un embouteilleur en interne. En 2010, *PepsiCo* a par exemple acquis deux embouteilleurs et distributeurs indépendants, regroupés dans la structure *PBC*. À cette époque, *PBC* représentait environ 56 % des ventes distribuées par les embouteilleurs pour les marques *PepsiCo*. Une telle stratégie d'internalisation a été induite par le comportement du principal concurrent de *PepsiCo*, l'entreprise *Coca-Cola*. Celle-ci fut la première du secteur à racheter des embouteilleurs, lui permettant de réaliser d'importantes économies d'échelles.

Pendant longtemps, les embouteilleurs indépendants n'ont pas réellement été concurrencés par les fournisseurs via leurs filiales d'embouteillage. Les fournisseurs ont historiquement utilisé des réseaux d'embouteilleurs indépendants, ayant chacun des territoires géographiques exclusifs, pour livrer les produits aux consommateurs. Les détaillants qui achetaient une marque donnée de boissons gazeuses sans alcool sur un territoire donné n'étaient servis que par un seul vendeur en gros, qu'il s'agisse d'un embouteilleur indépendant ou de l'usine d'embouteillage d'un fournisseur. Les accords de distribution exclusive entre les sociétés d'embouteillage de concentrés et les embouteilleurs indépendants prévoyaient souvent des restrictions sur la capacité de ces derniers d'embouteiller pour des sociétés concurrentes de concentrés.

Les choses ont cependant évolué, à la suite de l'important mouvement de concentration des détaillants. Les

gros clients de *PepsiCo*, comme *Wal-Mart*, ont implanté des magasins dans plusieurs territoires d'embouteillage et ont commencé à exiger que *PepsiCo* réponde à leurs besoins à l'échelle nationale plutôt que locale. C'est ainsi que *PBC*, la filiale d'embouteillage de *PepsiCo* est devenue progressivement un concurrent important de *Mahaska*, y compris dans les zones d'exclusivités accordées par *PepsiCo*. La situation s'est alors progressivement dégradée entre les deux partenaires, *Mahaska* reprochant à *PepsiCo* une forme de concurrence déloyale et des pratiques visant à l'exclure du marché des embouteilleurs.

## Les pratiques reprochées à *PepsiCo* et la procédure secteur de la distribution de boissons gazeuses *CSD*

Outre la violation de ses territoires et le risque de confusion dans l'esprit de ses clients, *Mahaska* reprochait à *PepsiCo* ses pratiques tarifaires. Selon l'embouteilleur, *PepsiCo* aurait procédé à des pratiques de ciseaux tarifaires ("*margin squeeze*"), par l'entremise de sa filiale *PBC*. *Mahaska* reprochait en particulier à *PepsiCo*, de négociier des prix de gros à l'échelle nationale, inférieurs aux prix fixés par des embouteilleurs indépendants, sans toutefois rembourser les rabais promis. Entre-temps, *PepsiCo* a également augmenté le prix des concentrés qu'elle vend aux embouteilleurs. *Mahaska* a affirmé que l'augmentation des coûts des concentrés l'a conduit à augmenter ses propres prix aux détaillants. Selon *Mahaska*, son fournisseur aurait ainsi élaboré un plan visant à forcer les embouteilleurs indépendants à quitter le secteur de l'embouteillage afin que *PepsiCo* (via *PBC*) puisse reprendre le marché de l'embouteillage et augmenter ses prix à l'avenir.

*Mahaska* décida alors de porter plainte devant le Tribunal du district Sud de l'Iowa, notamment sur le fondement d'une violation de la section 2 du *Sherman Act*. Selon la plaignante, *PepsiCo* serait l'auteur d'une tentative de "*monopolization*" et d'exclusion reposant sur plusieurs comportements : des pratiques de compression de marge ("*margin squeeze*" ou ciseaux tarifaires, selon le vocabulaire plus fréquemment utilisé en France), de prix prédateurs et, finalement, de refus de contracter. *PepsiCo* a opposé une requête en rejet ("*motion to dismiss*"), estimant que la plainte était insuffisamment fondée.

Dans sa décision du 15 septembre 2017, le Tribunal fédéral du district Sud de l'Iowa donne gain de cause à *Pepsico* et rejette donc la demande de *Mahaska*, dans le cadre de la procédure sommaire. Selon le juge Gritzner, l'entreprise plaignante n'a pas apporté d'éléments de preuve suffisants pour caractériser les pratiques illicites alléguées, ni l'existence d'un pouvoir de monopole ou d'une tentative d'atteindre celui-ci, à la suite des pratiques mises en œuvre par *PepsiCo*.

