

# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW JOURNAL

## Jurisprudences européennes et étrangères

Chroniques | Concurrences N° 3-2015 | pp. 195-208

---

### Florian Bien

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

Professeur, Université de Würzburg, Allemagne

---

### Karounga Diawara

[karounga.diawara@fd.ulaval.ca](mailto:karounga.diawara@fd.ulaval.ca)

Professeur, Université Laval, Québec

---

### 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

[jeanchristophe.roda@yahoo.fr](mailto:jeanchristophe.roda@yahoo.fr)

Professeur, Université de Toulon

# Jurisprudences européennes et étrangères

Florian Bien \*

florian.bien@uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Würzburg, Allemagne

Karounga Diawara

karounga.diawara@fd.ulaval.ca

Professeur, Université Laval, Québec

Silvia Pietrini

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

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

Jean-Christophe Roda

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Professeur, Université de Toulon

## 1. Union européenne

**195** Le Tribunal régional du travail de Düsseldorf rejette le recours d'une entreprise visant à condamner son ancien manager au remboursement d'une importante somme payée au titre d'amende pour violation du droit de la concurrence

Tribunal régional du travail de Düsseldorf, jugement partiel du 20 janvier 2015, ThyssenKrupp, n°16 Sa 459/14

**198** La Cour de cassation italienne incite les juges du fond à une lecture fonctionnelle des règles procédurales pour assurer une protection effective des victimes de pratiques anticoncurrentielles

Cass. ital., 1ère civ., 25 mars 2015, affaire de commerce de gros des fruits et légumes, publiée le 4 juin 2015

**201** Le Tribunal administratif du Latium considère qu'une entreprise n'ayant pas fait de recours contre la décision par laquelle l'autorité de concurrence l'a sanctionnée, ne peut pas ensuite bénéficier de l'annulation prononcée par la juridiction de contrôle qui a été saisie par les autres membres de l'entente

TAR Latium, 25 mars 2015, affaire des services d'agence maritime, publiée le 30 avril 2015

**202** L'Autorité italienne garante de la concurrence et du marché rappelle le principe de la séparation sociétaire entre les activités de gestion et de régulation des infrastructures et les activités de fourniture de services d'assistance

AGCM, 22 avril 2015, affaire SAVE-services de handling dans l'aéroport de Venise

## 2. Etats-Unis

**203** La Cour suprême des États-Unis refuse d'appliquer une règle de raison, inspirée du droit antitrust, au droit des brevets, à propos du paiement de royalties post-expiration

U.S. Supreme Court, 22 juin 2015, Kimble v. Marvel Entertainment, 2015 WL 2473380 U.S.

## 3. Canada

**205** Le Tribunal de la concurrence rend, pour la première fois, une injonction provisoire dans une affaire de fusion

Trib. conc. can., 29 mai 2015, The Commissioner of Competition v. Parkland Industries, 2015 Comp. Trib. 4

**207** Le Tribunal de la concurrence ouvre la voie à une première imposition d'une sanction administrative pécuniaire pour abus de position dominante

Trib. conc. can., The Commissioner of Competition v. Direct Energy Marketing, 26 mars 2015, 2015 Comp. Trib. 2

## 1. Jurisprudences européennes

### 1.1. Allemagne

#### Private Enforcement – Recours interne – Responsabilité personnelle des dirigeants :

Le Tribunal régional du travail de Düsseldorf rejette le recours d'une entreprise visant à condamner son ancien manager au remboursement d'une importante somme payée au titre d'amende pour violation du droit de la concurrence (*Trib. régional du travail de Düsseldorf, jugement partiel du 20 janvier 2015, ThyssenKrupp, n°16 Sa 459/14*)

En droit européen, les sanctions contre les violations du droit des ententes concernent en premier lieu les entreprises. Celles-ci sont en effet les destinataires des règles prévues en droit de la concurrence. Elles seules peuvent être condamnées au paiement des amendes prononcées par la Commission européenne. Par contre, la législation nationale s'intéresse également aux véritables responsables, c'est-à-dire aux personnes physiques auteurs de l'infraction. C'est ainsi que le *Bundeskartellamt* peut infliger des amendes non seulement aux entreprises, mais aussi aux personnes physiques pour violation du droit des ententes. Ces amendes ne peuvent toutefois dépasser 1 million d'euros. Les sanctions pénales sont aussi prévues pour certaines infractions telles que l'escroquerie (paragraphe 263 du Code pénal) ainsi que l'infraction spécifique de fraude sur les appels d'offres et les adjudications (paragraphe 298 du Code pénal). L'élément constitutif de la dernière infraction peut être retenu tant dans les appels d'offres publics que privés. Contrairement à l'escroquerie, la fraude sur les appels d'offres et les adjudications peut être établie même en l'absence du préjudice matériel de la victime de l'entente illicite. Ainsi les autorités chargées de l'action pénale sont épargnées des difficultés liées au calcul hypothétique des prix de concurrence. Il convient cependant de signaler que les exemples des condamnations aux sanctions pénales sont très rares. Parmi les cas qui ont été documentés, l'on cite notamment la condamnation du "König der Rohre" (roi des tuyaux) à une servitude pénale ferme de deux ans et dix mois pour participation à l'entente illicite sur les conduites de chauffage (cf. Tribunal régional de Munich II, 03.05.2006 - W5 KLS 567 Js 30966/04, BeckRS 2008, 00736).

Les débats sur la question de criminalisation des violations du droit des ententes prennent de plus en plus d'ampleur (v. par ex. F. Wagner-von Papp, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2010, p. 268, qui s'exprime pour ; M. Dreher, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2011, p.232, qui s'exprime contre une criminalisation). Il en est ainsi de la prestigieuse *Monopol-kommission*, qui émet des doutes sur l'efficacité du régime répressif en vigueur et soutient par conséquent son renforcement en mettant l'accent sur le caractère dissuasif des sanctions à envisager, notamment concernant les violations des normes impératives du droit des ententes (*Monopol-kommission, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte – XX. Hauptgutachten*, 9.7.2014, p. 86 et s.).

### Attention accrue à la responsabilité personnelle des gérants pour les violations au droit de la concurrence

Les tribunaux allemands sont de plus en plus appelés à se prononcer sur la problématique de la responsabilité civile des administrateurs et gérants des entreprises accusées de violer ou d'avoir violé le droit de la concurrence. Il en est ainsi de la Cour d'appel de Düsseldorf qui a condamné le gérant d'une entreprise de commerce en ligne au paiement de 820 000 euros de

\* Je remercie mon Assistant Yves Manzanza pour son aide précieuse à la traduction du commentaire.

dommages et intérêts au profit de cette dernière pour restrictions de vente (arrêt du 13 nov. 2013, VI-U (Kart) 11/13 – *Dornbracht*). La doctrine accorde encore plus d'attention à la question de responsabilité interne des managers, notamment pour violations du droit de la concurrence (v. par ex. *Koch*, Aktiengesellschaft 2014, p. 513 et s. ; *Bayer/Scholz*, GmbH-Recht 2015, 449 et s. ; *Thole*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 173 (2009), 504 et s. ; *Fleischer*, Der Betrieb 2014, p. 345 et s.). Cette problématique a également été abordée lors de la 70<sup>ème</sup> journée des juristes allemands en 2014 dans le cadre des débats sur la responsabilité des organes des entreprises en général au regard du nombre de plus en plus croissant des procédures judiciaires qui y sont relatives (*Bachmann*, Reformbedarf der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014). Selon la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, les conseils de surveillance des sociétés anonymes sont en principe tenus de poursuivre les membres du conseil d'administration pour réparation des dommages qu'ils auraient fait subir à la société dans l'exercice de leurs fonctions (cf. arrêt du 21 avril 1997 – II ZR 175/95 - *ARAG c/ Garmenbeck*). Il faut cependant admettre que dans la pratique le recours interne est rarement appliqué. Il n'existe que trop peu de cas où les entreprises obtiennent des managers responsables du préjudice le remboursement des amendes pour violation du droit des ententes ou des dommages et intérêts versés aux tiers. Cela peut s'expliquer notamment par le fait qu'il existe souvent des liens personnels, et même des relations de famille entre certains membres du conseil de surveillance et ceux du conseil d'administration des sociétés. Dans ces conditions, l'organe de surveillance aurait tendance à couvrir les irrégularités plutôt qu'à sanctionner les responsables. La mission devient d'avantage délicate lorsqu'il s'agit de se pencher sur les manquements qui remontent à une période où l'entreprise était dirigée par des administrateurs devenus membres du conseil de surveillance. À tout bien considéré, toutes ces réalités s'érigent en véritable obstacle pour une application efficace de la loi. En guise de solution, plusieurs auteurs plaident pour la réduction ou le plafonnement du droit de recours interne et proposent comme critères la gravité de la faute (degré de responsabilité) d'une part et la situation économique du dirigeant ou de l'organe concerné d'autre part (cf. *Koch*, Aktiengesellschaft 2012, p. 429, 437 et s. ; *Fabisch*, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 2013, p. 91, 110 et s.).

### Recours interne contre les managers personnellement responsables de l'entente sur les rails

La première procédure judiciaire traitant du recours interne contre les managers pour violation du droit de la concurrence en Allemagne concernait l'entente sur les rails, où il y avait comme victimes notamment la *Deutsche Bahn* ainsi que de nombreux petits opérateurs telles que les sociétés municipales des transports publics et plusieurs autres sociétés privées. Auparavant, c'est le *Court of Appeal* anglais, qui, dans son arrêt *Safeway*

*Stores v. Twigger* s'était prononcé sur un cas similaire et avait écarté, en faisant appel à l'adage latin *ex turpi causa non oritur actio* la responsabilité des managers pour des amendes liées à la violation du droit des ententes à charge de la société ([2010] EWCA Civ 1472, [2010] All ER (D) 245 (Dec)). Saisi en appel après le rejet du recours interne par le Tribunal du travail d'Essen (jugement du 12 décembre 2013-1 Ca 657/13, voir aussi les autres jugements du même jour concernant des actions parallèles introduites par d'autres filiales du même groupe, enregistrées sous les nos. 1 Ca 3569/12, 1 Ca 658/13 et 1 Ca 659/13, le Tribunal régional du travail de Düsseldorf devait dans son arrêt du 20 janvier 2015 répondre à la question de savoir si une entreprise qui, à la suite d'une condamnation pour violation du droit de la concurrence, a subi un préjudice matériel (notamment le paiement des amendes et des dommages et intérêts) pouvait exercer un recours interne contre les managers responsables en vue d'obtenir le remboursement.