## Le scepticisme du tribunal face aux allégations de pratiques tarifaires illicites

Les pratiques illicites dénoncées par *Mahaska* concernaient essentiellement la stratégie tarifaire mise en place par *PepsiCo*, à son égard et à l'égard des détaillants.

Le tribunal n'adopte pas de solution innovante mais l'arrêt est intéressant en ce qu'il procède à un rappel des principes. Il confirme surtout l'existence d'un courant jurisprudentiel bien établi, très rigoureux à l'égard des plaignants qui voudraient obtenir la condamnation d'entreprises dominantes qui s'engageraient dans des pratiques tarifaires agressives.

Le tribunal examine d'abord la pratique de "*margin squeeze*" qu'invoquait la plaignante : une entreprise verticalement intégrée disposant d'un pouvoir de marché sur un marché en amont comprime les marges bénéficiaires de ses concurrents en augmentant le prix de l'intrant essentiel, tout en abaissant les prix sur le marché en aval, sur lequel l'entreprise verticalement intégrée est en concurrence avec l'entreprise victime de la "*compression*" (v. *Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc.* 555 U. S. 129 S. Ct. 1109, 172 L. Ed. 2d 836, 2009). Si de telles pratiques sont possibles, le Tribunal rappelle qu'elles ne sont pas interdites en elles-mêmes et qu'il est important de caractériser l'atteinte aux consommateurs (sur la question en général, v. D. Spector, *Some economics of margin squeeze*, fév. 2008, *Concurrences*, n° 1-2008, art. n° 15302, pp. 21-26).

De manière plus originale, le Tribunal envisage la pratique de compression comme le résultat de deux actions distinctes : l'imposition de prix élevés en amont et de prix bas en aval. "*Chacune de ces actions peut être illégale en vertu de la section 2 du Sherman Act, mais uniquement dans certaines circonstances, et des doctrines concernant la légalité de prix élevés en amont et de prix bas en aval existent déjà séparément*". Le Tribunal refuse ainsi de traiter la pratique comme une pratique autonome. Le juge Gritzner préfère rattacher ce comportement aux catégories déjà existantes et poursuit en indiquant que le *Sherman Act* "*n'interdit généralement pas l'imposition de prix élevés des intrants, même par une entreprise puissante sur le marché*". Cette décomposition de la pratique de compression de marge peut paraître assez singulière, à tout le moins, du point de vue européen : de ce côté de l'Atlantique, elle est plus facilement envisagée comme une catégorie d'abus à part entière, à distinguer de la prédation, des prix excessifs ou du refus de contracter (G. Niels, H. Jenkins et J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford Univ. Press, 2<sup>nd</sup> éd. 2016, § 4.138 ; comp. CJUE, 14 oct. 2010, *Deutsche Telekom*, aff. C-280/08 P). En procédant de la sorte, le Tribunal limite en réalité sérieusement les possibilités de caractérisation, s'alignant d'ailleurs sur la position des autorités fédérales. Celles-ci ont ainsi indiqué que le "*traitement de la compression de marge comme un abus de position antitrust autonome («stand alone»)* risquerait de décourager les comportements pro-concurrentiels en permettant aux entreprises de demander réparation pour les dommages inévitables causés par la concurrence. Ce risque découle du fait que l'intégration verticale en présence d'un pouvoir de marché préexistant est efficace, précisément parce qu'elle réduit des marges en aval que les consommateurs paieraient autrement" (OCDE, *Margin Squeeze, Policy Roundtable*, DAF/COMP(2009)36, sept. 2010, p. 245)

Les pratiques tarifaires de *PepsiCo* sont ensuite envisagées sous l'angle du refus de contracter. *Mahaska* prétendait en effet que les hausses du prix des concentrés avaient érodé sa capacité concurrentielle, ce qui constituait un refus implicite de négocier, ce que le tribunal veut bien admettre. Celui-ci rappelle toutefois que “*si une entreprise n'a pas l'obligation antitrust de traiter avec ses concurrents sur le marché de gros, elle n'a certainement pas l'obligation de traiter à des conditions que ses rivaux jugent commercialement avantageuses*”. Le lien est alors fait avec la jurisprudence *Trinko* (124 S. Ct. 872, 2004), particulièrement sévère et restrictive. La Cour suprême des États-Unis y a souligné l'importance du droit de refuser de traiter avec d'autres entreprises et de déterminer, pour l'auteur du refus, ses prix, sa quantité et les autres modalités de ses opérations, même s'il détient un monopole. En revanche, le refus peut être anticoncurrentiel lorsqu'il est précédé d'une relation d'affaire rentable avec le concurrent, dont la cessation entraîne une perte de bénéfices à court terme pour l'auteur du refus, ce qui laisse supposer que ce dernier s'attend à recouvrer ces bénéfices plus tard en l'absence de concurrence. Or, en l'espèce, *Mahaska* n'alléguait pas que *PepsiCo* renonçait à une relation d'approvisionnement rentable, mais plutôt que le fournisseur augmentait ses profits à court terme sur le marché des concentrés au détriment des profits de l'entreprise plaignante. Le Tribunal relève alors que, selon la plainte, “*PepsiCo transfère la marge bénéficiaire de Mahaska et d'autres embouteilleurs à elle-même en tant que fabricant et vendeur de concentré, en gonflant artificiellement le prix du concentré*”. Pour le juge Gritzner, “*il s'agit, au pire, d'une allégation selon laquelle un monopoleur pratique des prix monopolistiques*”, ce qui, en soi, n'est pas prohibé. Le Tribunal conclut en assénant que “*les lois antitrust (...) n'imposent pas à PepsiCo l'obligation, même s'il est un monopoleur, de fixer ses prix d'une manière qui préserve les marges de Mahaska*”.

Enfin, le Tribunal examine les allégations de prix prédateurs: *Mahaska* estimait que les accords promotionnels conclus entre *PepsiCo* et les détaillants nationaux conduisaient les embouteilleurs indépendants à sortir du marché. La plainte indiquait plus précisément que *PepsiCo* avait abaissé le prix effectif des produits finis CSD de sorte que le prix tombait en deçà du coût de livraison par *PepsiCo*. Autrement dit, *Mahaska* alléguait que *Pepsi* exploitait sa filiale *PBC* à perte afin d'évincer des embouteilleurs indépendants concurrents.

Dans un premier temps, le Tribunal souligne que les stratégies de prix bas doivent être examinées avec une grande prudence, celles-ci étant l'essence même de la concurrence. Les principes sont rappelés: une allégation de prix prédateurs suppose, d'une part, la fixation des prix inférieure à une mesure de coût appropriée et, d'autre part, que le concurrent ait une “*perspective raisonnable*” (pour les allégations faites en vertu du *Robinson-Patman Act*) ou une “*probabilité dangereuse*” (pour les réclamations faites en vertu du *Sherman Act*) de récupérer ses pertes et de tirer profit de son investissement en usant par la suite de prix supra-concurrentiels établis une fois le concurrent évincé.

Puis, dans un second temps, le Tribunal reprend les éléments factuels présentés par *Mahaska* dans la plainte et les confronte aux principes évoqués. À partir de ces éléments, le juge Gritzner estime que la plaignante ne démontre pas que les prix demandés par *PepsiCo*, et mis en œuvre par *PBC*, étaient inférieurs aux coûts de cette dernière, ni même aux siens (le juge ne s'attardant pas sur la question de savoir quels types de coûts sont à prendre en considération). Il considère en outre que *Mahaska* ne met pas en évidence la probabilité suffisante de recouvrement. En particulier, selon le juge, rien n'indique que si l'entreprise plaignante était expulsée de ses zones d'exclusivité et remplacée par *PBC*, les prix augmenteraient par la suite. Les détaillants des territoires de *Mahaska* n'ont pas le choix des embouteilleurs s'ils souhaitent vendre des produits de marque *Pepsi*, et *Mahaska* possède une exclusivité territoriale perpétuelle. Rien dans la plainte ne permet de conclure que *PBC*, si elle prenait en charge l'embouteillage des produits de marque *Pepsi* dans les zones attribuées à *Mahaska*, serait en mesure d'imposer des prix supra-concurrentiels. Le tribunal considère en effet que le remplacement de *Mahaska* par *PBC* se traduirait simplement par le même nombre d'embouteilleurs pour les mêmes clients *Pepsi*. *PBC* continuerait alors à concurrencer le même groupe d'entreprises rivales. Dans un tel contexte, la possibilité de facturer des prix supra-concurrentiels par la suite ne permettrait pas à *PepsiCo* de récupérer ses pertes s'ils fixaient actuellement des prix inférieurs aux coûts.

## Le rejet du grief de tentative de monopolisation

La section 2 du *Sherman Act* interdit à une entreprise de “*monopoliser*” le marché ou, dans certaines circonstances, de tenter de le faire. *Mahaska* se fondait sur la deuxième incrimination possible, à savoir la tentative de monopolisation. Les éléments constitutifs sont légèrement différents de ceux d'une revendication standard de “*monopolization*”. Pour obtenir gain de cause, le plaignant doit en effet caractériser un comportement d'exclusion (en l'occurrence, les pratiques tarifaires précédemment évoquées), une intention spécifique de monopolisation, et une probabilité dangereuse d'atteindre le “*pouvoir monopolistique*” (*Spectrum Sports v. McQuillan*, 113 S. Ct. 884, 1993).