Cette procédure a été engagée à la suite des amendes infligées par le *Bundeskartellamt* aux participants à l'entente illicite sur les rails (voir décisions du 3 juillet 2012 et du 18 juillet 2013). Les sanctions du *Bundeskartellamt* visaient notamment les filiales et sous-filiales de *ThyssenKrupp*, qui étaient condamnées à payer des amendes de 103 millions et 88 millions d'euros. Les décisions du *Bundeskartellamt* ne pouvant plus faire l'objet de recours, le groupe *ThyssenKrupp* a dû payer ces amendes. En outre, il a conclu un accord avec *Deutsche Bahn* où il s'engageait à verser à cette dernière la somme de 100 millions d'euros de dommages et intérêts.

Le manager poursuivi par *Thyssen* avait occupé pendant plusieurs années des fonctions de direction au sein du groupe, jusqu'à devenir membre du directoire de la société-mère en 2009. Le demandeur soutient que la partie défenderesse aurait participé activement à la conclusion des ententes illicites pour lesquelles ses filiales et sous-filiales avaient été condamnées ou qu'il en était au moins au courant. Le ministère public avait aussi de son côté déposé une plainte contre le manager pour violations présumées du droit de la concurrence. Une telle action pénale pourrait aboutir à une peine d'amende personnelle. Toutefois, le tribunal saisi ne s'est pas encore prononcé sur la recevabilité ou non de cette action.

Le Tribunal régional du travail de Düsseldorf a confirmé le jugement rendu par le tribunal de première instance. Il a ainsi rejeté le recours formé contre le jugement de la première instance formé par l'entreprise.

### Le droit civil ne peut pas ignorer les différences prévues par le législateur pour le calcul d'amendes des entreprises d'une part et des personnes physiques d'autre part

Pour motiver sa décision, le Tribunal régional du travail se fonde notamment sur la volonté même du législateur de ne pas appliquer aux personnes physiques les mêmes taux de paiement d'amendes que ceux prévus pour les

entreprises. En effet, les personnes physiques peuvent être condamnées à une amende allant jusqu'à 1 million d'euros (paragraphe 81, al. 4, phrase 1 de la loi allemande contre les restrictions de la concurrence – GWB). Cette limite ne vaut cependant pas pour les amendes infligées aux entreprises. Dans ce dernier cas, le plafond est plutôt fixé à 10% du chiffre d'affaires de la société (pour plus de détails concernant l'interprétation du seuil de 10% par la Cour fédérale de justice voir *F. Bien et P. Rummel, Concurrences* n°4-2013, art. n°59399, pp.181-183, à propos de l'arrêt *Ciment gris*). Ces différences prévues par le législateur pour la détermination des amendes seraient supprimées si l'on accordait à une entreprise la possibilité de répercuter les amendes auxquelles elle-même a été condamnée sur des personnes physiques pourtant privilégiées par la loi. La responsabilité civile interne aurait pour conséquence d'annihiler le choix opéré par le législateur, qui a voulu que ce soit la société, qui en premier lieu répond de ses actes. Selon le tribunal, les règles de clémence en vigueur en Europe en général et en Allemagne en particulier montrent une nouvelle fois que les montants des amendes sont adaptés à la situation particulière de chaque entreprise partie à une entente illicite et ne se prêtent alors pas à être répercutés sur des individus.

Les arguments développés par le tribunal semblent convaincre à plusieurs égards. En partant de différents plafonds et de différents principes de détermination d'amendes pour les personnes physiques d'une part et les entreprises d'autre part, l'on peut déduire l'intention du législateur d'éviter le risque d'anéantir tous les moyens de subsistance des personnes concernées. Ce serait violer l'esprit de la loi si l'on devait, par voie de recours interne, transférer à une personne physique une amende infligée à une société de capitaux et calculée suivant ses performances (jusqu'à 10% du chiffre d'affaires du groupe, et cela au niveau mondial). Même si, contrairement aux conclusions de deux tribunaux ayant jugé cette affaire, l'on ne voulait pas exclure totalement le recours interne pour amendes en matière d'ententes, l'on devrait du moins limiter la responsabilité en tenant compte du plafond prévu au paragraphe 81, al. 4 GWB. L'amende ne devrait pas par conséquent dépasser 1 million d'euros.

### Rapport avec la jurisprudence de la Cour fédérale de justice relative à la responsabilité des conseillers fiscaux pour amendes infligées à leurs clients

Néanmoins, l'interprétation par le Tribunal régional du travail de la jurisprudence constante de la Cour fédérale de justice relative à la responsabilité des conseillers fiscaux pour amendes infligées à leurs clients peut être critiquée. Selon cette jurisprudence, les conseillers fiscaux peuvent être poursuivis par leurs clients pour réparation des dommages résultant d'une condamnation au paiement d'amendes infligées à cause d'un mauvais conseil fiscal (cf. arrêt du 14.11.1996 – IX ZR 215/95). Le tribunal régional du travail estime que les conclusions auxquelles il a abouti dans le cas sous examen n'entrent pas en contradiction avec cette jurisprudence. Il met en exergue la différence majeure qui existe entre le cas de

violation des obligations d'un organe de société et la violation d'une obligation contractuelle par le conseiller fiscal. Ce dernier est justement chargé d'aider ses clients à éviter les amendes fiscales en se conformant aux dispositions légales et réglementaires en la matière.

Il faut cependant souligner que le contrat de travail qui lie le gérant à son entreprise prévoit aussi l'obligation pour le premier d'éviter à l'entreprise des violations de la loi susceptibles d'être sanctionnées par des amendes. C'est ce qui ressort de l'obligation de légalité, qui incombe au gérant et consiste à garantir à la société une conduite conforme à la loi.

Ayant totalement exclu la responsabilité interne des managers pour amendes en matière d'ententes, le tribunal régional du travail ne s'est plus prononcé sur toutes les autres questions en rapport avec le recours interne. Quelques-unes de ces questions avaient tout de même été abordées, à titre subsidiaire, par le Tribunal du travail d'Essen :

### La simple mention du nom d'un manager dans une décision d'amendes contre une entreprise ne constitue pas la preuve de violation d'une obligation professionnelle

Que le nom du manager soit mentionné dans une décision d'amendes du *Bundeskartellamt* ne saurait être considéré comme une preuve *prima facie* contre le concerné. Cela ne peut avoir d'effet qu'à l'égard de l'entreprise visée par la procédure en matière d'ententes. C'est avec raison que le tribunal met en évidence le fait que la personne ainsi citée n'a pas le pouvoir d'influencer le cours de la procédure et ne dispose d'aucun droit de recours (jugement précité I Ca 658/13, n° 134). À cela faut-il ajouter que le travailleur se trouve le plus souvent dans une situation de conflit d'intérêts : il doit chercher d'une part à préserver les intérêts de son employeur, et d'autre part à éviter d'engager sa propre responsabilité (responsabilité personnelle en cas de procédure pénale, et responsabilité civile vis-à-vis des victimes des ententes et, en cas de recours interne, vis-à-vis de l'employeur). C'est de bon droit que le tribunal ne fait même pas allusion à l'effet obligatoire de la décision du *Bundeskartellamt* prévu au paragraphe 33, al. 4 GWB 2005 (voir art. 12 de la directive européenne du 26 novembre 2014). En effet, cette disposition concerne uniquement le cas de responsabilité vis-à-vis d'autres acteurs du marché, et non le recours interne contre ses propres travailleurs. Il convient toutefois ici de se référer au jugement du Tribunal régional supérieur (*Kammergericht*) de Berlin du 1<sup>er</sup> octobre 2009 dans l'affaire du béton (affaire 2 U 10/03). Dans cette affaire, le tribunal s'était essentiellement fondé sur une décision d'amendes du *Bundeskartellamt* qui, bien que rendue à la suite d'une procédure en matière d'ententes, ne mentionnait nulle part le nom de l'entreprise poursuivie, mais se contentait essentiellement à constater que "pratiquement

tous les opérateurs berlinois” actifs en matière de béton prêt à l’emploi étaient membres à ladite entente. Contrairement au Tribunal du travail, le Tribunal régional supérieur de Berlin avait condamné l’entreprise de fabrication des bétons au paiement des dommages et intérêts (cas de responsabilité vis-à-vis des tiers acheteurs des parties à l’entente illicite).

### Impact de l’assurance sur la valeur du dommage

Concernant la détermination de la valeur du dommage, le Tribunal du travail d’Essen évoque la possibilité dont disposent *Thyssen* et ses filiales de recourir à leur assureur. Il évalue ainsi à 300 millions d’euros les prestations d’assurance dont le groupe peut bénéficier (jugement précité 1 Ca 658/13, n° 97). Cette approche du tribunal semble à première vue peu convaincante. C’est qu’en principe les prestations d’assurance ne sont pas à déduire des dommages et intérêts. La victime en a droit en échange du paiement des primes. C’est la raison pour laquelle l’auteur du dommage ne peut s’en prévaloir (*Schiemann*, in Staudinger, BGB, 2005, § 249 Rn. 161 sur les assurances-vie). Par ailleurs, il n’est pas certain qu’un assureur puisse accepter de couvrir des violations intentionnelles de la loi (en l’occurrence du droit de la concurrence).