Pour établir l'existence d'un pouvoir de marché, le demandeur se fonde généralement sur des preuves circonstanciées de la structure du marché. Cette approche exige d'établir “*que le défendeur détient une part de marché dominante sur un marché pertinent bien défini*”. La méthode n'est guère différente, s'agissant de la démonstration d'une probabilité dangereuse d'atteindre le pouvoir monopolistique: il n'est toutefois pas demandé de prouver l'existence actuelle d'un pouvoir de marché. Concrètement, le plaignant doit se baser sur l'existence de parts de marché détenues par le défendeur et sur des éléments démontrant que le marché est “*monopolisable*” (par exemple, l'existence d'importantes barrières à l'entrée). Cependant, contrairement aux cas classiques de “*monopolization*”, le pourcentage de parts de marché peut être plus faible que ce qui est habituellement retenu.

Ainsi, certaines juridictions considèrent-elles qu'un seuil de 50 % peut être suffisant. À partir de ces éléments, le juge apprécie s'il semble possible que le défendeur ait de grandes chances d'atteindre son but. Généralement, les juridictions se montrent très exigeantes, notamment afin de ne pas faire de la tentative de "monopolization" une voie de contournement, face à la sévérité observée dans les contentieux classiques de "monopolization".

En l'espèce, *Mahaska* avait choisi de retenir un marché pertinent des boissons carbonées, comprenant à la fois le marché du concentré et celui du produit fini. Pourtant, le Tribunal relève que, à aucun moment, la plaignante ne quantifie avec précision la part de marché de la défendresse. Tout ce que contenait la plainte était une allégation selon laquelle *PepsiCo* et *DrPepper* détenaient conjointement une part de marché de plus de 50 % et de plus de 80 % dans certains territoires non définis, y compris les territoires desservis par *Mahaska*. Ces données semblaient d'ailleurs douteuses aux yeux du juge Gritzner : il n'apparaissait pas clairement si ces parts combinées incluaient toutes les ventes de concentrés et de produits finis de boissons gazeuses sans alcool. Selon le juge, si tel était le cas, il serait mathématiquement impossible pour *PepsiCo* et *DrPepper* d'approcher une part de marché cumulée de 80 % sur un marché combiné. En outre, le tribunal indique que ces chiffres cumulés de parts de marché ne suffisent pas à établir que *PepsiCo* possédait une probabilité dangereuse de monopolisation d'un marché. La plaignante aurait dû identifier clairement les seuils pour chaque entreprise, même si elle se basait, dans sa plainte, sur des allégations de "joint monopoly" que le tribunal écarte également.

En définitive, la décision de donner gain de cause à *PepsiCo* et de rejeter la plainte de *Mahaska* n'est guère surprenante. La solution s'inscrit dans le droit fil d'une jurisprudence exigeante avec les demandeurs se fondant sur une violation de la section 2 du *Sherman Act*. Depuis plusieurs décennies, et avec l'avènement d'une analyse antitrust parfois qualifiée de "conservatrice", il est devenu particulièrement délicat pour les plaignants d'obtenir gain de cause dans le contentieux privé (E. Fox, *The Efficiency Paradox, in How the Chicago School Overshot the Mark*, éd. R. Pitofsky, Oxford Univ. Press, 2008, p. 77). La caractérisation d'un pouvoir de marché est une étape préalable redoutable et, dans cette affaire, les éléments présentés par la plaignante étaient assez peu convaincants, même si l'on était dans le contexte d'une tentative de "monopolization". Quant aux pratiques invoquées, la même rigueur est observée. Depuis l'arrêt *Trinko*, le refus de contracter est extrêmement difficile à caractériser. Du côté des pratiques tarifaires, le constat est le même : les prix prédateurs et les compressions de marge sont envisagés avec une grande circonspection. Toujours influencée par les thèses économiques de l'école de Chicago, la jurisprudence considère que de telles pratiques sont théoriquement rares, l'entreprise dominante n'ayant guère intérêt à les mettre en œuvre. Pour obtenir gain de cause, un plaignant doit proposer une thèse solide qui présente clairement en quoi la pratique risque de heurter le processus concurrentiel. Invoquer sa propre éviction du marché n'est pas suffisant. Dans l'affaire commentée, il était

incontestable que la réduction des marges en aval pouvait nuire aux concurrents, mais il n'était pas démontré en quoi la pratique de *PepsiCo* heurtait la concurrence et les consommateurs.