### Prise en considération des avantages tirés de l’entente illicite par l’entreprise dans le calcul des dommages et intérêts

Le tribunal attire l’attention sur le fait que la filiale de la demanderesse a pu bénéficier de certains gains illégaux grâce à la violation du droit de la concurrence. Pour déterminer le montant des dommages et intérêts dus, il faut tout d’abord déduire du montant de l’amende infligée à l’entreprise, ces bénéfices supplémentaires illicites. La fonction préventive des dispositions relatives à la responsabilité civile interne des dirigeants de l’entreprise (en l’occurrence le paragraphe 43, al. 2 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée – GmbHG) ne saurait empêcher l’application du principe d’absorption des bénéfices (jugement précité 1 Ca 658/13, n° 97).

### La difficile évaluation du dommage résultant de l’atteinte à la réputation de l’entreprise

Le Tribunal de travail d’Essen rejette la demande de *Thyssen* tendant à obtenir réparation pour atteinte portée à son image. Il justifie sa décision par les difficultés pratiques à pouvoir mesurer pareille atteinte. Enfin le tribunal estime que les violations du droit de la concurrence dans cette affaire où la responsabilité civile du manager est mise en cause n’auraient aucune importance particulière, étant donné les nombreuses violations du même genre incriminées aux sociétés appartenant au groupe *Thyssen* (jugement précité 1 Ca 6569/12, n° 132)

Concernant le reproche fait par l’entreprise demanderesse à son ancien employé ne pas avoir fait appel au programme de clémence, le tribunal ne trouve pas de lien

de causalité entre cette éventuelle violation de l’obligation incombant au manager et l’atteinte portée à l’image de la société. Le tribunal est d’avis que même si une demande de clémence avait pu être déposée à temps, cela aurait aussi eu pour conséquence de ternir l’image de la société (jugement précité 1 Ca 658/13, n° 143).

Considérant l’importance que revêt la question de droit examinée, le Tribunal régional du travail a autorisé la révision conformément aux prescrits du paragraphe 72, al. 1 et 2, point 1 de la loi sur les tribunaux du travail (*Arbeitsgerichtsgesetz - ArbGG*). L’affaire est pendante devant le *Bundesarbeitsgericht*, la Cour fédérale du travail.

F. B. ■

## 1.2. Italie

### Private Enforcement – Charge de la preuve – Directive 2014/104/UE :

La Cour de cassation incite les juges du fond à une lecture fonctionnelle des règles procédurales pour assurer une protection effective des victimes de pratiques anticoncurrentielles (*Cass. ital., 1ère civ., 25 mars 2015, affaire du commerce de gros des fruits et légumes, publiée le 4 juin 2015*)

Si la directive relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles n’a pas encore été transposée, son impact est dès à présent tangible, puisque les juridictions des États membres s’inspirent des principes de la directive pour lancer la feuille de route qui emmènera à la réforme de leurs droits nationaux. L’arrêt prononcé le 25 mars 2015 par la Cour de cassation italienne en est la parfaite illustration dans un domaine – celui de la production des preuves – qui est sans aucun doute déterminant pour assurer l’efficacité du *Private Enforcement* en droit de la concurrence.

L’affaire débute en 2007 lorsqu’un groupe d’entrepreneurs actifs dans le commerce de gros de fruits et légumes dénonce la société *Cargest* qui gérait de façon exclusive le C.A.R. – le centre agroalimentaire de Rome-Guidonia (ville de la province de Rome) – qui a pour objet de promouvoir la construction et la gestion, directe et indirecte, des marchés de gros de fruits et légumes et du poisson. La société *Cargest* est la seule à pouvoir donner en location des biens immobiliers aux commerçants de gros de fruits et légumes de Rome. Parmi eux, cinquante-deux entrepreneurs décident de saisir la Cour d’appel de Rome – à l’époque compétente en première instance pour le contentieux national relatif aux pratiques anticoncurrentielles – pour faire constater l’existence d’un abus de position dominante de cette société qui aurait imposé aux commerçants de gros un ensemble de contrats locatifs ayant un caractère vexatoire, discriminatoire et portant atteinte aux principes de concurrence sur le marché de Roma-Guidonia. En s’appuyant sur l’article 3 de la loi

du 10 octobre 1990, n°287, les plaignants ont demandé au juge de déclarer la nullité des clauses contractuelles et des règlements annexés aux contrats locatifs. Par un arrêt du 8 mars 2010, la Cour d'appel de Rome a cependant rejeté la demande, en estimant qu'il n'était pas possible d'établir un abus de position dominante, en raison de l'absence de délimitation d'un marché pertinent, les éléments probatoires fournis – la gestion du seul marché général de gros existant à Rome, le pouvoir exclusif de louer les biens immobiliers et d'établir les règles d'accès et de déroulement de l'activité commerciale, l'absence d'un marché équivalent... – n'étant pas suffisants pour procéder à la détermination du marché en cause. Les plaignants ont alors formé un pourvoi en cassation qui a été accueilli par la Cour de cassation par un arrêt rendu le 25 mars 2015 et publié le 4 juin dernier.

### L'exception au principe général de l'applicabilité du droit de la concurrence aux entreprises publiques et privées doit être interprétée de façon stricte

La Cour se prononce tout d'abord sur l'exception soulevée par le défendeur qui avait invoqué le fait qu'en tant que groupement exerçant une prérogative de puissance publique que le Conseil régional lui avait octroyée, il échappait à l'application du droit de la concurrence. La Cour de cassation rejette cette exception, en rappelant que si l'article 8 de la loi n°287 de 1990 introduit une exception au principe général de l'applicabilité du droit de la concurrence aux entreprises publiques et privées qui concerne les entreprises qui gèrent des services d'intérêt économique général, c'est-à-dire qui détiennent un monopole légal, cette exception ne porte que sur ce qui s'avère indispensable pour la mission confiée, sans que cette condition puisse servir d'excuse pour des conduites anticoncurrentielles qui vont au-delà d'un impératif de "stricte nécessité". Conformément à une jurisprudence bien établie, le fait que l'entreprise gère des services d'intérêt général n'est pas, à lui seul, suffisant pour faire jouer l'exception puisqu'il faut également démontrer que la conduite en question est "strictement liée à l'exécution des tâches spécifiques confiées à l'entreprise". Et c'est bien évidemment à l'entreprise qui invoque l'exception de démontrer que le comportement adopté était le seul moyen envisageable pour assurer la mission de prérogative publique qui lui a été attribuée. Or, sur ce point, l'entreprise n'a pas respecté le principe de la charge de la preuve qui pèse sur elle.

### Pour délimiter le marché pertinent, préalable à l'analyse du pouvoir du marché de l'entreprise en cause, le juge doit adopter une approche *in concreto*

La Cour de cassation s'intéresse ensuite à la définition du marché pertinent qui, comme le rappelle la Commission européenne, permet "entre autres de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché pour l'appréciation d'une position dominante" (Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit

communautaire de la concurrence du 9 décembre 1997). En matière d'abus de position dominante, "la délimitation du marché pertinent représente un *prius* logique et pratique, un préalable essentiel de l'infraction". À cette fin, la définition du marché pertinent implique une constatation de fait : les "concepts juridiques indéterminés tels que le marché pertinent et l'abus de position dominante" doivent faire "l'objet d'une contextualisation" ; à défaut, le juge s'expose à une application faussée des règles de concurrence. Et c'est ce que la Cour de cassation reproche au juge du fond dans cette affaire. En effet, la Cour d'appel a exclu l'existence d'un marché de produits et/ou services et d'un marché géographique de Rome-Guidonia et, par conséquent, l'hypothèse d'un éventuel abus de position dominante, sans avoir pour autant expliqué de façon claire le raisonnement qui l'a amenée à tirer cette conclusion, d'autant plus qu'elle semble admettre, de façon contradictoire, l'existence d'un marché distinct, matériellement et géographiquement, mais contigu du marché agroalimentaire sur lequel sont présentes les parties au procès (le marché de Fondi, situé entre Rome et Naples). Au final, pour la Cour de cassation, le juge du fond n'a pas distingué clairement la question préliminaire de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre de produits de la question ultérieure de l'existence éventuelle d'un pouvoir de marché, préalable à la constatation d'un abus concurrentiel. À confirmer l'incertitude du raisonnement mené par le juge du fond, la Cour de cassation rappelle que contrairement à ce que la Cour d'appel a affirmé quant à l'impossibilité d'établir la substituabilité des services en s'appuyant exclusivement sur les contrats de location et les règlements pour l'usage des espaces du marché en gros de Rome-Guidonia, l'existence de conventions juridiques ayant un contenu discriminatoire peut permettre d'établir l'existence d'un marché pertinent dans un secteur déterminé. Pour la Haute juridiction, la Cour d'appel n'a pas mené "une analyse globale des deux marchés en cause (celui des services relatifs à la gestion du centre agroalimentaire et le marché agroalimentaire proprement dit) dans une perspective unitaire apte à faire ressortir le lien entre eux et le caractère annexe du premier par rapport au second".

### Le juge doit interpréter les règles de procédure à la lumière de l'objectif d'une bonne mise en œuvre du droit de la concurrence

Cet arrêt retiendra notre intérêt surtout pour la dernière partie qui consacre des longs développements au principe de la charge de la preuve et aux moyens procéduraux dont le juge dispose dans le cadre du contentieux subjectif de concurrence. Au cas d'espèce, pour rejeter la demande des plaignants, la Cour d'appel s'était limitée à évoquer le caractère général des éléments fournis, faisant alors "une application mécanique du principe général *onus probandi incumbit ei qui dicit* dans l'hypothèse d'une *private enforcement litigation* non précédée par une constatation ou une décision de l'Autorité garante de la concurrence et du marché". Mais, cette approche soulève des questions puisque, dans le contentieux *stand*

*alone*, ceux qui s'estiment victimes d'une pratique anticoncurrentielle sont confrontées à des difficultés probatoires non négligeables pour des faits complexes dont les éléments sont détenus souvent par les entreprises présumées fautives. Ces difficultés sont d'autant plus manifestes si on ajoute à cela les coûts nécessaires pour réunir les informations indispensables pour mener des enquêtes et les analyses contrefactuelles nécessaires pour établir l'exploitation abusive d'une position dominante. Pour mieux comprendre, la Cour de cassation insiste sur la disparité de moyens entre l'autorité de concurrence et le juge : alors que la première dispose de nombreux pouvoirs d'enquête qui peuvent être déclenchés d'office et de la possibilité d'agir directement contre les potentiels contrevenants, le juge, en revanche, ne dispose que des moyens que lui confère le code de procédure civile. La Cour prend alors soin de lister les limites de chaque outil pour accéder aux preuves. Ainsi : 1/ l'expertise technique d'office est certes admise pour établir des faits qui découlent de documents qui n'ont pas été produits mais cela est possible "à condition que le demandeur les ait allégués précisément et qu'il s'agisse de faits accessoires puisque l'expert ne peut pas démontrer les 'faits principaux nécessaires au succès de la prétention ou de l'exception des parties dont la charge de la preuve incombe à ces dernières'" ; 2/ la production forcée des pièces prévue par l'article 210 du code de procédure civile n'est admise qu'à la requête de l'autre partie et à condition que le document ou la chose dont on demande la production soit identifiée précisément et qu'il soit prouvé que la partie adverse ou le tiers en soit en possession ; 3/ la demande de transmission d'informations sur le fondement de l'article 213 du code de procédure civile ne concerne que les actes et les documents détenus par l'administration et ne décharge pas la partie de son obligation de prouver sa prétention, ce qui implique que cet article ne s'applique que par rapport à des faits précis qui ont été déjà allégués ; 4/ l'inspection prévue à l'article 118 du code de procédure civile n'est admise que pour ce qui est indispensable à la connaissance des faits en cause. Néanmoins, poursuit la Cour de cassation, il faut tenir compte du fait que les juridictions nationales doivent sauvegarder des droits qui découlent directement du droit européen en matière de pratiques anticoncurrentielles. Dès lors, non seulement les États membres doivent adopter des remèdes efficaces mais les juridictions aussi, qui ont un rôle essentiel à jouer pour l'application du droit de la concurrence, doivent interpréter les dispositions procédurales nationales conformément à cet objectif. La Haute juridiction rappelle en ce sens la coopération entre les juridictions nationales et les autorités de concurrence qui est source d'obligations d'informations réciproques, l'interdiction pour tout juge de prendre une décision qui serait contraire à celle adoptée par la Commission européenne ou encore, le pouvoir, en matière d'action de groupe, de suspendre la procédure lorsqu'une instruction est en cours sur les mêmes faits devant une autorité indépendante telle que l'autorité de concurrence. C'est bien dans ce cadre que la directive *Private Enforcement* du 26 novembre 2014 doit alors être lue puisqu'elle "développe une tendance claire, déjà présente dans le traité et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour ce qui concerne la valeur d'effectivité de la sauvegarde juridictionnelle".

La Cour de cassation qui n'hésite pas à étendre le champ d'application de la directive aux actions en nullité fondées exclusivement sur le droit national, cite des amples passages de la directive pour souligner la nécessité de : 1/ régler les deux formes de mise en œuvre du droit de la concurrence de façon cohérente (considérant 6), 2/ respecter les principes d'effectivité et d'équivalence (article 4), 3/ tenir compte des difficultés rencontrées pour réunir des preuves qui sont détenues exclusivement par la partie adverse ou des tiers et ne sont pas suffisamment connues du demandeur ou accessibles par celui-ci (considérant 14). Dans ces circonstances, "des exigences juridiques strictes faisant obligation aux demandeurs d'exposer précisément tous les faits de l'affaire au début de l'instance et de produire des éléments de preuve bien précis à l'appui de leur demande peuvent indûment empêcher l'exercice effectif du droit à réparation garanti par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne" (considérant 14). Pour contrer ces difficultés, la directive a d'ailleurs introduit des nouveaux outils de *disclosure* des preuves (articles 5 et ss.) et conféré une autorité de la chose décidée aux décisions définitives prononcées dans le cadre du contentieux objectif de concurrence (article 9). En conclusion, selon la Cour de cassation, l'efficacité directe des dispositions (européennes et nationales) prévues pour protéger la concurrence "est assurée par le biais d'outils homogènes de *public* et *private enforcement*". Le juge a donc pour mission d'assurer une protection juridictionnelle effective des plaignants qui s'estiment victimes de pratiques anticoncurrentielles.

Mais comment y parvenir ? Consciente de la nécessité de faire évoluer les mentalités et de développer la culture de concurrence, la Cour de cassation italienne affirme que le juge doit "prendre en considération l'*asymétrie informative* qui existe entre les parties lorsqu'elles tentent d'accéder aux preuves, y compris en recourant à une interprétation des règles procédurales qui est fonctionnelle à l'objectif d'une application correcte du droit de la concurrence. Cet objectif peut être réalisé "en valorisant, de façon opportune", les outils déjà existants dans le code de procédure civile. Le juge peut procéder à "une interprétation extensive" des conditions prévues en matière de communication de documents, demande d'informations et, en particulier, d'expertise technique. Il peut exercer, même d'office, des pouvoirs d'enquête, acquisition et évaluation des données et des informations utiles pour reconstruire la pratique anticoncurrentielle et cela, dans le respect du principe du contradictoire et sans porter atteinte au principe de la charge de preuve. Celui qui veut faire valoir une prétention devra tout simplement "indiquer de façon suffisamment "plausible" les indices sérieux qui démontrent la pratique susceptible d'altérer la liberté de concurrence et de porter atteinte à son droit de profiter des bénéfices de la compétition commerciale". Au cas d'espèce, le juge du fond n'a pas suivi cette méthode mais appliqué de *façon mécanique* le principe de la charge de la preuve "sans apprécier l'opportunité d'activer les pouvoirs d'instruction même d'office", ce qui montre que ce dernier n'a pas tenu compte des spécificités du contentieux. La Cour de cassation a par conséquent accueilli le recours et renvoyé l'affaire à la Cour d'appel

de Rome autrement composée afin qu'elle applique les principes énoncés dans la directive *Private Enforcement*.

La clarté du raisonnement et l'esprit pragmatique de la Cour de cassation doivent être salués. La Cour affirme explicitement qu'au-delà et indépendamment des aménagements nécessaires que le législateur sera contraint de faire pour transposer la directive en droit national, une interprétation stricte des dispositions du code de procédure civile est à proscrire au profit d'une lecture fonctionnelle pour tenir compte des spécificités du contentieux de concurrence et des exigences du droit européen. Dans l'attente d'une réforme du droit national, le juge doit exploiter les outils dont il dispose actuellement pour assurer un accès effectif aux preuves, en tenant compte de l'asymétrie d'informations, et donc de pouvoir, qui caractérise le contentieux de concurrence. Cela est possible, semble nous dire la Cour, dès à présent sans pour autant porter atteinte aux principes fondamentaux de la procédure civile. L'approche du juge est donc déterminante pour rendre effective la protection juridictionnelle des victimes de pratiques anticoncurrentielles. Cet arrêt devrait contribuer – espérons-le – à changer les mentalités et à bâtir un *Private Enforcement* efficace en Italie.

S. P. ■

**Public Enforcement – Intérêt à agir – Programme de clémence : Le Tribunal administratif du Latium considère qu'une entreprise n'ayant pas fait de recours contre la décision par laquelle l'autorité de concurrence l'a sanctionnée, ne peut pas ensuite bénéficier de l'annulation prononcée par la juridiction de contrôle qui a été saisi par les autres membres de l'entente (*TAR Latium, 25 mars 2015, affaire des services d'agence maritime, publiée le 30 avril 2015*)**

Par un arrêt du 25 mars 2015, publiée le 30 avril, le Tribunal administratif régional du Latium (ci-après "TAR Latium") a rejeté le recours fait par un membre d'une entente dénoncée dans le cadre d'un programme de clémence, qui avait demandé à l'Autorité garante de la concurrence et du marché (ci-après "AGCM") d'exécuter à son égard la décision définitive par laquelle les juridictions de contrôle, saisies par les autres entreprises sanctionnées, avaient annulé l'amende infligée par l'AGCM pour sanctionner une entente horizontale et verticale, unique et continue, dans le domaine du transport maritime.

Dans cette affaire, une entreprise – la société *Maersk* – avait demandé de bénéficier du programme de clémence, en dénonçant l'existence d'un cartel entre des entreprises et des associations d'entreprises opérantes dans le secteur des services d'agence maritime. La société *Hapag-Lloyd* (ci-après "*HL*") avait obtenu une réduction de la sanction en raison de sa coopération tout au long de l'enquête de concurrence qui avait suivi. Les autres participants avaient été sanctionnés sur le fondement de l'article

101 du TFUE. Parmi celles-ci, certaines avaient présenté un recours devant le TAR Latium alors que, compte tenu des principes qui encadrent le programme de clémence, la société *HL* n'en avait présenté aucun. Le TAR Latium, puis le Conseil d'État avaient accueilli le recours, et annulé la décision de l'autorité de concurrence, estimant que, dans cette affaire, on n'avait pas décelé une pratique concertée ayant un effet restrictif sur la concurrence mais une simple *proposition de négociation collective*. Selon les juridictions de contrôle, l'efficacité de cette proposition était subordonnée à l'acceptation finale de la contrepartie dont l'existence n'avait pas été démontrée ; par conséquent, les conditions à réunir pour caractériser l'infraction n'étaient pas remplies. Le Conseil d'État avait également affirmé que le programme de clémence n'avait pas été remis en question. En effet, ce programme ne s'applique qu'à des *accords secrets horizontaux* ; or, dans cette affaire, les aveux n'ont porté que sur la proposition de négociation collective sans qu'on puisse apporter la preuve d'une entente horizontale secrète entre les compagnies maritimes.