J.-C. R. ■

## 2. Informations nationales

**États-Unis – Président des États-Unis – Federal Trade Commission (FTC) – Nominations – Politique de la concurrence : Le Président Trump complète le collège de la FTC par la nomination du Président et de trois Commissaires (<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/five-nominations-sent-senate-today/>)**

La nomination par le Président des États-Unis le 19 octobre 2017 du nouveau Président de la *Federal Trade Commission* – Joseph Simons – et deux *Commissionners* – Rohit Chopra et Noah Phillips – sont venues compléter partiellement seulement le collège (« board ») de la *FTC*. Ces trois nominations ne pouvaient pas nécessairement permettre à cette agence fédérale de retrouver rapidement des conditions opérationnelles normales de fonctionnement. La confirmation de ces nouveaux membres de la *FTC* par le Sénat n'étant pas intervenues en 2017, le Président des États-Unis a procédé à une nouvelle transmission de quatre noms – ayant ajouté le nom de Christine Wilson aux trois précédents – au Sénat pour confirmation dans les premières semaines de 2018. Cet ensemble vient consolider les conditions de fonctionnement opérationnelles de la *FTC* mais suscite néanmoins plusieurs interrogations. En effet, le Président Trump a désigné en MM. Simons et Chopra des personnalités consensuelles au sein des partis Républicain et Démocrate, tout comme cela a été le cas avec la nomination du dirigeant de l'autre autorité de concurrence américaine, Makan Delrahim à la tête de la *Division Antitrust* comme *Assistant Attorney General* (v. *Concurrences*, chron. Polit. internationale, n° 4-2017, p 196-197). Mais il risque de ne pas en aller de même avec M. Phillips et Mme Wilson pour des motifs d'équilibres politiques au sein du collège des commissaires comme exposé plus loin.

Avant de présenter ces nouveaux Commissaires désignés, l'occasion est donnée de rendre hommage aux deux Commissaires qui ont administré et assuré les décisions intérimaires prises depuis janvier 2017, après la démission notamment de la Présidente Edith Ramirez en octobre 2016 : Maureen Ohlhausen et Terrell McSweeney.

Depuis janvier 2017, Maureen Ohlhausen a fait fonction de Présidente (*Acting Chairwoman*) ayant été désignée en 2012 par le Président Obama sur le siège Républicain, Terrell Mc Sweeney nommée sur un siège Démocrate en avril 2014, dont le mandat s'est achevé formellement le 14 septembre 2017 (voir plus loin) quittera en

effet la FTC dès confirmation des quatre nommés. Les deux Commissaires ont assumé leurs responsabilités de manière unanimement appréciée, spécialement dans le domaine des activités financières en relation avec l'économie digitale, avec notamment :

- une interdiction de concentration anticoncurrentielle sur le marché des paris en lignes des ligues sportives virtuelles (*Daily Fantasy Leagues v. FTC, Press release, FTC and Two State Attorneys General Challenge Proposed Merger of the Two Largest Daily Fantasy Sports Sites, DraftKings and FanDuel Complaint alleges merger would lead to near monopoly*, 13 July 2017, à <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/161-0174/draftkings-fanduel-ftc-state-california-district-columbia-v>),
- l'approbation d'une fusion majeure sous condition d'engagements de séparation structurelle sur le marché des semi-conducteurs,
- la conclusion d'une action en concurrence déloyale à l'encontre du transporteur *Uber* pour l'usage frauduleux de données personnelles
- et l'engagement d'une action à l'encontre de la société *Equifax* pour violation de règles de sécurité à l'égard de nombreux clients.

Cette dernière affaire, qui débute, mérite attention au regard des activités en cause, mais également compte tenu de l'impact politique et technologique concerné. Car c'est dans ce contexte qu'intervient la nomination de Joseph Simons pour succéder à Maureen Ohlhausen, nommée à l'*U.S. Court of Federal Claims* en janvier 2018 (nomination qui suivra le même processus de validation par le Sénat que pour les Commissaires nommés par le Président Trump). En septembre 2017, *Equifax* une société spécialisée dans l'analyse de crédit aux États-Unis, a annoncé qu'une faille de sécurité remontant au mois de mars 2017 avait conduit au vol de données personnelles de 143 millions de consommateurs américains (y compris noms, dates de naissance, adresses, numéro de permis de conduire, références complètes de cartes de crédit, etc.). Cette société, basée à Atlanta, est l'une des trois plus importantes au monde avec un CA de 3 milliards de dollars, collectant des informations financières sur plus de 800 millions de consommateurs et travaillant pour 88 millions d'entreprises dans le monde. Outre l'enquête ouverte par la *FTC*, une procédure a été ouverte par le *Financial Consumer Protection Bureau* et deux Commissions du Congrès (*House Oversight Committee* et *House Committee on Science, Space and Technology*) enquêtent également, tandis qu'un tiers des membres du Sénat souhaite aussi l'ouverture d'une enquête de la *Securities and Exchange Commission* et du Département de la Justice pour diverses violations des règles fédérales (v. *D. McLaughlin et Todd Shields, FTC Opens Investigation Into Equifax Breach, Bloomberg Politics*, 14 sept. 2017, à <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-14/equifax-scrutiny-widens-as-ftc-opens-investigation-into-breach>).

## Un Président spécialiste confirmé de l'Antitrust et sa dimension internationale

Le nouveau président de la *FTC*, Joseph Simons, diplômé de la prestigieuse *Georgetown University* de Washington et de *Cornell University*, est unanimement reconnu comme un spécialiste de l'Antitrust au sein de la société d'avocats Paul Weiss, ayant été directeur du *Competition Bureau* de la *FTC* de juin 2001 à août 2003 et antérieurement Directeur associé des fusions dans les années 1980, durant des administrations Républicaines.

Présenté comme influencé par les analyses de l'École de Chicago qui inspirent les Présidents républicains successifs de la *FTC* depuis une trentaine d'années, Joseph Simons a néanmoins initié plus de 70 procédures durant ses deux ans à la tête du *Competition Bureau* de la Commission, certaines s'étant terminées sur des décisions de nature structurelle (engagements et désinvestissements). En pratique, le nouveau Président de la *FTC* est réputé adhérer à une approche assez flexible et spécifique à chaque secteur d'activité économique avec attention portée à une analyse économique empirique favorisant plutôt la concentration. Ainsi a-t-il notamment conduit la *FTC* à laisser faire une concertation combinant trois des quatre plus grandes compagnies maritimes de croisiéristes laissant les deux plus puissantes à plus de 80% de parts de marché (v. *In the Matter of Royal Caribbean Cruises, Ltd./P&O Princess Cruises plc and Carnival Corporation/P&O Princess Cruises plc, FTC File No. 021 0041 (Oct. 4, 2002)*).

En revanche, dans une veine plus interventionniste, Joseph Simons a initié une étude sectorielle sur la concentration des activités hospitalières, complémentaire d'une étude de marché sur l'industrie pharmaceutique, marquant le début d'une forte implication de la *FTC* dans le secteur de la santé, dans lequel les démocrates ont fini par obtenir de réels succès dans le blocage de fusions jusqu'en cours fédérales d'appel (v. notamment *St. Luke's Health System/Saltzer Medical Group* (9th Cir. 2015); *ProMedica Health System/St. Luke's Hospital* (6th Cir. 2014)). Dans l'affaire *Actavis*, la *FTC* a obtenu le soutien partiel de la Cour suprême pour mettre en cause suivant la règle de raison (au cas par cas) les accords « *pay for delay* » permettant jusque-là aux firmes détentrices des droit de marque d'éviter l'entrée de producteurs de génériques moyennant paiement (*FTC v. Actavis, Inc.*, 570 U.S. \_\_\_, 133 S. Ct. 2223 (2013)).

On peut déduire de ces antécédents une volonté d'action et une réelle combativité, au plan fédéral américain, des équipes de la *FTC* sous la présidence de Joseph Simons, y compris sur des affaires à risque et à forte visibilité potentielle au niveau médiatique, conformément à la stratégie privilégiée par le Président Trump. Il se pourrait ainsi que l'on assiste à un renouveau d'un esprit de l'Antitrust à forme populiste (au sens américain) conservateur avec un fort engagement dans les secteurs de l'économie digitale, les secteurs financiers et de santé, avec un possible regain d'activité vis-à-vis des États fédérés qui disposent également de lois locales en matière antitrust et d'exemptions (ce regain d'activité pourrait s'inspirer de

la politique suivie par la *FTC* avec le Président William Kovacic durant la seconde administration G. W. Bush, au cours de laquelle l'administration fédérale avait cherché à faire reculer le champ des exemptions pratiquées par les États fédérés, notamment en ce qui concerne les professions réglementées dans le domaine de la santé, dans celui du droit et en matière de droit immobilier).