Sur le fondement de ces décisions, la société *HL*, qui n'était partie à la procédure devant le TAR Latium et le Conseil d'État, avait demandé à l'AGCM de restituer les sommes versées au titre de sanction, y compris les intérêts. Face au refus de cette dernière, la société a présenté un recours devant le juge administratif. Celle-ci estimait que le prononcé des juridictions de contrôle avait un contenu indissociable, au moins pour la partie relative à l'existence d'une entente et, par conséquent, les effets de la constatation de l'absence d'une entente illicite étaient également indissociables. Autrement dit, même si la société *HL* n'avait présenté aucun recours contre la décision de l'AGCM, elle devait néanmoins bénéficier de la décision des juridictions de contrôle qui avait annulé la décision de l'autorité de concurrence, car, dans le cas contraire, la somme infligée à titre de sanction aurait été manifestement indue. Par le présent arrêt, le TAR Latium a toutefois rejeté la demande de la société *HL* en raison de l'absence de légitimation active à agir de cette dernière.

### **Le programme de clémence n'empêche pas de contester devant les juridictions de contrôle la décision de l'autorité de concurrence**

Dans un premier temps, le juge précise que la coopération fournie dans le cadre de la phase d'enquête n'empêche pas l'entreprise qui a coopéré de présenter un recours contre la décision ayant octroyé une amende qui a été prononcée après la clôture de cette phase.

En effet, dans le cadre du programme de clémence, l'entreprise s'engage à fournir des informations ou des preuves documentaires relatives à l'existence d'une entente. L'entreprise peut se livrer en parallèle à "une activité de reconstruction et de prospection, même juridique, des faits" ; cependant, "l'activité d'appréciation et de qualification juridique au sens propre est de compétence exclusive de l'autorité de concurrence". Par conséquent, l'autonomie de la décision de l'autorité de concurrence

permet à l'entreprise qui a fourni une coopération au titre du programme de clémence de contester devant les juridictions l'appréciation effectuée, tant pour les aspects formels que substantiels (existence de l'entente, rôle de chaque participant, détermination de la sanction...) d'autant plus que le devoir de coopération loyale, complète et continue invoquée par la société *HL* comme cause d'exclusion de la légitimation ou de l'intérêt à présenter un recours, "ne vaut que jusqu'à la clôture de la phase procédurale".

## La décision de l'autorité de concurrence n'est pas indivisible au regard des entreprises sanctionnées

Le TAR Latium revient ensuite sur les caractéristiques de la décision prononcée par l'autorité de concurrence. La Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises qu'une décision infligeant plusieurs amendes administratives à l'encontre de plusieurs entreprises n'est pas un acte indivisible, applicable à plusieurs personnes considérées individuellement, comme ce serait le cas en cas d'acte collectif, mais plutôt un acte *pluriel* qui concerne une pluralité de personnes dont chacune est titulaire d'une situation juridique autonome. Par une décision du 29 avril 2005, la Cour de cassation avait souligné que "chaque entreprise est titulaire d'une position juridique différente, qui n'est pas compromise par la mise en œuvre d'ententes anti-concurrentielles, car, même en présence de ces ententes, l'objet de la décision (de l'autorité de concurrence) porte sur les conduites de firmes considérées individuellement et chacune parmi elles a été destinataire d'une injonction d'arrêter le comportement illicite et de sanctions administratives qui ont été octroyées distinctement".

Par conséquent, la société *HL*, qui a fait le choix de ne pas présenter un recours contre la décision de l'autorité de concurrence qui lui a infligé une amende sur le fondement d'une entente, "ne peut pas, aujourd'hui, récupérer, en phase d'exécution de la décision, la protection contre le préjudice qu'il a subi à l'époque du fait du prononcé de la sanction" et par conséquent, elle n'a pas l'intérêt à agir pour demander la répétition de la somme payée par le biais d'une demande d'exécution d'une décision devenue définitive à son égard, étant donné qu'elle n'a pas été partie à la procédure devant les juridictions de contrôle, pour son simple choix.

S. P. ■

## Public Enforcement – Principe de séparation sociétaire : L'Autorité garante de la concurrence et du marché rappelle le principe de la séparation sociétaire entre les activités de gestion et de régulation des infrastructures et les activités de fourniture de services d'assistance (*AGCM*, 22 avril 2015, affaire *SAVE-services de handling dans l'aéroport de Venise*)

Par une décision du 22 avril 2015, l'Autorité garante de la concurrence et du marché (ci-après "AGCM") a sanctionné la société *SAVE*, chargée de la gestion globale de l'aéroport de Venise, pour ne pas avoir attribué la gestion des services d'assistance au sol des passagers et des marchandises à une société distincte, conformément au principe de séparation sociétaire prévu par l'article 8, alinéa 2 *bis*, de la loi n° 287/90 sur la concurrence.

Les faits sont très simples. Le groupement sociétaire *SAVE* s'est vue confier récemment la gestion exclusive de l'aéroport de Venise ; cette société assure également la gestion des infrastructures, de la restauration et de la vente au détail. En 2014, l'AGCM a ouvert une enquête à l'encontre de cette société pour ne pas avoir assuré l'assistance au sol des personnes et des marchandises par le biais d'une société distincte.

Pour comprendre cette affaire, il faut rappeler la législation en vigueur. Dans le secteur aéroportuaire, on distingue les activités *aviation*, qui concernent les services de vol et les services annexes (tels que les services d'assistance au sol), et les activités *non aviation*, qui portent sur les services commerciaux à destination des passagers à l'intérieur de l'aéroport. Historiquement, en raison de la tendance de ce marché au monopole naturel, l'ensemble des activités *aviation* a été confié exclusivement aux entités gestionnaires de l'aéroport, qui sont titulaires de concessions administratives spécifiques. Les services d'assistance au sol dans les aéroports ont été libéralisés en 1999, par le décret législatif n° 18 du 13 janvier 1999 qui a transposé la directive européenne 96/67/CE du 15 octobre 1996 relative à l'accès au marché de l'assistance en escale dans les aéroports de la Communauté. En vertu de l'article 7 du décret du 13 janvier 1999 et conformément à la directive de 1996, l'entité gestionnaire d'un aéroport, l'utilisateur ou le prestataire de services qui fournissent des services d'assistance en escale doivent opérer une stricte séparation comptable selon les pratiques commerciales en vigueur, entre les activités liées à la fourniture de ces services et leurs autres activités. En revanche, l'article 8 de la loi sur la concurrence du 13 octobre 1990 n° 287, modifié en 2001, consacre le principe de séparation sociétaire en vertu duquel une entreprise ayant pour mission la gestion de services économiques généraux ou opérant dans un régime de monopole légal sur le marché ne peut exercer des activités économiques sur des marchés distincts que par le biais de sociétés distinctes.

Au cas d'espèce, *SAVE* n'avait opéré qu'une séparation comptable entre deux sociétés appartenant au même groupe pour l'exercice des activités d'assistance au sol,

estimant que l'article 7 du décret du 13 janvier 1999, disposition spéciale au secteur aéroportuaire, s'impose sur l'article 8 de la loi sur la concurrence du 13 octobre 1990, qui, contrairement à la disposition mentionnée, a une application générale.

## La séparation sociétaire ne constitue pas une simple séparation comptable des sociétés

En confirmant sa propre pratique décisionnelle, notamment dans le domaine du transport maritime et ferroviaire, l'AGCM n'a pas suivi l'argument de l'entité qui gère l'aéroport de Venise. Pour mémoire, en 2001, le législateur a fait le choix d'introduire un principe de séparation sociétaire qui va bien au-delà des différentes obligations de séparation comptable prévues par les réglementations sectorielles. Il s'agit, en effet, d'une disposition ayant une portée générale, applicable à tous les secteurs économiques et qui vise à établir une séparation *plus nette* entre les activités confiées à une entité en raison d'une législation/réglementation nationale et les activités libéralisées. En l'espèce, le gestionnaire de l'aéroport s'étant limité à opérer une simple séparation comptable, il a été sanctionné à une amende administrative de 10 000 euros.

S. P. ■

## 2. États-Unis

**Private Enforcement – Propriété intellectuelle – Brevets : La Cour suprême des États-Unis refuse d'appliquer une règle de raison, inspirée du droit antitrust, au droit des brevets, à propos du paiement de royalties post-expiration** (*U.S. Supreme Court, 22 juin 2015, Kimble v. Marvel Entertainment, 2015 WL 2473380 U.S.*)

Bien que la décision commentée, rendue par la Cour suprême des États-Unis le 22 juin 2015, concerne principalement le droit des brevets, elle mérite sa place dans la présente chronique pour les liens intéressants qu'elle tisse avec le droit *antitrust* (*Kimble v. Marvel Entertainment, 2015 WL 2473380 U.S., 22 juin 2015* ; de façon beaucoup plus anecdotique, l'arrêt est aussi intéressant pour les références humoristique – et un peu surprenant pour un juriste français ! – de l'univers des super héros qui sont faites dans le texte même de l'opinion majoritaire délivrée par la Juge Kagan). Certes, les questions de droit de la concurrence sont donc abordées de façon indirecte. Cela étant, s'agissant d'un arrêt rendu par la plus haute juridiction fédérale, les précisions apportées en la matière présentent un intérêt indéniable.

En l'espèce, l'entreprise *Marvel* avait accepté d'acheter les droits concernant un jouet inventé par Stephen Kimble, permettant de projeter un fin jet de mousse inoffensif par l'intermédiaire d'un petit boîtier en plastique. Ainsi, à l'instar du super-héros Spiderman, les enfants pouvaient tenter d'imiter les gestes de l'homme-araignée lorsque

celui-ci projette ses toiles pour se mouvoir de buildings en buildings. Après une première tentative de commercialisation "sauvage" – qui se solda par un procès – l'entreprise *Marvel*, qui détient les droits concernant l'univers de *Spiderman*, avait donc décidé d'acquérir les droits de cette invention, en échange d'une somme forfaitaire et du paiement de royalties à hauteur de 3%. Le contrat ne fixait pas de durée particulière et, durant près de 20 ans, *Marvel* versa les sommes à Kimble.

Peut-être davantage préoccupée par la négociation de contrats avec les studios hollywoodiens pour l'adaptation de l'univers du célèbre *comic's* sur grand écran, les juristes de l'entreprise *Marvel* ne découvrirent que tardivement l'existence d'une jurisprudence de la Cour suprême qui allait brusquement altérer ses relations avec Kimble. Au début des années 2000, *Marvel* apprit en effet l'existence de la jurisprudence *Brulotte* de 1964 (*Brulotte v. Thys Co., 379 U.S. 29, 85 S.Ct. 176, 13 L.Ed.2d 99*) par laquelle la Haute juridiction fédérale avait décidé que le détenteur d'un brevet ne pouvait continuer de percevoir des royalties après l'expiration dudit brevet, soit 20 ans après le dépôt. Se fondant sur cette règle, *Marvel* cessa brusquement de verser les sommes à Kimble, le brevet de ce dernier ayant expiré en 2010. Celui-ci saisit alors les tribunaux fédéraux, considérant que *Marvel* violait les termes de leur accord.

Kimble fut débouté en première instance. La décision fut confirmée par la Cour d'appel du neuvième Circuit, qui fit une application stricte de la règle dégagée dans la jurisprudence *Brulotte*. Kimble décida alors de saisir la Cour suprême fédérale, afin de demander à celle-ci de renverser sa jurisprudence. En effet, selon Kimble, la solution adoptée soixante ans auparavant était beaucoup trop rigide et antiéconomique.

Parmi les arguments avancés, Kimble estimait que la règle contrevenait à la liberté des opérateurs. Bien qu'au moment de la négociation de l'accord, aucune des deux parties n'avaient eu connaissance de la jurisprudence *Brulotte*, Kimble estimait que les cocontractants étaient parfaitement libres de prévoir le versement de royalties après l'expiration du brevet, si telle était leur volonté commune. En somme, la liberté contractuelle primerait sur la règle dégagée par la Cour suprême en matière de brevet, celle-ci n'étant pas d'ordre public. La Cour n'a pas suivi le demandeur sur ce point, considérant que la jurisprudence *Brulotte* avait précisément pour but d'interdire aux parties de conclure des contrats limitant le libre usage d'inventions tombées dans le domaine public.

Surtout, et pour revenir au domaine qui nous intéresse, Kimble avait tenté un audacieux rapprochement entre le droit des brevets et le droit *antitrust*. Considérant que la règle dégagée par la Cour suprême en 1964 était beaucoup trop rigide, Kimble suggéra l'adoption d'un examen des affaires "au cas par cas", pour tenir compte de la spécificité de chaque situation de marché. Le demandeur se référait ainsi explicitement à la mise en œuvre d'une règle de raison, similaire à celle utilisée dans les affaires de concurrence, pour permettre au juge de se ménager un peu de souplesse. L'argument était plus précisément

le suivant : la règle prévoyant l'interdiction de conclure par contrat le paiement de royalties post-expiration serait ainsi trop absolue dans la mesure où il peut exister des cas où le versement de telles sommes se justifie. Toutefois, la Cour suprême ne s'est pas laissée davantage convaincre par cet argument.

## Un rappel éclairant concernant la souplesse de la mise en œuvre de la règle du *stare decisis* dans les affaires antitrust

Reprenant le raisonnement de Kimble et procédant par analogie, la Cour revient d'abord de manière très claire sur la façon dont la règle du *stare decisis* – c'est-à-dire, la règle du précédent en droit américain – est mise en œuvre dans les affaires antitrust (pour une présentation actualisée et nuancée de la règle, v. J. Waldron, *Stare Decisis and The Rule of Law: A Layered Approach*, Michigan L. Rev. 2012, vol. 111, n° 1, p. 1 et s.). Le demandeur estimait en effet que le juge devait pouvoir manier celle-ci avec plus de souplesse, afin de lui permettre de renverser la jurisprudence *Brulotte*. En réponse, la Cour indique que si l'affaire *Brulotte* avait été une affaire de concurrence, la solution aurait été très certainement différente et le demandeur aurait sans doute eu gain de cause. En effet, la Cour rappelle de façon très pédagogique que, en matière antitrust, “la règle du *stare decisis* s'applique avec une moindre force que dans les affaires habituelles”, conformément à ce qu'elle avait déjà pu juger auparavant. La notion de “restriction au commerce” (“*restraint of trade*” dans le texte *Sherman Act*) doit avoir un contenu évolutif et ne doit pas être figé dans le marbre de la règle du précédent. Pour la Cour, il est important de reconnaître à cette notion un “potentiel dynamique” qui autorise une certaine souplesse (v. en ce sens, les références à la décision *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 108 S.Ct. 1515, 99 L.Ed.2d 808, 1988). Ainsi, la Cour reconnaît qu'elle s'est toujours “sentie relativement libre de réviser ses opinions juridiques en fonction de l'évolution de l'analyse économique, de façon à pouvoir renverser ses décisions qui avaient mal cerné les conséquences concurrentielles d'une pratique donnée”.

Malheureusement pour le demandeur, la Cour rappelle que l'affaire *Brulotte* n'est pas une décision relevant du droit de la concurrence. Il s'agit d'une affaire de brevets et, en cette matière, la règle du *stare decisis* doit être appliquée strictement, ce qui n'autorise pas le revirement espéré. En outre, la Cour relève que Kimble n'avait, de toute façon, pas étayé ses allégations en produisant des études démontrant que la règle élaborée dans la décision *Brulotte* avait des effets antiéconomiques patents. On peut regretter que cette piste n'ait pas été davantage fouillée par le demandeur car, comme le relève les Juges Alito et Thomas dans leur opinion dissidente, une partie de la doctrine insiste depuis plusieurs décennies sur les incohérences économiques nées de la jurisprudence *Brulotte* (E. Caprio, *The Trouble with Brulotte: The Patent Royalty Term and Patent Monopoly Extension*, 1990 Utah L.Rev. p. 813 et s. ; P. Areeda et H. Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 3<sup>rd</sup> éd. 2011, ¶ 1782c.3, p. 554 et s.)

La Cour offre ainsi d'intéressants et très pédagogiques

développements se situant au croisement du droit des sources, de la technique judiciaire, et du droit économique. Le marché est par définition évolutif et la Cour suprême accepte d'apporter des tempéraments dans la mise en œuvre d'une de ses règles fondamentales – la règle du *stare decisis* – pour permettre au juge de s'adapter au contexte économique. Autrement dit, les mécanismes destinés à assurer la stabilité de la jurisprudence, et donc la sécurité juridique, peuvent être ponctuellement altérés pour ne pas fixer dans la durée une solution qui se révélerait antiéconomique. La fameuse jurisprudence *Leegin* illustre parfaitement cette souplesse : durant de nombreuses décennies, les économistes ont considéré que les prix de reventes imposés dans le cadre d'un réseau de distribution étaient généralement anticoncurrentiels, conduisant la Cour suprême à les interdire. Puis, cette vision des choses a évolué, débouchant sur une remise en cause de cette règle en 2007 (*Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 127 S.Ct. 2705, 168 L.Ed.2d 623, 2007 ; v. M. Schwaderer, *Bulletin e-Competitions* June 2007, Art. n° 22117). Si l'on avait appliqué avec orthodoxie la règle du *stare decisis*, la solution n'aurait jamais pu être renversée. L'arrêt commenté est donc loin d'innover, mais il est rare que la Cour évoque le fonctionnement de cette “soupape de sécurité” propre au droit *antitrust* de façon aussi peu voilée.

## L'opposition entre le droit antitrust et le droit des brevets

La Cour suprême opère ensuite une comparaison entre le droit antitrust et le droit des brevets. Le parallèle est intéressant, alors que de nombreux travaux doctrinaux mêlent le droit antitrust et le droit des brevets, tantôt pour les opposer, parfois pour rappeler que leurs objectifs sont en réalité voisins (v. par ex. H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Harvard Univ. Press, 2005, p. 249 et s.). Ainsi, la Cour indique que “le droit des brevets, à la différence du *Sherman Act*, n'a pas pour but de maximiser la concurrence (et pour une large part, il s'agit même de l'inverse)”. Ce dernier membre de phrase résume ainsi à lui seul toutes les difficultés qui peuvent exister lorsque l'on cherche à concilier la politique de concurrence avec celle menée en matière de propriété intellectuelle. Le raisonnement tenu dans les deux matières est différent : alors qu'en droit *antitrust*, la notion de “*restraint of trade*” autorise une certaine souplesse dans l'analyse, le droit des brevets manie lui des règles aux contours parfaitement définies (“*bright-line rule*”). Ainsi, en décidant dans l'arrêt *Brulotte* que le paiement de royalties post-expiration du brevet devait être interdit, la Cour considère qu'il s'agissait d'appliquer strictement une règle claire. En d'autres termes, la question de savoir si cette pratique affecte ou non la concurrence est hors de propos. D'après la Cour, il ne s'agit là que de faire respecter la volonté du Congrès, selon laquelle dès le lendemain de l'expiration d'un brevet, une invention doit pouvoir être utilisable par tous. Ainsi, “la politique en matière de brevet (et non en matière d'antitrust) conduit la Cour à la conclusion que les contrats prévoyant le paiement de royalties post-expiration sont inapplicables sans qu'il soit nécessaire d'examiner un effet démontrable ou non sur la concurrence”.