Au regard des engagements internationaux – extraterritoriaux - des autorités américaines de concurrence également, le profil du nouveau Président de la *FTC* permet de souligner un intérêt aussi marqué que celui de l'*Assistant Attorney General* Delrahim qui affirmait dans ses fonctions antérieures de *Deputy Assistant Attorney General* de l'Administration G. W. Bush qu'il convenait d'éviter d'utiliser l'antitrust dans des buts protectionnistes. Pour ce dernier, la *Division Antitrust* devait éviter de chercher « à protéger une entreprise de la concurrence simplement parce que son siège est situé aux États-Unis ». Au contraire, il convenait de « préserver la concurrence pour qu'elle profite aux consommateurs sans considération particulière pour l'origine de la concurrence ». (v. notamment Makan Delrahim, Deputy Assistant Attorney Gen., Antitrust Enforcement Priorities and Efforts Towards International Cooperation at the U.S. Department of Justice, Antitrust Div., U.S. Dep't of Justice (Nov. 15, 2004). De tels propos ne signifient pas une retraite à prévoir des autorités de concurrence américaines sur l'application extraterritoriale de leur droit durant l'administration Trump, bien au contraire. Avec l'affirmation d'une doctrine et d'une expérience structurées en matière de politique internationale de la concurrence de la part des dirigeants des deux autorités, ayant constamment souligné l'importance de définir une forme de normes internationales compatibles avec la politique américaine, un regain d'activité est prévisible en cette matière. Une attention particulière pourra être apportée aux déclarations américaines lors de la Conférence annuelle de l'*International Competition Network* prévue à New-Delhi en mars 2018.

Dans la liste de nominations publiée par la Maison Blanche le 25 janvier 2018 et transmise au Sénat pour confirmation, deux nouveaux Commissaires Républicains sont également nommés.

## Le Commissaire Rohit Chopra, spécialiste de protection des consommateurs

Joseph Simons ayant une expérience essentiellement développée dans le domaine de la concurrence, la compétence en matière de protection des consommateurs reviendra vraisemblablement à Rohit Chopra, recommandé par le groupe Démocrate du Sénat pour l'un des deux sièges de la *FTC* traditionnellement réservés à la minorité.

En effet, actuellement chercheur (« fellow ») à la *Consumer Federation of America*, Rohit Chopra est un ancien collaborateur de la Sénatrice du Massachusetts Elisabeth Warren, grande figure du Parti Démocrate, très active sur les questions antitrust durant la dernière campagne présidentielle (cf. F. Souty, Le Président des États-Unis adopte un *Executive Order Concurrences* visant un renforcement de la concurrence et de l'information des

consommateurs, *Concurrences*, n° 3-2016 p. 195-200). Rohit Chopra est aussi fermement soutenu par le leader de la minorité démocrate au Sénat, le sénateur Charles (Chuck) Schumer. Son parcours sous l'administration démocrate du Président Obama l'a conduit depuis 2007 à la création du *Consumers Financial Protection Bureau*, porté également par la sénatrice Warren. Il s'est illustré particulièrement dans le combat de la dette étudiante qui a été au cœur des trois dernières campagnes présidentielles. En 2011, Rohit Chopra, manager titulaire d'un *MBA* de *Wharton* et formé à *Harvard*, ancien du Cabinet de consultants en management *Mc Kinsey*, a été le premier *Ombudsman* pour les prêts étudiants (*Student Loan Ombudsman*), fonction créée par le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010. M. Chopra sera le premier non juriste à servir comme Commissaire à la *FTC*, sans avoir non plus d'expérience en matière antitrust. Sa proximité avec la Sénatrice Warren devrait néanmoins le conduire à s'intéresser aux opérations de contrôle des concentrations dans les secteurs pointés par la Sénatrice durant la dernière campagne présidentielle. (F. Souty, *ibid.*).

## Deux nouveaux Commissaires républicains en 2018

En même temps qu'il a transmis le 25 janvier 2018 au Sénat pour validation les noms de Joe Simmons et Rohit Chopra, le Président Trump a également transmis deux nouveaux noms qui n'avaient pas été annoncés en 2017 : la troisième nomination prononcée par le Président Trump en octobre 2017 concerne Noah Phillips qui pourrait apporter une expérience très politique à la *FTC*, étant *Chief Counsel* du président de la majorité républicaine au Sénat, le Sénateur du Texas John Cornyn et spécialement au *Judiciary Committee*. Dans ce dernier Comité, M. Phillips a acquis une spécialité dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle et des droits liés aux applications et composants de smartphones, qui était l'une des spécialités de l'ancienne présidente démocrate Edith Ramirez. Antérieurement à ses fonctions politiques au Sénat, M. Phillips a successivement exercé au sein des cabinets Steptoe & Johnson et Cravath, Swaine & Moore après ses études à la Law School de la prestigieuse Université de Stanford.