La Cour suprême refuse donc de réexaminer la jurisprudence *Brulotte* à la lumière du droit antitrust. Elle opère même un compartimentage net des deux matières, sans doute un peu trop forcé (en ce sens, le Juge Alito considère, dans son opinion dissidente, que la jurisprudence *Brulotte* est en réalité une décision rendue en matière de brevets qui masque une véritable question d'antitrust). Pour la Cour, la règle de raison ne peut s'appliquer : les contrats prévoyant le paiement de royalties alors que le brevet a expiré sont illicites *per se*. Aucune justifications, tirées notamment de l'effet potentiellement pro-concurrentiels de ces pratiques, ne peuvent être apportées.

En définitive, la règle stricte élaborée par la Cour en 1964 est clairement réaffirmée en juin 2015. La méthode posée dans le contexte d'application du *Patent Act* tranche nettement avec la souplesse d'analyse auquel le droit antitrust avait habitué. Une telle rigueur se justifie-t-elle, alors que l'on a aussi affaire à une matière se situant au cœur du droit économique ? Comme le suggère le Juge Alito, un assouplissement de la règle du *stare decisis* pourrait parfaitement être étendu en matière de brevets. Il est vrai que l'on ne voit pas bien pour quelle raison seul le droit antitrust pourrait bénéficier d'une telle faveur. Quant aux pratiques en cause, on peut quand même s'interroger sur l'opportunité de leur interdiction sans nuances. En autorisant la pratique du paiement des royalties post-expiration, les entreprises pourraient amortir le coût de la licence en décidant de pratiquer des taux beaucoup plus faibles sur une plus longue durée. À l'inverse, en resserrant les limites temporelles de paiement, comme le fait la jurisprudence de la Cour, le risque est de faire augmenter ces taux. Il n'est donc pas certain que la solution commentée aille dans le sens de l'efficacité économique (v. en ce sens : R. Gilbert et C. Shapiro, *Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties*, 1997 Brookings Papers on Econ. Activity, *Microeconomics* 283, 322, 1997).

J.-C. R. ■

### 3. Canada

**Injonction provisoire – Mesures conservatoires : Le Tribunal de la concurrence rend, pour la première fois, une injonction provisoire dans une affaire de fusion** (*Trib. conc. can.*, 29 mai 2015, *The Commissioner of Competition v. Parkland Industries*, 2015 Comp. Trib. 4)

L'autorité antitrust du Canada, le Commissaire de la concurrence (commissaire) à la tête du Bureau de la concurrence (Bureau), poursuit son examen minutieux du marché de la distribution de l'essence au détail. Après avoir démantelé récemment le cartel de l'octane dans certaines régions du Québec, le Bureau a contesté devant le tribunal de la concurrence (Tribunal), le 30 avril 2015, une fusion horizontale entre deux entreprises pétrolières distributrices en détail d'essence, *Parkland* et *Pioneer*, dans 14 localités des provinces de l'Ontario (Centre) et du Manitoba (Prairies). Dans la foulée, le Bureau a présenté, conformément à l'article 104 de la *Loi sur la concurrence*, une demande d'ordonnance provisoire (injonction interlocutoire provisoire) interdisant aux parties de réaliser la transaction dans les 14 collectivités, en attendant que le Tribunal se prononce quant au fond du litige. Pour la première fois, le Tribunal a donné droit, en partie, à la demande d'injonction interlocutoire provisoire (ordonnance provisoire) du Commissaire.

#### Une fusion horizontale dans le marché de la vente au détail de l'essence dans 14 localités en Ontario et au Manitoba

L'entreprise *Parkland*, qui exploite ou approvisionne quelque 700 stations-services de vente d'essence au détail sous les bannières *Fas Gas Plus*, *Race Trac Gas* et *Esso* en Ontario et au Manitoba, s'est proposée d'acquérir, en septembre 2014, 181 stations d'essence et 212 contrats d'approvisionnement de son concurrent direct, la pétrolière *Pioneer*. Celle-ci opère ses activités sous les enseignes *Pioneer*, *Esso* et *Top Valu*. En octobre 2014, les parties à la fusion ont notifié au commissaire la transaction afin qu'il approuve l'acquisition d'actifs et qu'il n'engage pas de poursuite. Le 27 avril 2015, le commissaire n'a toujours pas émis le certificat de décision préalable. *Parkland* et *Pioneer* décident donc de finaliser la fusion le 13 mai 2015. Dès le lendemain, le commissaire ouvre une enquête sur la fusion proposée. Le 29 avril, *Parkland* informe le commissaire qu'elle va se départir de certains actifs dans 10 des 14 marchés affectés par la fusion malgré le fait qu'elle ne croit pas que la fusion initiale aurait pour effet d'affecter sensiblement la concurrence (ci-après "modification à la fusion"). En réponse, le commissaire conteste la transaction sur le fondement de l'article 92 L.c. en alléguant que la fusion, telle que proposée, aura pour effet de diminuer sensiblement la concurrence.

C'est dans ce cadre que le commissaire a demandé au Tribunal d'émettre une ordonnance provisoire en vertu de l'article 104 L.c. afin de suspendre le transfert d'actif

dans les 14 marchés jusqu'à la décision du Tribunal. Plus précisément, il soutient qu'une suspension des transferts d'actifs de *Pioneer* à *Parkland* est nécessaire pour maintenir un degré de concurrence adéquat jusqu'à la décision finale. Selon le commissaire, si l'ordonnance n'est pas émise, les consommateurs et l'économie dans son ensemble subiront un préjudice irréparable qui prendrait la forme d'une hausse du prix de l'essence et d'une absence d'émulation dans les 14 localités visées en Ontario et au Manitoba.

Le Tribunal était ainsi saisi de la question délicate de savoir si l'ordonnance demandée est justifiable en vertu des principes normalement pris en considération par les tribunaux en matière interlocutoires et d'injonction. En effet, le Tribunal doit être convaincu qu'il existe une question sérieuse et urgente à trancher et que le demandeur subira un préjudice irréparable si la demande de mesures conservatoires n'est pas accueillie et que la prépondérance des inconvénients milite en faveur du demandeur.

### Cadre normatif : Conditions d'application de l'art. 104. L.c.

L'article 104 L.c. touche au droit relatif aux injonctions, c'est-à-dire, de mesures conservatoires, fondées sur une situation d'urgence, accessoires à une action visant à préserver les droits de la partie demanderesse et les maintenir en état en attendant qu'il soit possible d'obtenir un jugement définitif sur une action. À cet effet, le paragraphe 104 (1) L.c. est ainsi libellé :

“(1) Lorsqu'une demande d'ordonnance a été faite en application de la présente partie, (...), le Tribunal peut, à la demande du commissaire (...), rendre toute ordonnance provisoire qu'il considère justifiée conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures en *matières interlocutoires et d'injonction*”.

En rappelant les principes de base applicables en matière d'injonction, comme l'y invite d'ailleurs le libellé même du paragraphe 104 (1) L.c., et selon une jurisprudence constante en cette matière, initiée par l'important arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *RJR-MacDonald c/ Canada (P.G.)*, ([1994] 1 R.C.S. 311, 334), le tribunal pose les trois séries de conditions cumulatives qui l'autorise à émettre une ordonnance provisoire selon l'art. 104 L.c., à savoir :

1. qu'il est convaincu qu'il existe une question sérieuse à trancher ;
2. que le demandeur subira un préjudice irréparable si la demande de mesures provisoires n'est pas accueillie ; et
3. que la prépondérance des inconvénients milite en faveur du demandeur.

### L'existence d'une question sérieuse

Concernant la première étape du test, le Tribunal tranche qu'il existe une question sérieuse à trancher et se range du côté du commissaire. Pour satisfaire à ce critère, le commissaire doit prouver que sa demande n'est pas frivole ou vexatoire. En l'espèce, la preuve du commissaire est crédible et démontre que la fusion pourrait avoir pour effet de réduire la concurrence malgré la modification à la fusion proposée le 29 avril par *Parkland*. En effet, la modification à la fusion n'était pas faite en termes clairs et précis. Il est impossible d'évaluer les effets sur le marché puisqu'elle ne détermine pas quand la modification aurait lieu, qui seraient les acheteurs potentiels et quelles mesures seraient prises pour conserver les actifs viables et compétitifs.

### Un préjudice irréparable

La deuxième étape du test a deux dimensions : l'évaluation du préjudice et sa nature irréparable. En l'espèce, il n'est pas contesté que la perte financière alléguée par le commissaire est un préjudice de nature irréparable. En effet, le Tribunal n'a pas le pouvoir d'octroyer des dommages dans le cadre d'une demande en vertu de l'article 92 et il n'a pas compétence pour remédier à la perte financière subie par les consommateurs et l'économie en général. Le litige se situe donc au niveau de l'existence même du dommage.

Dans le cadre d'une demande en vertu de l'article 104, le dommage n'a pas encore eu lieu, son existence doit donc être inférée. Pour satisfaire à ce critère, le commissaire doit établir selon la balance des probabilités, une preuve claire et non spéculative démontrant comment le dommage se produira. Cette preuve doit permettre d'inférer que le dommage provient raisonnablement et logiquement de la preuve. Puisque le commissaire allègue que la fusion aurait pour effet d'augmenter les prix entraînant une perte d'efficacité durant la période intérimaire, il doit nécessairement présenter une preuve claire et non spéculative de pouvoir de marché qui résulte d'une augmentation des parts de marché et de la concentration dans un marché défini.

En l'espèce, la preuve du commissaire n'est pas satisfaisante selon la balance des probabilités et ne peut être entièrement accueillie. Il n'y a pas de preuve claire et non spéculative suffisante qui supporte la définition de marché du commissaire et le niveau de concentration du marché pour 8 des marchés identifiés. En effet, les rapports sur lesquels se base le commissaire sont préliminaires et ils ne permettent pas de justifier les définitions des marchés géographiques et les mesures de concentration choisies par le commissaire. Ainsi il est impossible d'inférer que le dommage provient raisonnablement et logiquement de la preuve. Le Tribunal conclut toutefois à un niveau de concentration élevé dans 6 des 14 marchés si la fusion se produisait.

De plus, il ne manque pas de souligner que la définition du marché pertinent et la mesure de la concentration d'un marché peuvent être difficiles. Cependant, lorsque

le niveau de concentration et la définition du marché sont des éléments centraux de la détermination du dommage sous l'article 104, la preuve doit nécessairement être claire et non spéculative pour soutenir la demande. Par conséquent, une demande en vertu de l'article 104 qui allègue une hausse des prix résultant d'un pouvoir de marché peut difficilement être faite au début de l'enquête du commissaire. Lorsqu'il fait une demande en vertu de l'article 104, ce dernier doit avoir réuni des preuves suffisantes établissant les éléments fondamentaux de la fusion comme la définition des marchés et leurs concentrations, surtout lorsqu'ils sont essentiels à la demande.

## La prépondérance des inconvénients milite en faveur du demandeur

Abordant la troisième étape du test, le Tribunal doit déterminer qui, entre le commissaire et *Parkland*, subira le plus grand préjudice si l'ordonnance est octroyée ou non. En l'espèce, puisque le commissaire est présumé agir dans l'intérêt du public, le Tribunal doit donc prendre ce facteur en considération dans la balance des inconvénients. Le Tribunal conclut que le préjudice subi par le commissaire, soit un dommage irréparable pour les consommateurs et à l'économie en général dans les 6 marchés identifiés, est plus grand que la perte d'efficacité subie par *Parkland*.

## Conclusion

“Je me réjouis de la décision du Tribunal de la concurrence de protéger les consommateurs et la concurrence contre d'éventuels préjudices irréparables dans six localités en attendant qu'une décision soit rendue concernant la contestation de la fusion de *Parkland* et *Pioneer*. Ce qui a motivé cette contestation, c'est justement le souci de protéger les consommateurs et la concurrence contre d'éventuels préjudices dans le secteur de la vente au détail d'essence”. Cette affirmation du Commissaire de la concurrence, Monsieur John Pecman, premier économiste de fonction à occuper cette station, a le mérite de la clarté relativement aux finalités des actions du Bureau en concordance avec l'article 1.1. L.c qui promeut notamment à ce que les consommateurs aient accès à des prix compétitifs et un choix varié.

K. D. ■

## Récidive – Sanction administrative pécuniaire : Le Tribunal de la concurrence ouvre la voie à une première imposition d'une sanction administrative pécuniaire pour abus de position dominante

(*Trib. conc. can., The Commissioner of Competition v. Direct Energy Marketing, 26 mars 2015, 2015 Comp. Trib. 2*)

L'une des innovations apportées par le législateur lors de la réforme majeure de la *Loi sur la concurrence* en 2009 a été l'introduction d'amendes connues en droit canadien de la concurrence sous la dénomination de *sanction administrative pécuniaire* (SAP) en cas de condamnation pour abus de position dominante. La SAP peut atteindre 10 millions de dollars canadiens et son imposition est laissée à la discrétion du Tribunal de la concurrence (Tribunal) (article 79(3.1)). En cas de récidive, la SAP peut être fixée à un montant maximal de 15 millions de dollars canadiens. Élément intéressant, le para. 79(3.3) mentionne que cette amende n'a pas un objectif punitif, mais sert plutôt “à encourager la personne visée par l'ordonnance à adopter des pratiques compatibles avec les objectifs” de l'article 79 L.c ; la sanction aurait alors un fondement dissuasif. Cet enjeu financier imposable en cas d'abus de position dominante a été au cœur du jugement rendu par le Tribunal ce 26 mars 2015 dans l'affaire *Direct Energy*.

## Sortie du marché du chauffe-eau

En 2002, *Direct Energy* a signé un consentement enregistré (engagement) pour enrayer les préoccupations soulevées par son comportement au regard des dispositions portant sur l'abus de position dominante prévues par les articles 79 et 78 de la *Loi sur la concurrence*. Cet engagement lui interdisait, pendant 10 ans, d'empêcher ses concurrents de déconnecter et de retourner ses produits dans le domaine des chauffe-eau ainsi que d'appliquer une politique de rachat abusive envers ses clients. En 2012, à l'expiration du consentement, *Direct Energy* a conclu un accord avec la compagnie *EnerCare*, en vertu duquel *Direct Energy* loue des chauffe-eau d'*EnerCare* en échange de 35% des profits. Alléguant que le comportement de *Direct Energy* a pour effet de réinstaurer les pratiques interdites par le consentement de 2002, le commissaire a déposé une demande en vertu de l'article 79 pour abus de position dominante, en plus d'exiger une sanction administrative pécuniaire (SAP) (amende) d'un montant de 15 millions de dollars canadiens (alinéas 79(3.1.) et 79(3.3.)). Après avoir introduit la demande, les procédures en vue de l'audition ont suivi leurs cours.

En juillet 2014, *Direct Energy* a vendu sa division de chauffe-eau résidentiel à *EnerCare*. La vente d'actifs a été approuvée par le Commissaire. De plus, cette entente impliquait que *Direct Energy* ne ferait pas concurrence à *EnerCare* dans ce segment du marché pendant 8 ans.

En octobre 2014, le commissaire a déposé une demande (avis de motion) visant à obtenir un jugement par procédure sommaire pour savoir si, dans le contexte du départ de *Direct Energy* du marché des chauffe-eau résidentiels, le Tribunal peut toujours émettre des ordonnances en vertu des articles 79(1)a) et 79(3.3.) L.c. De son côté, *Direct Energy* a déposé une demande (motion) visant à obtenir un jugement par procédure sommaire qui rejette la prétention du commissaire en vertu de l'article 79. Les deux demandes ont été instruites en même temps.

Le Tribunal était ainsi appelé à se prononcer sur la question principale de savoir si l'article 79 trouve application et s'il peut émettre une ordonnance en vertu des alinéas 79(1)a) et 79(3.3.) L.c. en considérant que *Direct Energy* est maintenant sorti du marché.

### L'article 79 s'applique à un comportement passé

Appliquant les principes modernes d'interprétation, le Tribunal rejette l'argument de *Direct Energy* voulant que l'article 79 doive être lu au présent et qu'il sanctionne seulement un abus de position dominante lorsqu'il est prouvé au moment où le Tribunal prend sa décision. Selon le Tribunal, l'interprétation de *Direct Energy* est contraire à la finalité dissuasive de la L.c. et aurait pour effet de protéger une entreprise qui adopte un comportement anticoncurrentiel, pour ensuite sortir délibérément du marché. En effet, une telle entreprise n'aurait qu'à vendre son fonds de commerce durant l'enquête pour éviter toutes poursuites. De plus, le fait que l'article 79 prévoit un délai de prescription extinctive de 3 ans, ne milite pas en faveur de l'interprétation de *Direct Energy*.

Ainsi, le Tribunal conclut qu'il est possible que l'article 79 s'applique à un comportement qui a cessé.

### Une sanction administrative pécuniaire serait pertinente (SAP)

Conséquemment, il est alors possible, en conformité avec les paragraphes 79(1)a) et 79(3.3.) L.c., d'imposer une sanction administrative pécuniaire (SAP). Le Tribunal constate d'abord qu'il lui est loisible d'émettre une ordonnance en vertu de l'article 79(1)a), compte tenu du comportement récidiviste de *Direct Energy*. De même, il serait prématuré de rejeter la demande. L'argument de *Direct Energy* selon lequel l'ordonnance serait inefficace pour contrer le comportement passé est non concluant. De ce fait, il ne trouve aucun obstacle à l'imposition une pénalité monétaire en se fondant sur les nouvelles dispositions du paragraphe 79(3.3.).

En dernier lieu, le Tribunal rejette la prétention de *Direct Energy* selon laquelle elle est déjà exclue du marché en raison de la clause de non-concurrence. Il considère, à bon droit, que cette clause est soumise à la volonté des parties et peut donc aisément être modifiée. De plus, il n'écarte pas la possibilité de l'imposition d'une SAP. Le fait que le comportement a cessé ne rend pas la SAP punitive, mais plutôt dissuasive.

La demande du commissaire est donc accueillie. En insistant sur le fondement dissuasif de la SAP, le Tribunal envoie un message aux potentiels contrevenants de l'article 79 L.c. qui risquent dorénavant de subir une perte pécuniaire en cas de condamnation pour abus de position dominante.

K. D. ■

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

## Editoriaux

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

## Interviews

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

## Dossier

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

## Articles

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

## Pratiques

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

## International

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

## Droit & économie

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

## Chroniques

### ENTENTES

Martine Behar-Touchais  
Ludovic Bernardeau  
Michel Debroux

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty  
Anne-Lise Sibony  
Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

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

### DISTRIBUTION

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

### CONCENTRATIONS

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

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne  
Bruno Stromsky  
Raphael Vuitton

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel  
Alexandre Lacresse  
Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Hubert Delzangles  
Emmanuel Guillaume  
Jean-Paul Tran Thiet

### MISE EN CONCURRENCE

Centre de Recherche en Droit Public

### SECTEUR PUBLIC

Jean-Philippe Kovar  
Francesco Martucci  
Stéphane Rodrigues

### JURISPRUDENCES

#### EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

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

### POLITIQUE INTERNATIONALE

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

## Revue

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

## Livres

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

## > Revue Concurrences | Journal Concurrences

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

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

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

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

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

### Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* .....

e-mail .....

Institution | *Institution* .....

Rue | *Street* .....

Ville | *City* .....

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

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

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

#### Institut de droit de la concurrence

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

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

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

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

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