La quatrième nomination est celle de la républicaine Christine Wilson, qui était *Senior Vice President* pour les affaires réglementaires et internationales de la compagnie aérienne basée à Atlanta, Delta Airlines, membre de l'alliance aéronautique *Skyteam* constituée notamment avec Air France et Korean Air. Mme Wilson a antérieurement exercé dans le cabinet d'avocats Kirkland & Ellis mais surtout a assumé les fonctions de directrice de cabinet de l'ancien Président de la *FTC*, Timothy Muris, au cours de la première Administration du Président George W. Bush (2001-2004), qui a marqué son mandat par un intérêt soutenu apporté aux droits des consommateurs. M. Muris est actuellement Professeur à l'Université George Mason. Mme Wilson, docteure en droit de l'Université George Washington, est elle-même réputée pour considérer que la concurrence plutôt que la régulation assure au mieux la promotion des droits des consommateurs et

constitue le meilleur moyen d'assurer le développement d'une bonne économie. Pour autant, Christine Wilson n'est pas considérée comme une républicaine des plus conservatrices puisqu'elle s'est engagée dans plusieurs actions à caractère social ou au service des intérêts collectifs dans la société civile américaine: elle est en particulier connue pour avoir fondé un réseau de femmes très actives dans le domaine de l'Antitrust et de la protection des consommateurs, *The Grapevine*, mais aussi pour avoir durant des années combattu le trafic d'être humains tant sur le territoire américain qu'au plan international.

### Question subsidiaire sur le cinquième poste de Commissaire de la *FTC*

Pour la première fois en plusieurs décennies, il semble que le Président Trump ne souhaite pas respecter la règle non écrite (qui n'est qu'un usage en vérité) consistant à réserver deux sièges au parti minoritaire (mis la *FTC* ne peut compter plus de trois membres sur cinq provenant du parti majoritaire. En effet, dès validation, les nominations de Noah Phillips et Wilson conduiraient la Commission à être temporairement constituée de trois Commissaires Républicains – les deux autres étant M. Simons et Mme Wilson –, et un seul Démocrate, M. Chopra (M. Simons étant nommé sur le siège laissé vacant par la Démocrate Terrell Mc Sweeny, laquelle demeurera donc

en poste jusqu'aux confirmations des quatre nouveaux membres du *Board* de la *FTC*). Il importe que le Président Trump désigne rapidement le dernier Commissaire de son choix pour permettre la confirmation de l'ensemble de la Commission.

Les nominations prononcées jusqu'ici en matière antitrust par le Président Trump répondent donc clairement à des besoins de traitement hautement politique de sujets impliquant des pratiques anticoncurrentielles avec une incidence sur divers choix de société. Ces points sont également des points traditionnels de contentieux assez vifs entre Démocrates et Républicains. Il faut souligner que dans le contexte politique controversé qui marque le fonctionnement de la vie politique américaine depuis l'élection du Président Trump, la Commissaire Maureen Ohlhausen aura exercé la plus longue présidence par intérim de la *FTC*, sans doute depuis la création de cette Agence fédérale centenaire. Pour que les personnalités retenues soient en mesure de recueillir assez facilement une investiture bipartite, le Président Trump devrait donc désigner rapidement un dernier Commissaire qui devra être recommandé par la minorité Démocrate au Sénat (en clair par le Sénateur Schumer), new-yorkais comme celui-ci...

F. S. - S. Y. C. ■

---

## Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

---

---

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

---

---

## Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

---

---

## Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

---

---

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaires des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

---

---

## International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

---

---

## Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

---

---

## Chroniques

### ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

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

### CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

### MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

### ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

### DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehloudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

---

---

## Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

---

---

## Revue

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

---

**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.

## > Abonnement Concurrences+

Devis sur demande  
Quote on request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)  
*Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)*  
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)  
*Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)*

Livres: Accès à tous les e-Books  
*Books: Access to all e-Books*

## > Abonnements Basic

### Revue Concurrences | Review Concurrences

HT Without tax      TTC Tax included

- |                          |   |          |          |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)<br><i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 545,00 € | 654,00 € |
| <input type="checkbox"/> | Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)<br><i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i>  | 595,00 € | 607,50 € |

### e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- |                          |   |          |          |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)<br><i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 760,00 € | 912,00 € |
|--------------------------|---|----------|----------|

## Renseignements | Subscriber details

Prénom-Nom | *First name - Name* .....

Courriel | *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

68 rue Amelot - 75011 Paris - France | [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

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